



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 2, Part 2**

**2011, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2011] 2 F.C.R., {<sup>173-353</sup>  
D-9-D-12

Renvoi [2011] 2 R.C.F., {<sup>173-353</sup>  
F-11-F-14

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2011.

*The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.*

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2011.

*Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

*Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

*Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.*

---

*All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja-cmf.gc.ca>*

## CONTENTS

Judgments .....	173–353
Digests .....	D-9–D-12
Appeals noted .....	I
Erratum .....	III

### **Bozzer v. Canada (National Revenue) (F.C.) ..... 173**

Income Tax—Penalties and Interest—Judicial review of Canada Revenue Agency decision rejecting request to waive interest under *Income Tax Act*, s. 220(3.1) on ground Minister of National Revenue’s discretion limited to 10-year period after year of assessment—Issue whether “taxation year”: (1) referring only to one particular year of assessment, or to time frame during which interest accruing on outstanding tax debt; (2) meaning 10 years after taxation year in which original tax debt arising, or 10 years after taxation year in which interest accruing on tax debt—Court in *Montgomery (G.) v. Canada* interpreting “taxation year” as meaning fiscal or calendar year—S. 220(3.1) subsequently amended to include “taxation year”—Whether language of s. 220(3.1) changing interpretation—Term “taxation year” having specific, meaningful definition in *Income Tax Act*—Referring

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrê-tiste en chef à l’adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d’adresse (avec indication de l’adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l’abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d’adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d’adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.*

---

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://www.cmf-fja.gc.ca>*

## SOMMAIRE

Jugements .....	173–353
Fiches analytiques .....	F-11–F-14
Appels notés .....	I
Erratum .....	III

### **Bozzer c. Canada (Revenu national) (C.F.) ..... 173**

Impôt sur le revenu—Pénalités et intérêts—Demande de contrôle judiciaire de la décision de l’Agence du revenu du Canada rejetant la requête présentée en vue d’obtenir une renonciation aux intérêts en vertu de l’art. 220(3.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* au motif que le pouvoir discrétionnaire du ministre du Revenu national est limité aux dix années qui suivent l’année de cotisation—Il s’agissait de savoir si l’expression « année d’imposition » : 1) ne réfère qu’à une année de cotisation en particulier ou à un délai durant lequel des intérêts courent sur une dette fiscale impayée; 2) signifie dix ans après l’année d’imposition dans laquelle la dette fiscale a pris naissance ou dix ans après l’année d’imposition dans laquelle des intérêts ont couru sur une dette fiscale—Dans l’affaire *Montgomery (G.) c. Canada*, la Cour a interprété l’expression

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

to individual year of assessment in *Income Tax Act*, s. 161(1)—Reference to fiscal period of partnership in s. 220(3.1) indication that Parliament intending s. 220(3.1) to refer to period of assessment—Definition of “taxation year” in *Montgomery* continuing to be correct interpretation—Court agreeing with ruling in *Telfer v. Canada (Revenue Agency)* that time limit in s. 220(3.1) is for 10 calendar years after relevant taxation year—Application dismissed.

### **Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada (F.C.A.) . . . . . 221**

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

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

« année d'imposition » comme étant une année civile ou un exercice—L'art. 220(3.1) a ensuite été modifié par l'ajout de l'expression « année d'imposition »—Il s'agissait de savoir si le libellé de l'art. 220(3.1) change l'interprétation de l'expression—L'expression « année d'imposition » a une définition précise et concrète selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*—Elle fait référence à l'année d'évaluation individuelle à l'art. 161(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*—La référence à l'exercice d'une société de personnes à l'art. 220(3.1) fait état de l'intention du législateur de référer à la période de cotisation à l'art. 220(3.1)—La définition attribuée à l'expression « année d'imposition » dans l'affaire *Montgomery* continue d'être l'interprétation exacte—La Cour souscrit à la décision rendue dans l'arrêt *Telfer c. Canada (Agence du revenu)* selon laquelle le délai dont il est question à l'art. 220(3.1) concerne les dix années suivant l'année d'imposition applicable—Demande rejetée.

### **Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada (C.A.F.) . . . . . 221**

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

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

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

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

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

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency) (F.C.A.) ..... 332**

Customs and Excise—Customs Act—Appeal from Federal Court decision allowing judicial review seeking declaration that lack of jurisdiction ruling by President of Canadian Border Services Agency a “decision” appealable to the Canadian International Trade Tribunal (C.I.T.T.) under *Customs Act*, s. 67(1)—Respondent submitting customs form, subsequently realizing that incorrect tariff treatment claimed—President declining to conduct re-determination under Act, s. 60(1)—Respondent not appealing to C.I.T.T. but applying for judicial review before Federal Court—Federal Court finding President’s refusal to exercise jurisdiction “decision” appealable to C.I.T.T.—Whether presence of jurisdictional issue exceptional circumstance allowing party to launch judicial review before administrative process completed—Adjudications, appeals under *Customs Act* not allowing courts to become involved—Jurisdictional issues not exceptional circumstance justifying court intervention—“Jurisdiction” label to justify judicial interference not appropriate herein—Determination of “jurisdiction” by President involving same questions of law, fact that President normally considers—Calling one ruling “jurisdictional”, not the other result-oriented labelling—Respondent not entitled to bypass appeal to C.I.T.T. herein—Not for Federal Court, this Court, to interpret word “decision” in s. 67(1), but for C.I.T.T.—*Mueller Canada Inc. v. Minister of National Revenue* not supporting belief that only Federal Court can rule that “non-decision” or “jurisdictional decision” a “decision” under s. 67(1) or that only “decisions on the merits” can be appealed to C.I.T.T.—Rule against judicial interference with ongoing administrative processes applying herein—Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers) (C.A.F.) ..... 332**

Douanes et Accise—Loi sur les douanes—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire présentée en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que la décision du président de l’Agence des services frontaliers du Canada était une « décision » dont on pouvait interjeter appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (le T.C.C.E.) en vertu de l’art. 67(1) de la *Loi sur les douanes*—L’intimée avait remis une déclaration de douane et avait ensuite découvert qu’elle avait réclamé le mauvais traitement tarifaire—Le président a refusé de se livrer à une révision en vertu de l’art. 60(1) de la *Loi*—L’intimée n’a pas interjeté appel devant le T.C.C.E., elle s’est plutôt adressée à la Cour fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire—La Cour fédérale a déclaré que la décision par laquelle le président a refusé d’exercer sa compétence pouvait faire l’objet d’un appel au T.C.C.E.—Il s’agissait de savoir si l’existence d’une question de compétence constituait une circonstance exceptionnelle permettant à une partie d’introduire une demande de contrôle judiciaire avant que le processus administratif ne soit complété—Les décisions et les appels en vertu de la *Loi sur les douanes* ne permettent pas aux tribunaux judiciaires d’intervenir—Les questions de compétence ne constituent pas des circonstances exceptionnelles justifiant l’intervention de tribunaux judiciaires—Le recours à l’étiquette « compétence » pour justifier l’intervention des tribunaux judiciaires ne convenait pas en l’espèce—La détermination de la « compétence » par le président porte sur les questions de droit et les questions de fait que le président examine normalement—Lorsqu’on qualifie une décision de décision « en matière de compétence » et refuse d’accoler le même qualificatif à l’autre, on procède à une qualification axée sur le résultat recherché—En l’espèce, l’intimée ne pouvait pas contourner l’appel au T.C.C.E.—Il n’appartient ni à la Cour fédérale ni à notre Cour d’interpréter le mot « décision » à l’art. 67(1); cette tâche revient au T.C.C.E.—L’affaire *Mueller Canada Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.)* ne confirme pas l’opinion que seule la Cour fédérale est habilitée à déclarer qu’une « non-décision » ou une « décision en matière de compétence » constitue une « décision » au sens de l’art. 67(1) ou que seules les « décisions sur le fond » peuvent être portées en appel au T.C.C.E.—Le principe interdisant l’ingérence des tribunaux dans les processus administratifs en cours s’appliquait en l’espèce—Appel accueilli.

*Suite à la page suivante*

**Picard v. Canada (Commissioner of Patents) (F.C.) . . . 192**

Official Languages—Application under *Official Languages Act* (Act), s. 77(1) to determine whether patents, patent applications must be bilingual to meet requirements of Act—Applicant requesting that Office of Commissioner of Official Languages (OCOL) investigate whether Canadian Intellectual Property Office’s (Office) practice regarding patent applications consistent with Act—OCOL concluding Office not violating Parts II, IV of Act but recommending that Office develop action plan to make patent abstracts available in both official languages—Because patents not instruments made in execution of legislative power, Act, s. 7(1) not applying thereto—Act, s. 7(2) regarding bilingual requirements for instruments made in exercise of prerogative also not applying as *Patent Act* creating complete statutory scheme replacing Crown prerogative—Because patent not really made, issued by Commissioner of Patents, Act, s. 12 on bilingual requirements for instruments directed to, intended for notice of public not applying—Parliament never intending Act, s. 12 to cover patents—Act, s. 22 also not applying since publication of certain components of patents on Patent Office Web site not distinct “service” that must be provided in both official languages—Measures proposed by Office in response to OCOL’s recommendation not sufficient to meet its obligations under Act, s. 41, as federal institution, to promote use of both official languages—Patent Office must at least make abstracts of patents available in both official languages—Compliance therewith constituting appropriate, just remedy in circumstances—Application allowed in part.

Patents—Application under *Official Languages Act*, s. 77(1) to determine whether patents, patent applications must be bilingual to meet requirements of Act—Text of patent proposed by inventor; Commissioner of Patents cannot create patent, modify patent application—Patents not instruments “made in the execution of a legislative power”—*Patent Act* creating complete statutory scheme, replacing Crown prerogative to grant patent for invention—Patent hybrid instrument, both private, public—

*Continued on next page*

**Picard c. Canada (Commissaire aux brevets) (C.F.) . . . 192**

Langues officielles—Recours formé en vertu de l’art. 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* (la Loi) en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi—Le demandeur avait demandé au Commissariat aux langues officielles (le Commissariat) de faire enquête pour savoir si les pratiques de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (l’Office) à ce sujet étaient compatibles avec la Loi—Le Commissariat a conclu que l’Office ne contrevenait pas aux parties II et IV de la Loi, mais a recommandé que l’Office établisse un plan d’action visant à rendre disponibles les abrégés des brevets dans les deux langues officielles—Parce que les brevets ne sont pas des actes « pris dans l’exercice d’un pouvoir législatif », l’art. 7(1) de la Loi ne s’applique pas—L’art. 7(2) de la Loi, qui prévoit des exigences sur le bilinguisme applicables aux actes qui procèdent de la prérogative, ne s’applique pas non plus puisque la *Loi sur les brevets* crée un régime législatif complet qui remplace la prérogative royale—Parce que les brevets n’émanent pas véritablement du Commissaire aux brevets, l’art. 12 de la Loi concernant les exigences sur le bilinguisme pour les actes qui s’adressent au public ne s’applique pas—Le législateur n’a jamais voulu que l’art. 12 de la Loi vise les brevets—L’art. 22 de la Loi ne s’applique pas non plus puisque la publication de certaines composantes de brevets sur le site Web du Bureau des brevets n’est pas un « service » distinct qui doit être rendu dans les deux langues officielles—Les mesures proposées par le Bureau des brevets, en réponse aux recommandations du Commissariat aux langues officielles, n’étaient pas suffisantes pour s’acquitter de l’obligation qui lui incombe en vertu de l’art. 41 de la Loi, en tant qu’institution fédérale, de promouvoir l’usage de ces deux langues—Le Bureau des brevets doit à tout le moins rendre disponibles les abrégés des brevets dans les deux langues officielles—Cela constitue par conséquent une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances—Recours accueilli en partie.

Brevets—Recours formé en vertu de l’art. 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi—Le texte d’un brevet est proposé par l’inventeur et le Commissaire aux brevets ne peut ni en créer un ni modifier le moindre mot dans une demande de brevet—Les brevets ne sont pas des actes « pris dans l’exercice d’un pouvoir législatif »—La *Loi sur les brevets* crée un régime

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Although issuance of patents now authorized by statute, nonetheless constituting letters patent, public in nature—Because patent a monopoly, creating exception to general principles of free commerce, importance of it being public understandable—However, made or issued by inventor, not federal institution—While originating in discretionary exercise of Crown prerogative, patent today representing recognition of right rather than expression of sovereign's favour.

Constitutional Law—Charter of Rights—Language Rights—Application under *Official Languages Act*, s. 77(1) to determine whether patents, patent applications must be bilingual to meet requirements of Act—Canadian Intellectual Property Office not violating *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 20 by publishing certain components of patents on Office's Web site.

## SOMMAIRE (Fin)

législatif complet qui remplace la prérogative royale pour l'octroi d'un brevet—Un brevet est un acte hybride, à la fois privé et public—Même si leur délivrance est désormais autorisée par une loi, les brevets n'en demeurent pas moins des lettres patentes de nature publique—Parce qu'un brevet est un monopole, créant une exception aux principes généraux de liberté du commerce, l'importance de la publicité d'un brevet est compréhensible—Il émane toutefois d'un inventeur et non d'une institution fédérale—Malgré ses origines dans l'exercice discrétionnaire de la prérogative royale, le brevet représente, aujourd'hui, la reconnaissance d'un droit plutôt que l'expression de la faveur du souverain.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits linguistiques—Recours formé en vertu de l'art. 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi—L'Office de la propriété intellectuelle du Canada ne contrevient pas à l'art. 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en publiant certaines composantes des brevets sur son site Web.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Bozzer v. Canada (National Revenue)*, 2010 FC 139, [2011] 2 F.C.R. 173, has been reversed on appeal (A-97-10, 2011 FCA 186). The reasons for judgment, handed down June 2, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)* (T-26-10, 2011 FC 130, reasons for judgment dated February 2, 2011) has been reversed on appeal (A-78-11, A-79-11, 2011 FCA 194, reasons for judgment dated June 8, 2011). Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.* (A-40-09, 2009 FCA 290) has been reversed on appeal (2011 SCC 27). The reasons for judgment, handed down May 26, 2011, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Apotex Inc. v. Canada (Registrar of Trade-marks)*, A-111-10, 2010 FCA 313, Layden-Stevenson J.A., judgment dated November 19, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused May 19, 2011.

*Hillary v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-247-10, 2011 FCA 51, Evans J.A., judgment dated February 9, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused June 9, 2011.

*Maréchaux v. Canada*, A-494-09, 2010 FCA 287, Evans J.A., judgment dated October 28, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused June 9, 2011.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Bozzer c. Canada (Revenu national)*, 2010 CF 139, [2011] 2 R.C.F. 173, a été infirmée en appel (A-97-10, 2011 CAF 186). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 2 juin 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)* (T-26-10, 2011 CF 130, jugement en date du 2 février 2011) a été infirmée en appel (A-78-11, A-79-11, 2011 CAF 194, jugement en date du 8 juin 2011). Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.* (A-40-09, 2009 CAF 290) a été infirmé en appel (2011 CSC 27). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 mai 2011, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Apotex Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, A-111-10, 2010 CAF 313, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 19 novembre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 mai 2011.

*Hillary c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, A-247-10, 2011 CAF 51, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 9 février 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 juin 2011.

*Maréchaux c. Canada*, A-494-09, 2010 CAF 287, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 28 octobre 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 juin 2011.



### **ERRATUM**

On the front cover of [2011], Volume 1, Part 2, the volume year referenced in the French “Renvoi” is wrongly stated as “[2010]”. It should be “[2011]”.

### **ERRATUM**

Une erreur s’est glissée dans le « Renvoi » apparaissant sur la couverture avant de [2011], volume 1, 2<sup>e</sup> fascicule. L’année qui devrait apparaître entre crochets est « 2011 » et non « 2010 ».



**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2011, Vol. 2, Part 2**

**2011, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-826-08  
2010 FC 139

T-826-08  
2010 CF 139

**Ronnie Louis Bozzer** (*Applicant*)

**Ronnie Louis Bozzer** (*demandeur*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada (as represented by the Minister of National Revenue in his capacity as Minister responsible for the *Income Tax Act*) and Canada Revenue Agency and the Attorney General of Canada** (*Respondents*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada (représentée par le ministre du Revenu national à titre de ministre responsable de la *Loi de l'impôt sur le revenu*) et l'Agence du revenu du Canada et le procureur général du Canada** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: BOZZER v. CANADA (NATIONAL REVENUE)**

**RÉPERTORIÉ : BOZZER c. CANADA (REVENU NATIONAL)**

Federal Court, Shore J.—Vancouver, February 2; Ottawa, February 11, 2010.

Cour fédérale, juge Shore—Vancouver, 2 février; Ottawa, 11 février 2010.

\* Editor's note: This decision has been reversed on appeal (A-97-10, 2011 FCA 186). The reasons for judgment, handed down June 2, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

\* Note de l'arrêstiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-97-10, 2011 CAF 186). Les motifs du jugement, prononcés le 2 juin 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Income Tax — Penalties and Interest — Judicial review of Canada Revenue Agency decision rejecting request to waive interest under Income Tax Act, s. 220(3.1) on ground Minister of National Revenue's discretion limited to 10-year period after year of assessment — Issue whether "taxation year": (1) referring only to one particular year of assessment, or to time frame during which interest accruing on outstanding tax debt; (2) meaning 10 years after taxation year in which original tax debt arising, or 10 years after taxation year in which interest accruing on tax debt — Court in Montgomery (G.) v. Canada interpreting "taxation year" as meaning fiscal or calendar year — S. 220(3.1) subsequently amended to include "taxation year" — Whether language of s. 220(3.1) changing interpretation — Term "taxation year" having specific, meaningful definition in Income Tax Act — Referring to individual year of assessment in Income Tax Act, s. 161(1) — Reference to fiscal period of partnership in s. 220(3.1) indication that Parliament intending s. 220(3.1) to refer to period of assessment — Definition of "taxation year" in Montgomery continuing to be correct interpretation — Court agreeing with ruling in Telfer v. Canada (Revenue Agency) that time limit in s. 220(3.1) is for 10 calendar years after relevant taxation year—Application dismissed.*

*Impôt sur le revenu — Pénalités et intérêts — Demande de contrôle judiciaire de la décision de l'Agence du revenu du Canada rejetant la requête présentée en vue d'obtenir une renonciation aux intérêts en vertu de l'art. 220(3.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu au motif que le pouvoir discrétionnaire du ministre du Revenu national est limité aux dix années qui suivent l'année de cotisation — Il s'agissait de savoir si l'expression « année d'imposition » : 1) ne réfère qu'à une année de cotisation en particulier ou à un délai durant lequel des intérêts courent sur une dette fiscale impayée; 2) signifie dix ans après l'année d'imposition dans laquelle la dette fiscale a pris naissance ou dix ans après l'année d'imposition dans laquelle des intérêts ont couru sur une dette fiscale — Dans l'affaire Montgomery (G.) c. Canada, la Cour a interprété l'expression « année d'imposition » comme étant une année civile ou un exercice — L'art. 220(3.1) a ensuite été modifié par l'ajout de l'expression « année d'imposition » — Il s'agissait de savoir si le libellé de l'art. 220(3.1) change l'interprétation de l'expression — L'expression « année d'imposition » a une définition précise et concrète selon la Loi de l'impôt sur le revenu — Elle fait référence à l'année d'évaluation individuelle à l'art. 161(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu — La référence à l'exercice d'une société de personnes à l'art. 220(3.1) fait état de l'intention du législateur de référer à la période de cotisation à l'art. 220(3.1) — La définition attribuée à l'expression « année d'imposition » dans l'affaire Montgomery continue d'être l'interprétation exacte — La Cour souscrit à la décision rendue dans l'arrêt Telfer c. Canada (Agence du revenu) selon laquelle le délai dont il est question à l'art. 220(3.1) concerne les dix années suivant l'année d'imposition applicable — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision by the Canada Revenue Agency rejecting the applicant's request for a waiver of interest under subsection 220(3.1) of the *Income Tax Act* on the ground that the Minister of National Revenue's discretion to waive such interest is limited to a 10-year period after the year of assessment.

The applicant submitted, *inter alia*, that subsection 220(3.1) is ambiguous with regard to the limitation period, that the Minister has the discretion to waive interest irrespective of the date of the original tax debt which gave rise to the interest, and that the reference to "taxation year" in subsection 220(3.1) cannot refer back to the taxation year of the original assessment.

At issue was whether the term "taxation year" (1) refers only to one particular year of assessment, or to a time frame during which interest accrues on an outstanding tax debt and (2) means 10 years after the taxation year in which the original tax debt arose, or 10 years after a taxation year in which interest accrued on a tax debt.

*Held*, the application should be dismissed.

In *Montgomery (G.) v. Canada*, the Court interpreted "taxation year" as meaning a fiscal or calendar year for which tax is computed. Subsequent to *Montgomery*, an amendment to the *Income Tax Act* included the term "taxation year" in subsection 220(3.1). The question that needed to be determined therefore was whether the language used in subsection 220(3.1) changed the interpretation of "taxation year". Any analysis of the meaning of "taxation year" must include an examination of its use throughout the legislative scheme. A reading of the *Income Tax Act* shows that "taxation year" has a specific and meaningful definition. In the context of the imposition of interest for unpaid tax debts, the term "taxation year" in subsection 161(1) of the *Income Tax Act* refers to an individual year of assessment. It is also significant that subsection 220(3.1) refers to "taxation year", and then, in the case of a partnership, to a "fiscal period". The reference to the fiscal period of a partnership is an indication that Parliament intended subsection 220(3.1) to refer to the period of assessment. Otherwise, Parliament would not have included this reference to the particular period of assessment of partnerships. The definition of "taxation year" in *Montgomery* continues to be the correct interpretation in the context of taxpayer relief provisions. The Court was also in agreement with the ruling in *Telfer v. Canada (Revenue Agency)* that the time limit in subsection 220(3.1) is for 10 calendar years after the relevant taxation year, i.e. the year of assessment. The applicant's construction of subsection 220(3.1) would reduce the term "taxation year" to a simple demarcation of time.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'Agence du revenu du Canada a rejeté la demande présentée par le demandeur en vue d'obtenir une renonciation aux intérêts en vertu du paragraphe 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au motif que le pouvoir discrétionnaire du ministre du Revenu national est limité aux dix années qui suivent l'année de cotisation applicable.

Le demandeur affirmait notamment que le paragraphe 220(3.1) est ambigu en ce qui concerne le délai de prescription, que le ministre a le pouvoir discrétionnaire de renoncer à des intérêts quelle que soit la date de la dette fiscale initiale qui a donné lieu à ces intérêts, et que la référence faite à cette « année d'imposition » au paragraphe 220(3.1) ne peut se rapporter à l'année de l'imposition de la cotisation initiale.

La question à trancher était celle de savoir si l'expression « année d'imposition » 1) ne fait référence qu'à une année de cotisation en particulier ou s'il s'agit plutôt d'un délai durant lequel des intérêts courent sur une dette fiscale impayée et 2) signifie dix ans après l'année d'imposition dans laquelle la dette fiscale a pris naissance ou dix ans après une année d'imposition dans laquelle des intérêts ont couru sur une dette fiscale.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Dans l'arrêt *Montgomery (G.) c. Canada*, la Cour a interprété l'expression « année d'imposition » comme référant à une année civile ou à un exercice financier à l'égard duquel de l'impôt est calculé. À la suite de cette décision, une modification a été apportée à la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'ajouter l'expression « année d'imposition » au paragraphe 220(3.1). Par conséquent, la question à trancher était celle de savoir si le libellé du paragraphe 220(3.1) a changé l'interprétation de l'expression « année d'imposition ». Toute analyse du sens de l'expression « année d'imposition » doit inclure un examen de son emploi dans le régime législatif tout entier. Une lecture de la *Loi de l'impôt sur le revenu* révèle que l'expression « année d'imposition » a une définition précise et concrète. Dans le contexte de l'imposition d'intérêts sur une dette fiscale impayée, l'expression « année d'imposition » employée dans le paragraphe 161(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* désigne une année d'évaluation individuelle. Il est aussi notable que le paragraphe 220(3.1) fait mention de l'année d'imposition, puis, de l'exercice d'une société de personnes. La référence faite à l'exercice d'une société de personnes dénote que le législateur envisageait que le paragraphe 220(3.1) fasse référence à la période de cotisation; sans cela il n'aurait pas fait ainsi référence à la période de cotisation particulière des sociétés de personnes. La définition de l'expression « année d'imposition » dans l'affaire *Montgomery* continue d'être l'interprétation exacte dans le contexte des dispositions d'allègement visant les contribuables. La Cour souscrivait également à la décision rendue dans l'arrêt *Telfer c. Canada (Agence du revenu)* selon laquelle le

délai dont il est question au paragraphe 220(3.1) concerne les dix années civiles qui suivent l'année d'imposition applicable, c'est-à-dire l'année de cotisation. L'interprétation qu'a fait le demandeur du paragraphe 220(3.1) réduirait l'expression « année d'imposition » à une simple démarcation de temps.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act to amend the Income Tax Act, the Canada Pension Plan, the Income Tax Conventions Interpretation Act, the Tax Rebate Discounting Act, the Unemployment Insurance Act and certain related Acts*, S.C. 1993, c. 24, s. 127(5).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 3, 96, 150(1) (as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 63), 161(1) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 96; 1997, c. 25, s. 50), 220(3.1) (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; 2005, c. 19, s. 48), 248(11) (as am. by S.C. 2000, c. 19, s. 67), 249(1) "taxation year" (as am. by S.C. 2007, c. 29, s. 29).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 220(3.1) (as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181; 1993, c. 24, s. 127).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 45(4).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Montgomery (G.) v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 57, (1994), 94 DTC 6367, 77 F.T.R. 223 (F.C.T.D.), aff'd [1995] 1 C.T.C. 196, (1995), 95 DTC 5032, 179 N.R. 13 (F.C.A.); *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2008 FC 218, [2008] 2 C.T.C. 309, 2008 DTC 6192, rev'd 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 DTC 5046, 386 N.R. 212.

## CONSIDERED:

*Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, [1995] 1 C.T.C. 241, (1994), 95 DTC 5017; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, (1992), 89 D.L.R. (4th) 218, 3 Admin. L.R. (2d) 242, 133 N.R. 345.

## REFERRED TO:

*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, (1993), 110 D.L.R. (4th) 470, [1994] 1 C.T.C. 40; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, (1995), 127 D.L.R. (4th) 193, [1995]

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 3, 96, 150(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 63), 161(1) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 96; 1997, ch. 25, art. 50), 220(3.1) (édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; 2005, ch. 19, art. 48), 248(11) (mod. par L.C. 2000, ch. 19, art. 67), 249(1) « année d'imposition » (mod. par L.C. 2007, ch. 29, art. 29).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 220(3.1) (édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181; 1993, ch. 24, art. 127).  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(4).  
*Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu, la Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt, la Loi sur l'assurance-chômage et certaines lois connexes*, L.C. 1993, ch. 24, art. 127(5).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Montgomery (G.) c. Canada*, [1994] A.C.F. n<sup>o</sup> 624 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1995] A.C.F. n<sup>o</sup> 44 (C.A.); *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2008 CF 218, infirmée par 2009 CAF 23.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, (1994), 95 DTC 5091; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Friesen c. Canada*, [1993] 3 R.C.S. 103; *Inland Revenue Comrs. v. Ross and Coulter, etc.*, [1948] 1 All E.R. 616 (H.L.);

2 C.T.C. 369; *Inland Revenue Comrs. v. Ross and Coulter, etc.*, [1948] 1 All E.R. 616 (H.L.); *Tedford v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1334, [2007] 1 C.T.C. 252, 2007 DTC 5056, 302 F.T.R. 293; *Lanno v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2005 FCA 153, 31 Admin. L.R. (4th) 85, [2005] 2 C.T.C. 327, 2005 DTC 5245; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Nicholls v. Canada (Revenue Agency)*, 2010 FCA 30, [2010] 3 C.T.C. 208.

## AUTHORS CITED

Canada Revenue Agency. Income Tax Information Circular, No. IC07-1, “Taxpayer Relief Provisions” (May 31, 2007), online: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic07-1/ic07-1-e.pdf>>.

*Practitioner’s Income Tax Act*, 33rd ed., edited by David M. Sherman. Toronto: Thomson Carswell, April 2008.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Canada Revenue Agency rejecting the applicant’s request for a waiver of interest under subsection 220(3.1) of the *Income Tax Act*, on the ground that the Minister of National Revenue’s discretion to waive such interest is limited to a 10-year period after the year of assessment. Application dismissed.

## APPEARANCES

Ronnie Louis Bozzer on his own behalf.  
Karen Truscott for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

SHORE J.:

*Tedford c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1334; *Lanno c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2005 CAF 153; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Nicholls c. Canada (Agence du revenu)*, 2010 CAF 30.

## DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. Circulaire d’information en matière d’impôt sur le revenu, n° IC07-1, « Dispositions d’allègement pour les contribuables » (31 mai 2007), en ligne : <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic07-1/ic07-1-f.pdf>>.

*Practitioner’s Income Tax Act*, 33<sup>e</sup> éd., publié sous la direction de David M. Sherman. Toronto : Thomson Carswell, avril 2008.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’Agence du revenu du Canada a rejeté la requête présentée par le demandeur en vue d’obtenir une renonciation aux intérêts en vertu du paragraphe 220(3.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* au motif que le pouvoir discrétionnaire du ministre du Revenu national est limité aux dix années suivant l’année de cotisation applicable. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

Ronnie Louis Bozzer pour le demandeur.  
Karen Truscott pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

LE JUGE SHORE :

## I. Overview

[1] The Court, in its statutory interpretation role, recognizes that certain phrases used in legislation may appear ambiguous when read in isolation.

The definition of an individual, by itself, although ambiguous when read in isolation, becomes clear when its usage throughout a statutory scheme is examined in its full context.

Just as a tree in a forest, examined in isolation, loses its significance to the whole, when not understood for its part in that whole, the term, “taxation year” in the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), as amended by S.C. 2008, c. 28 requires a context in which to be understood.

The applicant argues that subsection 220(3.1) [as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 181; 2005, c. 19, s. 48] of the ITA is ambiguous and therefore, it should use the residual presumption in favour of the taxpayer to construe it in favour of the taxpayer. While the residual presumption is a tool at the Court’s disposal, the Court takes note of the ruling in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, where the Supreme Court held that the residual presumption is exceptional and should only be used when a court must choose between two valid interpretations. The Supreme Court also cited the case of *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, and held that “[o]nly a reasonable doubt, not resolved by the ordinary rules of interpretation, will be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer” (*Notre-Dame de Bon-Secours*, at page 20).

The Court notes that “taxation year” is a term that is widely used throughout the ITA; therefore, the Court considers that any analysis of the meaning of this phrase must examine its use throughout the legislative scheme.

## I. Aperçu

[1] Dans le rôle qu’elle joue sur le plan de l’interprétation des lois, la Cour reconnaît que certaines expressions employées dans ces dernières peuvent paraître ambiguës quand elles sont lues isolément.

La définition d’une personne, en soi, même si elle est ambiguë quand elle est lue isolément, devient claire lorsque l’emploi qui en est fait dans l’ensemble d’un régime législatif est examiné dans son contexte tout entier.

À l’instar d’un arbre qui, considéré isolément, perd son sens par rapport à la forêt dans laquelle il se trouve quand on ne comprend pas le rôle qu’il joue dans cet ensemble, l’expression « année d’imposition », dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (LIR), modifiée par L.C. 2008, ch. 28, a besoin d’un contexte pour pouvoir être comprise.

Le demandeur soutient que le paragraphe 220(3.1) [édicte par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 181; 2005, ch. 19, art. 48] de la LIR est ambigu et qu’il faudrait donc recourir à la présomption résiduelle en faveur du contribuable pour interpréter cette disposition à l’avantage de ce dernier. La présomption résiduelle est un outil dont dispose effectivement la Cour, mais celle-ci prend note de la décision rendue dans l’arrêt *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, où la Cour suprême a statué que la présomption résiduelle doit jouer un rôle exceptionnel et n’être utilisée que dans les cas où un tribunal doit faire un choix entre deux interprétations valables. La Cour suprême a également cité l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695 et déclaré que « [s]eul un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d’interprétation sera résolu par le recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable » (*Notre-Dame de Bon-Secours*, à la page 20).

La Cour souligne qu’« année d’imposition » est une expression qui est largement employée dans toute la LIR; elle considère donc que toute analyse du sens de cette expression doit examiner l’emploi qui en est fait dans l’ensemble du régime législatif.

## II. Introduction

[2] This is an application for judicial review of orders, decisions or recommendations made on or about April 29, 2008 by the Canada Revenue Agency (CRA) to reject the applicant's request for a waiver of interest under subsection 220(3.1) of the ITA.

## III. Background

[3] On September 8, 2006, the applicant, Mr. Ronnie Louis Bozzer, made a request to the Minister of National Revenue to have the interest in respect of a tax debt that arose in 1989–1990 waived in accordance with the discretion granted in subsection 220(3.1) of the ITA.

## IV. Decision under Review

[4] The Minister denied the applicant's request on the ground that the 2005 amendment to subsection 220(3.1) of the ITA limits the Minister's discretion to a 10-year period after the relevant year of assessment. Accordingly, the Minister found the applicant's interest was payable in respect of a year that was outside of the limitation period and the Minister lacked the authority to consider the applicant's request.

## V. Issues

[5] The applicant's submissions can be reduced to three issues:

- (1) Did the Minister erroneously interpret subsection 220(3.1) of the ITA?
- (2) Is subsection 220(3.1) of the ITA ambiguous in respect of the limitation period applicable to the Minister's discretion to waive interest?
- (3) Does the Minister's current interpretation of subsection 220(3.1) of the ITA lead to arbitrary, unfair and

## II. Introduction

[2] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire faisant suite à une série d'ordonnances, de décisions ou de recommandations que l'Agence du revenu du Canada (ARC) a établie vers le 29 avril 2008 en vue de rejeter la demande présentée par le demandeur en vue d'une renonciation aux intérêts en vertu du paragraphe 220(3.1) de la LIR.

## III. Contexte

[3] Le 8 septembre 2006, le demandeur, M. Ronnie Louis Bozzer, a demandé au ministre du Revenu national de renoncer aux intérêts relatifs à une dette fiscale ayant pris naissance en 1989–1990, conformément au pouvoir discrétionnaire qu'accorde le paragraphe 220(3.1) de la LIR.

## IV. La décision faisant l'objet du présent contrôle

[4] Le ministre a rejeté la demande du demandeur au motif que la modification apportée en 2005 au paragraphe 220(3.1) de la LIR limite le pouvoir discrétionnaire dont il dispose aux dix années qui suivent l'année de cotisation applicable. Le ministre a donc conclu que les intérêts du demandeur étaient à payer à l'égard d'une année qui se situait en dehors du délai de prescription et qu'il n'avait pas compétence pour prendre en considération la demande du demandeur.

## V. Les questions en litige

[5] Les observations du demandeur peuvent se résumer aux trois questions suivantes :

- 1) Le ministre a-t-il interprété erronément le paragraphe 220(3.1) de la LIR?
- 2) Le paragraphe 220(3.1) de la LIR est-il ambigu pour ce qui est du délai de prescription applicable au pouvoir discrétionnaire qu'a le ministre de renoncer à des intérêts?
- 3) L'interprétation que fait le ministre du paragraphe 220(3.1) de la LIR mène-t-elle à des résultats arbitraires,

unjust results for tax debts which arose prior to March 4, 2004?

inéquitables et injustes pour ce qui est des dettes fiscales ayant pris naissance avant le 4 mars 2004?

[6] The respondents submit there are two issues:

[6] Les défendeurs soutiennent qu'il y a deux questions en litige :

(1) Did the Minister erroneously interpret subsection 220(3.1) of the ITA?

1) Le ministre a-t-il interprété erronément le paragraphe 220(3.1) de la LIR?

(2) Does the Minister's decision contravene subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]?

2) La décision du ministre va-t-elle à l'encontre du paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]?

#### VI. Relevant Legislative Provisions

#### VI. Les dispositions législatives applicables

[7] Subsection 220(3.1) of the ITA reads:

[7] Le texte du paragraphe 220(3.1) de la LIR est le suivant :

#### 220. ...

#### 220. [...]

Waiver of penalty or interest

(3.1) The Minister may, on or before the day that is ten calendar years after the end of a taxation year of a taxpayer (or in the case of a partnership, a fiscal period of the partnership) or on application by the taxpayer or partnership on or before that day, waive or cancel all or any portion of any penalty or interest otherwise payable under this Act by the taxpayer or partnership in respect of that taxation year or fiscal period, and notwithstanding subsections 152(4) to (5), any assessment of the interest and penalties payable by the taxpayer or partnership shall be made that is necessary to take into account the cancellation of the penalty or interest.

(3.1) Le ministre peut, au plus tard le jour qui suit de dix années civiles la fin de l'année d'imposition d'un contribuable ou de l'exercice d'une société de personnes ou sur demande du contribuable ou de la société de personnes faite au plus tard ce jour-là, renoncer à tout ou partie d'un montant de pénalité ou d'intérêts payable par ailleurs par le contribuable ou la société de personnes en application de la présente loi pour cette année d'imposition ou cet exercice, ou l'annuler en tout ou en partie. Malgré les paragraphes 152(4) à (5), le ministre établit les cotisations voulues concernant les intérêts et pénalités payables par le contribuable ou la société de personnes pour tenir compte de pareille annulation.

Renonciation aux pénalités et aux intérêts

[8] Subsection 45(4) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 states:

[8] Le paragraphe 45(4) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, mentionne ce qui suit :

#### 45. ...

#### 45. [...]

Judicial construction not adopted

(4) A re-enactment, revision, consolidation or amendment of an enactment shall not be deemed to be or to involve an adoption of the construction that has by judicial decision or otherwise been placed on the language used in the enactment or on similar language.

(4) La nouvelle édition d'un texte, ou sa révision, refonte, codification ou modification, n'a pas valeur de confirmation de l'interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues.

Absence de confirmation de l'interprétation judiciaire

## VII. Summary of Parties' Positions

### Applicant's position

[9] The applicant submits the Minister's interpretation of subsection 220(3.1) of the ITA, that a taxpayer has until 10 years after the year of assessment to make a fairness request, relies on the case of *Montgomery (G.) v. Canada*, [1994] 2 C.T.C. 57 (F.C.T.D.), affirmed [1995] 1 C.T.C. 196 (F.C.A) which should be viewed as obsolete for two reasons; first, the 2005 ITA amendments altered the statutory regime from the one that was interpreted in *Montgomery* and submits that decisions which interpret repealed statutory provisions should not be relied upon. Second, subsection 45(4) of the *Interpretation Act* submits that legislative provisions that have been repealed should be treated as if they never existed, as is the case with subsection 127(5) of *An Act to amend the Income Tax Act, the Canada Pension Plan, the Income Tax Conventions Interpretation Act, the Tax Rebate Discounting Act, the Unemployment Insurance Act and certain related Acts*, S.C. 1993, c. 24 [(An Act to amend the ITA) which amended subsection 220(3.1) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (the then ITA)].

[10] The applicant submits the Minister has the discretion to waive any interest irrespective of the date of the original tax debt which gave rise to the interest. The applicant submits the section refers to any taxation year in which interest accrues without regard to the year in which the tax debt initially arose. The applicant argues this section permits a year-by-year waiver for a 10-year period. Specifically, the applicant submits "Section 248(11) of the ITA provides for interest to accrue on an annual and compounding basis, taxation year after taxation year, irrespective of when the tax debt itself arose" (applicant's supplementary memorandum of law, at paragraph 6).

## VII. Le sommaire des positions des parties

### La position du demandeur

[9] Aux dires du demandeur, l'interprétation que fait le ministre du paragraphe 220(3.1) de la LIR, à savoir qu'un contribuable bénéficie d'un délai de dix ans après l'année de cotisation pour présenter une demande fondée sur les dispositions d'équité, s'appuie sur la décision *Montgomery (G.) c. Canada*, [1994] A.C.F. n° 624 (1<sup>re</sup> inst.), confirmée par [1995] A.C.F. n° 44 (C.A.), qu'il faudrait considérer comme désuète pour deux raisons : premièrement, les modifications apportées en 2005 à la LIR ont changé le régime législatif par rapport à celui qui a été interprété dans la décision *Montgomery*, et il ne faudrait pas se fonder sur des décisions qui interprètent des dispositions législatives abrogées; deuxièmement, le paragraphe 45(4) de la *Loi d'interprétation* mentionne que les dispositions législatives qui ont été abrogées doivent être traitées comme si elles n'ont jamais existé, comme c'est le cas du paragraphe 127(5) de la *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu, la Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt, la Loi sur l'assurance-chômage et certaines lois connexes*, L.C. 1993, ch. 24 [(la Loi modifiant la LIR) ce paragraphe a modifié l'article 220(3.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la LIR à l'époque)].

[10] Le demandeur soutient que le ministre a le pouvoir discrétionnaire de renoncer à des intérêts quelconques, quelle que soit la date de la dette fiscale initiale qui a donné lieu à ces intérêts. Il ajoute qu'il est question dans la disposition de n'importe quelle année d'imposition dans laquelle courent des intérêts, indépendamment de l'année dans laquelle la dette fiscale a pris naissance. De plus, cette disposition permet d'accorder une renonciation année après année, durant dix ans. Plus précisément, soutient-il, [TRADUCTION] « Le paragraphe 248(11) de la LIR prévoit que les intérêts courent sur une base annuelle et composée, année d'imposition après année d'imposition, indépendamment du moment où la dette fiscale elle-même a pris naissance » (exposé du droit supplémentaire du demandeur, au paragraphe 6).

[11] The applicant submits that under subsection 248(11) [as am. by S.C. 2000, c. 19, s. 67] of the ITA, interest accrues and compounds on a daily basis, irrespective of the date of the original tax debt.

[12] The applicant submits that in order to support the Minister's interpretation of subsection 220(3.1) of the ITA, the following words must be inserted into the section (applicant's memorandum of fact and law, at paragraph 61):

The Minister may, on or before the day that is ten years after the end of a taxation year **in which an assessment giving rise to the interest of penalty arose**, waive or cancel ... any portion of any interest ... in respect of that taxation year.

[13] The applicant cites the Supreme Court of Canada in the case of *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, for the proposition that a court should only adopt an interpretation of a statute that inserts words into a section if there is no other acceptable interpretation (applicant's memorandum of fact and law, at paragraph 61).

[14] The applicant submits the 2005 amendment created ambiguity in the waiver provision which did not exist at the time of *Montgomery*, above. The applicant cites the *Practitioner's Income Tax Act*, 33rd ed. Sherman edition (Thomson Carswell, 2008) at page 1333 where Mr. David M. Sherman wrote that it is unclear whether "in respect of" refers to the year for which tax is payable, or the year during which the interest accrued. Mr. Sherman favours the latter interpretation.

[15] The applicant cites the case of *Inland Revenue Comrs v. Ross and Coulter, etc.*, [1948] 1 All E.R. 616 (H.L.), at page 625 for the proposition that courts must prefer the meaning more favourable to the taxpayer if a revenue statute is capable of two reasonable meanings.

[11] Le demandeur allègue qu'aux termes du paragraphe 248(11) [mod. par L.C. 2000, ch. 19, art. 67] de la LIR, les intérêts courent et sont composés quotidiennement, quelle que soit la date de la dette fiscale initiale.

[12] Le demandeur ajoute que pour étayer l'interprétation que fait le ministre du paragraphe 220(3.1) de la LIR, il est nécessaire d'insérer dans cette disposition les mots qui suivent (mémoire des faits et du droit du demandeur, au paragraphe 61) :

Le ministre peut, au plus tard le jour qui suit de dix années civiles la fin de l'année d'imposition **dans laquelle a pris naissance une cotisation donnant lieu aux intérêts ou aux pénalités**, renoncer à tout ou partie d'un montant [...] d'intérêts [...] pour cette année d'imposition.

[13] Le demandeur cite la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103 à l'appui de la thèse selon laquelle un tribunal ne doit adopter une interprétation d'une loi qui ajoute des mots dans une disposition qu'en l'absence d'une autre interprétation acceptable (mémoire des faits et du droit du demandeur, au paragraphe 61).

[14] Le demandeur ajoute que la modification apportée en 2005 a créé dans la disposition de renonciation une ambiguïté qui n'existait pas à l'époque ou a été rendu la décision *Montgomery*, précitée. Le demandeur cite l'ouvrage intitulé *Practitioner's Income Tax Act*, 33<sup>e</sup> éd. de Sherman (Thomson Carswell, 2008), à la page 1333, dans lequel M. David M. Sherman écrit que la question de savoir si, dans la version anglaise de la disposition, les mots « *in respect of* » (en français : « pour ») désignent l'année pour laquelle l'impôt est à payer ou bien l'année au cours de laquelle les intérêts ont couru. C'est cette dernière interprétation que privilégie M. Sherman.

[15] Le demandeur cite la décision *Inland Revenue Comrs. v. Ross and Coulter, etc.*, [1948] 1 All E.R. 616 (H.L.), à la page 625, à l'appui de la thèse selon laquelle les tribunaux doivent privilégier le sens qui est le plus favorable au contribuable quand une loi fiscale peut avoir deux sens raisonnables.

### Respondents' position

[16] The respondents submit Parliament has given the Minister discretion when making decisions under the fairness legislation and the only reason for the Court to interfere with the Minister's decision is if it contravened subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

[17] The respondents cite *Montgomery*, above, for the ruling that "taxation year" in subsection 220(3.1) of the ITA refers to the year for which a return was filed, not the year during which the interest accrued.

[18] The respondents cite the case of *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2008 FC 218, [2008] 2 C.T.C. 309 where the Federal Court [at paragraph 26] held the limitation in subsection 220(3.1) of the ITA restricts the Minister's discretion to "the ten calendar years after the end of the relevant taxation year."

[19] The respondents submit the amendment instituting the 10-year limitation period came into effect after December 31, 2004 and the fairness request was made on December 6, 2005, leaving the Minister with no authority to waive interest for the 1989 and 1990 taxation years.

[20] The respondents cite the Department of Finance Technical Notes, which state that administrative problems can arise in verifying claims made for taxation years going as far back as 1985 and that adjustments will only be granted for taxation years that end in any of the preceding 10 years for applicants made after 2004.

### Applicant's supplementary position

[21] The applicant submits that subsection 220(3.1) of the ITA is ambiguous with regard to the limitation period

### La position des défendeurs

[16] Aux dires des défendeurs, le législateur a conféré au ministre un certain pouvoir discrétionnaire qu'il peut appliquer quand il rend une décision en vertu des dispositions législatives en matière d'équité, et l'unique raison pour laquelle la Cour peut modifier la décision du ministre est si cette dernière contrevient au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[17] Les défendeurs citent la décision *Montgomery*, précitée, à l'appui de la décision selon laquelle les mots « année d'imposition » qui figurent au paragraphe 220(3.1) de la LIR désignent l'année pour laquelle une déclaration a été produite, et non pas l'année dans laquelle les intérêts ont couru.

[18] Les défendeurs citent la décision *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2008 CF 218, dans laquelle la Cour fédérale [au paragraphe 26] a décrété que le délai de prescription prévu au paragraphe 220(3.1) de la LIR limite le pouvoir discrétionnaire du ministre à « la période de dix années civiles suivant la fin de l'année d'imposition pertinente ».

[19] Les défendeurs ajoutent que la modification créant le délai de prescription de dix ans est entrée en vigueur après le 31 décembre 2004 et que la demande fondée sur les dispositions d'équité a été présentée le 6 décembre 2005, ce qui n'accorde au ministre aucun pouvoir pour ce qui est de renoncer aux intérêts relatifs aux années d'imposition 1989 et 1990.

[20] Les défendeurs citent les Notes explicatives du ministère des Finances, qui indiquent qu'il peut se poser des problèmes administratifs lors de la vérification des demandes relatives aux années d'imposition remontant à 1985 et que des rajustements ne seront accordés que pour les années d'imposition qui prennent fin dans l'une quelconque des dix années précédentes pour les demandes faites après 2004.

### La position supplémentaire du demandeur

[21] Le demandeur allègue que le paragraphe 220(3.1) de la LIR est ambigu en ce qui concerne le délai de

and the Court should therefore favour the taxpayer's interpretation in accordance with the case of *Notre-Dame de Bon-Secours*, above.

[22] The applicant submits the Minister has adopted an improper limitation period in paragraph 12 of Income Tax Information Circular, No. IC07-1 "Taxpayer Relief Provisions" (May 31, 2007) by permitting the 10-year limitation period to run from the calendar year "in which the taxpayer's request" for relief is filed. The applicant submits this treats taxpayers differently depending on whether the application for relief was filed with the CRA before the end of the 10-year limitation period or not.

[23] The applicant submits that the reference to "that taxation year" in subsection 220(3.1) of the ITA cannot refer back to the taxation year of the original assessment, as that concept does not appear in subsection 220(3.1) of the ITA.

[24] The applicant notes the case of *Telfer* was overturned by the Federal Court of Appeal in the case of *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123 on the question of unreasonableness. The applicant admits the *Telfer* trial decision made a statement supporting the respondents' interpretation, but submits there is no indication as to whether the issue of interpretation was properly canvassed by the Federal Court, or that the opinions of leading tax academics were put before the Court; therefore, the applicant submits it is open for this Court to not follow the *Telfer* decision.

#### VIII. Standard of Review

[25] The applicant submits the case of *Tedford v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1334, [2007] 1 C.T.C. 252 determined the standard of review for cases of this type is reasonableness *simpliciter*.

[26] The respondents cite the case of *Lanno v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2005 FCA 153, 31 Admin. L.R. (4th) 85 for the proposition that the standard of review to be applied to the Minister's decisions is the

prescription et que la Cour devrait donc privilégier l'interprétation du contribuable, comme cela a été fait dans l'arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours*, précité.

[22] Le demandeur ajoute que le ministre a adopté un délai de prescription inexact au paragraphe 12 de la Circulaire d'information en matière d'impôt sur le revenu, n° IC07-1 « Dispositions d'allègement pour les contribuables » (31 mai 2007) en permettant que le délai de prescription de dix ans coure à partir de l'année civile « de laquelle la demande [...] du contribuable » au sujet d'un allègement est déposée. De plus, cela traite les contribuables différemment, selon que la demande d'allègement a été déposée auprès de l'ARC avant la fin du délai de prescription de dix ans ou non.

[23] Le demandeur soutient que la référence faite à « cette année d'imposition », au paragraphe 220(3.1) de la LIR, ne peut pas se rapporter à l'année d'imposition de la cotisation initiale, car ce concept n'apparaît pas au paragraphe 220(3.1) de la LIR.

[24] Le demandeur souligne que la décision *Telfer* a été infirmée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23, en rapport avec la question du caractère déraisonnable. Il ajoute que la décision *Telfer* qui a été rendue en première instance comportait un énoncé appuyant l'interprétation des défendeurs, mais il soutient que rien n'indique si la question de l'interprétation a été convenablement examinée par la Cour fédérale, ou si les opinions d'éminents fiscalistes ont été soumises à la Cour; le demandeur ajoute donc qu'il est loisible à la présente Cour de ne pas se conformer à la décision *Telfer*.

#### VIII. La norme de contrôle applicable

[25] Le demandeur soutient que la décision *Tedford c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1334 est celle qui établit que la norme de contrôle applicable aux affaires de cette nature est la décision raisonnable *simpliciter*.

[26] Les défendeurs citent l'arrêt *Lanno c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2005 CAF 153 à l'appui de la thèse selon laquelle la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer aux décisions du ministre est

old reasonableness *simpliciter*. The respondents submit a high level of deference should be shown to the decision maker in cases such as this. The respondents conclude that this Court ought to apply the current standard of reasonableness to this decision as it was by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (respondents' memorandum of fact and law, at paragraph 36).

#### IX. Analysis

[27] The central issue before this Court is the definition of "taxation year" in subsection 220(3.1) of the ITA. Does the use of this term refer only to one particular year of assessment, or is it merely a time frame during which interest accrues on an outstanding tax debt? Does it mean 10 years after the taxation year in which the original tax debt arose, or does it mean 10 years after a taxation year in which interest accrued on a tax debt?

[28] In 1991, Parliament introduced into the [then] ITA a number of sections giving the Minister the discretion to waive or cancel interest or penalties. Initially, subsection 220(3.1) [as enacted by S.C. 1991, c. 49, s. 181; 1993, c. 24, s. 127] of the [then] ITA contained no limitation on the Minister's discretion; however, as was examined in *Montgomery*, above, subsection 127(5) of the [Act to amend the] ITA limited this discretion to penalties and interest that arose as a consequence of assessments made during the 1985 and subsequent taxation years.

[29] In the case of *Montgomery*, the Federal Court of Appeal interpreted "taxation years" in the now-repealed subsection 127(5) of the [Act to amend the] ITA to mean the year of assessment. At the time of *Montgomery* subsection 220(3.1) of the ITA did not contain the term "taxation year." The 2005 amendment repealed subsection 127(5) of the [Act to amend the] ITA and placed the "taxation year" time limit into subsection 220(3.1) of the ITA. The question now is whether the language

l'ancienne norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Ils ajoutent qu'il convient de faire preuve d'un degré élevé de retenue à l'endroit du décideur dans les affaires telles que celle-ci. La Cour, concluent-ils, devrait appliquer à la présente décision l'actuelle norme de la décision raisonnable, à l'instar de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (mémoire des faits et du droit des défendeurs, au paragraphe 36).

#### IX. Analyse

[27] La question fondamentale dont la Cour est saisie est la définition de l'expression « année d'imposition » qui figure au paragraphe 220(3.1) de la LIR. Cette expression ne fait-elle référence qu'à une année de cotisation en particulier, ou s'agit-il simplement d'un délai durant lequel des intérêts courent sur une dette fiscale impayée? Veut-elle dire dix ans après l'année d'imposition dans laquelle la dette fiscale initiale a pris naissance, ou est-ce dix ans après une année d'imposition dans laquelle des intérêts ont couru sur une dette fiscale?

[28] En 1991, le législateur a introduit dans la LIR [à l'époque] un certain nombre de dispositions conférant au ministre le pouvoir discrétionnaire de renoncer à des intérêts ou à des pénalités ou de les annuler. Au départ, le paragraphe 220(3.1) [édicte par L.C. 1991, ch. 49, art. 181; 1993, ch. 24, art. 127] de la LIR [à l'époque] ne limitait d'aucune façon le pouvoir discrétionnaire du ministre; cependant, comme il a été analysé dans la décision *Montgomery*, précitée, le paragraphe 127(5) de la [Loi modifiant la] LIR a limité ce pouvoir discrétionnaire aux pénalités et aux intérêts qui découlaient de cotisations établies au cours des années d'imposition 1985 et suivantes.

[29] Dans l'arrêt *Montgomery*, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'expression « années d'imposition », dans le paragraphe 127(5), aujourd'hui abrogé, de la [Loi modifiant la] LIR, signifiait l'année de cotisation. À l'époque où l'arrêt *Montgomery* a été rendu, le paragraphe 220(3.1) de la LIR ne contenait pas l'expression « année d'imposition ». La modification de 2005 a abrogé le paragraphe 127(5) de la LIR et inclus la limite temporelle de l'« année d'imposition » au paragraphe

used in subsection 220(3.1) of the ITA changes the interpretation of “taxation year” that was expounded in *Montgomery*.

#### Rules of statutory interpretation

[30] In the case of *Notre-Dame de Bon-Secours*, above, the Supreme Court of Canada held that tax statutes are subject to the ordinary rules of statutory interpretation (*Notre-Dame de Bon-Secours*, at page 17).

#### The presumption of consistent expression

[31] It is noted that “taxation year” is a term that is used throughout the ITA. In *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 2002) at page 162, the authors write “[i]t is presumed that the legislature uses language carefully and consistently so that within a statute or other legislative instrument the same words have the same meaning and different words have different meanings. Another way of understanding this presumption is to say that the legislature is presumed to avoid stylistic variation. Once a particular way of expressing a meaning has been adopted, it is used each time that meaning is intended.”

[32] The presumption of consistent expression was aptly stated by the Supreme Court of Canada in the case of *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, where it was held that “[u]nless the contrary is clearly indicated by the context, a word should be given the same interpretation or meaning whenever it appears in an act” (at page 400).

[33] Sullivan and Driedger state the presumption not only applies to single words, but that “[t]he presumption [of consistent expression] is also strong where the repeated words are unusual or distinctive or contribute to a noticeable pattern” (at page 166).

[34] This approach was used by the Federal Court of Appeal in *Montgomery*, above, at page 198. The Court

220(3.1) de la LIR. Il reste maintenant à savoir si le libellé du paragraphe 220(3.1) de la LIR change l’interprétation de l’expression « année d’imposition » qui a été exposée dans l’arrêt *Montgomery*.

#### Les règles de l’interprétation des lois

[30] Dans l’arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours*, précité, la Cour suprême du Canada a déclaré que les lois fiscales sont assujetties aux règles ordinaires de l’interprétation des lois (à la page 17).

#### La présomption de l’uniformité des expressions

[31] La Cour souligne que l’expression « année d’imposition » est employée partout dans la LIR. Dans l’ouvrage intitulé *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : Butterworths, 2002), à la page 162, les auteurs écrivent ce qui suit : [TRADUCTION] « [o]n présume que le législateur rédige les lois avec soin et d’une manière cohérente, de sorte que dans une loi ou un autre texte législatif, les mots identiques ont le même sens et les mots différents un autre sens. Une autre façon de saisir cette présomption est de dire que l’on présume que le législateur évite les variations stylistiques. Une fois qu’une manière particulière d’exprimer un sens a été adoptée, elle est employée chaque fois que ce sens est envisagé. »

[32] La présomption d’uniformité des expressions a été énoncée avec justesse par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Thomson c. Canada (sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385 : « à moins que le contexte ne s’y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et avoir le même sens tout au long d’un texte législatif » (à la page 400).

[33] Sullivan et Driedger écrivent que la présomption ne s’applique pas seulement aux mots uniques, mais que [TRADUCTION] « [l]a présomption [d’uniformité des expressions] est également marquée dans les cas où les mots répétés sont inusités ou distinctifs, ou contribuent à une tendance notable » (à la page 166).

[34] Dans l’arrêt *Montgomery*, précité, la Cour d’appel fédérale a eu recours à cette optique au paragraphe 7.

held that “taxation year” is defined in subsection 249(1) of the ITA and that definition “cannot be divorced from the Act as a whole but must be read with reference to the income tax consequences under the Act for taxpayers in the defined period; otherwise, the definition would make little sense.”

#### Residual presumption in favour of the taxpayer

[35] The applicant argues that subsection 220(3.1) of the ITA is ambiguous and therefore, it should use the residual presumption in favour of the taxpayer to construe it in favour of the taxpayer. While the residual presumption is a tool at the Court’s disposal, the Court takes note of the ruling in *Notre-Dame de Bons-Secours*, above, where the Supreme Court held that the residual presumption is exceptional and should only be used when a court must choose between two valid interpretations. The Supreme Court also cited the case of *Symes*, above, and held that “[o]nly a reasonable doubt, not resolved by the ordinary rules of interpretation, will be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer” (*Notre-Dame de Bon-Secours*, at page 20).

#### Interpretation of subsection 220(3.1) of the ITA

[36] The Court notes that “taxation year” is a term that is widely used throughout the ITA; therefore, the Court considers that any analysis of the meaning of this phrase must examine its use throughout the legislative scheme.

[37] “Taxation year” [as am by S.C. 2007, c. 29, s. 29] is defined in subsection 249(1) of the ITA as follows:

Definition  
of “taxation  
year”

**249.** (1) For the purpose of this Act, a “taxation year” is

(a) in the case of a corporation or Canadian resident partnership, a fiscal period, and

Elle a déclaré que l’expression « année d’imposition » est définie au paragraphe 249(1) de la LIR et qu’« on ne peut détacher cette définition de l’ensemble de la Loi; on doit plutôt l’interpréter en se reportant aux conséquences fiscales pour les contribuables sous le régime de la Loi dans la période délimitée; autrement, la définition n’aurait guère de sens ».

#### La présomption résiduelle en faveur du contribuable

[35] Le demandeur soutient que le paragraphe 220(3.1) de la LIR est ambigu et qu’il faudrait donc recourir à la présomption résiduelle en faveur du contribuable pour l’interpréter à son avantage. Même si la présomption résiduelle est un outil dont dispose la Cour, celle-ci prend note de la décision rendue dans l’arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours*, précité, où la Cour suprême du Canada a déclaré que le rôle que joue la présomption résiduelle est exceptionnel et que celle-ci ne doit être employée que dans les cas où un tribunal doit faire un choix entre deux interprétations valables. La Cour suprême a également cité l’arrêt *Symes*, précité, et déclaré que « [s]eul un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d’interprétation sera résolu par le recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable » (*Notre-Dame de Bon-Secours*, à la page 20).

#### L’interprétation du paragraphe 220(3.1) de la LIR

[36] La Cour note que l’expression « année d’imposition » est largement employée dans toute la LIR; elle estime donc qu’une analyse quelconque du sens de cette expression doit examiner l’emploi qui en est fait dans le régime législatif tout entier.

[37] L’expression « année d’imposition » [mod. par L.C. 2007, ch. 29, art. 29] est définie au paragraphe 249(1) de la LIR :

**249.** (1) Pour l’application de la présente loi, l’année d’imposition est :

a) dans le cas d’une société ou d’une société de personnes résidant au Canada, l’exercice;

Sens  
d’« année  
d’imposition »

(b) in the case of an individual, a calendar year,

b) dans le cas d'un particulier, l'année civile.

and when a taxation year is referred to by reference to a calendar year, the reference is to the taxation year or years coinciding with, or ending in, that year.

La mention d'une année d'imposition par rapport à une année civile vise l'année ou les années d'imposition qui coïncident avec cette année civile ou se terminent au cours de cette année.

[38] The Court notes that this definition could support the case of either party, as it merely defines a time frame as a "taxation year". It is only through a reading of the other uses of this term that its definition becomes clear.

[38] La Cour souligne que cette définition n'étaye pas les arguments de l'une ou l'autre des parties, car elle définit simplement un délai comme une « année d'imposition ». Ce n'est qu'en lisant les autres emplois de cette expression que sa définition ressort clairement.

Use of "taxation year" in the context of the imposition of interest for unpaid tax debts

Emploi de l'expression « année d'imposition » dans le contexte de l'imposition d'intérêts pour une dette fiscale impayée

[39] A taxpayer is liable to pay interest on unpaid tax debts pursuant to the operation of subsection 161(1) [as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 96; 1997, c. 25, s. 50] of the ITA, which states:

[39] Un contribuable est tenu de payer de l'intérêt sur une dette fiscale impayée par suite de l'application du paragraphe 161(1) [mod. par L.C. 1994, ch. 7, Sch. VIII, art. 96; 1997, ch. 25, art. 50] de la LIR, dont le texte est le suivant :

General

**161.** (1) Where at any time after a taxpayer's balance-due day for a taxation year

**161.** (1) Dans le cas où le total visé à l'alinéa a) excède le total visé à l'alinéa b) à un moment postérieur à la date d'exigibilité du solde qui est applicable à un contribuable pour une année d'imposition, le contribuable est tenu de verser au receveur général des intérêts sur l'excédent, calculés au taux prescrit pour la période au cours de laquelle cet excédent est impayé :

Disposition générale

(a) the total of the taxpayer's taxes payable under this Part and Parts I.3, VI and VI.1 for the year

a) le total des impôts payables par le contribuable pour l'année en vertu de la présente partie et des parties I.3, VI et VI.1;

exceeds

(b) the total of all amounts each of which is an amount paid at or before that time on account of the taxpayer's tax payable and applied as at that time by the Minister against the taxpayer's liability for an amount payable under this Part or Part I.3, VI or VI.1 for the year,

b) le total des montants représentant chacun un montant payé au plus tard à ce moment au titre de l'impôt payable par le contribuable et imputé par le ministre, à compter de ce moment, sur le montant dont le contribuable est redevable pour l'année en vertu de la présente partie ou des parties I.3, VI ou VI.1.

the taxpayer shall pay to the Receiver General interest at the prescribed rate on the excess, computed for the period during which that excess is outstanding.

[40] The Court notes that the term “taxation year” is used in this subsection to refer to an individual year of assessment; therefore, a taxpayer who owes more taxes than he or she has paid for two consecutive taxation years will owe interest in respect of each year of delinquency.

[41] The interest imposed by subsection 161(1) of the ITA is compounded pursuant to subsection 248(11) of the ITA, which states:

**248. ...**

Compound interest

(11) Interest computed at a prescribed rate ... shall be compounded daily and, where interest is computed on an amount under any of those provisions and is unpaid or unapplied on the day it would, but for this subsection, have ceased to be computed under that provision, interest at the prescribed rate shall be computed and compounded daily on the unpaid or unapplied interest from that day to the day it is paid or applied and shall be paid or applied as would be the case if interest had continued to be computed under that provision after that day.

[42] It is noted that Parliament chose to use the same term, “taxation year”, in subsection 161(1) of the ITA, which imposes interest if a taxpayer owes additional taxes from a “taxation year”, and subsection 220(3.1) of the ITA, but not in subsection 248(11) of the ITA, which dictates that interest on an outstanding balance is compounded daily and can be paid back at any time.

Other uses of “taxation year”

[43] In addition to the above provisions, which are specific to the issue at bar, there are other uses of the term “taxation year” which the Court finds instructive. For example, section 3 states that a taxpayer’s income must be calculated for each “taxation year”:

Income for taxation year

**3.** The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is the taxpayer’s income for the year determined by the following rules.

[40] La Cour souligne que l’expression « année d’imposition » est employée dans ce paragraphe pour désigner une année d’évaluation individuelle; par conséquent, le contribuable qui doit plus d’impôt qu’il n’en a payé pour deux années d’imposition consécutives devra des intérêts pour chaque année de défaillance.

[41] Les intérêts qu’impose le paragraphe 161(1) de la LIR sont composés, conformément au paragraphe 248(11) de la LIR :

**248. [...]**

Intérêts composés

(11) Les intérêts calculés au taux prescrit [...] sont composés quotidiennement. Dans le cas où des intérêts calculés sur une somme en application d’une de ces dispositions sont impayés ou non imputés le jour où, sans le présent paragraphe, ils cesseraient d’être ainsi calculés, des intérêts au taux prescrit sont calculés et composés quotidiennement sur les intérêts impayés ou non imputés pour la période commençant le lendemain de ce jour et se terminant le jour où ces derniers sont payés ou imputés, et sont payés ou imputés comme ils le seraient s’ils continuaient à être ainsi calculés après ce jour.

[42] La Cour signale que le législateur a décidé d’employer la même expression — « année d’imposition » — au paragraphe 161(1) de la LIR, qui impose des intérêts si un contribuable est redevable d’un montant d’impôt additionnel provenant d’une « année d’imposition », ainsi qu’au paragraphe 220(3.1) de la LIR, mais non au paragraphe 248(11) de la LIR, qui prescrit que les intérêts sur un solde impayé sont composés quotidiennement et peuvent être payés en tout temps.

Autres emplois de l’expression « année d’imposition »

[43] Outre les dispositions qui précèdent, lesquelles se rapportent à la question en l’espèce, il existe d’autres emplois de l’expression « année d’imposition » que la Cour trouve instructifs. Par exemple, l’article 3 mentionne que le revenu d’un contribuable doit être calculé pour chaque « année d’imposition » :

**3.** Pour déterminer le revenu d’un contribuable pour une année d’imposition, pour l’application de la présente partie, les calculs suivants sont à effectuer.

Revenu pour l’année d’imposition

[44] Subsection 150(1) [as am. by S.C. 1999, c. 22, s. 63] of the ITA requires taxpayers to file tax returns for each “taxation year”:

Filing returns  
of income —  
general rule

**150.** (1) Subject to subsection (1.1), a return of income that is in prescribed form and that contains prescribed information shall be filed with the Minister, without notice or demand for the return, for each taxation year of a taxpayer.

[45] It is also significant that subsection 220(3.1) of the ITA refers to “taxation year” and then parenthetically states, “(or in the case of a partnership, a fiscal period of the partnership)”. Subsection 96(1) of the ITA sheds light on the purpose behind this inclusion. Paragraph 96(1)(b) of the ITA states:

General Rules

**96** (1) Where a taxpayer is a member of a partnership, the taxpayer’s income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss and farm loss, if any, for a taxation year, or the taxpayer’s taxable income earned in Canada for a taxation year, as the case may be, shall be computed as if

...

(b) the taxation year of the partnership were its fiscal period;

[46] Paragraph 96(1)(b) of the ITA shows that a “taxation year” can differ depending on the type of taxpayer being assessed. Paragraph 96(1)(b) of the ITA deems the taxation year of a partnership to be its fiscal period, meaning the partnership is to file a tax return for its fiscal period. The reference in subsection 220(3.1) of the ITA to the fiscal period of a partnership is an indication that Parliament intended subsection 220(3.1) of the ITA to refer to the period of assessment, otherwise, Parliament would not have included this reference to the particular period of assessment of partnerships.

[47] It follows from the fact that income must be computed for a “taxation year” and a tax return must be filed for each “taxation year” and that different types of taxpayers file their returns based on different “taxation

[44] Le paragraphe 150(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 22, art. 63] de la LIR oblige les contribuables à produire une déclaration de revenus pour chaque « année d’imposition » :

**150.** (1) Sous réserve du paragraphe (1.1), une déclaration de revenu sur le formulaire prescrit et contenant les renseignements prescrits doit être présentée au ministre, sans avis ni mise en demeure, pour chaque année d’imposition d’un contribuable.

Déclarations  
— règle  
générale

[45] Il est notable aussi que le paragraphe 220(3.1) de la LIR fait mention de l’« année d’imposition » et ajoute ensuite : « ou de l’exercice d’une société de personnes ». Le paragraphe 96(1) de la LIR jette un peu de lumière sur la raison d’être de cet ajout, à l’alinéa b) :

**96.** (1) Lorsqu’un contribuable est un associé d’une société de personnes, son revenu, le montant de sa perte autre qu’une perte en capital, de sa perte en capital nette, de sa perte agricole restreinte et de sa perte agricole, pour une année d’imposition, ou son revenu imposable gagné au Canada pour une année d’imposition, selon le cas, est calculé comme si :

Règles  
générales

[...]

b) l’année d’imposition de la société de personnes correspondait à son exercice;

[46] L’alinéa 96(1)b) de la LIR montre qu’une « année d’imposition » peut différer, suivant le type de contribuable visé par une cotisation. Selon cet alinéa, l’année d’imposition d’une société de personnes est son exercice, ce qui signifie que cette société doit produire une déclaration de revenus pour son exercice. La référence faite dans le paragraphe 220(3.1) de la LIR à l’exercice d’une société de personnes dénote que le législateur envisageait que le paragraphe 220(3.1) de la LIR fasse référence à la période de cotisation; sans cela il n’aurait pas fait ainsi référence à la période de cotisation particulière des sociétés de personnes.

[47] Étant donné que le revenu doit être calculé pour une « année d’imposition », qu’une déclaration doit être produite pour chaque « année d’imposition » et que différents types de contribuables produisent leurs déclarations

years” that there is special significance to the use of the term “taxation year” in subsection 220(3.1) of the ITA.

Other judicial pronouncements on the term “taxation year”

[48] The term “taxation year” was interpreted by Justice Yvon Pinard in *Montgomery* (F.C.T.D.), above, at page 59, when he ruled “a ‘taxation year’ refers to a year, fiscal or calendar, for which tax is computed. Tax returns cover this period. In using the term ‘the 1985 and subsequent taxation years’ ... Parliament must be referring to periods of time for which tax returns are submitted.”

[49] More recently, the Federal Court interpreted the amended subsection 220(3.1) of the ITA in the case of *Telfer* (F.C.), above, at paragraph 25. In that case, the Court rejected the applicant’s argument that an application for interest relief should be assessed based on the date the objection was filed, not 10 years after the date of assessment giving rise to the interest. The Court held that “the limitation in subsection 220(3.1) is expressly laid out to restrict the Minister’s discretion on the waiver or cancellation of interest and penalties to the ten calendar years after the end of the relevant taxation year” (*Telfer* (F.C.), above, at paragraph 26).

[50] The ruling in *Telfer* (F.C.), above, was partially overturned in *Telfer* (F.C.A.), above, but the ruling of the Federal Court of Appeal did not overturn the Federal Court’s statements regarding subsection 220(3.1) of the ITA. The judgment of Justice John Maxwell Evans states the appellant did not allege “that the Minister committed an error of law by misinterpreting subsection 220(3.1)”, but instead that the appeal was based on the argument that the Minister’s decision lacked the requisite degree of “justification, transparency and intelligibility” required to be upheld when examined under the standard of reasonableness (*Telfer* (F.C.A.), above, at paragraph 28).

en se fondant sur des « années d’imposition » différentes, il s’ensuit que l’emploi de l’expression « année d’imposition », au paragraphe 220(3.1) de la LIR, revêt une importance particulière.

Autres prises de position judiciaires au sujet de l’expression « année d’imposition »

[48] L’expression « année d’imposition » a été interprétée par le juge Yvon Pinard dans la décision *Montgomery* (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), précitée, au paragraphe 11, dans lequel il a déclaré ce qui suit : « “année d’imposition” s’entend d’une année civile ou d’un exercice financier à l’égard duquel de l’impôt est calculé. Cette période est visée par une déclaration de revenus. En employant les termes “années d’imposition 1985 et suivantes”, le législateur fait sûrement référence à des périodes à l’égard desquelles des déclarations de revenus sont produites. »

[49] Plus récemment, la Cour fédérale a interprété le paragraphe 220(3.1) modifié de la LIR dans la décision *Telfer* (C.F.), précitée, au paragraphe 25. Dans cette dernière, la Cour a rejeté l’argument de la demanderesse selon lequel il fallait évaluer la demande d’allègement d’intérêts en tenant compte de la date du dépôt des avis d’opposition, et non dix ans après la date de la cotisation donnant lieu aux intérêts. La Cour a déclaré : « le délai de prescription prévu au paragraphe 220(3.1) a expressément été établi pour restreindre à la période de dix années civiles suivant la fin de l’année d’imposition pertinente le pouvoir discrétionnaire du ministre de renoncer aux intérêts et aux pénalités ou de les annuler » (*Telfer* (C.F.), précitée, au paragraphe 26).

[50] La décision qui a été rendue dans *Telfer* (C.F.), précitée, a été infirmée en partie dans l’arrêt *Telfer* (C.A.F.), précité, mais la décision de la Cour d’appel fédérale n’a pas infirmé les déclarations de la Cour fédérale concernant le paragraphe 220(3.1) de la LIR. D’après le jugement du juge John Maxwell Evans, l’appelante n’a pas allégué « que le ministre aurait commis une erreur de droit en interprétant mal le paragraphe 220(3.1) », mais plutôt que l’appel était fondé sur l’argument selon lequel la décision du ministre était dénuée du degré requis de « “justification, de transparence et d’intelligibilité” » qui est nécessaire pour être confirmée quand on l’examine

In respect of the meaning of “taxation year”, an analogy is drawn to the recent Federal Court of Appeal decision, penned by Justice Marc Noël, in *Nicholls v. Canada (Revenue Agency)*, 2010 FCA 30, [2010] 3 C.T.C. 208, in respect of paragraphs 5, 6 and 7.

#### X. Conclusion

[51] Subsequent to the very well-prepared materials and arguments of the parties, it is the Court’s conclusion that Justice Yvon Pinard’s definition in *Montgomery* (F.C.T.D.), above (which was affirmed by the Federal Court of Appeal), continues to be the correct interpretation of the phrase “taxation year” in the context of the taxpayer relief provisions. The Court is also in agreement with the ruling in *Telfer*, above, that the time limit in subsection 220(3.1) of the ITA is for the 10 calendar years after the relevant taxation year, namely, the year of assessment.

[52] It is the Court’s conclusion that the applicant’s construction of subsection 220(3.1) of the ITA would reduce the term “taxation year” to a simple demarcation of time; however, a reading of the ITA as a whole shows that it is a phrase with a specific and meaningful definition.

[53] For all the above reasons, the application for judicial review is dismissed.

#### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS that

- (1) the application for judicial review be dismissed;
- (2) there be no costs as it is a matter of general importance.

selon la norme de la décision raisonnable (*Telfer* (C.A.F.), précité, au paragraphe 28). En ce qui concerne le sens de l’expression « année d’imposition », une analogie est faite avec la décision que la Cour d’appel fédérale a récemment rendue sous la plume du juge Marc Noël dans *Nicholls c. Canada (Agence du revenu)*, 2010 CAF 30, au sujet des paragraphes 5, 6 et 7.

#### X. Conclusion

[51] Au vu des documents et des arguments fort bien préparés des parties, la Cour conclut que la définition donnée par le juge Yvon Pinard dans la décision *Montgomery* (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), précitée (et confirmée par la Cour d’appel fédérale), continue d’être l’interprétation exacte de l’expression « année d’imposition » dans le contexte des dispositions d’allègement visant les contribuables. La Cour souscrit également à la décision rendue dans l’arrêt *Telfer*, précité, à savoir que le délai dont il est question au paragraphe 220(3.1) de la LIR concerne les dix années civiles qui suivent l’année d’imposition applicable, c’est-à-dire l’année de cotisation.

[52] La Cour conclut que l’interprétation que fait le demandeur du paragraphe 220(3.1) de la LIR réduirait l’expression « année d’imposition » à une simple démarcation de temps; il ressort toutefois d’une lecture de la LIR dans son ensemble que cette expression a une définition précise et concrète.

[53] Pour tous les motifs qui précèdent, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

- 1) la demande de contrôle judiciaire est rejetée;
- 2) aucuns dépens ne sont adjugés car il s’agit d’une question de portée générale.

T-329-09  
2010 FC 86

T-329-09  
2010 CF 86

**Frédéric Picard** (*Applicant*)

v.

**The Commissioner of Patents and the Canadian Intellectual Property Office** (*Respondents*)

*INDEXED AS: PICARD v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS)*

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Montréal, December 15, 2009; Ottawa, January 26, 2010.

*Official Languages — Application under Official Languages Act (Act), s. 77(1) to determine whether patents, patent applications must be bilingual to meet requirements of Act — Applicant requesting that Office of Commissioner of Official Languages (OCOL) investigate whether Canadian Intellectual Property Office's (Office) practice regarding patent applications consistent with Act — OCOL concluding Office not violating Parts II, IV of Act but recommending that Office develop action plan to make patent abstracts available in both official languages — Because patents not instruments made in execution of legislative power, Act, s. 7(1) not applying thereto — Act, s. 7(2) regarding bilingual requirements for instruments made in exercise of prerogative also not applying as Patent Act creating complete statutory scheme replacing Crown prerogative — Because patent not really made, issued by Commissioner of Patents, Act, s. 12 on bilingual requirements for instruments directed to, intended for notice of public not applying — Parliament never intending Act, s. 12 to cover patents — Act, s. 22 also not applying since publication of certain components of patents on Patent Office Web site not distinct "service" that must be provided in both official languages — Measures proposed by Office in response to OCOL's recommendation not sufficient to meet its obligations under Act, s. 41, as federal institution, to promote use of both official languages — Patent Office must at least make abstracts of patents available in both official languages — Compliance therewith constituting appropriate, just remedy in circumstances — Application allowed in part.*

**Frédéric Picard** (*demandeur*)

c.

**Le Commissaire aux brevets et l'Office de la propriété intellectuelle du Canada** (*défendeurs*)

*RÉPERTORIÉ : PICARD c. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS)*

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Montréal, 15 décembre 2009; Ottawa, 26 janvier 2010.

*Langues officielles — Recours formé en vertu de l'art. 77(1) de la Loi sur les langues officielles (la Loi) en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi — Le demandeur avait demandé au Commissariat aux langues officielles (le Commissariat) de faire enquête pour savoir si les pratiques de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'Office) à ce sujet étaient compatibles avec la Loi — Le Commissariat a conclu que l'Office ne contrevenait pas aux parties II et IV de la Loi, mais a recommandé que l'Office établisse un plan d'action visant à rendre disponibles les abrégés des brevets dans les deux langues officielles — Parce que les brevets ne sont pas des actes « pris dans l'exercice d'un pouvoir législatif », l'art. 7(1) de la Loi ne s'applique pas — L'art. 7(2) de la Loi, qui prévoit des exigences sur le bilinguisme applicables aux actes qui procèdent de la prerogative, ne s'applique pas non plus puisque la Loi sur les brevets crée un régime législatif complet qui remplace la prerogative royale — Parce que les brevets n'émanent pas véritablement du Commissaire aux brevets, l'art. 12 de la Loi concernant les exigences sur le bilinguisme pour les actes qui s'adressent au public ne s'applique pas — Le législateur n'a jamais voulu que l'art. 12 de la Loi vise les brevets — L'art. 22 de la Loi ne s'applique pas non plus puisque la publication de certaines composantes de brevets sur le site Web du Bureau des brevets n'est pas un « service » distinct qui doit être rendu dans les deux langues officielles — Les mesures proposées par le Bureau des brevets, en réponse aux recommandations du Commissariat aux langues officielles, n'étaient pas suffisantes pour s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'art. 41 de la Loi, en tant qu'institution fédérale, de promouvoir l'usage de ces deux langues — Le Bureau des brevets doit à tout le moins rendre disponibles les abrégés des brevets dans les deux langues officielles — Cela constitue par conséquent une réparation convenable et juste eu égard aux circonstances — Recours accueilli en partie.*

*Patents — Application under Official Languages Act, s. 77(1) to determine whether patents, patent applications must be bilingual to meet requirements of Act — Text of patent proposed by inventor; Commissioner of Patents cannot create patent, modify patent application — Patents not instruments “made in the execution of a legislative power” — Patent Act creating complete statutory scheme, replacing Crown prerogative to grant patent for invention — Patent hybrid instrument, both private, public — Although issuance of patents now authorized by statute, nonetheless constituting letters patent, public in nature — Because patent a monopoly, creating exception to general principles of free commerce, importance of it being public understandable — However, made or issued by inventor, not federal institution — While originating in discretionary exercise of Crown prerogative, patent today representing recognition of right rather than expression of sovereign’s favour.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Language Rights — Application under Official Languages Act, s. 77(1) to determine whether patents, patent applications must be bilingual to meet requirements of Act — Canadian Intellectual Property Office not violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20 by publishing certain components of patents on Office’s Web site.*

This was an application under subsection 77(1) of the *Official Languages Act* (Act) against the respondents to determine whether patents and patent applications must be bilingual to meet the requirements of the Act. When a patent application becomes open to public inspection, it is in one official language only, the language in which it was filed. Only certain information, none of which allows the reader to understand how the invention covered functions and scope of the monopoly granted, is available in both official languages once the patent is granted. At the applicant’s request, the Office of the Commissioner of Official Languages (OCOL) investigated whether the Canadian Intellectual Property Office’s (Office) practice on this point was consistent with the Act and in particular with Parts II, IV and VII thereof. The OCOL concluded that the Office did not violate Parts II and IV of the Act but recommended that the Office develop an action plan with a view to making patent abstracts available in both official languages. This would enable the Patent Office to meet the objective of promoting linguistic equality in accordance with Part VII of the Act. The Office approved three projects in response to the OCOL’s recommendation. The applicant brought this application, unsatisfied with the OCOL’s report and the Office’s response.

*Brevets — Recours formé en vertu de l’art. 77(1) de la Loi sur les langues officielles en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi — Le texte d’un brevet est proposé par l’inventeur et le Commissaire aux brevets ne peut ni en créer un ni modifier le moindre mot dans une demande de brevet — Les brevets ne sont pas des actes « pris dans l’exercice d’un pouvoir législatif » — La Loi sur les brevets crée un régime législatif complet qui remplace la prérogative royale pour l’octroi d’un brevet — Un brevet est un acte hybride, à la fois privé et public — Même si leur délivrance est désormais autorisée par une loi, les brevets n’en demeurent pas moins des lettres patentes de nature publique — Parce qu’un brevet est un monopole, créant une exception aux principes généraux de liberté du commerce, l’importance de la publicité d’un brevet est compréhensible — Il émane toutefois d’un inventeur et non d’une institution fédérale — Malgré ses origines dans l’exercice discrétionnaire de la prérogative royale, le brevet représente, aujourd’hui, la reconnaissance d’un droit plutôt que l’expression de la faveur du souverain.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits linguistiques — Recours formé en vertu de l’art. 77(1) de la Loi sur les langues officielles en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi — L’Office de la propriété intellectuelle du Canada ne contrevient pas à l’art. 20 de la Charte canadienne des droits et libertés en publiant certaines composantes des brevets sur son site Web.*

Il s’agissait d’un recours formé, en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* (la Loi), à l’encontre des défendeurs en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi. Lorsqu’une demande de brevet devient disponible pour consultation par le public, elle ne l’est que dans une langue officielle, soit celle dans laquelle elle a été déposée. Seuls quelques renseignements, dont aucun ne permet de comprendre le fonctionnement de l’invention couverte et l’étendue du monopole conféré, sont disponibles dans les deux langues officielles une fois le brevet octroyé. À la demande du demandeur, le Commissariat aux langues officielles (le Commissariat) a fait enquête pour savoir si les pratiques de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (l’Office) à ce sujet étaient compatibles avec la Loi, y compris notamment ses parties II, IV et VII. Le Commissariat aux langues officielles avait conclu que l’Office ne contrevenait pas aux parties II et IV de la Loi. Il a cependant recommandé que l’Office établisse un plan d’action visant à rendre disponibles les abrégés des brevets dans les deux langues officielles. Cela permettrait au Bureau des brevets (le Bureau) d’atteindre l’objectif de la promotion de l’égalité linguistique conformément à la partie VII de la Loi. L’Office a approuvé trois projets en réponse aux recommandations du Commissariat. Le

The issue was whether the fact that patents and patent applications are available in only one of the two official languages violates sections 7, 12, 22 or Part VII (and in particular section 41) of the Act as well as section 20 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. If so, the appropriate remedy in the circumstances had to be determined in accordance with subsection 77(4) of the Act.

*Held*, the application should be allowed in part.

A patent does not meet the formal criterion developed by the Supreme Court in *Reference re Manitoba Language Rights* because it is not made by a government or subject to approval by a government and no positive action by the government is required to breathe life into it. The bilingualism requirement in section 7 of the Act applies to instruments about which it can be said that “positive action of the Government is required to breathe life into them”. No “positive action” by the federal Cabinet is required to “breathe life into” a patent. The patent is effective once it is issued by the Commissioner of Patents. A patent also does not meet the content criterion because it does not have “force” of law in the sense in which the Supreme Court used that expression because it is not a unilateral rule. The text of a patent is proposed by the inventor; the Commissioner can neither create a patent on his own initiative nor even modify a single word in a patent application. Because patents are not instruments “made in the execution of a legislative power”, subsection 7(1) of the Act does not apply. Subsection 7(2) of the Act regarding mandatory bilingual requirements for instruments made in the exercise of a prerogative or other executive power that are of a public and general nature also does not apply to patents. The origin of patents, in English law, “rests in the royal prerogative of granting letters patent” and therefore patents were initially considered instruments made in the exercise of a prerogative. However, when a statute occupies a field formerly left to Crown prerogative, the statute is the source of the executive power to do what was formerly authorized by the prerogative. The *Patent Act* creates a complete statutory scheme, which, in Canada, replaces the Crown prerogative to grant a patent for an invention.

A patent is a hybrid instrument, both private and public. Its authority derives from the approval by a public institution, the Commissioner of Patents, but its content is determined by a private person, the inventor. In exchange for disclosure of that content, the inventor obtains a right that is characterized as both a monopoly and a private property right. Patents are public documents. Although the issuance of patents is now authorized

demandeur, insatisfait du rapport du Commissariat et de la réponse de l’Office, a intenté le présent recours.

Il s’agissait de déterminer si le fait que les brevets et les demandes de brevet ne sont disponibles que dans l’une des deux langues officielles contrevient aux articles 7, 12, 22 ou à la partie VII (particulièrement à l’article 41) de la Loi ainsi qu’à l’article 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si c’est le cas, la réparation convenable eu égard aux circonstances devait être accordée en vertu du paragraphe 77(4) de la Loi.

*Jugement* : le recours doit être accueilli en partie.

Un brevet ne satisfait pas au critère formel développé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, car il n’est ni adopté par le gouvernement ni soumis à l’approbation de celui-ci, et aucune action positive du gouvernement n’est nécessaire pour lui insuffler la vie. L’exigence du bilinguisme à l’article 7 de la Loi s’applique aux actes dont on peut dire « qu’une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie ». Or, aucune « action positive » du cabinet fédéral n’est nécessaire pour « insuffler la vie » à un brevet. Celui-ci est effectif dès sa délivrance par le Commissaire aux brevets. Un brevet ne satisfait pas non plus au critère relatif au contenu parce qu’il n’a pas « force » de loi, dans le sens où la Cour suprême utilise cette expression, puisqu’il n’est pas une règle unilatérale. Le texte d’un brevet est proposé par l’inventeur. Le Commissaire ne peut ni créer un brevet de son propre chef ni même modifier le moindre mot dans une demande de brevet. Parce que les brevets ne sont pas des actes « pris dans l’exercice d’un pouvoir législatif », le paragraphe 7(1) de la Loi ne s’applique pas. Le paragraphe 7(2) de la Loi, qui rend obligatoire la publication dans les deux langues officielles les actes qui procèdent de la prerogative ou de tout autre pouvoir exécutif et sont de nature publique et générale, ne s’applique pas non plus aux brevets. Il est vrai que l’origine des brevets, en droit anglais, « rests in the royal prerogative of granting letters patent » et que les brevets étaient donc, au départ, des actes qui procèdent de la prerogative. Toutefois, dès qu’une loi occupe un champ autrefois laissé à la prerogative royale, c’est de cette loi que procède le pouvoir de l’exécutif de faire ce qu’autorisait auparavant la prerogative. La *Loi sur les brevets* crée un régime législatif complet qui remplace, au Canada, la prerogative royale d’accorder un brevet pour une invention.

Un brevet est un acte hybride, à la fois privé et public. Il tire son autorité de l’approbation d’une institution publique, le Commissaire aux brevets, mais son contenu est fixé par une personne privée, l’inventeur. En échange de la divulgation de ce contenu, l’inventeur obtient un droit qu’on qualifie à la fois de monopole et de droit de propriété privé. Les brevets sont des documents publics. Même si leur délivrance est désormais

by a statute and patents are issued on the conditions set out therein, they are nonetheless letters patent. Letters patent are “open letters ... usually directed or addressed by the king to all his subjects at large”. The fact that patents, like letters patent confirming any other royal grant, are ostensibly intended for the owner does not change the fact that they are public in nature. Because a patent is a monopoly, creating an exception to the general principles of free commerce and even of freedom itself, the importance of it being public is understandable. However, although a patent is directed to or intended for the notice of the public, it is made or issued by the inventor. Despite that it originated in the discretionary exercise of Crown prerogative, a patent today represents recognition of a right rather than the expression of the favour of the sovereign. When the Commissioner of Patents issues a patent, he confirms the inventor’s right but it is the inventor who defines the scope of their right by writing the claims. Therefore, because a patent is not really made or issued by the Commissioner of Patents, section 12 of the Act, which pertains to instruments directed to or intended for the notice of the public, does not apply. Finally, the fact that the Act and the *Patent Act* do not allow for proper handling of the translation of patents indicates that Parliament never intended that section 12 of the Act cover patents.

As for section 22 of the Act, publication of certain components of patents on the Patent Office Web site is not a distinct “service” that, in itself, must be provided in both official languages. The Patent Office merely reproduces (in part) the text of the patents, as they exist. The question of a violation of section 22 of the Act that is distinct from a violation of section 12 would arise if the patents were bilingual but the Patent Office published only one of the two versions of the patents on the Web site. Therefore, the Patent Office did not violate either section 22 of the Act or section 20 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The most relevant provision of Part VII of the Act in this case was section 41, which pertains to the Government of Canada’s commitment to enhancing the vitality of French and English linguistic minorities and fostering the full recognition and use of French and English in Canadian society. The failure to make patents available in both official languages violates Part VII of the Act. While courts must limit themselves to the factual circumstances relating to a particular decision rather than examining the government’s entire language policy every time an application under Part VII is brought before them, it is logical to assume that by creating a legal remedy for violations of Part VII, Parliament intended precisely to call on the courts’ expertise in the matter. Therefore, the measures proposed to date by the Patent Office were not sufficient to meet its obligation, as a federal institution, to promote the use of both official languages. However, the consequences of a violation of Part VII of the Act and of the other provisions thereof are not the same.

autorisée par une loi et se fait aux conditions prévues par celle-ci, les brevets n’en demeurent pas moins des lettres patentes. Celles-ci sont des « *open letters ... usually directed or addressed by the king to all his subjects at large* ». Le fait qu’un brevet, comme d’ailleurs les lettres patentes confirmant tout autre octroi royal (*royal grant*), soit ostensiblement destiné à son titulaire n’en change pas la nature publique. Parce qu’un brevet est un monopole, créant une exception aux principes généraux de liberté du commerce et même de liberté tout court, l’importance de la publicité d’un brevet est compréhensible. Cependant, bien qu’il s’adresse au public, un brevet émane de l’inventeur. Malgré ses origines dans l’exercice discrétionnaire de la prérogative royale, le brevet représente, aujourd’hui, la reconnaissance d’un droit plutôt que l’expression de la faveur du souverain. En délivrant un brevet, le Commissaire aux brevets confirme le droit de l’inventeur, mais c’est celui-ci qui définit la portée de son droit en formulant les revendications. Par conséquent, comme un brevet n’émane pas véritablement du Commissaire aux brevets, l’article 12 de la Loi, qui concerne les actes qui s’adressent au public, ne s’applique pas. Enfin, le fait que la Loi et la *Loi sur les brevets* ne permettent pas de traiter adéquatement la traduction des brevets est un signe que le législateur n’a jamais voulu que l’article 12 vise les brevets.

En ce qui concerne l’article 22 de la Loi, la publication de certaines composantes de brevets sur le site Web du Bureau des brevets n’est pas un « service » distinct qui doit, en soi, être rendu dans les deux langues officielles. Le Bureau ne fait que reproduire (partiellement) le texte des brevets, tels qu’ils existent. La question d’une violation de l’article 22 de la Loi distincte d’une violation de l’article 12 se poserait si les brevets étaient bilingues, mais le Bureau ne publiait sur son site Web qu’une de leurs deux versions. Par conséquent, le Bureau ne contrevient ni à l’article 22 de la Loi ni à l’article 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En l’espèce, la disposition la plus pertinente de la partie VII de la Loi est l’article 41, qui porte sur l’engagement du gouvernement fédéral à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones et à promouvoir la pleine reconnaissance et l’usage du français et de l’anglais dans la société canadienne. La non-disponibilité des brevets dans les deux langues officielles contrevient à la partie VII de la Loi. Bien que les tribunaux doivent se limiter aux circonstances factuelles relatives à une décision particulière plutôt qu’examiner l’ensemble de la politique linguistique du gouvernement chaque fois qu’ils sont saisis d’un recours fondé sur la partie VII, il est logique de supposer qu’en créant un recours juridique pour des atteintes à la partie VII, le Parlement voulait justement faire appel à leur expertise en la matière. Par conséquent, les mesures proposées à ce jour par le Bureau des brevets n’étaient pas suffisantes pour s’acquitter de l’obligation qui lui incombe, en tant qu’institution fédérale, de promouvoir l’usage de ces deux

Although the decisions of federal institutions to give effect to the government's commitment under Part VII are entitled to a certain deference on the part of the courts, they cannot be conclusive. A patent is a document that is directed to or intended for the notice of, and is for the information of, the public. While it would be difficult to completely translate all patents, the Patent Office must at least make abstracts of patents available in both official languages, as the OCOL had proposed. Making this unofficial translation available will be a remedy that is "appropriate and just in the circumstances" within the meaning given to that expression in case law. Requiring that the Commissioner make bilingual abstracts available does not overstep either the mandate of the Court in our constitutional system or the limits of its expertise.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 20.
- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Arts. 2934–3075.1.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 133.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 2(1) "regulation".
- Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 7 (as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 225), 12, 13, 22, 41 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006, c. 9, s. 23), 77 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2), 81.
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 10 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 28), 27 (as am. *idem*, s. 31; c. 44, s. 192), 35 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 12; S.C. 1993, c. 15, s. 38), 40, 41 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 42 (as am. *idem*), 43 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42).
- Patent Rules*, SOR/96-223.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Patent Cooperation Treaty*, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.

langues. Cela dit, les conséquences d'une violation de la partie VII de la Loi et de ses autres dispositions ne sont pas les mêmes.

Bien que les décisions des institutions fédérales destinées à donner suite à l'engagement du gouvernement en vertu de la partie VII ont droit à une certaine déférence des tribunaux, elles ne sauraient être déterminantes. Un brevet est un document qui s'adresse au public et l'informe. Si la traduction complète de tous les brevets est difficilement réalisable, le Bureau doit à tout le moins rendre disponibles dans les deux langues officielles les abrégés des brevets, comme l'avait proposé le Commissariat aux langues officielles. La disponibilité de cette traduction non officielle constituera une « réparation convenable et juste eu égard aux circonstances », au sens que la Cour suprême a donné à cette expression dans la jurisprudence. Obliger le Commissaire à rendre disponibles les abrégés bilingues ne dépasse ni le mandat de la Cour dans notre système constitutionnel ni les limites de son expertise.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés* qui constitue la partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 20.
- Code civil du Québec*, L.R.Q. 1991, ch. 64, art. 2934 à 3075.1.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict. ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 133.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2(1) « règlement ».
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 10 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 28), 27 (mod., *idem*, art. 31; ch. 44, art. 192), 35 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 12; L.C. 1993, ch. 15, art. 38), 40, 41 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16), 42 (mod., *idem*), 43 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42).
- Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 7 (mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 225), 12, 13, 22, 41 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23), 77 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2), 81.
- Règles sur les brevets*, DORS/96-223.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Traité de coopération en matière de brevets*, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212, (1992), 88 D.L.R. (4th) 385, [1992] 2 W.W.R. 385; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, 219 D.L.R. (4th) 577, 21 C.P.R. (4th) 417.

## DISTINGUISHED:

*Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 579, (1992), 89 D.L.R. (4th) 500, 10 M.P.L.R. (2d) 92.

## CONSIDERED:

*Attorney General of Quebec v. Blaikie et al.*, [1981] 1 S.C.R. 312, (1981), 123 D.L.R. (3d) 15, 60 C.C.C. (2d) 524; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, 194 D.L.R. (4th) 193, 9 C.P.R. (4th) 129; [2000] 2 S.C.R. 1024, 194 D.L.R. (4th) 232, 9 C.P.R. (4th) 168; *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306; *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194, 302 D.L.R. (4th) 632, 384 N.R. 50; *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276, 243 D.L.R. (4th) 542, 22 Admin. L.R. (4th) 161; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, (1985), 19 D.L.R. (4th) 1, 35 Man. R. (2d) 83; *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212, (1999), 181 D.L.R. (4th) 441, 18 Admin. L.R. (3d) 243 (C.A.); *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, 218 N.S.R. (2d) 311, 232 D.L.R. (4th) 577.

## AUTHORS CITED

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 2, Chicago: University of Chicago Press, 1979.  
Mossoff, Adam. "Rethinking the Development of Patents : An Intellectual History, 1550-1800" (2000–2001), 52 *Hastings L.J.* 1255.

APPLICATION under subsection 77(1) of the *Official Languages Act* to determine whether patents and patent applications must be bilingual to meet the requirements of the Act. Application allowed in part.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194; *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276; *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.); *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

## DOCTRINE CITÉE

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, Chicago : University of Chicago Press, 1979.  
Mossoff, Adam. « Rethinking the Development of Patents : An Intellectual History, 1550-1800 » (2000–2001), 52 *Hastings L.J.* 1255.

RECOURS formé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les langues officielles* en vue de déterminer si les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la Loi. Recours accueilli en partie.

## APPEARANCES

Frédéric Picard on his own behalf.  
*Pierre Salois and Mariève Sirois-Vaillancourt* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

*The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by*

[1] TREMBLAY-LAMER J.: This is an application under subsection 77(1) [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 [Act] by Frédéric Picard (the applicant) against the Canadian Intellectual Property Office (the Office) and the Commissioner of Patents (together, the respondents).

## FACTS AND LEGISLATIVE FRAMEWORK

[2] A person who wishes to patent an invention in Canada (an inventor) must file an application for a patent together with a petition, an abstract summarizing the subject-matter of the invention and a specification that contains “a claim or claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed” with the Commissioner of Patents, in accordance with section 27 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31; c. 44, s. 192] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. “[I]f an application for the patent in Canada is filed in accordance with [the *Patent Act*] and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met”, the Commissioner shall grant a patent for the invention.

[3] The patent application is prepared by the inventor or a patent agent retained by the inventor. It may be filed in English or French.

[4] Once the application is filed, the inventor may request that it be examined. When such a request is made, the Commissioner of Patents causes the application to be examined by an examiner employed by the Patent

## ONT COMPARU

Frédéric Picard pour son propre compte.  
*Pierre Salois et Mariève Sirois-Vaillancourt* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par*

[1] LA JUGE TREMBLAY-LAMER : La Cour est saisie d’un recours formé, en vertu du paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31 [la Loi], par Frédéric Picard (le demandeur) à l’encontre de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (l’Office) et du Commissaire aux brevets (ensemble, les défendeurs).

## LES FAITS ET LE CADRE LÉGISLATIF

[2] Une personne souhaitant breveter une invention au Canada (un inventeur) doit déposer une demande de brevet, accompagnée d’une pétition, d’un abrégé résumant l’objet de l’invention et d’un mémoire descriptif qui comprend « une ou plusieurs revendications définissant distinctement et en des termes explicites l’objet de l’invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif » auprès du Commissaire aux brevets, conformément à l’article 27 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31; ch. 44, art. 192] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. « [S]i la demande de brevet est déposée conformément à la [Loi sur les brevets] et si les autres conditions de celle-ci sont remplies », le Commissaire doit délivrer le brevet pour l’invention.

[3] C’est l’inventeur ou un agent de brevets engagé par celui-ci qui prépare la demande de brevet. Il peut le faire en anglais ou en français.

[4] Une fois la demande déposée, l’inventeur peut en requérir l’examen. Saisi d’une telle requête, le Commissaire aux brevets fait examiner la demande par un examinateur engagé par le Bureau des brevets (*ibid.*, article 35 [mod.

Office (*ibid.*, section 35 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 12; S.C. 1993, c. 15, s. 38]). The examiner must be satisfied that the invention to which the patent application relates meets the requirements of the *Patent Act* in terms of patentability.

[5] An examiner may communicate with the inventor regarding any irregularities in the patent application or the accompanying documents. Inventors may amend their applications in response to a communication, but examiners may not make amendments themselves.

[6] Under section 10 [as am. *idem*, s. 28] of the *Patent Act*, a patent application is confidential for a period of 18 months, on expiry of which the application and the documents relating to it, and the patents, may be inspected.

[7] When examination of the application has been completed, a patent will be granted if the invention meets the requirements of the *Patent Act*; otherwise, the application will be refused (*ibid.*, section 40). A decision refusing a patent application may be appealed to the Federal Court (*ibid.*, section 41 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16]).

[8] If a patent is granted to an inventor, the inventor receives a certificate entitled “Canadian Patent”, containing certain information required under sections 42 [as am. *idem*] and 43 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42] of the *Patent Act* (in particular, the name or title of the invention covered, the filing date of the application for the patent and the date on which the patent was granted). That information is in both official languages. Attached to the certificate are a copy of the petition, the abstract, the specification and the drawings, as submitted by the inventor, and a cover page, produced by the Patent Office, containing the name of the inventor and the name of the patent owner, a drawing representing the invention (as submitted by the inventor) and the abstract submitted by the inventor.

[9] The result is that even when a patent application becomes open to public inspection, it is in one official language only, the language in which it was filed. Only certain information, none of which allows the reader to understand how the invention covered functions and the

par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 12; L.C. 1993, ch. 15, art. 38]). Celui-ci doit s’assurer que l’invention visée par la demande de brevet respecte les exigences de la *Loi sur les brevets* en matière de brevetabilité.

[5] Un examinateur peut communiquer avec l’inventeur au sujet d’irrégularités possibles dans la demande de brevet ou des documents l’accompagnant. L’inventeur peut amender sa demande en réponse à une telle communication, mais l’examinateur ne peut le faire lui-même.

[6] En vertu de l’article 10 [mod., *idem*, art. 28] de la *Loi sur les brevets*, une demande de brevet demeure confidentielle pour une période de 18 mois, à l’expiration de laquelle elle peut être consultée, tout comme les documents s’y rapportant et les brevets.

[7] Au terme de l’examen de la demande, un brevet est accordé si l’invention respecte les exigences de la *Loi sur les brevets*; autrement, la demande est rejetée (*ibid.*, article 40). Un appel à la Cour fédérale est possible d’une décision rejetant une demande de brevet (*ibid.*, article 41 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16]).

[8] Si un brevet est octroyé à un inventeur, celui-ci reçoit un certificat intitulé « Brevet canadien » et contenant certains renseignements, requis en vertu des articles 42 [mod., *idem*] et 43 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42] de la *Loi sur les brevets* (soit, notamment, le nom ou le titre de l’invention couverte, ainsi que les dates du dépôt de la demande à l’origine du brevet et de l’octroi de celui-ci). Ces renseignements sont dans les deux langues officielles. À ce certificat sont joints une copie de la pétition, de l’abrégé, du mémoire descriptif et des dessins, le tout tel que soumis par l’inventeur, ainsi qu’une page couverture, produite par le Bureau des brevets, contenant notamment le nom de l’inventeur et celui du propriétaire du brevet, un dessin représentant l’invention (tel que soumis par l’inventeur) et l’abrégé soumis par l’inventeur.

[9] Le résultat est qu’une demande de brevet, même lorsqu’elle devient disponible pour consultation par le public, ne l’est que dans une langue officielle, soit celle dans laquelle elle a été déposée. Seuls quelques renseignements, dont aucun ne permet de comprendre le

scope of the monopoly granted, is available in both official languages once the patent is granted.

[10] At the applicant's request, the Office of the Commissioner of Official Languages (the OCOL) investigated whether this situation is consistent with the *Official Languages Act*, and in particular with Parts II [ss. 5–13], IV [ss. 21–33] and VII [ss. 41–45] of that Act.

[11] The OCOL submitted its final report on January 6, 2009. It concluded that the Patent Office was not in violation of Part II (relating to “Legislative and Other Instruments”) and Part IV (relating to “Communications with and Services to the Public”) of the Act. However, it recommended that the Office develop an action plan with a view to making patent abstracts available in both official languages, so the Patent Office would meet the objective of promoting linguistic equality in accordance with Part VII of the *Official Languages Act*.

[12] The Office approved three projects in response to the recommendations made by the OCOL. It will make available bilingual abstracts of patent applications from the international application system under the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] and possibly provide an unofficial automated translation of abstracts for all other patents. In addition, the Office will make available to the public a bilingual keyword search system capable of returning results in both languages in response to a search in one language.

[13] The applicant was not satisfied with the report by the OCOL and the response from the Office and brought this application.

## ISSUES

[14] The applicant submits that patents and patent applications must be bilingual to meet the requirements of the *Official Languages Act*. The issue is therefore whether the fact that those documents are available in only one of the two official languages violates:

fonctionnement de l'invention couverte et l'étendue du monopole conféré, sont disponibles dans les deux langues officielles une fois le brevet octroyé.

[10] À la demande du demandeur, le Commissariat aux langues officielles [Commissariat] a fait enquête sur la compatibilité de cette situation avec la *Loi sur les langues officielles*, y compris notamment ses parties II [art. 5 à 13], IV [art. 21 à 33], et VII [art. 41 à 45].

[11] Le Commissariat a déposé son rapport final le 6 janvier 2009. Il a conclu que le Bureau des brevets ne violait pas les parties II (relative aux « actes législatifs [ou] autres ») et IV (relative aux « communications avec le public et [à la] prestation des services ») de la Loi. Il a, cependant, recommandé que l'Office établisse un plan d'action visant à rendre disponibles les abrégés des brevets dans les deux langues officielles, afin que le Bureau des brevets remplisse l'objectif de la promotion de l'égalité linguistique conformément à la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*.

[12] L'Office a approuvé trois projets en réponse aux recommandations du Commissariat. Il va rendre disponibles des abrégés bilingues des demandes de brevets provenant du système de demandes internationales dans le cadre du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22], et peut-être fournir une traduction automatique non officielle des abrégés de tous les autres brevets. De plus, l'Office va mettre à la disposition du public un système de recherche par mots-clés bilingue capable de retourner des résultats dans les deux langues en réponse à une recherche dans une seule.

[13] Insatisfait du rapport du Commissariat et de la réponse de l'Office, le demandeur a intenté le présent recours.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[14] Le demandeur soutient que les brevets et les demandes de brevet doivent être bilingues afin de respecter les exigences de la *Loi sur les langues officielles*. Il s'agit donc de déterminer si le fait que ces documents ne sont disponibles que dans l'une des deux langues officielles contrevient :

(1) Section 7 [as am. by S.C. 2002, c. 7, s. 225] of the *Official Languages Act*;

(2) Section 12 of that Act;

(3) Section 22 of that Act; or

(4) Part VII of that Act (and in particular section 41 [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006, c. 9, s. 23]).

[15] In the event that the answer to that question is yes, the Court will have to consider the appropriate remedy in the circumstances.

#### ANALYSIS

(1) Section 7 of the *Official Languages Act*

[16] Section 7 of the *Official Languages Act* reads as follows:

Legislative  
instruments

7. (1) Any instrument made in the execution of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament that

(a) is made by, or with the approval of, the Governor in Council or one or more ministers of the Crown,

(b) is required by or pursuant to an Act of Parliament to be published in the *Canada Gazette*, or

(c) is of a public and general nature

shall be made in both official languages and, if printed and published, shall be printed and published in both official languages.

Instruments  
under  
prerogative or  
other executive  
power

(2) All instruments made in the exercise of a prerogative or other executive power that are of a public and general nature shall be made in both official languages and, if printed and published,

1) À l'article 7 [mod. par L.C. 2002, ch. 7, art. 225] de la *Loi sur les langues officielles*; ou

2) À son article 12; ou

3) À son article 22; ou

4) À sa partie VII (et particulièrement à l'article 41 [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23]).

[15] Au cas où la réponse à cette question est affirmative, la Cour devra examiner la réparation appropriée dans les circonstances.

#### ANALYSE

1) L'article 7 de la *Loi sur les langues officielles*

[16] L'article 7 de la *Loi sur les langues officielles* se lit :

7. (1) Sont établis dans les deux langues officielles les actes pris, dans l'exercice d'un pouvoir législatif conféré sous le régime d'une loi fédérale, soit par le gouverneur en conseil ou par un ou plusieurs ministres fédéraux, soit avec leur agrément, les actes astreints, sous le régime d'une loi fédérale, à l'obligation de publication dans la *Gazette du Canada*, ainsi que les actes de nature publique et générale. Leur impression et leur publication éventuelles se font dans les deux langues officielles.

Textes  
d'application

(2) Les actes qui procèdent de la prerogative ou de tout autre pouvoir exécutif et sont de nature publique et générale sont établis dans les deux langues officielles. Leur impression et leur

Prerogative

shall be printed and published in both official languages.

publication éventuelles se font dans ces deux langues.

### Submissions by the Parties

[17] In the applicant's submission, this provision is applicable to patents, which he submits are legislative in nature, in a manner similar to regulations, to which section 133 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], the requirements of which are reiterated in section 7 of the *Official Languages Act*, applies, as the Supreme Court explained in *Attorney General of Quebec v. Blaikie et al.*, [1981] 1 S.C.R. 312.

[18] The applicant submits that a patent meets the criteria proposed by the Supreme Court of Canada in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212, to determine whether orders in council are "of a legislative nature" and so the constitutional bilingualism requirement applies. In his submission, patents meet the formal criterion, the requirement that the instrument in question be made by the government or subject to its approval, because the Commissioner of Patents, who approves patent applications, is appointed by the Governor in Council and his seal is similar to the Great Seal of Canada. He submits that patents also meet the content criterion because they embody rules of conduct, in this instance a prohibition on making the product covered by a patent; they have force of law because they bear the Commissioner's seal; and they apply to an undetermined number of persons.

[19] He relies on *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 49, in which Binnie J., writing for the Court, explains that once a patent is issued it is a "regulation" within the meaning of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

[20] The applicant also cited the decision of the Supreme Court in *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 579, in which the Court concluded [at page 593] that "[t]he requirements of s. 133 cannot be circumvented by the disingenuous division of the legislative process into a series of discrete steps, and then

### Prétentions des parties

[17] Selon le demandeur, cette disposition est applicable aux brevets. En effet, ceux-ci auraient un caractère législatif, s'apparentant à celui de règlements, auxquels l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], dont l'article 7 de la *Loi sur les langues officielles* reprend les exigences, s'applique, comme l'a expliqué la Cour suprême dans son arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312.

[18] Le demandeur soutient qu'un brevet satisfait aux critères proposés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, pour déterminer si les décrets du gouvernement sont « de nature législative », si bien que l'exigence constitutionnelle de bilinguisme s'y applique. Selon lui, les brevets satisfont au critère formel, soit l'exigence que le texte en question soit adopté par le gouvernement ou soumis à son approbation, parce que le Commissaire aux brevets, qui approuve les demandes de brevets, est nommé par le gouverneur en conseil et son sceau est semblable au grand sceau du Canada. Les brevets satisferaient également aux critères de contenu parce qu'ils poseraient des normes de conduite, en l'occurrence une interdiction de fabriquer le produit couvert par un brevet; ont force de loi parce qu'ils portent le sceau du Commissaire; et s'appliquent à un nombre indéterminé de personnes.

[19] Il s'appuie sur l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 49, où le juge Binnie, au nom de la Cour, explique qu'un brevet, une fois délivré, est un « règlement » au sens de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

[20] Le demandeur invoque aussi l'arrêt de la Cour suprême dans *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579, où la Cour [à la page 593] a conclu qu'« [o]n ne peut se soustraire aux exigences de l'art. 133 au moyen de la fragmentation artificieuse du processus législatif en une série d'étapes distinctes, pour ensuite

claiming that each of these steps, when examined in isolation, lacks a legislative character.” The Court therefore held that a municipal corporation’s letters patent, which the applicant believes are comparable to patents, had to be published in both official languages.

[21] The applicant’s final argument is that patents are covered by the specific provisions of section 7 of the *Official Languages Act* because they are letters patent and are made in the exercise of the executive prerogative.

[22] The respondents submit that section 7 of the *Official Languages Act* does not apply to patents. In their submission, a patent is not an “instrument made in the execution of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament”, and is rather title to property that defines private rights. Notwithstanding the fact that those rights are published, a patent is a private document.

[23] In the opinion of the respondents, patents do not meet any of the criteria relating to content and effect proposed by the Supreme Court in *Reference re Manitoba Language Rights*, above, at paragraph 18, that an instrument must meet in order to be characterized as “legislative”. In their submission, a patent does not have force of law, although, like any document defining private rights, it produces legal effects. To have “force of law”, a rule must be unilateral, and this is not the case for a patent since it is the inventor who creates the instrument. In addition, a patent does not apply to an undetermined number of persons, since it is granted to only one inventor. It is the *Patent Act* that makes it enforceable against third parties.

[24] In addition, the respondents draw an analogy between a patent and a title deed, to show that the former is no more a legislative instrument than the latter. The *Patent Act* sets out the process to be followed for obtaining and publishing a patent, the exclusive privileges of the patent owner and the remedies available to the patent owner to enforce those privileges. As well, the Act sets out the rights of the owner and prohibits others from infringing them. The rules relating to title deeds have force of law and apply to an undetermined number of people, but each title deed is granted to only one individual.

prétendre que chaque étape, étudiée séparément, n’est pas de nature législative. » La Cour a donc statué que des lettres patentes d’une corporation municipale, que le demandeur estime être semblables aux brevets, devaient être publiées dans les deux langues officielles.

[21] Finalement, le demandeur prétend que les brevets sont visés par les dispositions précises de l’article 7 de la *Loi sur les langues officielles*, parce que ce sont des lettres patentes et qu’ils relèvent de la prérogative de l’exécutif.

[22] Les défendeurs pour leur part soutiennent que l’article 7 de la *Loi sur les langues officielles* ne s’applique pas aux brevets. Selon eux, un brevet n’est pas un « acte[] pris, dans l’exercice d’un pouvoir législatif conféré sous le régime d’une loi fédérale », mais plutôt un titre de propriété définissant des droits privés. Malgré la publicité de ces droits, le brevet est un document privé.

[23] De l’avis des défendeurs, les brevets ne remplissent aucun des critères relatifs au contenu et à l’effet que doit remplir un texte pour être qualifié de « législatif » proposés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au droits linguistiques au Manitoba*, mentionné ci-dessus au paragraphe 18. Selon eux, un brevet n’a pas force de loi, bien qu’il produise, comme tout document délimitant des droits privés, des effets juridiques. Pour avoir « force de loi », une règle doit être unilatérale, ce qui n’est pas le cas d’un brevet, puisque c’est l’inventeur qui en établit le texte. De plus, un brevet ne s’applique pas à un nombre indéterminé de personnes, puisqu’il n’est accordé qu’à un inventeur. C’est la *Loi sur les brevets* qui le rend opposable aux tiers.

[24] Par ailleurs, les défendeurs font une analogie entre un brevet et un titre de propriété, afin d’établir que le premier, pas plus que le second, n’est un acte législatif. Ainsi, la *Loi sur les brevets* établit la marche à suivre pour l’obtenir et le publier, ainsi que les privilèges exclusifs de son détenteur et les recours que celui-ci peut exercer pour faire respecter ces derniers. De même, la Loi fixe les droits du propriétaire et empêche les tiers d’y porter atteinte. Les règles relatives aux titres de propriété ont force de loi et s’appliquent à un nombre indéterminé de personnes, mais chaque titre de propriété n’est octroyé qu’à un individu.

[25] In the respondents' submission, the provisions of Book Nine of the *Civil Code of Québec* [S.Q. 1991, c. 64] (entitled "Publication of Rights" [Arts. 2934–3075.1]) have the same relationship with title deeds to immovable property as the *Patent Act* has with the documents submitted by the inventor. They govern the form of the documents and make them enforceable on the conditions provided by the law. However, title deeds need not be available in both official languages. Like patents, they reflect private transactions, and neither section 133 of the *Constitution Act, 1867* nor the *Official Languages Act* applies to them.

[26] As well, patents do not meet the other criteria for section 7 of the *Official Languages Act* to apply. For example, a patent is neither made under an Act nor subject to the approval of one or more ministers or of the government (paragraph 7(1)(a) of the English version of the *Official Languages Act*); rather, it is issued by the Commissioner and is valid from that moment. A patent need not be published in the *Canada Gazette* (paragraph 7(1)(b)). It is not general in nature because it does not embody a rule of conduct that applies to a large number of cases.

[27] Last, the respondents submit that the decisions of the Supreme Court on which the applicant relies are not applicable in this case. They submit that the definition in the *Interpretation Act* by which a patent is a "regulation", to which Binnie J. referred in *Whirlpool*, does not mean that a patent is made "in the execution of a legislative power". The requirement that an instrument be "made in the execution of a legislative power" is an essential condition for section 7 of the *Official Languages Act* to apply. In *Sinclair*, above, the legislative framework in question was very different from the one in this case. The letters patent whose unilingualism was challenged provided the entire legal framework within which the new municipality created by what the Supreme Court described as a "shell statute" was to operate. The respondents submit that the *Patent Act* is not a "shell" statute, and that the participation of the inventor and the Commissioner in the issuance of the patent is not comparable to a legislative process. Accordingly, unlike the letters patent in *Sinclair*, a patent is not a step in a legislative process and is not subject to the obligation of legislative bilingualism.

[25] Selon eux, des dispositions du Livre neuvième du *Code civil du Québec* [L.R.Q. 1991, ch. 64] (intitulé « De la publicité des droits » [art. 2934 à 3075.1]) ont la même relation avec les titres de propriété immobilière que la *Loi sur les brevets* a avec les documents soumis par l'inventeur. Ils en régissent la forme et les rendent opposables aux conditions prévues par la loi. Cependant, les titres de propriété ne doivent pas être disponibles dans les deux langues officielles. Tout comme les brevets, ils reflètent des transactions privées, et ni l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni la *Loi sur les langues officielles* ne s'y appliquent.

[26] De plus, les brevets ne satisfont pas aux autres critères d'application de l'article 7 de la *Loi sur les langues officielles*. Ainsi, un brevet n'est ni adopté en vertu d'une loi ni assujéti à l'approbation d'un ou de plusieurs ministres ou à celle du gouvernement (l'alinéa 7(1)(a) du texte anglais de la *Loi sur les langues officielles*), mais délivré par le Commissaire et, dès lors, valide. Un brevet ne doit pas être publié dans la *Gazette du Canada* (alinéa 7(1)(b)). Il n'est pas de nature générale puisqu'il ne crée pas de norme de conduite applicable à un grand nombre de cas.

[27] Finalement, les défendeurs rejettent l'applicabilité en l'espèce des arrêts de la Cour suprême sur lesquels s'appuie le demandeur. Ils soutiennent que la définition de la *Loi d'interprétation*, selon laquelle un brevet est un « règlement », à laquelle faisait référence le juge Binnie dans l'arrêt *Whirlpool*, ne signifie pas qu'un brevet résulte de « l'exercice d'un pouvoir législatif ». Or, la condition qu'un acte soit « pris dans l'exercice d'un pouvoir législatif » est une condition essentielle de l'application de l'article 7 de la *Loi sur les langues officielles*. Quant à l'affaire *Sinclair*, mentionnée ci-dessus, le cadre législatif qui y était en cause était bien différent de celui en l'espèce. Les lettres patentes dont on y contestait l'unilinguisme fournissaient tout le cadre juridique dans lequel devait fonctionner une nouvelle municipalité créée par ce que la Cour suprême a qualifié de « loi "creuse" ». Les défendeurs soutiennent que la *Loi sur les brevets* n'est pas une loi « creuse » et que la participation de l'inventeur et du Commissaire dans la délivrance d'un brevet n'est pas comparable à un processus législatif. Ainsi, contrairement aux lettres patentes en cause dans l'affaire *Sinclair*, un brevet n'est pas une étape dans le

### Application in this Case

[28] In my opinion, a patent does not meet the formal criterion developed by the Supreme Court in *Reference re Manitoba Language Rights*, above, at page 224, because it is not made by a government or subject to approval by a government, and no positive action by the government is required to breathe life into it. The Supreme Court determined that the bilingualism requirement applied to instruments about which it can be said that “positive action of the Government is required to breathe life into them” in *Blaikie*, above, at page 329. If we read that decision, it is clear that when the Supreme Court referred to “the Government” it was referring to Cabinet, not the entire executive branch (see, in particular, pages 319–321). No “positive action” by the federal Cabinet is required to “breathe life into” a patent. The patent is effective once it is issued by the Commissioner.

[29] A patent also does not meet the content criterion because it does not have “force” of law in the sense in which the Supreme Court used that expression, because it is not a unilateral rule. The text of a patent is proposed by the inventor. The Commissioner can neither create a patent on his own initiative nor even modify a single word in a patent application

[30] The requirement that an instrument be “made in the execution of a legislative power” is essential in order for subsection 7(1) of the *Official Languages Act* to apply. Patents do not meet that requirement and so that provision is not applicable in this case.

[31] The applicant’s argument concerning subsection 7(2) of the *Official Languages Act*, which makes it mandatory for “[a]ll instruments made in the exercise of a prerogative or other executive power that are of a public and general nature” to be published in both official languages, also cannot be accepted. The origin of patents, in English law, indeed “rests in the royal prerogative of granting *letters patent*” (Adam Mossoff, “Rethinking the

cadre d’un tel processus et n’est pas assujetti à l’obligation de bilinguisme législatif.

### Application en l’espèce

[28] À mon avis, un brevet ne satisfait pas au critère formel développé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, mentionné ci-dessus, à la page 224, car il n’est ni adopté par le gouvernement ni soumis à l’approbation de celui-ci, et aucune action positive du gouvernement n’est nécessaire pour lui insuffler la vie. La Cour suprême a déterminé que l’exigence du bilinguisme s’applique aux actes dont on peut dire « qu’une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie » dans l’arrêt *Blaikie*, ci-dessus mentionné, à la page 329. À la lecture de cet arrêt, il est clair qu’en parlant du « gouvernement », la Cour suprême faisait référence au cabinet, et non à l’ensemble de la branche exécutive (voir notamment les pages 319 à 321). Or, aucune « action positive » du cabinet fédéral n’est nécessaire pour « insuffler la vie » à un brevet. Celui-ci est effectif dès sa délivrance par le Commissaire.

[29] Un brevet ne satisfait pas non plus au critère relatif au contenu parce qu’il n’a pas « force » de loi, dans le sens où la Cour suprême utilise cette expression, puisqu’il n’est pas une règle unilatérale. Le texte d’un brevet est proposé par l’inventeur. Le Commissaire ne peut ni créer un brevet de son propre chef ni même modifier le moindre mot dans une demande de brevet.

[30] L’exigence qu’un acte soit « pris dans l’exercice d’un pouvoir législatif » est essentielle pour que le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les langues officielles* trouve son application. Les brevets n’y satisfont pas, et cette disposition est donc inapplicable en l’espèce.

[31] Quant à l’argument du demandeur concernant le paragraphe 7(2) de la *Loi sur les langues officielles*, lequel rend obligatoire la publication dans les deux langues officielles « [l]es actes qui procèdent de la prérogative ou de tout autre pouvoir exécutif et sont de nature publique et générale », il ne peut, non plus, être retenu. Il est vrai que l’origine des brevets, en droit anglais, « rests in the royal prerogative of granting letters

Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800” (2000–2001), 52 *Hastings L.J.* 1255, at page 1259), and a patent was therefore, initially, an instrument “made in the exercise of a prerogative”.

[32] However, the rules relating to Crown prerogative are merely common law rules, which can be ousted by legislation. Accordingly, when a statute occupies a field formerly left to Crown prerogative, the statute is the source of the executive power to do what was formerly authorized by the prerogative. The *Patent Act* creates a complete statutory scheme which, in Canada, replaces the Crown prerogative to grant a patent for an invention. Accordingly, subsection 7(2) of the *Official Languages Act* does not apply to patents.

#### (2) Section 12 of the *Official Languages Act*

[33] Section 12 of the *Official Languages Act* reads as follows:

Instruments  
directed to  
the public

**12.** All instruments directed to or intended for the notice of the public, purporting to be made or issued by or under the authority of a federal institution, shall be made or issued in both official languages.

#### Submissions by the Parties

[34] On the one hand, the applicant submits that this provision applies to patents, which he stresses are public in nature. In his submission, as letters patent, patents are “actes” or “legal instruments”. In addition, a patent is “directed to or intended for the notice of the public” in that it is used to disclose information in return for which the public grants the inventor a monopoly.

[35] He also relies on the English version of section 12 of the *Official Languages Act* since, in his submission, the wording “intended for the notice of the public” refers to passive publication, which corresponds to what the Patent Office does when it makes patents available for

*patent* » (Adam Mossoff, « Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800 » (2000–2001), 52 *Hastings L.J.* 1255, à la page 1259), et qu’un brevet était donc, au départ, un acte « qui procède [] de la prerogative ».

[32] Toutefois, les règles relatives à la prerogative de la couronne ne sont que des règles de common law, susceptibles d’être déplacées par la législation. Donc, dès qu’une loi occupe un champ autrefois laissé à la prerogative royale, c’est de cette loi que procède le pouvoir de l’exécutif de faire ce qu’autorisait auparavant la prerogative. La *Loi sur les brevets* crée un régime législatif complet qui remplace, au Canada, la prerogative royale d’accorder un brevet pour une invention. Ainsi, le paragraphe 7(2) de la *Loi sur les langues officielles* ne s’applique pas aux brevets.

#### 2) L’article 12 de la *Loi sur les langues officielles*

[33] L’article 12 de la *Loi sur les langues officielles* se lit :

**12.** Les actes qui s’adressent au public et qui sont censés émaner d’une institution fédérale sont établis ou délivrés dans les deux langues officielles.

Actes  
destinés  
au public

#### Prétentions des parties

[34] D’une part, le demandeur soutient que cette disposition s’applique aux brevets, dont il insiste sur le caractère public. Selon lui, en tant que lettres patentes, les brevets sont des « actes » ou des « *legal instruments* ». De plus, un brevet « s’adresse au public », car il sert à divulguer les informations en contrepartie desquels le public octroie un monopole à l’inventeur.

[35] Il s’appuie également sur le texte anglais de l’article 12 de la *Loi sur les langues officielles*, car selon lui, la formulation « *intended for the notice of the public* » fait référence à une publication passive, ce qui correspond à ce que fait le Bureau des brevets en rendant les brevets

public inspection, although it does not “actively” publish them, for example in the *Canada Gazette*.

[36] On the other hand, the respondents submit that section 12 of the *Official Languages Act* does not apply to patents, since they are not directed to the public with the aim of informing the public and are not made or issued by or under the authority of a federal institution.

[37] In their submission, patents are not directed to or intended for the notice of the public, but—as the Office of the Commissioner for Official Languages acknowledged—inventors, although they are available for public inspection. As did the Office of the Commissioner for Official Languages, the respondents distinguished instruments “made available to the public”, to which Part IV of the *Official Languages Act* applies, from instruments “directed to or intended for the notice of” the public, which are governed by section 12 of that Act. To be directed to or intended for the notice of the public, an instrument must be [TRANSLATION] “actively brought to its attention”, as is the case, for example, with a notice posted in a place or on an object to inform the public, and this is not the case for a patent.

[38] The respondents submit that it is the inventor, not the Commissioner, who informs the public, by way of the patent, as set out in the provisions of the *Patent Act* and the *Patent Rules* [SOR/96-223] governing the content of a patent application. Because it is the inventor who chooses each word in the claims, supplies the drawings and, in general, retains ownership and control of their application, the patent is made or issued by the inventor. They cite *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, in which the Supreme Court adopted the opinion of Thorson P. in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, at page 352.

[39] Thorson P. wrote: “By his claims the inventor puts fences around the fields of his monopoly and warns the public against trespassing on his property.” The precise terms chosen by the inventor determine the “fields of his monopoly”, and anyone who seeks to interpret a patent must interpret those terms in the sense intended by the inventor. The respondents submit that translating the

disponibles pour inspection par des membres du public sans toutefois les publier « activement », par exemple dans la *Gazette du Canada*.

[36] D’autre part, les défendeurs soutiennent que l’article 12 de la *Loi sur les langues officielles* ne s’applique pas aux brevets, car ils ne s’adressent pas au public dans le but de l’aviser et n’émanent pas d’une institution fédérale.

[37] Selon eux, les brevets ne s’adressent pas au public, mais — comme l’a reconnu le Commissariat aux langues officielles — aux inventeurs, bien qu’ils soient disponibles pour consultation par le public. Comme le Commissariat aux langues officielles, les défendeurs distinguent les actes « mis à la disposition du public », auxquels s’applique la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*, de ceux qui « s’adressent » au public et qui sont régis par l’article 12 de celle-ci. Pour s’adresser au public, un acte doit « être porté de façon active à son attention », comme l’est, par exemple, un avis affiché dans un lieu ou sur un objet pour informer le public, ce qui n’est pas le cas d’un brevet.

[38] C’est l’inventeur, et non le Commissaire, qui avise le public au moyen du brevet, ce qu’établiraient les dispositions de la *Loi sur les brevets* et des *Règles sur les brevets* [DORS/96-223] régissant le contenu d’une demande de brevet. Puisque c’est l’inventeur qui choisit chaque mot des revendications, qui fournit les dessins et qui, de façon générale, garde la propriété et le contrôle de sa demande, c’est de lui qu’émane le brevet. Ils citent l’arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, où la Cour suprême a adopté l’opinion du juge Thorson dans *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306, à la page 352.

[39] Selon celui-ci, « [TRADUCTION] [e]n formulant ses revendications, l’inventeur érige une clôture autour des champs de son monopole et met le public en garde contre toute violation de sa propriété » (le texte français est tiré du jugement de la Cour suprême [au paragraphe 14]). Les termes précis choisis par l’inventeur déterminent l’étendue des « champs de son monopole », et quiconque

terms chosen by an inventor would make the process of issuing patents more uncertain because of the multiple possible meanings of a single word, as noted by the Supreme Court in *Free World*, above, at paragraph 58.

#### Application in this Case

[40] In my opinion, a patent is a hybrid instrument, both private and public. Its authority derives from the approval by a public institution, the Commissioner, but its content is determined by a private person, the inventor. In exchange for disclosure of that content, the inventor obtains a right that is characterized as both a monopoly and a private property right. In the past a patent was a privilege deriving from royal favour, and today it is a title deed confirming a right created by law.

[41] I am not persuaded of the validity of the distinction drawn by the parties between “active” publication and “passive” publication of a document. The applicant seems to be saying that publication of patents in the *Canada Gazette* would be “active”, but publication in a registry kept by the Patent Office is not active because an effort must be made to inspect them there. In fact, inspection of a document published in the *Canada Gazette* also calls for a certain effort to find it.

[42] The respondents suggest that a notice posted [TRANSLATION] “in a place or on an object” would be directed to or intended for the notice of the public, while a notice published in a registry would merely be available to the public. Here again, in both cases, a certain effort must be made to inspect the notice. The difference, if any, is one of degree. (I also note that the example proposed by the respondents would certainly not belong to the class of “instruments” or “actes”, the only class to which section 12 of the *Official Languages Act* applies.)

[43] Contrary to what the respondents argue, I am of the opinion that patents are public documents. Although the issuance of patents is now authorized by a statute and patents are issued on the conditions set out in the statute, they are nonetheless letters patent. Blackstone explained

cherche à interpréter un brevet doit les interpréter dans le sens voulu par celui-ci. Les défendeurs soumettent que la traduction des termes choisis par un inventeur rendrait le processus de délivrance des brevets plus incertain à cause de la multiplicité de sens possibles d’un seul et même mot, soulignée par la Cour suprême dans l’arrêt *Free World*, ci-dessus, au paragraphe 58.

#### Application en l’espèce

[40] À mon avis, un brevet est un acte hybride, à la fois privé et public. Il tire son autorité de l’approbation d’une institution publique, le Commissaire, mais son contenu est fixé par une personne privée, l’inventeur. En échange de la divulgation de ce contenu, l’inventeur obtient un droit qu’on qualifie à la fois de monopole et de droit de propriété privé. Autrefois un privilège résultant de la faveur royale, un brevet est aujourd’hui un titre confirmant un droit créé par la loi.

[41] Je ne suis pas persuadée de la validité de la distinction que font les parties entre une publication « active » et une publication « passive » d’un document. Le demandeur semble dire, que la publication des brevets dans la *Gazette du Canada* serait « active », mais que leur publication dans un registre tenu par le Bureau des brevets ne l’est pas parce qu’il faut faire un effort pour les y consulter. Pourtant, la consultation d’un document publié dans la *Gazette du Canada* demande, elle aussi, un certain effort de recherche.

[42] Les défendeurs, quant à eux, suggèrent qu’un avis affiché « dans un lieu ou sur un objet » s’adresserait au public, alors qu’un avis publié dans un registre ne serait qu’à la disponibilité de celui-ci. Encore là, dans les deux cas, il faut faire un certain effort pour consulter l’avis. La différence, s’il en est une, est de degré. (Je note également que l’exemple proposé par les défendeurs n’appartiendrait sûrement pas à la catégorie d’« actes » ou « instruments », la seule à laquelle s’applique l’article 12 de la *Loi sur les langues officielles*.)

[43] Contrairement aux prétentions des défendeurs, je suis d’opinion que les brevets sont des documents publics. Même si leur délivrance est désormais autorisée par une loi et se fait aux conditions prévues par celle-ci, les brevets n’en demeurent pas moins des lettres patentes.

that letters patent are “open letters, literae patentes: so called, because they are not sealed up, but exposed to open view, with the great seal pendant at the bottom; and are usually directed or addressed by the king to all his subjects at large” (William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago: University of Chicago Press, 1979, Vol. 2, at page 346; emphasis added). The fact that patents, like letters patent confirming any other royal grant, are ostensibly intended for the owner does not change the fact that they are public in nature.

[44] It is also easy to understand the importance of a patent being public. A patent is different from a title deed to movable or immovable property in that it is a monopoly, which means that it grants “the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used” (*Patent Act*, section 42). It therefore creates an exception to the general principles of free commerce and even of freedom itself, under which people should be free to “make, construct and sell to others” anything in which there is no law prohibiting commerce. An individual must therefore be able to know what they are not entitled to “make, construct, use or sell”, when, hypothetically, they may do that with anything that is not banned from commerce by law.

[45] However, although a patent is directed to or intended for the notice of the public, it is made or issued not by a federal institution, but by the inventor. Notwithstanding the fact that it originates in the discretionary exercise of Crown prerogative, a patent today represents recognition of a right rather than the expression of the favour of the sovereign. The role of the Commissioner of Patents is limited to ascertaining that the patent application submitted by the inventor meets the requirements laid out in the *Patent Act* and the regulations made under that Act. Section 27 of the *Patent Act* gives the Commissioner no discretion in that regard: if the requirements are met, he must issue the patent (*Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, at paragraph 144).

[46] When the Commissioner of Patents issues a patent, he confirms the inventor’s right, but it is the inventor who defines the scope of their right by writing the claims.

Or, Blackstone expliquait que celles-ci sont des « open letters, literae patentes: so called, because they are not sealed up, but exposed to open view, with the great seal pendant at the bottom; and are usually directed or addressed by the king to all his subjects at large » (William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago : University of Chicago Press, 1979, vol. 2, à la page 346; je souligne). Le fait qu’un brevet, comme d’ailleurs les lettres patentes confirmant tout autre octroi royal (*royal grant*), soit ostensiblement destiné à son titulaire n’en change pas la nature publique.

[44] Il est du reste aisé de comprendre l’importance de la publicité d’un brevet. Un brevet est différent d’un titre de propriété sur un bien meuble ou immeuble, en ce qu’il est un monopole, ce qui veut dire qu’il confère « la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d’autres, pour qu’ils l’exploitent, l’objet de l’invention » (*Loi sur les brevets*, article 42). Il crée donc une exception aux principes généraux de liberté du commerce et même de liberté tout court, en vertu desquels on devrait être libre de « fabriquer, construire, exploiter et vendre à d’autres » tout ce dont aucune règle de droit n’interdit pas de faire le commerce. Il faut donc qu’un citoyen puisse savoir ce qu’il n’a pas le droit de « fabriquer, construire, exploiter ou vendre », alors que, par hypothèse, il peut le faire de tout bien qui n’est pas soustrait au commerce par la loi.

[45] Cependant, bien qu’il s’adresse au public, un brevet n’émane pas d’une institution fédérale, mais bien de l’inventeur. Malgré ses origines dans l’exercice discrétionnaire de la prérogative royale, le brevet représente, aujourd’hui, la reconnaissance d’un droit plutôt que l’expression de la faveur du souverain. Le rôle du Commissaire aux brevets se limite à vérifier si la demande de brevet présentée par l’inventeur remplit les conditions posées par la *Loi sur les brevets* et les règlements faits sous l’autorité de celle-ci. L’article 27 de la *Loi sur les brevets* ne lui accorde aucune discrétion à cet égard : si les conditions sont respectées, il doit délivrer le brevet (voir *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45, au paragraphe 144).

[46] En délivrant un brevet, le Commissaire aux brevets confirme le droit de l’inventeur, mais c’est celui-ci qui définit la portée de son droit en formulant les

The text of a patent, including when it results from amendments made to the patent application, is proposed by the inventor, and the inventor is responsible for it. If the inventor proposes a text that is too restrictive, they will have to bear the potential loss of profits resulting from the fact that the “field” of the monopoly granted to them is too narrow; if they propose a text that is too vague, they risk having the patent subsequently found by a court to be invalid. A patent is therefore really “made” or issued by the inventor, not by the Commissioner of Patents. As a result, section 12 of the *Official Languages Act* does not apply.

[47] In addition, the translation of patents by the Patent Office would lead to serious tensions between the various objectives of the Canadian patent system and the *Official Languages Act*, and this suggests to me that Parliament never contemplated that Act applying to patents.

[48] For one thing, in that situation, an applicant for a patent would, if they wished to retain control of the application, have to understand and approve the translation done of the patent. That is in direct contradiction with the objective of the *Official Languages Act*, which is to implement the constitutional guarantee of everyone’s right to communicate with federal institutions in either official language, at their option.

[49] For another, if the inventor is required to approve the translation of their application without understanding it, the objective of the patent system, to give inventors control over their applications and place full responsibility for the resulting patent on them, would be compromised. In addition, where there was a discrepancy between the two versions of the patent, an interpretation of the patent based on the objectives of the inventor, as advocated by the Supreme Court in *Free World*, above, would become impossible, unless it were recognized that the “original” version of the patent, the one in the language of the inventor’s application, took precedence over the translation. The effect of such recognition would be to cancel out any benefit for linguistic equality resulting from the fact that both versions of a bilingual instrument are equally authoritative, under section 13 of the *Official Languages Act*.

revendications. Le texte d’un brevet — y compris lorsqu’il résulte d’amendements apportés à une demande de brevet — est proposé par l’inventeur, et celui-ci en porte la responsabilité. S’il propose un texte trop restrictif, il devra assumer la perte potentielle de profits résultant de ce que le « champ » du monopole qui lui est conféré est trop étroit; s’il propose un texte trop vague, il risque l’invalidation subséquente de son brevet par un tribunal. Un brevet « émane » donc véritablement de l’inventeur, et non du Commissaire aux brevets. En conséquence, l’article 12 de la *Loi sur les langues officielles* ne s’applique pas.

[47] Par ailleurs, la traduction de brevets par le Bureau des brevets engendrerait de sérieuses tensions entre les divers objectifs du système de brevets canadien et de la *Loi sur les langues officielles*, ce qui me fait croire que le Parlement n’a jamais contemplé l’application de celle-ci aux brevets.

[48] D’une part, dans cette situation, un demandeur de brevet sera obligé, s’il veut garder le contrôle de sa demande, de comprendre et d’approuver la traduction qui en est faite. Cela est en contradiction directe avec l’objectif de la *Loi sur les langues officielles* de mettre en œuvre la garantie constitutionnelle du droit de chacun de communiquer, à sa faculté, avec les institutions fédérales dans l’une ou l’autre des langues officielles.

[49] D’autre part, si l’inventeur est tenu d’approuver la traduction de sa demande sans la comprendre, l’objectif du système de brevets de donner à l’inventeur le contrôle de sa demande et de lui faire porter l’entière responsabilité pour le brevet qui en résulte serait compromis. De plus, en cas de contradiction entre les deux versions du brevet, une interprétation du brevet en fonction des objectifs de l’inventeur, telle que préconisée par la Cour suprême dans l’arrêt *Free World*, ci-dessus mentionné, deviendrait impossible, à moins de reconnaître que la version « originale » du brevet — celle dans la langue de la demande de l’inventeur — prime sur la traduction. Or, le reconnaître aurait pour effet d’annuler tout bénéfice pour l’égalité linguistique résultant de ce que les deux versions d’un instrument bilingue font également autorité conformément à l’article 13 de la *Loi sur les langues officielles*.

[50] Given all these difficulties, we can draw a parallel with the reasoning of Bastarache J. and the majority of the Supreme Court in *Harvard College*, above, at paragraph 167, and conclude that the fact that the *Official Languages Act* and the *Patent Act*, as they now stand, do not allow for proper handling of the translation of patents is a sign that Parliament never intended that the words “instruments directed to or intended for the notice of the public, purporting to be made or issued by or under the authority of a federal institution” [at section 12 of the Act] would cover patents.

(3) Section 22 of the *Official Languages Act*

[51] Section 22 of the *Official Languages Act* reads as follows:

Where communications and services must be in both official languages

**22.** Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

(a) within the National Capital Region; or

(b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language.

Submissions by the Parties

[52] The applicant submits that the Patent Office is in violation of section 22 of the *Official Languages Act* and of section 20 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44 (Charter)]], which gives the Canadian public the right to which the obligation imposed on federal institutions by section 22 of the *Official Languages Act* gives effect. He submits that by making the text of patent claims and abstracts available, including

[50] Vu toutes ces difficultés, on peut faire un parallèle avec le raisonnement du juge Bastarache et de la majorité de la Cour suprême, dans l’arrêt *Harvard College*, mentionné ci-dessus, au paragraphe 167, et conclure que le fait que, dans leur état actuel, la *Loi sur les langues officielles* et la *Loi sur les brevets* ne permettent pas de traiter adéquatement la traduction des brevets est un signe que le législateur n’a jamais voulu que les termes « actes qui s’adressent au public et qui sont censés émaner d’une institution fédérale » [à l’article 12 de la Loi] visent ces derniers.

3) L’article 22 de la *Loi sur les langues officielles*

[51] L’article 22 de la *Loi sur les langues officielles* se lit :

**22.** Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l’une ou l’autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux — auxquels sont assimilés, pour l’application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services — situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l’étranger, l’emploi de cette langue fait l’objet d’une demande importante.

Langues des communications et services

Prétentions des parties

[52] Selon le demandeur, le Bureau des brevets contre- vient à l’article 22 de la *Loi sur les langues officielles*, ainsi qu’à l’article 20 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44 (Charte)]], lequel confère au public canadien le droit dont l’obligation imposée aux institutions fédérales par l’article 22 de la *Loi sur les langues officielles* assure la mise en œuvre. Il soutient qu’en rendant le texte des

in “searchable” text format on its Web site, the Patent Office publishes that text and is therefore communicating with the public in only one official language.

[53] The respondents point out that an inventor may submit their patent application and communicate with the Patent Office in the official language of their choice. With each patent certificate, the Office then issues a cover page on which all of the material created by the Office is in both official languages. The Office thus meets its bilingualism obligations in relation to communications with and services to the public under the *Official Languages Act* and the Charter. They submit that the availability of patents on the Patent Office Web site is neither a “communication with” nor a “service to” the public. The respondents draw a parallel with an access to information request, in relation to which the government must make a document public, but has no obligation to translate it.

#### Application in this Case

[54] I agree with the respondents that publication of certain components of patents on the Patent Office Web site is not a distinct “service” that, in itself, must be provided in both official languages. The Office merely reproduces (in part) the text of the patents, as they exist. The question of a violation of section 22 of the *Official Languages Act* that is distinct from a violation of section 12 would arise if the patents were bilingual but the Office published only one of the two versions of the patents on its Web site. That is not the case, and accordingly I am of the opinion that the Office is not in violation either of section 22 of the *Official Languages Act* or of the Charter.

#### (4) Part VII of the *Official Languages Act*

[55] The most relevant provision of Part VII of the *Official Languages Act* (Part VII) in this case is section 41, which reads as follows:

Government policy      **41.** (1) The Government of Canada is committed to

revendications et des abrégés des brevets disponible, y compris en format texte « cherchable », sur son site Web, le Bureau des brevets le publie et se retrouve donc à communiquer avec le public dans une seule langue officielle.

[53] Les défendeurs soulignent qu’un inventeur peut soumettre sa demande de brevet et communiquer avec le Bureau des brevets dans la langue officielle de son choix. Le Bureau émet alors, avec chaque certificat de brevet, une page couverture dont tous les éléments créés par le Bureau sont dans les deux langues officielles. Le Bureau satisfait ainsi aux obligations de bilinguisme en matière de communications et de prestation de services qui lui incombent en vertu de la *Loi sur les langues officielles* et de la Charte. La disponibilité de brevets sur le site Web du Bureau des brevets ne serait ni une « communication » ni un « service » de celui-ci. Les défendeurs font un parallèle avec une demande d’accès à l’information, dans le cadre de laquelle le gouvernement doit rendre un document public, mais n’a aucune obligation de le traduire.

#### Application en l’espèce

[54] Je conviens avec les défendeurs que la publication de certaines composantes de brevets sur le site Web du Bureau des brevets n’est pas un « service » distinct qui doit, en soi, être rendu dans les deux langues officielles. Le Bureau ne fait que reproduire (partiellement) le texte des brevets, tels qu’ils existent. La question d’une violation de l’article 22 de la *Loi sur les langues officielles* distincte d’une violation de l’article 12 se poserait si les brevets étaient bilingues, mais le Bureau ne publiait sur son site Web qu’une de leurs deux versions. Ce n’est pas le cas, et je suis donc d’avis que le Bureau ne contrevient ni l’article 22 de la *Loi sur les langues officielles* ni à la Charte.

#### 4) Partie VII de la *Loi sur les langues officielles*

[55] La disposition la plus pertinente en l’espèce de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* (la partie VII) est l’article 41 qui se lit :

Engagement      **41.** (1) Le gouvernement fédéral s’engage à favoriser l’épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer

leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

(a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and

(b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.

Duty of federal institutions

(2) Every federal institution has the duty to ensure that positive measures are taken for the implementation of the commitments under subsection (1). For greater certainty, this implementation shall be carried out while respecting the jurisdiction and powers of the provinces.

(2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement. Il demeure entendu que cette mise en œuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.

Obligations des institutions fédérales

### Submissions by the Parties

[56] The applicant submits that the fact that a disproportionate portion of Canadian patents are in English shows that Canadian francophones are excluded from the “patent process”, in violation of section 41 of the *Official Languages Act*. The applicant notes that patents being available in both languages would encourage the dissemination of the information made available to the public by inventors and would help to avoid infringement.

[57] Although the Office of the Commissioner of Official Languages shares that concern, the applicant is not satisfied with the solution proposed by the OCOL, which consists of making the abstracts for patents, but not necessarily the claims, available in both official languages. In his submission, understanding the claims is crucial for avoiding infringement. Accordingly, the claims in both patents and patent applications must be available in both official languages.

[58] In addition, if patents were available in both official languages, francophone inventors would have a choice of language and they would thus not have to assimilate. The applicant cites a passage from the reasons of Charron J., writing for the unanimous Supreme Court, in *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194, at paragraph 55, opening the door, in *obiter*,

### Prétentions des parties

[56] Le demandeur soutient que le fait qu'une part disproportionnée de brevets canadiens est en langue anglaise, démontre que les francophones canadiens sont exclus du « processus de brevets », en contravention à l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*. Le demandeur note que la disponibilité des brevets dans les deux langues favoriserait la diffusion de l'information mise à la disponibilité du public par les inventeurs et permettrait d'éviter la contrefaçon.

[57] Bien que le Commissariat aux langues officielles partage cette préoccupation, le demandeur est insatisfait de la solution proposée par celui-ci, qui consiste à rendre disponibles dans les deux langues officielles les abrégés, mais pas nécessairement les revendications, des brevets. Selon lui, la compréhension des revendications est cruciale pour éviter la contrefaçon. Par conséquent, les revendications, tant des brevets que des demandes de brevet, doivent être disponibles dans les deux langues officielles.

[58] De plus, la disponibilité des brevets dans les deux langues officielles donnerait le choix linguistique aux inventeurs francophones qui n'auraient pas, ainsi, à s'assimiler. Le demandeur cite un passage des motifs du juge Charron rédigeant au nom d'une Cour suprême unanime dans l'arrêt *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194, au paragraphe 55,

to the possibility that “[s]ervices ... of equal quality in both languages but inadequate or even of poor quality, and [that do not meet] the community economic development needs of either community”, would be considered to be a “breach of the duties under Part VII”.

[59] In the respondents’ submission, Part VII is distinct from Parts I to V [ss. 4–38] of the *Official Languages Act* in that it does not implement a Charter requirement, and is therefore rather an addition to the language rights protected by the Constitution. As well, the provisions of Part VII do not grant individual rights to Canadians; they impose an obligation on the government to work for the benefit of English and French linguistic communities.

[60] They submit that the manner in which the government meets that obligation is left to its discretion, and when the courts are asked to consider it, in a proceeding, they could not limit their analysis to the factual circumstances relating to a specific decision, like the decision not to translate patents. Instead, they should have regard to all of the government’s activities in respect of official languages, while giving great deference to the government’s discretionary choices. In particular, that deference should be expressed in reluctance to order or direct the expenditure of public funds, a matter within the authority of elected representatives.

[61] They state that they are in compliance with Part VII because the federal government takes positive measures to enhance the vitality of linguistic communities and promote the use of English and French in Canadian society. Accordingly, the mere fact that patents are not translated is not a violation of the respondents’ obligation to promote the use of English and French. Part VII does not impose precise obligations on federal institutions. Rather, it reflects a permanent commitment by the federal government and the fact that measures must be taken, at the discretion of the federal government, to implement that commitment. That discretion means that an applicant does not have a right, under Part VII, to specific measures.

ouvrant la porte, en *obiter*, à la possibilité que des « services [...] de qualité égale dans les deux langues, mais inadéquats, ou même de mauvaise qualité, et [qui ne satisfont] pas aux besoins de l’une ou l’autre communauté linguistique en matière de développement économique communautaire » soient considérés comme un « manquement à des obligations découlant de la partie VII ».

[59] Selon les défendeurs, la partie VII est distincte des parties I à V [art. 4 à 38] de la *Loi sur les langues officielles* en ce qu’elle ne met pas en œuvre une exigence de la Charte, et constitue donc plutôt une addition aux droits linguistiques protégés par la Constitution. De plus, ses dispositions ne confèrent pas de droits individuels aux Canadiens, mais imposent au gouvernement l’obligation d’œuvrer au bénéfice de communautés de langues anglaise et française.

[60] La façon dont le gouvernement remplit cette obligation serait laissée à sa discrétion et, lorsqu’appelés à l’examiner dans le cadre d’un litige, les tribunaux ne pourraient pas limiter leur analyse aux circonstances factuelles relatives à une décision précise, comme celle de ne pas traduire les brevets. Ils devraient, au contraire, tenir compte de l’ensemble de l’action du gouvernement concernant les langues officielles, tout en accordant une grande déférence aux choix discrétionnaires du gouvernement. En particulier, cette déférence devrait se traduire par une réticence à ordonner ou diriger des dépenses de deniers publics, ce qui est du ressort des élus.

[61] Ils affirment qu’ils respectent la partie VII, parce que le gouvernement fédéral prend des mesures positives destinées à favoriser l’épanouissement des communautés linguistiques et l’usage du français et de l’anglais dans la société canadienne. Dès lors, le seul fait que les brevets ne sont pas traduits ne constitue pas un manquement à l’obligation des défendeurs de promouvoir l’usage du français et de l’anglais. La partie VII n’impose pas d’obligations précises aux institutions fédérales. Elle reflète plutôt un engagement permanent du gouvernement fédéral et le fait que des mesures doivent être prises, à la discrétion de celui-ci, pour le mettre en œuvre. Cette discrétion fait en sorte qu’un demandeur n’a pas un droit, en vertu de cette partie, à des mesures spécifiques.

[62] The respondents further point out that they proposed measures to promote linguistic equality in the Canadian patent system in response to the report of the Office of the Commissioner of Official Languages. As a result, patent abstracts from international applications, which already exist in English and French, will be available in both those languages. For other patents, the Office is considering subscribing to an automated translation system. In addition, a search system that produces results in one official language in response to a keyword in the other will also be available on its Web site.

[63] As we saw earlier, public access to patents is important because all patents prohibit certain activities, even though they are not prohibited by any law, and thus restrict the freedom of action of everyone in Canada. In addition, one of the public policy considerations that justify that restriction is the dissemination of the scientific and technical knowledge on which patented inventions are based.

[64] Binnie J., dissenting but not on this point, explained in *Harvard College*, above, at paragraph 64, that the effect of the *Patent Act* “is essentially to prevent others from practising an invention that, but for the patent monopoly, they would be permitted to practise. In exchange for disclosure to the public, the patent protects the disclosed information from unauthorized use for a limited time.” As Binnie J., writing for the Supreme Court, explained in *Free World*, above, at paragraph 42, “[t]he patent system is designed to advance research and development and to encourage broader economic activity.”

[65] That objective can only be impeded if the scientific and technical information in a patent is not available to the portion of the Canadian public who do not speak the language in which the patent in question was written. In short, therefore, the fact that patents exist only in one official language deprives Canadians who do not speak that language of information that is important in both legal and scientific terms.

[62] Par ailleurs, les défendeurs soulignent qu’ils ont proposé des mesures destinées à promouvoir l’égalité linguistique dans le système de brevets canadien en réponse au rapport du Commissariat aux langues officielles. Ainsi, les abrégés de brevets provenant de demandes internationales, qui existent déjà en anglais et en français, seront disponibles dans ces deux langues. Pour les autres brevets, l’Office envisage de s’abonner à un système de traduction automatisée. De plus, un système de recherche permettant d’obtenir des résultats dans une langue officielle en réponse à un mot-clé dans l’autre sera également disponible sur son site Web.

[63] Comme nous l’avons vu précédemment, l’accessibilité des brevets aux citoyens est importante car tout brevet soustrait certaines activités, pourtant interdites par aucune règle de droit, à la liberté d’action de chaque personne au Canada. De plus, parmi les considérations de politique publique qui justifient cette restriction, on retrouve la diffusion des connaissances scientifiques et techniques à l’origine des inventions brevetées.

[64] Le juge Binnie, dissident mais non sur ce point, explique dans l’arrêt *Harvard College*, ci-dessus, au paragraphe 64, que « la *Loi sur les brevets* a essentiellement pour effet d’empêcher les autres d’exploiter l’invention comme ils pourraient le faire n’était-ce le monopole conféré par le brevet. En contrepartie de la divulgation publique, le brevet empêche, pendant une période déterminée, l’utilisation non autorisée de l’information divulguée ». Comme l’explique également le juge Binnie, au nom de la Cour suprême, dans l’arrêt *Free World*, ci-dessus, au paragraphe 42, « [l]e régime de concession de brevets vise à favoriser la recherche et le développement et à encourager l’activité économique en général ».

[65] Cet objectif ne peut être qu’entravé par la non-accessibilité de l’information scientifique et technique contenue dans un brevet à la partie de la population canadienne qui ne parle pas la langue dans laquelle le brevet en question a été rédigé. En somme, le fait que les brevets n’existent que dans une langue officielle prive donc les Canadiens ne parlant pas cette langue d’informations importantes tant sur le plan juridique que sur le plan scientifique.

[66] In *Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency)*, 2004 FCA 263, [2004] 4 F.C.R. 276, at paragraph 17, the Federal Court of Appeal stressed that by creating the remedy in section 77 of the *Official Languages Act*, Parliament intended to ensure that the Act “has some teeth, that the rights or obligations it recognizes or imposes do not remain dead letters, and that the members of the official language minorities are not condemned to unceasing battles with no guarantees at the political level alone”.

[67] For that reason, and with respect, I do not share the respondents’ opinion that the fact that patents are not available in both official languages cannot be a violation of Part VII, having regard to the federal government’s efforts in relation to language policy.

[68] However, I believe that the courts must limit themselves to the factual circumstances relating to a particular decision rather than examining the government’s entire language policy every time an application under Part VII is brought before them. The courts are simply not equipped to assess the government’s language policy as a whole: that assessment is political in nature. Parliament is in a better position than the courts to make that assessment. However, the courts are used to ruling concerning the factual circumstances relating to a particular decision, and it is logical to assume that by creating a legal remedy for violations of Part VII, Parliament intended precisely to call on their expertise in the matter.

[69] I therefore conclude that the measures proposed to date by the Patent Office are not sufficient to meet its obligation, as a federal institution, to promote the use of both languages. That being said, the consequences of a violation of Part VII of the *Official Languages Act* and of the other provisions of that Act are not the same.

(5) Appropriate and just remedy in the circumstances

[70] Where the Court is of the opinion that a federal institution is not in compliance with the *Official Languages*

[66] La Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d’inspection des aliments)*, 2004 CAF 263, [2004] 4 R.C.F. 276, au paragraphe 17, insistait sur le fait qu’en créant le recours en vertu de l’article 77 de la *Loi sur les langues officielles*, le Parlement a voulu s’assurer que celle-ci « ait des dents, que les droits ou obligations qu’elle reconnaît ou impose ne demeurent pas lettres mortes, et que les membres des minorités linguistiques officielles ne soient pas condamnés à se battre sans cesse et sans garantie au seul niveau politique ».

[67] C’est pourquoi, avec égards, je ne partage pas l’opinion des défendeurs que la non-disponibilité de brevets dans les deux langues officielles ne saurait constituer une violation de la partie VII, vu tous les efforts du gouvernement fédéral en matière de politiques linguistiques.

[68] J’estime cependant que les tribunaux doivent se limiter aux circonstances factuelles relatives à une décision particulière plutôt qu’examiner l’ensemble de la politique linguistique du gouvernement à chaque fois qu’ils sont saisis d’un recours fondé sur la partie VII. Les tribunaux ne sont tout simplement pas équipés pour évaluer l’ensemble de la politique linguistique gouvernementale : une telle évaluation est de nature politique. Le Parlement est mieux situé que les tribunaux pour l’émettre. Par contre, les tribunaux ont l’habitude de se prononcer sur les circonstances factuelles relatives à une décision particulière, et il est logique de supposer qu’en créant un recours juridique pour des atteintes à la partie VII, le Parlement voulait justement faire appel à leur expertise en la matière.

[69] Je conclus donc que les mesures proposées à ce jour par le Bureau des brevets ne sont pas suffisantes pour rencontrer l’obligation qui lui incombe, en tant qu’institution fédérale, de promouvoir l’usage de ces deux langues. Cela dit, les conséquences d’une violation de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* et de ses autres dispositions ne sont pas les mêmes.

5) La réparation convenable et juste eu égard aux circonstances

[70] Lorsque la Cour est d’avis qu’une institution fédérale ne se conforme pas à la *Loi sur les langues officielles*,

*Act*, subsection 77(4) of that Act authorizes the Court to grant such remedy as it “considers appropriate and just in the circumstances.” Because I am of the opinion that failing to make patents available in both official languages violates Part VII of the *Official Languages Act*, the question of the remedy must be answered.

#### Submissions by the Parties

[71] The applicant makes no distinction between the appropriate remedy for a violation of Part VII and for violations of the other provisions of the *Official Languages Act*. He is seeking a series of declarations to require the Patent Office to make certain parts of patents (the title, the abstract, the claims, the drawings and the specification) and certain parts of patent applications (the title, the abstract and the claims) available in both official languages. He is also seeking a declaration of invalidity relating to all patents available in one official language only, to be suspended to allow the respondents to make the invalidated patent applications and patents available in both languages. In addition, in future, the date for public access should be the date on which a patent or patent application becomes available to the public in both official languages.

[72] The applicant acknowledges that requiring bilingualism in the Canadian patent system would be very costly. However, he relies on the decisions in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 and *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.), requiring that all Manitoba legislation and decisions of the Immigration and Refugee Board, respectively, be translated, notwithstanding the expenses that would cause.

[73] In the respondents’ submission, because the courts cannot rely on Part VII of the *Official Languages Act* to order the government to remedy a specific problem, no remedy is possible or appropriate in the circumstances. They submit that because those provisions confer no right to have a particular measure taken, it is up to the government to choose its priorities in relation to promoting the use of English and French in Canadian society. In

le paragraphe 77(4) de celle-ci l’autorise à octroyer une réparation qu’elle « estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Puisque je suis d’avis que la non-disponibilité des brevets dans les deux langues officielles contrevient à la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*, la question de la réparation s’impose.

#### Prétentions des parties

[71] Le demandeur ne fait aucune distinction entre la réparation appropriée pour une violation de la partie VII et celle d’autres dispositions de la *Loi sur les langues officielles*. Il recherche une série de déclarations visant à obliger le Bureau des brevets à rendre disponibles certaines parties des brevets (soit le titre, l’abrégé, les revendications, les dessins et le mémoire descriptif) et certaines parties des demandes de brevet (soit le titre, l’abrégé et les revendications) dans les deux langues officielles. Il demande également une déclaration d’invalidité de tous les brevets disponibles dans une seule langue officielle, suspendue afin de permettre aux défendeurs de rendre les demandes de brevet et les brevets ainsi invalidés disponibles dans les deux langues. De plus, à l’avenir, la date d’accessibilité au public devrait être celle à laquelle un brevet ou une demande de brevet est devenu accessible au public dans les deux langues officielles.

[72] Le demandeur reconnaît que l’imposition du bilinguisme dans le système de brevets canadien serait très coûteuse. Cependant, il s’appuie sur les décisions dans le *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, et dans l’arrêt *Devinat c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.), exigeant la traduction, respectivement de l’ensemble de la législation manitobaine et des décisions de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, malgré les dépenses que cela imposerait.

[73] Selon les défendeurs, puisque les tribunaux ne peuvent se fonder sur la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* pour ordonner au gouvernement de corriger un problème spécifique, aucune réparation n’est possible ou appropriée dans les circonstances. Ces dispositions ne conférant aucun droit à ce qu’une mesure particulière ne soit prise, il appartiendrait au gouvernement de choisir ses priorités en matière de la promotion de l’usage du

their submission, the Commissioner of Official Languages went too far in recommending that abstracts be translated, and the Court does not have the power to order that remedy. In their submission, the role of the Court is limited to finding that “positive measures” are being taken to promote linguistic equality.

[74] In the alternative, the respondents submit that the measures they proposed in response to the report of the Commissioner of Official Languages are sufficient. They stress the exorbitant costs of translating all patents, which would come to about \$825 000 000. Ordering a remedy that costly would amount to the Court substituting itself for Parliament in setting budget policy.

[75] As I said earlier, in my opinion, a violation of Part VII of the *Official Languages Act* cannot result in the same remedies as violations of Parts I to V of that Act. Deciding otherwise would amount to eliminating the difference between those provisions and denying the effect of the precise limits that Parts I to V set on the government’s obligations in respect of bilingualism. In addition, I agree with the respondents that the decisions of federal institutions to give effect to the government’s commitment under Part VII are entitled to a certain deference on the part of the courts.

[76] However, they cannot be conclusive; otherwise, why would Parliament have made those provisions enforceable? Deciding that the courts do not have the power to make orders forcing the government to take specific measures to remedy violations of its obligations under Part VII would make Parliament’s choice to “give it teeth” by making it enforceable pointless and ineffective.

[77] The remedies suggested by the applicant do not take into account the difference between Part VII of the *Official Languages Act* and the other provisions of that Act. Because I do not find that the Commissioner is required to issue bilingual patents under section 7, 12 or 22 of the *Official Languages Act*, I cannot declare that he must do so in order to comply with his obligations under Part VII.

français et de l’anglais dans la société canadienne. Le Commissaire aux langues officielles serait allé trop loin en recommandant la traduction des abrégés et la Cour n’aurait pas le pouvoir d’ordonner une telle réparation. Le rôle de la Cour se limiterait plutôt à constater que « des mesures positives » sont prises pour promouvoir l’égalité linguistique.

[74] De façon subsidiaire, les défendeurs soutiennent que les mesures qu’ils ont proposées en réponse au rapport du Commissaire aux langues officielles sont suffisantes. Ils insistent sur les coûts exorbitants d’une traduction de tous les brevets, qui seraient de l’ordre de 825 000 000 \$. Ordonner une réparation aussi coûteuse reviendrait à substituer la Cour au Parlement dans la détermination de la politique budgétaire.

[75] Comme je l’affirmais ci-haut, à mon avis, une violation de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* ne peut entraîner les mêmes réparations que celles des parties I à V de celle-ci. Décider autrement reviendrait à anéantir la différence entre ces dispositions et à nier l’effet des limites précises que les parties I à V posent aux obligations du gouvernement en matière de bilinguisme. De plus, je conviens avec les défendeurs que les décisions des institutions fédérales destinées à donner suite à l’engagement du gouvernement en vertu de la partie VII ont droit à une certaine déférence des tribunaux.

[76] Cependant, elles ne sauraient être déterminantes; autrement, pourquoi le Parlement aurait-il rendu ces dispositions justiciables? Décider que les tribunaux n’ont pas le pouvoir de rendre des ordonnances forçant le gouvernement à prendre des mesures spécifiques pour rectifier des manquements aux obligations qui lui incombent de par la partie VII rendrait le choix fait par le Parlement de lui « donner des dents » en la rendant justiciable inutile et sans effet.

[77] Les réparations suggérées par le demandeur ne tiennent aucun compte de la différence entre la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* et les autres dispositions de celles-ci. Puisque je ne trouve pas que le Commissaire est tenu de délivrer des brevets bilingues en vertu des articles 7, 12 ou 22 de la *Loi sur les langues officielles*, je ne saurais déclarer qu’il doit le faire pour respecter les obligations qui lui incombent en vertu de la partie VII.

[78] In *DesRochers*, above, at paragraph 37, the Supreme Court adopted the conclusion of the Federal Court of Appeal in *Forum des maires*, above, at paragraph 20, which was that in an application under section 77 of the *Official Languages Act*, “[t]he remedy will vary according to whether or not the breach continues.” In this case, the violation of Part VII is continuing, and the Court must therefore order a remedy accordingly.

[79] I would note that a patent is a document that is directed to or intended for the notice of, and is for the information of, the public. While it would be difficult to completely translate all patents, the Patent Office must at least make abstracts of patents available in both official languages, as the Office of the Commissioner of Official Languages proposed.

[80] Certainly, this will be an unofficial translation. However, making it available will be a remedy that is “appropriate and just in the circumstances”, within the meaning given to that expression in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 55 to 58. It will therefore provide for the language rights of the applicant and all Canadians to be defended effectively, by giving them a good idea of the content of valid patents if they do a preliminary search in the official language of their choice. Requiring that the Commissioner make bilingual abstracts available does not overstep either the mandate of the Court in our constitutional system or the limits of its expertise. In addition, this measure does not impose great hardship on the Commissioner because it essentially confirms the measures he himself said he intended to take.

## COSTS

[81] Subsection 81(1) of the *Official Languages Act* provides that, ordinarily, in an application under section 77, costs will follow the event. However, subsection 81(2) provides that “[w]here the Court is of the opinion that an application under section 77 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.”

[78] Dans l’arrêt *DesRochers*, ci-dessus, au paragraphe 37, la Cour suprême a adopté la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Forum des maires*, ci-dessus, au paragraphe 20, à l’effet que dans un recours porté en vertu de l’article 77 de la *Loi sur les langues officielles*, « [l]e remède variera selon que la violation perdure ou non. » En l’espèce, la violation de la partie VII perdure, et la Cour doit donc ordonner une réparation en conséquence.

[79] Je rappelle qu’un brevet est un document qui s’adresse au public et l’informe. Si la traduction complète de tous les brevets est difficilement réalisable, le Bureau des brevets doit à tout le moins rendre disponibles dans les deux langues officielles les abrégés des brevets, comme l’avait proposé le Commissariat aux langues officielles.

[80] Il s’agira, bien entendu d’une traduction non officielle. Cependant, sa disponibilité constituera une « réparation convenable et juste eu égard aux circonstances », au sens que la Cour suprême a donné à cette expression dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 55 à 58. Ainsi, elle permettra de défendre utilement les droits linguistiques du demandeur et de tous les Canadiens en leur donnant une bonne idée du contenu des brevets valides en effectuant une recherche préliminaire dans la langue officielle de son choix. Obliger le Commissaire à rendre disponibles les abrégés bilingues ne dépasse ni le mandat de la Cour dans notre système constitutionnel ni les limites de son expertise. De plus cette mesure n’imposera pas de grandes difficultés au Commissaire, puisqu’il ne s’agit, en somme, que d’une confirmation des mesures qu’il affirme lui-même avoir l’intention de prendre.

## LES DÉPENS

[81] Le paragraphe 81(1) de la *Loi sur les langues officielles* prévoit que, normalement, dans un recours en vertu de l’article 77, les dépens suivent l’issue de la cause. Cependant, le paragraphe 81(2) dispose que « dans les cas où il estime que l’objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, le tribunal accorde les frais et dépens à l’auteur du recours, même s’il est débouté ».

[82] Relying on that provision, the applicant is seeking the costs of this case regardless of the result. He submits that the issues raised in the case, in particular concerning the effect of Part VII of the *Official Languages Act* and the content of the bilingualism obligation in relation to delegated legislation (the class to which patents belong, in his submission), are novel and important.

[83] The respondents oppose awarding costs to the applicant, but acknowledge the Court's discretion in this regard.

[84] Notwithstanding the applicant's very partial success, he is entitled to his costs in this case under subsection 81(2). Apart from all the technical details, the fact that patents granted by a country that considers itself bilingual are unilingual is an important question. Although this year marked the 40th anniversary of the *Official Languages Act*, that question has never been raised before now, and the applicant did Canadians a service by making it a subject of public debate.

## CONCLUSION

[85] For these reasons, the application by the applicant is allowed in part, with costs, for the sole purpose of declaring that the Commissioner is not in compliance with his obligations under section 41 of the *Official Languages Act*, and that in order to be in compliance he must make available an unofficial translation of the abstract of all patents he issues.

## JUDGMENT

THE COURT ORDERS that:

The application by the applicant is allowed in part, with costs, for the sole purpose of declaring that the Commissioner is not in compliance with his obligations under section 41 of the *Official Languages Act*, and that in order to be in compliance he must make available an unofficial translation of the abstract of all patents he issues.

[82] S'appuyant sur cette disposition, le demandeur réclame les dépens de cette cause peu importe son issue. Il soutient que les enjeux qu'elle a permis de soulever, notamment concernant l'effet de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* et l'étendue de l'obligation de bilinguisme en matière de législation déléguée (catégorie à laquelle appartiennent, selon lui, les brevets), sont nouveaux et importants.

[83] Les défendeurs s'opposent à l'octroi des dépens au demandeur, mais reconnaissent la discrétion de la Cour à cet égard.

[84] Malgré le succès très partiel du demandeur, il a droit à ses dépens dans cette cause en vertu du paragraphe 81(2). Au-delà de tous les détails techniques, l'unilinguisme des brevets octroyés par un pays qui se veut bilingue est une question importante. Bien que l'on ait marqué cette année le 40<sup>e</sup> anniversaire de la *Loi sur les langues officielles*, cette question ne s'est jamais posée jusqu'à maintenant, et le demandeur a rendu un service aux Canadiens en la faisant l'objet d'un débat public.

## CONCLUSION

[85] Pour ces motifs, le recours du demandeur est accordé en partie, avec dépens, pour la seule fin de déclarer que le Commissaire ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*, et que pour le faire, il doit rendre disponible une traduction non officielle de l'abrégé de tous les brevets qu'il délivre.

## JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que :

Le recours du demandeur est accordé en partie, avec dépens, pour la seule fin de déclarer que le Commissaire ne se conforme pas aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*, et que pour le faire, il doit rendre disponible une traduction non officielle de l'abrégé de tous les brevets qu'il délivre.

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

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

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

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

v.

c.

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

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

A-139-08

A-139-08

**Canadian Human Rights Commission** (*Appellant*)

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

v.

c.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

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

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

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

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

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

#### CASES CITED

##### APPLIED:

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

##### CONSIDERED:

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

##### REFERRED TO:

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

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

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

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

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

##### DÉCISIONS CITÉES :

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

## AUTHORS CITED

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

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

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

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

## APPEARANCES

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

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

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

## SOLICITORS OF RECORD

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

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

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

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

SEXTON AND RYER J.J.A.:

## DOCTRINE CITÉE

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

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

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

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

## ONT COMPARU

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

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

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

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

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

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

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

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

## I. INTRODUCTION

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

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

## I. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. PROCEDURAL HISTORY

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

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

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

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

## II. HISTORIQUE PROCÉDURAL

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

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

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

### III. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

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

### IV. BACKGROUND

#### A. Investigation of the complaint

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

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

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

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

### III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

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

### IV. CONTEXTE

#### A. L'enquête sur la plainte

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

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

Corrective Action:

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

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

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

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

La mesure corrective :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### B. The Tribunal inquiry

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

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

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

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

### B. L'enquête du Tribunal

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## V. DECISIONS BELOW

### A. Canadian Human Rights Tribunal

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

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

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

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

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

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

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

## V. DÉCISIONS DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS

### A. Tribunal canadien des droits de la personne

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(a) Element one—The comparator group

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

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

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

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

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

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

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

a) Premier élément — Groupe de comparaison

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(b) Element two—Employment in the same establishment

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

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

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

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

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

b) Deuxième élément — Employés travaillant dans le même établissement

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

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

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

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

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

(c) Element three—Work of equal value

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

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

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

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

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

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

c) Troisième élément — Fonctions équivalentes

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

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

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

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

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

Later, the following sentence appears:

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

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

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

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

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

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

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

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

On trouve plus loin la phrase suivante :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(d) Element four—Wage gap

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Quatrième élément — Écart de rémunération

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

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

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

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

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

#### (e) Remedy

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

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

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

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

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

#### e) Réparation

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

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

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

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

#### B. Federal Court

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

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

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

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

#### B. La Cour fédérale

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

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

## (a) Applicability of the 1986 Guidelines

## a) Applicabilité de l'Ordonnance de 1986

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

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

## (b) Standard of proof

## b) Norme de preuve

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(c) Comparator Group

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

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

(d) Presumption

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

(e) Damages

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

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

c) Groupe de comparaison

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

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

d) Présomption

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

e) Dommages-intérêts

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

the applications Judge lamented the long duration of the proceedings.

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

(f) Disposition

f) Dispositif

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

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

VI. ISSUES

VI. QUESTIONS EN LITIGE

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

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

[83] The following issues arise in these appeals:

[83] Les présents appels soulèvent les questions suivantes :

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

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

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

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

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

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

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

(e) whether the Tribunal erred by discounting damages.

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

## VII. ANALYSIS

### A. The role of the Court in this appeal

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

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

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

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

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

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

## VII. ANALYSE

### A. Rôle de la Cour dans le présent appel

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

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

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

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

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

(a) Standard of review

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

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

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

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

a) Norme de contrôle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

Justice Rothstein continued at paragraph 54:

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

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

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

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

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

[...]

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

Le juge Rothstein a poursuivi, au paragraphe 54 :

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

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

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

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

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

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

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

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

(i) Element one—The comparator group

i) Premier élément — Groupe de comparaison

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

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

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

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

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

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

## (ii) Element two—Employment in the same establishment

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

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

## (iii) Element three—Work of equal value

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

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

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

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

## ii) Deuxième élément — Employés travaillant dans le même établissement

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

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

## iii) Troisième élément — Fonctions équivalentes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Whether the Tribunal applied the incorrect standard of proof

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

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

(a) Standard of review

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

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

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

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

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

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

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

a) Norme de contrôle

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VIII. CONCLUSION AND DISPOSITION

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

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

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

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

## VIII. CONCLUSION ET DISPOSITIF

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

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

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

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

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

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

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

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

## APPENDIX

## ANNEXE

### RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

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

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

Equal wages

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

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

Disparité salariale discriminatoire

Assessment of value of work

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

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

Critère

Separate establishments

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

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

Établissements distincts

Different wages based on prescribed reasonable factors

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

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

Disparité salariale non discriminatoire

Idem

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

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

Idem

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

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

(b) administer oaths;

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

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

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

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

b) de faire prêter serment;

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

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

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

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

**18.1 ...**

Powers of Federal Court

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

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

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

...

Powers of Federal Court of Appeal

**52.** The Federal Court of Appeal may

...

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

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

**18.1 [...]**

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

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

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

[...]

**52.** La Cour d'appel fédérale peut :

[...]

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

Pouvoirs de la Cour fédérale

Pouvoirs de la Cour d'appel fédérale

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

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

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

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

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

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

*Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\* \* \*

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

EVANS J.A. (dissenting):

#### A. INTRODUCTION

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

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

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

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

\* \* \*

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

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

#### A. INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## B. CONTEXTUAL BACKGROUND

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

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

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

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

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

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

## B. CONTEXTE FACTUEL

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

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

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

over the functions previously performed by the Post Office;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### C. ISSUES AND ANALYSIS

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

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

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

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

### C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[194] The Tribunal also rejected the argument that the General Labour and Trades, and General Services occupational groups, which were represented in collective bargaining by PSAC, were more appropriate comparators. These groups represented only a small percentage of CPC employees and did not perform work similar to that of any members of the CR group.

[195] For these reasons, I am not persuaded that the Tribunal’s choice of comparator group was unreasonable or contrary to the purpose of the Act. In my respectful view, the applications Judge erred in law in concluding that the Tribunal had committed reviewable error in the exercise of its broad discretion over the selection of a comparator group.

ISSUE 2: Did the Tribunal apply the correct standard of proof when finding that members of the complainant and comparator groups were performing work of equal value?

(i) Facts in issue

[196] When determining whether members of a complainant group are paid less than those of the comparator group for performing work of equal value, a Tribunal must make two findings about their jobs.

[197] First, the value of the jobs performed by the members of the groups must be assessed. Subsection 11(2) of the Act prescribes that the value of work must be assessed on the basis of a composite of the skill, effort, and responsibility required, and the conditions under which the work is performed. The Tribunal must weigh

[193] Deuxièmement, le niveau interne PO-4 était composé à peu près en parts égales d’hommes et de femmes, de sorte qu’il était « neutre sur le plan du sexe ». Il ne pouvait donc pas servir de groupe de comparaison, parce qu’il n’était pas composé majoritairement de membres du sexe opposé à celui du groupe CR, lequel était à prédominance féminine.

[194] Le Tribunal a également écarté l’argument selon lequel les groupes professionnels Manœuvres et hommes de métier et Services divers, qui étaient représentés par l’ACFP lors des négociations collectives, étaient des groupes de comparaison plus appropriés. Ces groupes ne représentaient qu’un faible pourcentage des employés de la SCP et ils n’effectuaient pas un travail semblable à celui des membres du groupe CR.

[195] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincu que le choix de groupe de comparaison qu’a effectué le Tribunal était déraisonnable ou qu’il allait à l’encontre de l’objectif visé par la Loi. À mon humble avis, le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que le Tribunal avait commis une erreur justifiant l’intervention de la Cour dans la façon dont il avait exercé son vaste pouvoir discrétionnaire en matière de sélection d’un groupe de comparaison.

DEUXIÈME QUESTION : Le Tribunal a-t-il appliqué la bonne norme de preuve en concluant que les membres du groupe plaignant et du groupe de comparaison exerçaient des fonctions équivalentes?

i) Faits en litige

[196] Pour déterminer si les membres du groupe plaignant sont moins bien rémunérés que ceux du groupe de comparaison pour des fonctions équivalentes, le Tribunal doit tirer deux conclusions au sujet des fonctions qu’ils exercent.

[197] Il doit tout d’abord établir l’équivalence des fonctions exécutées par les salariés des groupes en question. Le paragraphe 11(2) de la Loi prévoit que le critère à appliquer pour établir l’équivalence des fonctions est le dosage de qualifications, d’efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des

the evidence before it on these aspects of the work and determine whether it is sufficiently cogent to enable the Tribunal to conclude on a balance of probabilities that the jobs had been properly evaluated.

[198] Because it may be impractical to collect the necessary data for all the jobs performed by members of the groups, it is sufficient to evaluate the work performed by representative samples of the groups. The Tribunal will normally have before it job evaluations submitted on behalf of the parties as a result of a joint union-management study. In this case, however, job evaluations were submitted on behalf of the complainants alone. The Tribunal relied on the reports of the professional team retained by PSAC and on the *viva voce* evidence of the “spokesperson” of the team, Dr. Wolf, in adopting the team’s evaluation of the work performed by members of the groups.

[199] Second, on the basis of an evaluation of the work, the Tribunal must then decide if enough members of the complainant group were performing work of at least equal value to that of members of the comparator group to enable it to determine if there was a gender-based wage gap in breach of section 11. As already indicated, the evidence of the professional team was that if a substantial portion of the CR positions were at least equal in value to one or more of the PO positions, the wages of the two groups could be compared to determine if they were being paid differently for performing work of equal value.

[200] In a report submitted in 1995 (PSAC-29), the professional team found that 62.9 percent of the jobs of the CR group were of equal or greater value than the least valuable job in the PO group. However, in its report of June 2000 (PSAC-180), the professional team reviewed its earlier evaluations in the light of evidence subsequently produced by CPC, mainly related to the PO positions.

conditions de travail. Le Tribunal doit apprécier les éléments de preuve dont il dispose sur ces aspects du travail et déterminer s’ils sont suffisamment convaincants pour lui permettre de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les fonctions ont été correctement évaluées.

[198] Comme il peut être peu pratique de recueillir les données nécessaires pour toutes les fonctions exécutées par les membres de ces groupes, il suffit d’évaluer le travail effectué par des échantillons représentant les groupes en question. Le Tribunal disposera normalement d’évaluations des emplois qui lui auront été soumises pour le compte des parties à la suite d’une étude conjointe patronale-syndicale. En l’espèce toutefois, les évaluations d’emplois ont été soumises uniquement pour le compte des plaignants. Le Tribunal s’est fondé sur les rapports des membres de l’équipe professionnelle retenus par l’AFPC et sur le témoignage du « porte-parole » de l’équipe, M. Wolf, pour adopter l’évaluation que l’équipe avait faite des fonctions exécutées par les membres des groupes en cause.

[199] Deuxièmement, sur le fondement de l’évaluation des emplois, le Tribunal doit ensuite décider si un nombre suffisant de membres du groupe plaignant effectuaient des fonctions d’une valeur égale ou supérieure à celle des membres du groupe de comparaison pour lui permettre de déterminer s’il existait un écart de rémunération fondée sur le sexe, et ce, en violation de l’article 11. Ainsi qu’il a déjà été indiqué, suivant les membres de l’équipe professionnelle, si une partie importante des postes CR avaient une valeur égale ou supérieure à un ou à plusieurs des postes PO, on pouvait alors comparer le salaire des membres de chacun des groupes en question pour déterminer s’ils recevaient une rémunération différente pour des fonctions équivalentes.

[200] Dans un rapport soumis en 1995 (AFPC-29), l’équipe professionnelle concluait que 62,9 p. 100 des postes du groupe CR étaient d’une valeur égale ou supérieure à un ou à plusieurs des postes du groupe PO ou, en d’autres termes, qu’ils équivalaient à ces derniers. Toutefois, dans son rapport de juin 2000 (AFPC-180), l’équipe professionnelle est revenue sur son évaluation

[201] In this latter report, the professional team found that, while the new information made relatively little difference to most evaluations, it did significantly affect the value previously attributed to two PO generic jobs: the value of one job, relief mail services courier, was revised down, while the value of the other, counter clerk, was raised. As a result of the increase in the evaluation of the generic job of counter clerk, the number of CR positions falling within the PO value line was reduced by nearly a half.

[202] Nonetheless, the professional team obviously regarded 34 percent as a “substantial portion” of members of the complainant group who come within the comparator group’s value line so as to enable the wages of the two groups to be compared for the purpose of determining whether the CR group was being paid less than the PO group for performing work of equal value. CPC did not argue that 34 percent was too small a number for this determination to be made.

[203] Of course, if the jobs are not reliably evaluated in accordance with the statutory criteria, it cannot be established on a balance of probabilities that members of the complainant group were paid less than the comparator group for work of equal value.

[204] However, I should also add this. Historically, women in predominantly female occupations have generally been paid less than men for work of equal value, including in the federal public service. Hence, a finding that the CR group was paid less than the PO group for performing work of equal value would hardly be a surprise, especially since clerical work has traditionally been “women’s work” and women comprised more than 80 percent of the CR group. Indeed, the surprise would have been a finding that CPC did not fit the historic pattern of undervaluing “women’s work”. Nonetheless, this does not relieve PSAC and CHRC from having to adduce evidence to prove to the Tribunal on a balance of probabilities that CPC was in breach of section 11.

précédente à la lumière des éléments de preuve ultérieurement présentés par la SCP et qui concernaient principalement les postes PO.

[201] Dans ce dernier rapport, l’équipe professionnelle a conclu que, même si les nouveaux renseignements ne changeaient pas grand-chose à la plupart des évaluations, deux postes génériques PO avaient subi des modifications significatives quant à leur pointage : le poste de messenger suppléant du service du courrier avait vu son pointage diminuer, alors que celui de commis au comptoir avait vu son pointage augmenter, ce qui avait eu pour effet de réduire de presque la moitié le nombre de postes CR entrant dans la catégorie PO.

[202] Néanmoins, l’équipe professionnelle considérait de toute évidence le chiffre de 34 p. 100 comme une « proportion importante » des membres du groupe plaignant qui correspondaient à ceux du groupe de comparaison, de sorte qu’on pouvait comparer le salaire des membres des deux groupes pour déterminer si le groupe CR était moins bien rémunéré que le groupe PO pour des fonctions équivalentes. La SCP n’a pas prétendu que 34 p. 100 était un pourcentage trop faible pour pouvoir tirer cette conclusion.

[203] Évidemment, si les postes ne sont pas évalués de façon fiable conformément aux critères prévus par la loi, on ne peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que les membres du groupe plaignant étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe de comparaison pour des fonctions équivalentes.

[204] Je tiens cependant à ajouter ce qui suit. Historiquement, les femmes qui exerçaient des professions à prédominance féminine étaient, en règle générale, moins bien rémunérées que les hommes pour des fonctions équivalentes, y compris au sein de la fonction publique fédérale. Il ne serait donc guère étonnant de conclure que les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes, d’autant plus que le travail de bureau était traditionnellement un « travail de femme » et que les femmes représentaient plus de 80 p. 100 du groupe CR. D’ailleurs, la conclusion qui aurait été étonnante aurait été celle suivant laquelle la SCP se démarquait en ne suivant pas la tendance historique consistant à sous-évaluer le « travail

## (ii) Standard of proof

[205] The relevant law on this issue is clear and not in dispute in this appeal. Complainants before the Canadian Human Rights Tribunal have the burden of proving that the respondent has *prima facie* discriminated against them contrary to the Act: see, for example, *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.) (*Department of National Defence*), at paragraph 33. Absent some special legislation, a balance of probabilities is the standard of proof applicable to civil proceedings in Canada: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 (*McDougall*). “Civil proceedings” include proceedings before human rights tribunals: *Department of National Defence*, at paragraph 33.

[206] After noting that there was some judicial authority for the proposition that the civil standard of proof varies according to the seriousness of the outcome for the parties and the importance of the interests at stake, Justice Rothstein said in *McDougall* (at paragraph 44):

In my view, the only practical way in which to reach a factual conclusion in a civil case is to decide whether it is more likely than not that the event occurred.

In addition, he noted (at paragraph 54):

Where the trial judge expressly states the correct standard of proof, it will be presumed that it was being applied. Where the trial judge does not express a particular standard of proof, it will also be presumed that the correct standard was applied.

I take it that, like the standard of proof itself, this presumption applies to decisions of the Canadian Human Rights Tribunal.

des femmes ». Quoi qu’il en soit, l’AFPC et la CCDP n’étaient pas pour autant dispensées de l’obligation de présenter des éléments de preuve pour démontrer au Tribunal, selon la prépondérance des probabilités, que la SCP avait contrevenu à l’article 11.

## ii) Norme de preuve

[205] Les règles de droit applicables à cette question sont claires et ne sont pas contestées dans le présent appel. Devant le Tribunal canadien des droits de la personne, les plaignants ont la charge de prouver, *prima facie*, que le défendeur a commis un acte discriminatoire contre eux en violation de la Loi (voir, par exemple, *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.) (*Ministère de la Défense nationale*), au paragraphe 33). À défaut de dispositions législatives spéciales, la prépondérance des probabilités est la norme de preuve qui s’applique aux instances civiles au Canada (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 (*McDougall*)). Les instances introduites devant les tribunaux des droits de la personne sont assimilées à des « instances civiles » (*Ministère de la Défense nationale*, au paragraphe 33).

[206] Après avoir signalé que, suivant certains précédents judiciaires, la norme de preuve civile admettait différents degrés d’examen de la preuve selon la gravité de l’affaire et l’importance des intérêts en jeu, le juge Rothstein a déclaré ce qui suit, dans l’arrêt *McDougall* (au paragraphe 44) :

À mon avis, la seule façon possible d’arriver à une conclusion de fait dans une instance civile consiste à déterminer si, selon toute vraisemblance, l’événement a eu lieu.

Il a également fait observer ce qui suit (au paragraphe 54) :

Lorsqu’il [le juge du procès] énonce expressément la bonne norme de preuve, il est présumé l’avoir appliquée. Dans le cas où le juge ne renvoie à aucune norme de preuve particulière, on présume également qu’il a appliqué la bonne.

J’en déduis que, tout comme la norme de preuve elle-même, cette présomption s’applique aux décisions du Tribunal canadien des droits de la personne.

[207] Whether the Tribunal in the present case committed a reviewable error in its application of the balance of probabilities standard of proof to the material before it is, of course, a different question. I need only say at this point that, when it comes to fact-finding, especially on difficult technical issues such as those involved in this pay equity dispute, the Tribunal is operating at the heart of its specialized jurisdiction, and its findings of fact are owed a high degree of deference, as the wording of paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* indicates: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 46.

[208] Facts in issue are facts that are legally necessary for a plaintiff to win its case. They must be proved on a balance of probabilities. In this case, the facts in issue are the value of the jobs and, if the distribution of the values of the work performed by the complainant and comparator groups permits, the wages paid for work of equal value. However, establishing the value or, more accurately perhaps, the relative value of work, is not a purely scientific exercise, admitting of a uniquely correct answer. It calls for the exercise of judgment; not all evaluators would necessarily adopt the same methodology for assessing work, or place the same value on given jobs. Those assessing the value of work must be afforded a margin of appreciation in applying the appropriate methodology to the job data.

[209] Facts in issue should be distinguished from the evidence or intermediate facts on which findings of the facts in issue are based. It is unnecessary and, in my view, unhelpful for an adjudicator to introduce the notion of a balance of probabilities when weighing items of evidence to determine their probative value. “Balance of probabilities” is best reserved as the standard to be used

[207] La question de savoir si le Tribunal a, en l’espèce, commis une erreur justifiant notre intervention dans la façon dont il a appliqué la norme de preuve de la prépondérance des probabilités aux éléments dont il disposait est, évidemment, une question différente. Il suffit que je dise, à cette étape-ci, que, lorsqu’il s’agit de tirer des conclusions au sujet des faits, surtout lorsqu’on a affaire à des questions techniques difficiles comme celles qui sont en cause dans le présent différend en matière de parité salariale, le Tribunal se trouve au cœur même de sa compétence spécialisée et les conclusions de fait qu’il tire appellent un degré élevé de déférence, comme il ressort clairement de l’alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales (Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 46).

[208] Les faits en litige sont des faits que le demandeur doit nécessairement établir pour pouvoir obtenir gain de cause. Ils doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités. En l’espèce, les faits en litige sont la valeur des postes et, si la distribution de la valeur du travail exécuté par le groupe plaignant et par le groupe de comparaison le permet, le salaire payé pour des fonctions équivalentes. Toutefois, établir la valeur ou, pour être peut-être plus exact, la valeur relative du travail, n’est pas un exercice purement scientifique, qui n’admettrait qu’une seule bonne réponse. Il fait appel au jugement de l’évaluateur. Ce ne sont pas tous les évaluateurs qui adopteraient nécessairement la même méthodologie pour évaluer des postes ou qui attribueraient la même valeur à des postes déterminés. Ceux qui sont chargés d’attribuer une valeur à un poste doivent pouvoir bénéficier d’une marge de manœuvre lorsqu’il s’agit d’appliquer la méthodologie appropriée aux données portant sur des postes déterminés.

[209] Il convient également d’établir une distinction entre les faits en litige et les éléments de preuve ou les faits intermédiaires sur lesquels les conclusions tirées au sujet des faits en litige sont fondées. Il est inutile et, à mon avis, nuisible d’introduire le concept de la prépondérance des probabilités lorsqu’on apprécie des éléments de preuve pour en déterminer la valeur probante. Il vaut

by a fact-finder when determining whether, when all the evidence is weighed, a fact in issue has been proved.

[210] However, this is not to say that the weight attached to evidence is unrelated to the question of whether a fact in issue has been proved on a balance of probabilities. An adjudicator cannot conclude that a fact in issue has been proved on a balance of probabilities if the only evidence is unreliable. Conversely, I cannot imagine that an adjudicator would describe evidence as reliable unless it was more likely than not to be true, or would describe evidence as “reasonably reliable” that she thought was no more likely to be correct than to be wrong.

[211] In the present case, the Tribunal had before it three kinds of evidence from which to determine if the professional team had accurately assessed the value of the work performed by the CR and PO groups. First, it considered job information on the nature of the work and the wages paid for that work. Second, it considered whether the Hay method evaluation plan used by the professional team was an appropriate methodology for assessing the value of the work performed by the CR and PO groups by reference to the statutory criteria of skill, effort, responsibility, and working conditions. Third, it considered whether the evaluators had adopted a proper process in applying the methodology to the data.

[212] Having found that the only three items of evidence on which it could assess the professional team’s evaluation of the jobs were reasonably reliable, the Tribunal could conclude on a balance of probabilities that the jobs had been properly evaluated.

[213] In the course of its reasons, the Tribunal did at times refer to a balance of probabilities or its equivalent, “more likely than not”, when assessing the reliability of items of evidence. To ask, as it did, whether it is more likely than not that certain evidence was reasonably

mieux pour l’arbitre des faits de ne recourir à la « prépondérance des probabilités » que comme norme permettant de déterminer si, vu l’ensemble de la preuve, un fait en litige a été prouvé.

[210] Toutefois, cela ne veut pas dire que la valeur à accorder à des éléments de preuve n’a rien à voir avec la question de savoir si un fait en litige a été prouvé selon la prépondérance des probabilités. L’arbitre des faits ne peut conclure qu’un fait en litige a été prouvé selon la prépondérance des probabilités si les seuls éléments de preuve dont il dispose ne sont pas fiables. En revanche, je ne peux imaginer que l’arbitre des faits considérerait comme fiables des éléments de preuve s’il n’est pas plus vraisemblable qu’ils sont véridiques, ou qu’il qualifierait de « raisonnement fiables » les éléments de preuve qui, selon toute vraisemblance, sont faux.

[211] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal disposait de trois types d’éléments de preuve qui lui permettaient de déterminer si l’équipe professionnelle avait apprécié avec exactitude la valeur du travail exécuté par le groupe CR et par le groupe PO. Premièrement, il a examiné les renseignements sur les emplois portant sur la nature du travail et le salaire payé pour ce travail. Deuxièmement, il s’est demandé si la méthode Hay utilisée par l’équipe professionnelle était une méthode appropriée pour apprécier la valeur du travail effectué par le groupe CR et par le groupe PO en fonction des critères prévus par la loi, à savoir le dosage de qualifications, d’efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail. Troisièmement, il s’est demandé si les évaluateurs avaient adopté le bon processus pour appliquer la méthodologie aux données.

[212] Ayant conclu que les trois seuls éléments de preuve qui lui permettaient de décider si l’évaluation des postes réalisée par l’équipe professionnelle était raisonnablement fiable, le Tribunal pouvait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les postes avaient été correctement évalués.

[213] Dans ses motifs, le Tribunal a cité à l’occasion la norme de la « prépondérance des probabilités » ou son équivalent, la notion de la « vraisemblance » pour apprécier la fiabilité des éléments de preuve. Il peut être redondant de demander, comme il l’a fait, si, selon toute

reliable may be redundant. It does not in my view, however, amount to an error of law by demonstrating that the Tribunal deviated from the task that it had set itself: to assess the reliability of each of these items of evidence and to ask whether, taken as a whole, they established on a balance of probabilities that the professional team had properly evaluated the work.

(iii) Tribunal's reasons

[214] I turn now to the reasons of the Tribunal to determine if it applied the balance of probabilities standard of proof when making findings of the facts in issue. The first fact in issue is the proper evaluation of the jobs. If the Tribunal was satisfied of this on a balance of probabilities, and if a substantial portion of the CR jobs were at least as valuable as the lowest valued PO job, it could then determine whether the complainants were being paid less than the comparator group for performing work of equal value contrary to section 11. In its memorandum of fact and law, CPC did not challenge that this was an appropriate basis for being able to compare the wages of the two groups in order to determine if the CR group had been paid less than the PO group for performing work of equal value.

[215] In its overview of the legal principles governing a human rights complaint, the Tribunal correctly stated (at paragraph 69) that a *prima facie* case of discrimination must be established on "the civil standard, a balance of probabilities." Turning later to the question of whether there was a *prima facie* case of discrimination contrary to section 11, the Tribunal provides the reader with a road map of its task (at paragraph 257):

Therefore, when addressing section 11 in the context of the Complaint before this Tribunal, each of the following elements must be proven, on a balance of probabilities. The elements are taken from section 11 of the *Act* and from the guidance which is offered concerning the particularizing of the section through guidelines promulgated by the Commission pursuant to its mandate under section 27 of the *Act*.

vraisemblance, certains éléments de preuve étaient raisonnablement fiables. En agissant ainsi, le Tribunal n'a pas, à mon avis, commis d'erreur de droit qui démontrerait qu'il s'est écarté de la tâche qu'il s'était lui-même fixée, en l'occurrence d'évaluer la fiabilité de chacun des éléments de preuve en question et de se demander si, dans l'ensemble, ils établissaient selon la prépondérance des probabilités que l'équipe professionnelle avait correctement évalué le travail.

iii) Les motifs du Tribunal

[214] Je passe maintenant aux motifs du Tribunal pour déterminer s'il a appliqué la norme de preuve de la prépondérance des probabilités pour tirer ses conclusions au sujet des faits en litige. Le premier fait en litige est l'évaluation des postes. Si le Tribunal était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que cette évaluation était correcte et si une partie importante des postes CR avait une valeur au moins aussi élevée que le poste PO ayant la valeur la moins élevée, le Tribunal pouvait alors déterminer si les plaignants étaient moins bien rémunérés que les membres du groupe de comparaison pour des fonctions équivalentes, contrairement à l'article 11. Dans son mémoire des faits et du droit, la SCP n'a pas contesté que cette méthode était appropriée pour comparer le salaire des deux groupes afin de déterminer si les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes.

[215] Dans son survol des principes juridiques régissant les plaintes en matière de droits de la personne, le Tribunal affirme à juste titre (au paragraphe 69) que la preuve *prima facie* de discrimination doit être établie selon « la norme civile, la prépondérance des probabilités ». Examinant plus loin la question de savoir s'il existe en l'espèce une preuve *prima facie* de discrimination contraire à l'article 11, le Tribunal explique comme suit sa démarche au lecteur (au paragraphe 257) :

Par conséquent, lorsque l'on traite de l'article 11 dans le contexte de la plainte dont le Tribunal est saisi, chacun des éléments suivants doit être prouvé, selon la prépondérance des probabilités. Les éléments figurent à l'article 11 de la Loi et dans les directives qui sont offertes concernant les précisions de l'article dans les ordonnances prises par la Commission en vertu du mandat qui lui est conféré en vertu de l'article 27 de la Loi :

(1) The complainant occupational group is predominantly of one sex and the comparator occupational group is predominantly of the other sex. In this Complaint, that means the complainant CR's must be predominantly female and the comparator PO's must be predominantly male.

(2) The female-dominated occupational group and the male-dominated occupational group being compared are composed of employees who are employed in the same establishment.

(3) The value of the work being compared between the two occupational groups has been assessed reliably on the basis of the composite of the skill, effort, and responsibility required in the performance of the work, and the conditions under which the work is performed. The resulting assessment establishes that the work being compared is of equal value.

(4) A comparison made of the wages being paid to the employees of the two occupational groups for work of equal value demonstrates that there is a difference in wages between the two, the predominantly female occupational group being paid a lesser wage than the predominantly male occupational group. This wage difference is commonly called a "wage gap". [Emphasis added.]

[216] In my view, the Tribunal correctly identified in this paragraph the facts in issue and the applicable standard of proof. I shall focus on element three because this is where my colleagues say that the Tribunal erred. Nor can I fault the Tribunal's statement that the complainants must prove on a balance of probabilities that the value of the work had been "reliably" assessed.

[217] The Tribunal's statement that the assessments establish that the work performed by members of the groups being compared is of equal value is also correct. Since a substantial portion of CR jobs were more valuable than the lowest valued PO job, it was possible to compare the wages paid to the PO and CR groups to determine if they were being paid differently for performing work of equal value.

(1) Le groupe professionnel plaignant est composé majoritairement de membres appartenant au même sexe et le groupe professionnel de comparaison est composé majoritairement de membres de l'autre sexe. Dans la présente plainte, cela signifie que le groupe des CR plaignants doit être à prédominance féminine et le groupe de comparaison PO doit être à prédominance masculine.

(2) Le groupe professionnel à prédominance féminine et le groupe professionnel à prédominance masculine qui sont comparés sont composés d'employés qui travaillent dans le même établissement.

(3) La valeur du travail comparé entre les deux groupes professionnels a été évaluée de façon fiable sur le fondement du dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail. L'évaluation qui s'ensuit établit que le travail comparé est de valeur égale.

(4) Une comparaison faite entre les salaires versés aux employés des deux groupes professionnels pour des fonctions équivalentes démontre qu'il existe une différence entre les salaires versés entre les deux groupes, le groupe professionnel à prédominance féminine qui est moins bien rémunéré que le groupe professionnel à prédominance masculine. Cette disparité salariale est communément appelée « écart de rémunération ». [Non souligné dans l'original.]

[216] À mon avis, dans ce paragraphe, le Tribunal a correctement cerné les faits en litige et la norme de preuve applicable. Je vais m'attarder sur le troisième élément parce que c'est sur ce point que mes collègues affirment que le Tribunal a commis une erreur. Je ne trouve non plus rien à redire au sujet de l'affirmation du Tribunal suivant laquelle les plaignants doivent établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur du travail a été appréciée de façon « fiable ».

[217] L'affirmation du Tribunal suivant laquelle l'évaluation qui a été faite établit que le travail effectué par les membres des groupes qui ont été comparés est de valeur égale est également correcte. Étant donné qu'une partie importante des postes CR avaient une valeur plus élevée que le poste PO s'étant vu attribuer la valeur la plus faible, il était possible de comparer le salaire versé aux membres du groupe PO et à ceux du groupe CR pour déterminer s'ils étaient rémunérés différemment pour l'exécution de fonctions équivalentes.

[218] Later in its reasons, the Tribunal repeats that it has identified a balance of probabilities as the standard to be applied to the proof of facts in issue, this time to the proof of a wage gap (at paragraphs 801 and 803):

The Tribunal accepts that the evidence of the Professional Team, both through the *viva voce* evidence of Dr. Wolf and also through the presentation of the Team's Reports to the Tribunal, is sufficient, on a balance of probabilities, to demonstrate a wage gap when the work of the predominantly female CR's was compared with the work of equal value being performed by the predominantly male PO's at Canada Post.

...

Having accepted that there is a wage gap, and, consequently, there is proof, on a balance of probabilities, that there has been systemic discrimination in this "pay equity" complaint, the next step is to select the most appropriate wage adjustment methodology to use to calculate an award of lost wages and to eliminate the gap. [Emphasis added.]

[219] In my view, these passages amply demonstrate that the Tribunal has identified a balance of probabilities as the standard of proof of the facts in issue. It is therefore entitled to the benefit of the *McDougall* presumption that this is the standard that it in fact applied. The question to be decided, therefore, is whether other aspects of the Tribunal's reasons are so wayward as to rebut the presumption and to lead to the conclusion that, contrary to its clear assertion to the contrary, the Tribunal in fact applied some lower standard.

[220] Without going through the Tribunal's reasons in undue detail, I shall refer to paragraphs that seem to have caused most concern as to whether the Tribunal applied the balance of probabilities standard to the facts in issue, namely, whether the wage comparison of the CR and PO groups related to work of equal value (at paragraph 412):

These rulings [in the three cases cited above] support a call for a standard of reasonableness, there being no such thing as absolute reliability. The application of such a standard will

[218] Plus loin dans ses motifs, le Tribunal répète qu'il a retenu la norme de la prépondérance des probabilités comme norme à appliquer pour faire la preuve des faits en litige, cette fois pour faire la preuve de l'existence d'un écart de rémunération (aux paragraphes 801 et 803) :

Le Tribunal accepte que la preuve de l'Équipe professionnelle, qu'il s'agisse du témoignage de vive voix de M. Wolf ou qu'il s'agisse des rapports présentés par l'Équipe au Tribunal, suffit, selon la prépondérance des probabilités, à démontrer l'existence d'un écart de rémunération lorsque, à Postes Canada, le travail exécuté par le groupe des CR à prédominance féminine est comparé au travail de valeur égale exécuté par le groupe des PO à prédominance masculine.

[...]

Ayant accepté, dans la présente plainte en matière de « parité salariale », qu'il y a eu écart de rémunération et qu'il existe une preuve, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu discrimination systémique, la prochaine étape consiste à choisir la méthode de rajustement des salaires la plus appropriée quant au calcul d'une indemnité pour perte de salaires et quant à l'élimination de l'écart. [Non souligné dans l'original.]

[219] À mon avis, ces extraits démontrent amplement que le Tribunal a retenu la norme de la prépondérance des probabilités comme norme de preuve à utiliser pour les faits en litige. Il a donc droit à la présomption de l'arrêt *McDougall*, c'est-à-dire qu'il a le droit d'être présumé avoir effectivement appliqué cette norme. La question à trancher est donc celle de savoir si d'autres aspects des motifs du Tribunal sont discordants au point de réfuter la présomption et pour nous amener à la conclusion que, contrairement à son affirmation catégorique, le Tribunal a effectivement appliqué une norme moins exigeante.

[220] Sans entrer trop dans le détail des motifs du Tribunal, je vais citer les paragraphes qui semblent avoir soulevé le plus de préoccupations sur la question de savoir si le Tribunal avait appliqué la norme de la prépondérance des probabilités aux faits en litige, en l'occurrence pour déterminer si la comparaison entre le salaire versé aux salariés du groupe CR et à ceux du groupe PO se rapportait à des fonctions équivalentes (au paragraphe 412) :

Ces décisions [dans les trois cas précités] appuient le choix de la norme de la décision raisonnable car il n'existe pas de norme de fiabilité absolue. L'application d'une telle norme

depend very much on the context of the situation under examination. The issue is, then, given all the circumstances of the case before this Tribunal, is it more likely than not that the job information, from its various sources, the evaluation system and the process employed, and the resulting evaluations are, despite any weaknesses, sufficiently adequate to enable a fair and reasonable conclusion to be reached, as to whether or not, under section 11 of the *Act*, there were differences in wages for work of equal value, between the complainant and comparator employees concerned?

[221] The difficulty with this paragraph, my colleagues say, is that by focussing on the reliability of the job information, and the methodology and process used to evaluate the jobs, the Tribunal deviated from its task of deciding whether it had been established on a balance of probabilities that the CR group was being paid less than the PO group for performing work of equal value.

[222] In particular, it can be argued that the Tribunal in this paragraph was diluting the standard of proof when it asked whether it is “more likely than not” that the material is “sufficiently adequate” to enable a “fair and equitable conclusion” to be reached on whether there were wage differences for work of equal value. I do not agree.

[223] In my opinion, this paragraph is not sufficient to rebut the presumption that the Tribunal applied the standard of proof that it stated it was applying. At this stage of its reasons, the Tribunal is merely directing itself on its task of weighing the sufficiency of the evidence in order to reach a “fair and equitable conclusion” on whether there were differences in wages for work of equal value. It was not formulating the standard of proof.

[224] Indeed, in the previous paragraph, the Tribunal had quoted a passage from the reasons of Hugessen J.A. writing for the Court in *Department of National Defence*, at paragraph 33, where he reiterated that, in proceedings

dépendra en grande partie du contexte de la situation à l'étude. La question, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire dont le Tribunal est saisi, consiste à savoir si, selon toute vraisemblance, les renseignements sur l'emploi, compte tenu de leurs diverses sources, le système d'évaluation, le processus utilisé et les évaluations qui en ont résulté, malgré leurs lacunes, sont-ils suffisamment adéquats pour que l'on puisse en arriver à une conclusion juste et raisonnable, quant à savoir, en vertu de l'article 11 de la Loi, s'il existait une différence entre les salaires des employés du groupe plaignant et les salaires des employés du groupe de comparaison pour l'exécution de fonctions équivalentes?

[221] La difficulté que soulève ce paragraphe, selon mes collègues, réside dans le fait qu'en se concentrant sur la fiabilité des renseignements sur les emplois et sur la méthodologie et le processus utilisés pour évaluer les emplois, le Tribunal s'est écarté de la tâche qui lui incombait de décider s'il avait été établi selon la prépondérance des probabilités que les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes.

[222] En particulier, on pourrait soutenir que, dans ce paragraphe, le Tribunal dilue la norme de preuve lorsqu'il se demande si « selon toute vraisemblance », les renseignements sont « suffisamment adéquats » pour que l'on puisse arriver à une « conclusion juste et raisonnable » quant à savoir s'il existait une différence entre les salaires des employés des deux groupes pour l'exécution de fonctions équivalentes. Je ne suis pas de cet avis.

[223] À mon sens, ce paragraphe n'est pas suffisant pour réfuter la présomption que le Tribunal a appliqué la norme de preuve qu'il affirmait appliquer. À cette étape de ses motifs, le Tribunal s'attaque tout simplement à la tâche qui lui incombait de vérifier si les éléments de preuve dont il disposait étaient suffisants pour lui permettre de tirer une « conclusion juste et équitable » sur la question de savoir si le salaire versé pour des fonctions équivalentes était différent selon les employés concernés. Il ne formulait pas de norme de preuve.

[224] D'ailleurs, au paragraphe précédent, le Tribunal avait cité un passage des motifs du juge Hugessen, qui écrivait au nom de la Cour dans la décision *Ministère de la Défense nationale*. Au paragraphe 33, le juge Hugessen

before the Canadian Human Rights Tribunal, a balance of probabilities is the standard of proof, a standard, he noted, which is “a long way from certainty”. In my opinion, it is very unlikely that, in writing in paragraph 412 that the evidence must be adequate to enable a fair and equitable conclusion to be reached on whether there had been a breach of section 11, the Tribunal intended to contradict the statement that it had just quoted on the standard of proof that it must apply.

[225] The words “fair and reasonable conclusion” in paragraph 412 of the Tribunal’s reasons have their origin in the reasons in an earlier pay equity decision, *Canada (Public Service Alliance) v. Canada (Treasury Board)*, 1996 CanLII 1874 (C.H.R.T.) (*Treasury Board*), which is quoted at paragraph 409 by the Tribunal in the present case. The Tribunal opined in *Treasury Board* (at paragraph 187) that, since perfect gender neutrality is probably unattainable and pay equity is not susceptible to precise measurement, “one should therefore be satisfied with reasonably accurate results based on what is, according to one’s good sense, a fair and equitable resolution” (emphasis added) of a wage gap between men and women performing work of equal value.

[226] When read in context (including a discussion by the Tribunal of a balance of probabilities as the governing standard of proof), the reference to “a fair and equitable conclusion” in the present case is more akin to a statement of the general goal of those implementing pay equity legislation than to an articulation of the narrower legal question of the applicable standard of proof. This does not, in my opinion, establish that the Tribunal had lost sight of its ultimate task, namely, deciding on a balance of probabilities whether there had been a breach of section 11. In any event, who could disagree that the Tribunal’s aim should be to strive to reach “a fair and reasonable conclusion” to a dispute?

rétirerait que, dans les instances introduites devant le Tribunal canadien des droits de la personne, la prépondérance des probabilités est la norme de preuve, une norme qui, a-t-il fait observer, « se situe loin de la certitude ». À mon avis, il est très peu probable qu’en écrivant au paragraphe 412 que les éléments de preuve doivent être suffisamment adéquats pour que l’on puisse en arriver à une conclusion juste et raisonnable quant à savoir si l’on a contrevenu à l’article 11 de la Loi, le Tribunal cherchait à contredire l’affirmation qu’il venait tout juste de reproduire au sujet de la norme de preuve qu’il doit appliquer.

[225] Les mots « conclusion juste et raisonnable » au paragraphe 412 des motifs du Tribunal trouvent leur origine dans une décision antérieure rendue en matière de parité, *Canada (Alliance de la fonction publique) c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1996] D.C.D.P. n° 2 (QL) (*Conseil du Trésor*), que le Tribunal cite au paragraphe 409 dans la présente affaire. Le Tribunal s’est dit d’avis que dans l’affaire *Conseil du Trésor* (au paragraphe 187) que, comme une neutralité parfaite sur le plan du sexe était probablement irréalisable et qu’il est impossible de mesurer de façon précise l’égalité de rémunération, « on devrait donc se satisfaire de résultats raisonnablement satisfaisants fondés sur ce qui, selon le bon sens, constitue un règlement juste et équitable de tout écart discriminatoire entre les salaires payés aux hommes et ceux versés aux femmes pour des fonctions équivalentes » (non souligné dans l’original).

[226] Lorsqu’on la situe dans son contexte (et que l’on tient notamment compte du passage où le Tribunal explique que la prépondérance des probabilités est la norme de preuve applicable), l’expression « conclusion juste et équitable » dans la présente affaire s’apparente davantage à une énonciation de l’objectif général que doivent viser ceux qui sont chargés de mettre en application les mesures législatives portant sur la parité salariale qu’à une articulation de la question juridique plus étroite de la norme de preuve applicable. On ne saurait à mon avis en conclure que le Tribunal avait perdu de vue sa tâche ultime, à savoir celle de décider, selon la prépondérance des probabilités, s’il y avait eu une violation de l’article 11. En tout état de cause, qui ne pourrait être d’accord pour dire que le Tribunal devrait avoir pour objectif de trouver une « solution juste et raisonnable » au différend?

[227] My colleagues also rely on the following paragraphs of the Tribunal's reasons as indicative of its failure to apply the correct standard of proof to the facts in issue (at paragraph 703):

Accordingly, the Tribunal concludes that it is more likely than not that the aforementioned reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of competent evaluators, as were the Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees.

The Tribunal repeats this conclusion in the following at paragraph 798:

The Tribunal has already concluded that it is more likely than not that the reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of the competent Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees (paragraph [703]). In determining the value of the work performed by those employees, the Professional Team applied the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work, and the conditions under which the work was performed, all in line with the requirements of subsection 11(2) of the *Act*.

[228] It is said that the fact that the evidence before the Tribunal was such as to produce "reasonably reliable job evaluations" is not the same as concluding that on a balance of probabilities the work being compared was of equal value. However, if the evaluation of the jobs was "reasonably reliable" and a substantial portion of the CR group was performing work at least equal in value to the least valuable PO job, I cannot see what else needs to be proved, or what finding made, in order to establish that the wage comparison related to work of equal value. As already noted, the Tribunal accepted the evidence of the professional team that "a significant portion of the CR positions were of a value equal to or greater than that of the PO jobs": paragraph 799.

[227] Mes collègues citent également les paragraphes suivants des motifs du Tribunal pour affirmer qu'ils indiquent que le Tribunal n'a pas appliqué la bonne norme de preuve aux faits en litige (au paragraphe 703) :

Par conséquent, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus Hay ainsi que les renseignements sur les emplois raisonnablement fiables susmentionnés, entre les mains d'évaluateurs compétents, comme l'étaient les membres de l'Équipe professionnelle, permettraient l'attribution de valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables aux travaux exécutés par les employés CR et par les employés PO.

Le Tribunal reprend la même conclusion dans le paragraphe suivant (au paragraphe 798) :

Le Tribunal a déjà conclu que, selon toute vraisemblance, l'utilisation par l'Équipe professionnelle compétente du plan Hay, du processus ainsi que des renseignements sur l'emploi, lesquels sont raisonnablement fiables, aurait comme résultat que des valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables seraient attribuées au travail exécuté par les employés CR et par les employés PO (paragraphe [703]). En déterminant la valeur du travail exécuté par ces employés, l'Équipe professionnelle a appliqué le dosage de qualifications, d'effort et de responsabilité nécessaires pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail, conformément aux exigences du paragraphe 11(2) de la Loi.

[228] Il y aurait lieu, dit-on, d'établir une distinction entre, d'une part, le fait que les éléments de preuve dont disposait le Tribunal permettaient d'attribuer des « valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables » et, d'autre part, le fait de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les fonctions faisant l'objet de la comparaison étaient équivalentes. Toutefois, si l'évaluation des postes était « raisonnablement fiable » et qu'une partie importante des postes CR étaient d'une valeur égale ou supérieure au poste PO ayant la valeur la moins élevée, je ne vois pas quelle autre preuve ou conclusion était nécessaire pour pouvoir établir que la comparaison salariale portait sur des fonctions équivalentes. Ainsi que je l'ai déjà signalé, le Tribunal a accepté les éléments de preuve de l'équipe professionnelle suivant lesquels « une partie importante des postes CR étaient d'une valeur égale ou supérieure à celle des emplois PO » (au paragraphe 799).

[229] The Tribunal’s creation of sub-bands of the reasonable reliability of the evidence on which the job values were assessed has also raised a question as to whether the Tribunal reduced the standard of proof below that of a balance of probabilities. While the elaboration of these “sub-bands” may have been unnecessary, it indicates that the Tribunal was well aware of the limitations of the evidence, and weighed it with great care. As already noted, problems with the evidence resulted, in large part, from the failure of the parties to produce a joint pay equity study evaluating the work performed and determining the wages paid, CHRC’s failure to exercise its powers to require CPC to produce information, and the adversarial context in which the exercise was conducted.

[230] In my opinion, the Tribunal eschewed “reliable” as the standard for evaluating the evidence, and the assessment of the value of the work because it equated “reliable” with “absolute correctness”, the standard proposed by Ms Winter, one of CPC’s witnesses, and properly rejected by the Tribunal. It concluded that, for all practical purposes, such a standard was unattainable, and opted instead for “reasonably reliable” as a standard connoting less than certainty or correctness—a standard which, it rightly said, is not demanded by a balance of probabilities.

[231] The Tribunal does not spell out explicitly what it understands by “reasonably reliable”. However, evidence, or a finding of a fact in issue, can surely only be called “reasonably reliable” if it is more likely than not to be true, regardless of the point on the “reliability spectrum” that particular evidence or the evaluation of a job may be located. “Low-level reasonable reliability” is still “reasonable reliability”. While the Tribunal would clearly have preferred the evidence in a pay equity case to meet an upper “sub-band” of reasonable reliability, it was also of the view that evidence that met only the lower sub-band was still reasonably reliable. It said (at paragraph 698): “Thus, while all three sub-bands meet the test of ‘reasonable reliability’”. The Tribunal made the same point at paragraph 700.

[229] Le fait que le Tribunal ait créé des sous-fourchettes pour établir la fiabilité raisonnable des éléments de preuve à la lumière desquels les postes étaient évalués soulève aussi la question de savoir si le Tribunal a appliqué une norme de preuve moins exigeante que celle de la prépondérance des probabilités. Bien que l’élaboration de ces « sous-fourchettes » puisse avoir été inutile, elle indique que le Tribunal était bien conscient des limites des éléments de preuve et qu’il les a évalués très attentivement. Ainsi qu’il a déjà été signalé, les problèmes que comportait la preuve s’expliquent en grande partie par le fait que les parties n’ont pas produit d’étude conjointe sur la parité salariale pour évaluer le travail effectué et pour déterminer le salaire payé, par le défaut de la CCDP d’exercer ses pouvoirs de manière à obliger la SCP à produire des renseignements et par le contexte antagoniste dans lequel cette activité s’est déroulée.

[230] À mon avis, le Tribunal a évité d’employer le mot « fiable » comme norme utilisée pour apprécier la preuve et pour établir l’équivalence des fonctions parce qu’il a assimilé la « fiabilité » à « l’exactitude absolue », la norme qui était proposée par M<sup>me</sup> Winter, un des témoins de la SCP, et que le Tribunal avait à juste titre écartée. Le Tribunal a conclu qu’à toutes fins utiles, une telle norme était inatteignable et il a opté plutôt pour la norme des éléments « raisonnablement fiables » qui à ses yeux supposait un degré moins élevé de certitude ou d’exactitude et qui, comme il l’a à juste titre précisé, n’était pas exigée par la prépondérance des probabilités.

[231] Le Tribunal n’explique pas ce qu’il entend par « raisonnablement fiable ». Toutefois, on ne peut certainement qualifier des éléments de preuve ou une conclusion sur un fait en litige de « raisonnablement fiables » que s’ils sont, en toute vraisemblance, vrais, indépendamment du point exact sur lequel ces éléments de preuve ou cette évaluation d’un emploi peuvent se situer sur le « spectre de la fiabilité ». La « fiabilité raisonnable inférieure » est quand même une « fiabilité raisonnable ». Bien que le Tribunal eût de toute évidence préféré que les éléments de preuve présentés dans une affaire de parité salariale répondent à une « sous-fourchette » supérieure de fiabilité raisonnable, il s’est également dit d’avis que les éléments de preuve qui ne satisfaisaient qu’à la fourchette inférieure étaient quand même raisonnablement fiables. Il a déclaré ce qui suit (au paragraphe 698) : « Par conséquent, bien

[232] Equally instructive as to how the Tribunal viewed the relationship between “a balance of probabilities” and “lower sub-band reasonable reliability” is its discussion (at paragraphs 919 and 927–930) of the value of the non-monetary components of the wages of the CR and PO groups. While the Tribunal regarded the report of an expert as having only “lower sub-band reasonable reliability”, it nonetheless concluded that the report demonstrated on a balance of probabilities an equivalence between the value of the non-monetary components of the wages of the two groups.

[233] Similarly, having found the evidence, methodology, and process to be reasonably reliable, the Tribunal could infer that on a balance of probabilities the jobs had been properly evaluated. Because a substantial portion of the CR jobs fell within the PO value line, a determination could then be made, again on a balance of probabilities, as to whether the CRs were being paid less than the POs for performing work of equal value contrary to section 11.

[234] Nor am I satisfied that it can be inferred from the Tribunal’s reduction of the monetary award to 50 percent of the wages lost according to the wage gap identified by the professional team that the Tribunal must have believed that the evidence fell short of a balance of probabilities. In my view, it is equally plausible that the Tribunal was satisfied on a balance of probabilities that the CR group was paid less for work of equal value, but was not satisfied that, given the limitations of the evidence and the dispute over the methodology appropriate for measuring the wage gap, it should accept the accuracy of the professional team’s measurement of the wage gap. The 50 percent reduction is better seen, in my opinion, as merely a “rounding down” figure. That the Tribunal chose a reduction of 50 percent rather than, say, 49 percent, seems to me inconsequential as far as the standard of proof being applied is concerned.

que les trois sous-fourchettes satisfassent au critère de la “fiabilité raisonnable” ». Le Tribunal a fait une observation dans le même sens au paragraphe 700.

[232] L’analyse que le Tribunal a faite (aux paragraphes 919 et 927 à 930) des valeurs équivalentes en salaire des éléments non pécuniaires de la rémunération des groupes CR et PO permet par ailleurs de mieux saisir comment le Tribunal envisageait le rapport entre « la prépondérance des probabilités » et la « sous-fourchette inférieure de fiabilité raisonnable ». Bien qu’il ait estimé que le rapport d’un expert appartenait seulement à la « sous-fourchette inférieure de fiabilité raisonnable », le Tribunal a néanmoins conclu que le rapport démontrait, selon la prépondérance des probabilités, une équivalence entre la valeur en salaire des éléments non pécuniaires de la rémunération des deux groupes.

[233] Dans le même ordre d’idées, ayant conclu que la preuve, la méthodologie et le processus étaient raisonnablement fiables, le Tribunal pouvait inférer, selon la prépondérance des probabilités, que les postes avaient été correctement évalués. Comme une partie importante des postes CR équivalaient aux postes du groupe PO, on pouvait décider, encore une fois selon la prépondérance des probabilités, si les employés CR étaient moins rémunérés que les employés PO pour des fonctions équivalentes, contrairement à l’article 11.

[234] Je ne suis pas non plus convaincu qu’on puisse déduire du fait que le Tribunal a réduit la somme accordée en la faisant équivaloir à 50 p. 100 du salaire perdu, selon l’écart de rémunération identifié par l’équipe professionnelle, que le Tribunal estimait pour autant que la preuve ne satisfaisait pas à la norme de la prépondérance des probabilités. À mon avis, il est tout aussi plausible que le Tribunal ait été convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les employés du groupe CR étaient moins rémunérés pour des fonctions équivalentes, mais qu’il n’ait pas été convaincu, compte tenu des limites de la preuve et du différend sur la méthodologie appropriée pour mesurer l’écart de rémunération, qu’il devait considérer comme exacte la mesure que l’équipe professionnelle avait faite de l’écart de rémunération. La réduction de 50 p. 100 constitue plutôt, à mon sens, une simple « approximation à la baisse ». Le fait que le Tribunal ait retenu le chiffre de 50 p. 100 plutôt que,

[235] CPC also says that another indication that the Tribunal reduced the standard of proof required to evaluate the work, a fact in issue, is its reference to the passage in S. M. Waddams, *The Law of Damages*, loose-leaf ed. (Toronto: Canada Law Book, 2004) at paragraph 13-30, where the author states that when the amount of a loss is difficult to assess, “the tribunal must simply do its best on the material available”. I do not share this view. The Tribunal says (at paragraph 680) only that the passage in question “may be analogous to what the Tribunal considers to be the spectrum of reasonable reliability” [emphasis added]. The Tribunal was not, in my opinion, thoughtlessly transposing comments on evidential difficulties respecting the calculation of damages to proof of liability. Rather, the Tribunal’s point was simply that its adoption of a “reasonableness” standard of reliability of the evaluations was appropriate, not Ms. Winters’ insistence that nothing less than correctness would suffice.

[236] To summarize, I am not persuaded that CPC has rebutted the presumption that the Tribunal applied the standard of proof, a balance of probabilities, which it clearly identified as the applicable standard. In my view, having found that the professional team had evaluated the jobs reasonably reliably, and having accepted the professional team’s evidence respecting the necessary degree of “overlap” between the job value lines of the CR and PO groups, the Tribunal made the necessary findings of the fact, and concluded on a balance of probabilities that the wages compared were with respect to work of equal value.

disons, celui de 49 p. 100, ne me semble pas tirer à conséquence, du moins en ce qui concerne l’application de la norme de preuve.

[235] La SCP affirme aussi qu’un autre indice permettant de penser que le Tribunal a appliqué une norme de preuve moins exigeante pour évaluer le travail, lequel constituait un fait en litige, est le fait qu’il cite l’extrait de son ouvrage *The Law of Damages*, édition à feuilles mobiles (Toronto : Canada Law Book, 2004) au paragraphe 13-30, dans lequel l’auteur, S. M. Waddams, déclare que lorsqu’il est difficile d’évaluer le montant de la perte, [TRADUCTION] « le tribunal doit simplement faire de son mieux à partir des éléments dont il dispose ». Je ne partage pas son opinion à ce sujet. Le Tribunal dit seulement (au paragraphe 680) que cet extrait « porte sur une approche qui est peut-être semblable à ce que le Tribunal estime être le spectre de la fiabilité raisonnable [non souligné dans l’original] ». À mon avis, le Tribunal ne transposait pas de façon inconsidérée à la preuve de la responsabilité des observations portant sur les difficultés, sur le plan de la preuve, de calculer les dommages-intérêts. Le Tribunal signalait simplement que l’adoption par lui de la norme de la « raisonnabilité » en ce qui concerne la fiabilité du système d’évaluation des emplois choisi était appropriée, et non que M<sup>me</sup> Winters avait raison d’insister pour dire que rien de moins qu’une exactitude totale suffirait.

[236] Pour résumer, je ne suis pas convaincu que la SCP a réfuté la présomption que le Tribunal a appliqué la norme de preuve qu’il avait clairement indiqué être la norme applicable, soit celle de la prépondérance des probabilités. À mon avis, ayant conclu que l’évaluation que l’équipe professionnelle avait faite des postes était raisonnable fiable, et ayant accepté que les éléments de preuve présentés par l’équipe professionnelle au sujet du degré nécessaire de « chevauchement » entre les facteurs d’équivalence des fonctions du groupe CR et du groupe PO, le Tribunal a tiré les conclusions de fait nécessaires et a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que les salaires visés par la comparaison correspondaient à des fonctions équivalentes.

ISSUE 3: Did the Tribunal commit a reviewable error in finding as a fact that the CR group was being paid less than the PO group for performing work of equal value?

(i) Overview

[237] Having allowed CPC's application for judicial review on the issues considered above, the applications Judge did not have to decide whether, if the Tribunal had applied a balance of probabilities standard of proof, it would have committed a reviewable error by concluding that the standard had been met. Hence, PSAC does not address this issue in its memorandum of fact and law.

[238] At the hearing of the appeal, however, both parties dealt at some length with the probative value of the evidence on which the Tribunal based its decision. In view of my colleagues' conclusion that the appeal must be dismissed on the ground that the Tribunal did not apply the correct standard of proof, I shall endeavour to deal relatively briefly with whether the Tribunal committed reviewable error in its application of the civil standard of proof to the evidence.

[239] CPC submits in its memorandum of fact and law (at paragraph 118) that the Tribunal erred in law in concluding that the evidence satisfied a balance of probabilities standard of proof. I do not agree. Whether a standard of proof has been met is essentially a question of fact, on which the Tribunal is entitled to a high degree of deference. Reviewing findings of fact for unreasonableness precludes the Court from making independent findings of fact, reweighing the evidence, or preferring what it thinks is the better evidence. As long as there was evidence on which the Tribunal could reasonably base its conclusion, the Court's inquiry is at an end.

TROISIÈME QUESTION : Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de révision en concluant que les salariés du groupe CR étaient moins rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes?

i) Vue d'ensemble

[237] Ayant fait droit à la demande de contrôle judiciaire de la SCP sur les questions que nous avons examinées, le juge de première instance n'avait pas à décider si le Tribunal aurait commis une erreur susceptible de révision en concluant que la norme de preuve était respectée, en supposant qu'il avait appliqué la norme de preuve de la prépondérance des probabilités. En conséquence, l'AFPC n'aborde pas cette question dans son mémoire des faits et du droit.

[238] Toutefois, lors de l'instruction de l'appel les deux parties ont traité assez longuement de la valeur probante des éléments de preuve sur lesquels le Tribunal avait fondé sa décision. Compte tenu de la conclusion de mes collègues suivant laquelle l'appel doit être rejeté au motif que le Tribunal n'a pas appliqué la bonne norme de preuve, je vais tâcher de traiter brièvement de la question de savoir si le Tribunal a commis une erreur justifiant notre intervention dans la façon dont il appliqué la norme de preuve civile aux éléments de preuve.

[239] La SCP soutient dans son mémoire des faits et du droit (au paragraphe 118) que le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant que les éléments de preuve satisfaisaient à la norme de preuve de la prépondérance des probabilités. Je ne suis pas de cet avis. La question de savoir si une norme de preuve a été satisfaite est essentiellement une question de fait, au sujet de laquelle le Tribunal a droit à un degré élevé de déférence. Lorsqu'elle contrôle des conclusions de fait pour vérifier si elles sont raisonnables, la Cour ne peut tirer ses propres conclusions de fait, réévaluer la preuve ou ne retenir que les éléments de preuve qu'elle juge les meilleurs. Dès lors qu'il existait des éléments de preuve sur lesquels le Tribunal pouvait raisonnablement faire reposer sa conclusion, la Cour ne peut pousser plus loin son enquête.

[240] Three aspects of the evidence before the Tribunal in this case assist in contextualizing the application of the unreasonableness standard.

[241] First, much of the extensive evidence, both oral and written, regarding the evaluation of the jobs and the measurement of the wage gap is highly technical, controversial, and difficult to assess because it was not of the quality normally seen in pay equity cases where there has been a joint union-management study.

[242] Second, in the course of the more than 400 days of hearings, and the more than two years that the Tribunal took to examine the evidence and produce its reasons, the Tribunal would have acquired an understanding, which no reviewing court can hope to match, of the beguilingly simple principle of equal pay for work of equal value and the dauntingly difficult task of implementing it in the present case.

[243] Third, the Tribunal made important findings of credibility which permeate its factual conclusions, setting out (at paragraph 419) seven criteria it used to “examin[e] the evidence of the expert witnesses” in a very systematic manner.

[244] Thus, the Tribunal was impressed by the evidence of PSAC’s professional team and, in particular, that of its “spokesperson”, Dr. Martin Wolf, who had extensive experience in job evaluations in many different employment settings, including office clerical and blue collar work. He made no bones about the problematic features of aspects of the evidence, especially the job data. For instance, he agreed that the information was not complete and had been gathered at different times. For this reason, Dr. Wolf said, he had adopted a very rigorous approach to his evaluation of the jobs and, when in doubt had erred on the side of valuing a PO job generously, and a CR position conservatively. As a result, he said (at paragraph 487), the professional team’s evaluation of the jobs

[240] La preuve soumise au Tribunal en l’espèce comporte trois aspects qui peuvent nous aider à situer dans son contexte l’application de la norme de la décision déraisonnable.

[241] Premièrement, une grande partie des éléments de preuve détaillés qui ont été présentés tant verbalement que par écrit au sujet de l’évaluation des postes et du calcul de l’écart de rémunération sont très techniques, controversés et difficiles à évaluer parce qu’ils n’étaient pas d’une qualité comme celle que l’on voit normalement dans les affaires de parité salariale dans lesquelles une étude conjointe patronale-syndicale a été menée.

[242] Deuxièmement, au cours des plus de 400 jours d’audiences et des deux ans qu’il a pris pour examiner la preuve et pour produire ses motifs, le Tribunal a eu l’occasion d’acquérir une connaissance, qu’aucune cour de révision ne saurait espérer atteindre, du principe d’une simplicité séduisante de l’égalité de rémunération pour fonctions équivalentes et du défi colossal que représente l’application de ce principe dans le cas qui nous occupe.

[243] Troisièmement, le Tribunal a tiré, au sujet de la crédibilité, d’importantes conclusions qui imprègnent ses conclusions de fait, en énumérant (au paragraphe 419) sept critères à utiliser « pour l’examen [systématique] des témoignages des témoins experts ».

[244] Le Tribunal s’est dit impressionné par les éléments de preuve présentés par l’équipe professionnelle de l’AFPC et, en particulier, par le témoignage de son « porte-parole », M. Martin Wolf, qui possédait une vaste expérience en matière d’évaluation des emplois dans divers milieux de travail, et notamment dans celui des employés de bureau et des cols bleus. Il n’a pas mésestimé les aspects problématiques de la preuve, surtout en ce qui concerne les données sur les emplois. Ainsi, il a convenu que les renseignements étaient incomplets et qu’ils avaient été recueillis à diverses occasions. M. Wolf a expliqué que, pour cette raison, il avait adopté une méthode très rigoureuse pour procéder à son évaluation des postes et qu’en cas de doute, il avait opté pour une évaluation généreuse, dans le cas des postes PO, et pour une évaluation plus conservatrice, dans le cas des postes CR. Il a expliqué qu’en conséquence (au paragraphe 487) l’évaluation des postes de l’équipe professionnelle

... certainly at least meets, and in my opinion probably exceeds, the typical commercial standard, if you will, what consultants from Hay or other consulting firms are doing for their clients.

[245] However, after frankly acknowledging the evidentiary limitations, Dr. Wolf concluded that, in his opinion as an experienced job evaluator, the data were adequate to enable him to provide a professional assessment of the relative values of the jobs in question. Indeed, he testified that the quantity of the information to which he had access exceeded what would normally be available in such an exercise.

[246] The Tribunal found Dr. Wolf to be highly credible, even though, as CPC noted, the professional team had no “hands-on” knowledge of postal work. In contrast, the Tribunal was relatively unimpressed by CPC’s expert witnesses. One, Ms Winter, it found to be rigid and unduly definitive in her opinions; she also seemed to the Tribunal unnecessarily adversarial. It discounted her evidence. The Tribunal noted that the other two experts, Mr. Wallace and Mr. Willis, had not seen all the relevant documents and had not themselves attempted to evaluate the jobs with the data available.

[247] The Tribunal’s findings of the credibility of the various expert witnesses go a long way to explaining why it adopted much of the professional team’s analysis, and not that of CPC’s experts, in reaching its conclusion that CPC was in breach of section 11.

[248] As the Tribunal candidly stated, evaluating the evidence, and the conflicting views of it that the experts provided, presented a considerable challenge. However, it is not the role of the Court conducting a judicial review to probe deeply into the evidence or to revisit the Tribunal’s findings of credibility. It must merely ensure that there was a reasonable basis in the evidence for the Tribunal’s findings.

[249] One final feature of the evidence should be mentioned in order to appreciate the nature of the Tribunal’s

[TRANSLATION] [...] rencontre certainement au moins, et selon moi surpasse probablement, la norme commerciale habituelle, c’est-à-dire ce que les experts de Hay ou d’autres sociétés d’experts-conseils font pour leurs clients.

[245] Toutefois, après avoir franchement reconnu les limites de la preuve, M. Wolf a conclu, à la lumière de son expérience comme évaluateur d’emplois, qu’il y avait suffisamment de données pour lui permettre de procéder à une évaluation professionnelle de la valeur relative des postes en question. Il a d’ailleurs affirmé que la somme de renseignements auxquels il avait eu accès dépassait ce à quoi il se serait normalement attendu.

[246] Le Tribunal a jugé M. Wolf très crédible, et ce, même si, comme la SCP l’avait fait observer, l’équipe professionnelle n’avait pas de connaissances pratiques du travail postal. En revanche, le Tribunal s’est dit relativement peu impressionné par les témoins experts de la SCP. Il a notamment trouvé M<sup>me</sup> Winter rigide et a estimé que ses opinions étaient trop tranchées. Elle semblait aussi inutilement antagoniste aux yeux du Tribunal. Le Tribunal n’a pas tenu compte de son témoignage. Il a signalé que les deux autres experts, MM. Wallace et Willis, n’avaient pas vu tous les documents pertinents et n’avaient pas eux-mêmes tenté d’évaluer les postes avec les données disponibles.

[247] Les conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de la crédibilité des divers témoins experts en disent long au sujet des raisons pour lesquelles il a fait sienne une grande partie de l’analyse de l’équipe professionnelle et a écarté celle des experts de la SCP, pour conclure finalement que la SCP avait contrevenu à l’article 11.

[248] Ainsi que le Tribunal l’a déclaré en toute franchise, l’évaluation de la preuve et des opinions contradictoires des experts représentait un défi de taille. Toutefois, il n’appartient pas à la Cour, lorsqu’elle est saisie d’une demande de contrôle judiciaire, d’analyser en profondeur les éléments de preuve ou de revenir sur les conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de la crédibilité. La Cour doit simplement s’assurer que les conclusions du Tribunal étaient raisonnablement fondées sur la preuve.

[249] Il y a un dernier aspect de la preuve qu’il convient de signaler pour bien comprendre la nature de la mission

task. CPC elected, as was its right, not to adduce before the Tribunal evidence of its own on the value of the jobs. Rather, its experts mostly confined themselves to challenging the work of the professional team and of the other expert witnesses retained by PSAC and CHRC. The Tribunal was thus offered no alternative version of the facts to consider. The only question for it to decide was whether it was satisfied on a balance of probabilities that the professional team had established the value of the jobs and accurately measured any difference in the wages paid to members of the two groups for performing work of equal value.

(ii) Methodology

[250] Dr. Wolf pithily described what all job evaluation plans measure: what you know, what you do, and what you have to put up with. Both PSAC and CPC questioned the suitability of the Hay method evaluation plan as a tool for evaluating the work of the two groups, principally on the ground that, because it tended to put too little weight on the working conditions factor, it was not an appropriate plan for evaluating blue collar or clerical work. There was also debate over the appropriateness of the factor comparison approach to the Hay method used by the professional team.

[251] The evidence before the Tribunal on the methodology issue was that the Hay method evaluation plan was the most widely used job evaluation tool and in its earlier years had been used to evaluate blue collar work. Dr. Wolf stated that he had used it extensively in many different work settings and, in the hands of experienced evaluators, it could be appropriately used in a clerical or blue collar context, such as here, especially with a “strengthened working conditions factor” (at paragraph 563).

[252] Noting (at paragraph 566) Dr. Wolf’s extensive experience with and knowledge of the Hay job evaluation

du Tribunal. La SCP a choisi, comme elle en avait le droit, de ne pas soumettre au Tribunal ses propres éléments de preuve au sujet de la valeur des postes. Ses experts se sont plutôt bornés essentiellement à contester le travail de l’équipe professionnelle et des autres témoins experts convoqués par l’AFPC et la CCDP. On n’a donc pas soumis à l’examen du Tribunal une autre version des faits. La seule question que le Tribunal était appelé à trancher était celle de savoir s’il était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l’équipe professionnelle avait établi la valeur des postes et mesuré avec exactitude tout écart dans le salaire payé aux membres des deux groupes pour des fonctions équivalentes.

ii) Méthodologie

[250] M. Wolf a expliqué succinctement ce que tout plan d’évaluation des emplois mesure : ce qu’on sait, ce qu’on fait et ce avec quoi il faut composer. L’AFPC et la SCP se sont toutes les deux demandé si la méthode Hay en matière d’évaluation des emplois était un outil qui convenait pour évaluer le travail des deux groupes principalement pour le motif que, comme elle tend à accorder trop peu d’importance au facteur des conditions de travail, elle ne constitue pas une méthode appropriée pour évaluer le travail effectué par des cols bleus ou par des employés de bureau. Un débat a également eu lieu sur la justesse de la méthode de la comparaison des facteurs dans le cas de la méthode Hay utilisée par l’équipe professionnelle.

[251] Suivant les éléments de preuve dont disposait le Tribunal au sujet de la méthodologie, la méthode Hay en matière d’évaluation des emplois était l’outil d’évaluation des emplois le plus couramment utilisé et il avait déjà été utilisé pour évaluer des postes de « cols bleus ». M. Wolf a déclaré qu’il l’avait utilisé abondamment dans de nombreux contextes de travail différents et qu’entre les mains d’évaluateurs expérimentés, le plan Hay pouvait très bien convenir aux emplois d’employés de bureau ainsi qu’aux emplois de « cols bleus », comme en l’espèce, notamment avec le « facteur renforcé des conditions de travail » (au paragraphe 563).

[252] Signalant (au paragraphe 566) la connaissance historique approfondie que possédait M. Wolf quant au plan Hay et à son évolution au cours de ses nombreuses

method and of its development over time, the Tribunal concluded (at paragraph 571):

... on a balance of probabilities, the Hay Plan, whether using the factor comparison method or other approaches, is, in the hands of competent evaluators as were the members of the Professional Team, a suitable overall job evaluation scheme which will address the issues of this “pay equity” Complaint in a reasonably reliable manner.

[253] In my view, the Tribunal’s finding that the selected methodology was reasonably reliable was not unreasonable in view of the evidence before it.

(iii) Process

[254] CPC was also critical of aspects of the professional team’s process, that is, its application of the Hay method evaluation plan to the material. In particular, CPC expressed concerns about the lack of an adequate “audit trail” that would enable the team’s work to be monitored, the professional team’s lack of direct experience with postal operations, and a certain lack of discipline in the team’s review of the evaluation results.

[255] The Tribunal concluded that, although not of the quality normally expected in job evaluations produced by a joint union-management study, the process was nonetheless reasonably reliable. First, one member of the Team, Ms Davidson-Palmer, had at one time worked in CPC management and organization development, and therefore had some prior knowledge of the Corporation. Second, the unusual circumstances facing the professional team, especially the litigious environment in which the evaluations had to be conducted and the short period of time available to the team, required it to adjust its normal process. Third, for reasons given earlier, it found the professional team more credible than CPC’s experts. Fourth, in accordance with standard practice, the professional team worked as a unit and made its decisions on the value of jobs either unanimously or by consensus.

années d’application, le Tribunal a conclu (au paragraphe 571) :

[...] selon la prépondérance des probabilités, le plan Hay, qu’il soit utilisé selon sa configuration de la méthode de comparaison des facteurs ou selon d’autres configurations, est, entre les mains d’évaluateurs compétents, comme c’était le cas des membres de l’Équipe professionnelle, une méthode d’évaluation des emplois acceptable dans son ensemble qui permettra de traiter les questions soulevées dans la présente plainte en matière de « parité salariale » d’une manière raisonnablement fiable.

[253] À mon avis, la conclusion du Tribunal suivant laquelle la méthodologie qui avait été retenue était raisonnablement fiable n’était pas déraisonnable vu l’ensemble de la preuve dont il disposait.

iii) Processus

[254] La SCP a également critiqué certains aspects du processus suivi par l’équipe professionnelle, en l’occurrence la façon dont elle a appliqué la méthode Hay en matière d’évaluation des emplois aux éléments dont elle disposait. La SCP s’est notamment dite préoccupée par l’absence de « piste de vérification » qui aurait permis de vérifier le travail de l’équipe professionnelle, par l’absence d’expérience directe de celle-ci avec les opérations postales et par un certain manque de rigueur dans l’examen que l’équipe avait fait des résultats de l’évaluation.

[255] Le Tribunal a conclu que, même s’il n’était pas d’une qualité correspondant à celle à laquelle on s’attend normalement dans le cas d’évaluations produites à la suite d’une étude conjointe patronale-syndicale, le processus était néanmoins raisonnablement fiable. Premièrement, un des membres de l’équipe, M<sup>me</sup> Davidson-Palmer, avait déjà travaillé à la SCP dans le domaine de la gestion et du développement organisationnel, de sorte qu’elle connaissait déjà la société. Deuxièmement, les circonstances inusitées auxquelles l’équipe professionnelle devait faire face, notamment le contexte litigieux dans lequel l’évaluation devait s’effectuer et le peu de temps dont disposait l’équipe, obligeaient cette dernière à rajuster sa façon de faire. Troisièmement, pour les motifs déjà exposés, le Tribunal a conclu que l’équipe professionnelle était plus crédible que les experts de la SCP. Quatrièmement, selon la pratique courante, l’équipe fonctionnait comme une

[256] On the basis of the material before it, and in light of the reasons that it gave, the Tribunal's conclusion that the process was reasonably reliable cannot, in my opinion, be characterized as unreasonable.

(iv) Job information

[257] CPC argued that the evidence on which the professional team based its evaluation of the work of the CR and PO groups was so flawed that it could not reasonably support the Tribunal's conclusion that it was reasonably reliable. Accordingly, it said, the Tribunal's decision that, on a balance of probabilities, the jobs had been properly evaluated cannot be sustained.

[258] The aspects of the evidence which particularly concerned CPC were: the use of the job fact sheets for gathering information about the CR group; the techniques used for sampling the CR positions; the comparison of 10 generic PO jobs and the 194 actual CR positions; and the fact that the job data for the two groups were not all gathered at the same time.

[259] Two preliminary points bear repeating before I turn to the specific issues raised by CPC. First, it is not the role of this Court to retry the facts; CPC had put to the Tribunal the points outlined above, but the Tribunal had not accepted them. An applicant for judicial review who argues that an administrative tribunal erred in its findings of fact has a heavy burden to discharge: it must establish that there was no evidence on which the tribunal could reasonably base a finding of material fact. Second, a reviewing court should not second guess a tribunal's reasoned findings of credibility. The credibility findings made by the Tribunal in this case respecting the expert witnesses that it heard in the course of this mammoth hearing are an important part of the basis of its findings of fact.

entité et prenait ses décisions sur la valeur des emplois soit à l'unanimité, soit par consensus.

[256] Vu l'ensemble des éléments dont il disposait et compte tenu des motifs qu'il a exposés, la conclusion du Tribunal suivant laquelle le processus était raisonnablement fiable ne saurait, à mon avis, être qualifiée de déraisonnable.

iv) Renseignements sur les postes

[257] La SCP soutenait que les éléments de preuve sur lesquels l'équipe professionnelle avait fondé son évaluation du travail des employés du groupe CR et du groupe PO comportaient tellement de lacunes qu'ils ne pouvaient raisonnablement appuyer la conclusion du Tribunal suivant laquelle ils étaient raisonnablement fiables. La SCP a déclaré, en conséquence, que la décision du Tribunal suivant laquelle, selon la prépondérance des probabilités, les postes avaient été bien évalués ne peut être confirmée.

[258] Les aspects de la preuve qui ont appelé en particulier des réserves de la part de la SCP étaient les suivants : l'utilisation des feuilles sur les données sur l'emploi pour recueillir des renseignements au sujet du groupe CR, les techniques employées pour établir des échantillons des postes CR, la comparaison des 10 postes PO génériques et des 194 véritables postes CR et le fait que les données sur l'emploi des deux groupes n'avaient pas toutes été recueillies au même moment.

[259] Il convient de rappeler deux points préliminaires avant de passer aux questions précises posées par la SCP. En premier lieu, il n'appartient pas à la Cour de juger à nouveau les faits. La SCP avait soumis au Tribunal les points susmentionnés, mais le Tribunal ne les avait pas acceptés. La charge qui incombe à l'auteur d'une demande de contrôle judiciaire qui soutient qu'un tribunal administratif a commis une erreur dans ses conclusions de fait est lourde : il doit établir qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve sur lesquels le tribunal pouvait raisonnablement se fonder pour tirer une conclusion au sujet d'un fait important. Deuxièmement, la cour de révision ne doit pas remettre en question les conclusions motivées du tribunal sur la crédibilité. En l'espèce, les conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la crédibilité des témoins

experts qu'il avait entendus au cours de ces audiences-fleuves constituent une partie importante du fondement sur lequel reposaient ses conclusions de fait.

(a) Job fact sheets

[260] In CHRC's investigation of PSAC's pay equity complaint during the years 1984 to 1992, it developed a "Job Fact Sheet", a questionnaire designed to collect information from members of the PO and CR groups about the nature of their positions. It is common ground that these job fact sheets did not meet professionally accepted standards for evaluating jobs. For example, instead of simply asking employees for information about their jobs, they also asked respondents to evaluate their jobs. Further, the information was intended for analysis by a method other than Hay.

[261] When it became apparent that there were problems with the data collected through the job fact sheets, PSAC retained the professional team to supplement the data and to re-evaluate the jobs. Dr. Wolf agreed that the quality of the job fact sheets was "abominable" and not suitable for evaluating the jobs, largely because employees were asked to evaluate, as well as to describe, their jobs. Accordingly, the professional team conducted interviews with 114 members of the CR group. It re-evaluated the CR and PO positions on the basis of both the data collected through the job facts sheets (excluding the employees' self-evaluation of their jobs), and the additional information obtained through the interviews and supplied by CPC.

[262] While not glossing over problems with respect to the accuracy, consistency and completeness of the data, Dr. Wolf testified that, based on his extensive experience with the Hay method evaluation plan, he was of the view that the data were adequate to enable the professional team to evaluate the jobs in question.

a) Feuilles de données sur l'emploi

[260] Dans l'enquête qu'elle a menée entre 1984 et 1992 au sujet de la plainte de parité salariale de l'ACFP, la CCPC a élaboré une « feuille de données sur l'emploi », qui est un questionnaire visant à recueillir des renseignements auprès des membres du groupe PO et du groupe CR au sujet de la nature des postes qu'ils occupaient. Il est acquis aux débats que ces feuilles de données sur l'emploi ne respectaient pas les normes professionnelles généralement reconnues en matière d'évaluation d'emplois. Par exemple, au lieu de se contenter de réclamer des renseignements des employés au sujet de leur poste, les enquêteurs ont également demandé aux intimés d'évaluer leur poste. De plus, les renseignements devaient servir à une analyse effectuée selon une autre méthode que la méthode Hay.

[261] Lorsqu'il est devenu évident que les données recueillies grâce aux feuilles de données sur l'emploi comportaient des problèmes, l'AFPC a engagé l'équipe professionnelle pour compléter les renseignements et réévaluer les postes. M. Wolf a convenu que la qualité des feuilles de données sur l'emploi était « abominable » et qu'elle ne convenait pas pour l'évaluation des emplois, en grande partie parce qu'on avait demandé aux employés d'évaluer et de décrire leur poste. En conséquence, l'équipe professionnelle a interrogé 114 membres du groupe CR. Elle a réévalué les postes CR et PO en se fondant tant sur les données recueillies grâce aux feuilles de données sur l'emploi (à l'exclusion de l'auto-évaluation que les employés avaient faite de leur poste) et aux renseignements complémentaires obtenus lors des entrevues et fournis par la SCP.

[262] Sans passer sous silence les problèmes relevés au sujet de l'exactitude, de la cohérence et de l'exhaustivité des données, M. Wolf a expliqué que, d'après la longue expérience qu'il avait acquise en ce qui concerne la méthode Hay en matière d'évaluation des emplois, il était d'avis que les données étaient suffisantes pour permettre à l'équipe professionnelle d'évaluer les postes en question.

[263] The Tribunal concluded that, although not of the same quality as the data typically generated by a joint union-management pay equity study, the job information in the present case was nonetheless “reasonably reliable”, but only at the “lower sub-band”. For reasons already considered, the Tribunal regarded Dr. Wolf as a highly credible expert, but was much less impressed with CPC’s experts. The Tribunal noted that the professional team had been prepared to adapt to the deficiencies in the data by, for example discarding job information which it regarded as unreliable. The Tribunal also noted that the professional team’s reconsideration of the evaluations in 2000 in light of the additional information supplied by CPC had, with two exceptions in the PO jobs, little impact on the results that it had reached earlier.

[264] In my opinion, it was reasonably open to the Tribunal on the evidence before it to conclude that the information collected through the job fact sheets, as supplemented by interviews and analysed by experienced professionals, was adequate to enable the work of the CR and PO groups to be evaluated in a reasonably reliable manner.

#### (b) Sampling techniques

[265] CHRC did not seek job information from all of the approximately 2 300 members of the CR occupational group, nor from all of the much larger PO group. Instead, it sent questionnaires to about 400 members of the CRs and received responses from 194 or 45 percent, and gathered information on the 10 PO generic jobs.

[266] CPC’s witness, Dr. David Bellhouse, an expert in statistics with a specialization in survey sampling, was critical of CHRC’s sampling techniques, pointing out that the sample had originally been drawn by a CHRC officer who lacked relevant expertise, and was not supervised

[263] Le Tribunal a conclu que, même si elles n’étaient pas de la même qualité que celle des données normalement obtenues à la suite d’une étude conjointe patronale-syndicale sur la parité salariale, les renseignements sur les emplois étaient néanmoins, dans le cas qui nous occupe, « raisonnablement fiables », mais uniquement selon la « sous-fourchette inférieure ». Pour les motifs déjà exposés, le Tribunal a considéré M. Wolf comme un expert très crédible, mais s’est dit beaucoup moins impressionné par les experts de la SCP. Le Tribunal a relevé que l’équipe professionnelle avait été préparée pour palier les lacunes des données, en écartant par exemple les renseignements sur les emplois qu’elle considérait peu fiables. Le Tribunal a également fait observer que le réexamen, par l’équipe professionnelle, des évaluations de 2000 à la lumière des renseignements supplémentaires fournis par la SCP avait, avec deux exceptions dans le cas des postes PO, eu peu d’incidence sur les résultats auxquels elle était antérieurement parvenue.

[264] À mon avis, il était raisonnablement loisible au Tribunal, vu l’ensemble des éléments de preuve dont il disposait, de conclure que les renseignements qui avaient été recueillis grâce aux feuilles de données sur l’emploi et qui avaient été complétés par les entrevues et analysés par des professionnels expérimentés étaient suffisants pour permettre d’évaluer de façon raisonnablement fiable le travail des employés du groupe CR et de ceux du groupe PO.

#### b) Techniques d’échantillonnage

[265] La CCDP n’a pas cherché à obtenir des renseignements sur les emplois de tous les quelque 2 300 membres du groupe professionnel CR, pas plus que de la part de ceux, beaucoup plus nombreux, du groupe PO. Elle a plutôt envoyé des questionnaires à environ 400 membres du groupe CR et a reçu des réponses de 194 d’entre eux, ou 45 p. 100, et a recueilli des renseignements sur les 10 postes génériques PO.

[266] Le témoin de la SCP, M. David Bellhouse, un expert en statistique spécialisé en échantillonnage d’enquête, a critiqué les techniques d’échantillonnage de la CCDP, en soulignant que l’échantillon avait au départ été mis au point par un agent de la CCDP qui manquait

by a suitably qualified person. In Dr. Bellhouse's opinion, both the design of the CR sample and the low response rate were likely to introduce biases into the results. Mr. Willis was generally supportive of Dr. Bellhouse on this issue.

[267] CHRC called as a witness, Dr. John Kervin, a sociologist with an expertise in data collection and the use and analysis of statistics in the context of industrial relations, including gender bias and pay equity. He testified that, in his opinion, there was no basis for concluding that the sampling was flawed in design or response, or that the results were biased; he found the CR sample to be sufficiently representative for its purpose. He further stated that Dr. Bellhouse had overlooked the pay equity context in which the data were being collected and the qualitative nature of some of the analysis of the jobs. Instead, Dr. Kervin said, Dr. Bellhouse had approached the question strictly from the perspective of a statistician who was seeking scientific accuracy, without regard to the "art" aspect of pay equity inquiries.

[268] After considering at some length the conflicting evidence given by these two experts, who brought to bear somewhat different perspectives on the issues, the Tribunal concluded that Dr. Kervin's evidence was more germane to the issues before it. It was entitled to accept his evidence.

(c) Comparing PO "jobs" and CR "positions"

[269] It was argued that any comparison of the work of the two groups was invalidated because of differences in what was being compared. In particular, CPC said, job information collected about actual CR positions could not be compared with information collected about the 10 generic or composite PO jobs which, the Tribunal stated (at paragraph 472), were "an amalgam of functions for 10 commonly held job[s]" in the PO group.

de connaissances dans le domaine et qui n'avait pas été supervisé par une personne compétente. Suivant M. Bellhouse, la conception de l'échantillon du groupe CR et le faible taux de réponse risquaient d'avoir biaisé les résultats. M. Willis allait dans l'ensemble dans le sens de M. Bellhouse sur cette question.

[267] La CCDP a fait témoigner M. John Kervin, un sociologue spécialisé en cueillette de données et en utilisation et analyse de statistiques dans le contexte des relations industrielles, notamment en ce qui concerne les préjugés sexistes et la parité salariale. Il a expliqué qu'à son avis, rien ne permettait de conclure que la conception de l'échantillonnage ou les réponses obtenues étaient viciées ou que les résultats étaient faussés. Il a estimé que l'échantillon du groupe CR était suffisamment représentatif pour les besoins de l'étude. Il a également déclaré que M. Bellhouse n'avait pas tenu compte du contexte de la parité salariale dans lequel les données avaient été recueillies et de la qualité d'une partie de l'analyse des postes. M. Kervin a affirmé que M. Bellhouse avait plutôt abordé la question strictement du point de vue d'un statisticien qui recherchait l'exactitude scientifique, sans tenir compte de l'aspect moins formel des enquêtes en matière de parité salariale.

[268] Après avoir examiné assez en détail les témoignages contradictoires de ces deux experts, qui avaient abordé ces questions sous des angles quelque peu différents, le Tribunal a conclu que le témoignage de M. Kervin avait davantage rapport aux questions soumises au Tribunal. Il était en droit d'accepter son témoignage.

c) Comparaison des « emplois » PO et des « postes » CR

[269] La SCP affirme que toute comparaison du travail effectué par les employés des deux groupes était sans valeur en raison des différences entre ce qui faisait l'objet de la comparaison. La SCP affirme en particulier que les renseignements sur les emplois recueillis au sujet des véritables postes CR ne pouvaient être comparés avec les renseignements recueillis sur les 10 emplois PO génériques ou composites qui, selon le Tribunal (au paragraphe 472), étaient « un amalgame de fonctions pour les 10 types d'emplois les plus répandus » au sein du groupe PO.

[270] CHRC had proceeded on the basis of generic jobs because members of the PO group had not completed the job fact sheets. CPC would not allow them to complete the questionnaires on CPC's time and their union refused to allow them to be completed, without remuneration, outside work hours. These generic jobs were evaluated through the use of job descriptions and job profiles, some of which may have been outdated or incomplete.

[271] Dr. Bellhouse gave his opinion that because the CR group had been evaluated on the basis of actual positions and a description of the work done by incumbents, and the PO group had been evaluated on the basis of a selection of job titles, a proper comparison of the value of their work could not be made.

[272] Dr. Kervin disagreed. He testified that, while not a random sample, the 10 generic PO jobs were likely to provide a reasonably accurate basis for the purpose of making a pay equity comparison. He also stated that the fact that the information for the PO group was based on job titles, rather than positions was not a significant problem, especially since the job specifications used for the PO jobs were similar in some respects to the CR job fact sheets. Dr. Kervin regarded the disparity between the PO jobs and the CR positions as "a difference in the unit of analysis and not as a difference in measurement" (at paragraph 470), and one that was easily remedied.

[273] Despite this disagreement between the experts, the Tribunal never makes a finding of which view it accepts and why. While the Tribunal stated that it prefers the evidence of Dr. Kervin on the sampling issue, largely, it would seem, because his expertise was more directly relevant to a pay equity context, the Tribunal does not reach a similar conclusion on the "jobs v. positions" issue.

[270] La CCDP s'était fondée sur les postes génériques parce que les membres du groupe PO n'avaient pas rempli les feuilles de données sur l'emploi. La SCP ne leur avait pas permis de remplir les questionnaires pendant leurs heures de travail à la SCP et leur syndicat avait refusé de leur permettre de les remplir, sans rémunération, en dehors de leurs heures de travail. Ces postes génériques ont été évalués en recourant à des descriptions de postes et des profils d'emploi, dont certains pouvaient ne plus être à jour ou être incomplets.

[271] M. Bellhouse s'est dit d'avis que, parce que le groupe CR avait été évalué en fonction des véritables postes et d'une description des fonctions exercées par leurs titulaires, et comme le groupe PO avait été évalué d'après une sélection de titres de fonctions, on ne pouvait procéder à une comparaison appropriée de la valeur de leur travail respectif.

[272] M. Kervin n'était pas de cet avis. Il a expliqué que, même s'il ne s'agissait pas d'un échantillon aléatoire, les 10 postes PO génériques étaient susceptibles de constituer un point de repère raisonnablement exact pour procéder à la comparaison des fonctions sur le plan de la parité salariale. Il a également déclaré que le fait que les renseignements relatifs au groupe PO étaient fondés sur les titres de postes plutôt que sur les postes eux-mêmes n'était pas un problème grave, d'autant plus que les particularités de l'emploi utilisées pour les postes PO étaient semblables, à certains égards, aux feuilles de données sur l'emploi des postes CR. En ce qui concerne l'écart entre les titres d'emploi pour les PO et les postes pour les CR, M. Kervin a classé cela comme une « différence dans l'unité d'analyse et non comme une différence dans la mesure » et il a ajouté que cette situation pouvait facilement être corrigée (au paragraphe 470).

[273] Malgré ce désaccord entre les experts, le Tribunal ne se prononce nulle part sur l'opinion qu'il accepte et sur les raisons pour lesquelles il l'accepte. Bien que le Tribunal ait déclaré préférer le témoignage de M. Kervin sur la question de l'échantillonnage, en grande partie, semble-t-il, en raison du fait que son expertise portait plus directement sur les questions de parité salariale, le Tribunal n'a pas tiré de conclusion semblable sur la question des « emplois versus les postes ».

[274] Perhaps the Tribunal comes closest to addressing this issue when it refers (for example, at paragraph 660) to the enrichment of the professional team's understanding of the content of the PO jobs after it received the additional information from CPC, as outlined in its report of June 2000. Otherwise, one must infer from the Tribunal's finding that the job information was reasonably reliable that it adopted Dr. Kervin's view on the "jobs v. positions" issue as well as on sampling.

(d) Timing

[275] CPC argued that the fact that the job information pertaining to the CR and PO groups was not collected at the same time undermined its reliability in a pay equity context. The nature of jobs may change over time, as a result, for example, of the introduction of new technology which may have an impact on the skill required for the job, as well as the working conditions. Mr. Willis testified that a valid comparison should be based on contemporaneous information about the work being performed.

[276] This issue seems not to have been addressed expressly and specifically before the Tribunal by PSAC or CHRC. However, they may have done so indirectly by attacking the credibility of CPC's experts, Mr. Willis and Mr. Wallace, on the ground that they had neither read all the relevant documentation nor attempted to evaluate the jobs on the basis of the information available.

[277] Nor does the Tribunal itself make a finding on the timing issue. Rather, it seems to have rolled it up in its overall acceptance of the professional team's analysis, and its relatively less favourable view of CPC's experts.

(e) Conclusion

[278] To conclude this review of the Tribunal's finding that the professional team's evaluation of the jobs of the complainant and comparator groups was reasonably

[274] Les passages où le Tribunal semble s'approcher le plus d'une tentative d'aborder cette question sont ceux où il évoque (par exemple au paragraphe 660) à quel point l'équipe professionnelle a pu mieux comprendre la teneur des postes PO après avoir reçu des renseignements supplémentaires de la SCP, ainsi qu'il est précisé dans son rapport de juin 2000. Sinon, il faut inférer de la conclusion du Tribunal suivant laquelle les renseignements sur les emplois étaient raisonnablement fiables que le Tribunal s'est rangé à l'opinion de M. Kervin au sujet de la question « emplois versus postes » ainsi qu'au sujet de l'échantillonnage.

d) Choix du moment

[275] La SCP soutient que le fait que les renseignements sur les emplois se rapportant au groupe CR et au groupe PO n'ont pas été recueillis au même moment minait leur fiabilité dans un contexte de parité salariale. La nature des postes peut changer avec le temps par suite, par exemple, de l'introduction d'une nouvelle technologie susceptible d'avoir des incidences sur les compétences requises pour le travail, sans parler des conditions de travail. M. Willis a expliqué que, pour être valable, une comparaison devrait être fondée sur des renseignements contemporains au sujet du travail qui est effectué.

[276] Il semble que ni l'AFPC ni la CCDP n'ait abordé expressément et précisément cette question devant le Tribunal. Il se peut toutefois qu'elles l'aient fait indirectement en attaquant la crédibilité des experts de la SCP, MM. Willis et Wallace, au motif qu'ils n'avaient ni lu tous les documents pertinents et ni tenté d'évaluer les postes à la lumière des renseignements disponibles.

[277] Le Tribunal ne tire pas non plus de conclusion sur la question du choix du moment. Il semble qu'il ait englobé dans son acceptation en bloc de l'analyse de l'équipe professionnelle et de son opinion relativement moins favorable au sujet des experts de la SCP.

e) Conclusion

[278] Pour terminer cet examen de la conclusion du Tribunal suivant laquelle l'évaluation que l'équipe professionnelle a faite des postes du groupe plaignant et du

reliable, I acknowledge that the Tribunal does not always explain as fully as it might why it accepted one view of the evidence rather than another, especially on the issue of the timing of the collection of data and the difficulty of comparing PO jobs and CR positions. However, deficiencies in the Tribunal's reasons in this regard do not, in my opinion, render its decision unreasonable on the ground that it is not sufficiently transparent.

[279] It can be inferred from the Tribunal's careful and full explanation of the conflicting views of the experts that it understood the issues and appreciated the strengths and weaknesses of each. To the extent that the Tribunal does not make a definitive and reasoned finding on one or more of the issues considered above, the Tribunal can be taken to have adopted the view of the relevant expert and the underlying reasoning. I have already emphasized the importance of the Tribunal's findings of credibility of the parties' principal expert witnesses.

[280] Nor am I persuaded that the Tribunal's decision to uphold PSAC's pay equity claim is vitiated by its findings of fact. There was, in my opinion, a reasonable basis in the evidence, when viewed overall, to support its conclusions.

(v) Wage gap

[281] Having concluded that the wages of the CRs and the composite or "generic" PO positions could be compared because a substantial portion of the CR positions fell within the PO value line, the Tribunal proceeded to determine if there was a wage gap between the two groups for performing work of equal value. Subsection 11(7) of the Act defines "wages" broadly, so as to include both monetary and non-monetary elements. Thus, after listing specific benefits that are to be included as "wages", subsection 11(7) contains in paragraph (c) the following "catch-all" provision:

groupe de comparaison était raisonnablement fiable, je reconnais que le Tribunal n'explique pas toujours aussi complètement qu'il aurait pu le faire les raisons pour lesquelles il préfère une opinion de la preuve à une autre, surtout en ce qui concerne la question du moment choisi pour recueillir les données et la difficulté de comparer les emplois PO et les postes CR. Toutefois, les lacunes que peuvent comporter les motifs du Tribunal à cet égard ne rendent pas, selon moi, sa décision déraisonnable au motif qu'elle ne serait pas suffisamment transparente.

[279] On peut déduire, à la lecture des explications complètes et approfondies que le Tribunal a données au sujet des avis contradictoires des experts qu'il comprenait bien les questions en litige et qu'il saisissait les forces et les faiblesses de chacune d'entre elles. Dans la mesure où il ne tire pas de conclusion définitive motivée sur une ou plusieurs des questions qui ont déjà été examinées, le Tribunal peut être présumé avoir fait sienne l'opinion de l'expert en cause et d'avoir adopté le raisonnement sous-jacent. J'ai déjà souligné l'importance des conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la crédibilité des principaux témoins experts des parties.

[280] Je ne suis pas non plus convaincu que la décision du Tribunal de faire droit à la plainte en matière de parité salariale de l'AFPC est viciée par ses conclusions de fait. Lorsqu'on l'examine dans son ensemble, la preuve comportait à mon avis un fondement raisonnable à l'appui des conclusions du Tribunal.

v) Écart de rémunération

[281] Ayant conclu que le salaire des employés CR et des postes composés ou « génériques » PO pouvaient être comparés parce qu'une partie importante des postes CR équivalaient aux postes du groupe PO, le Tribunal a poursuivi en déterminant s'il y avait un écart de rémunération entre les deux groupes pour des fonctions équivalentes. Le paragraphe 11(7) de la Loi donne une définition large du mot « salaire » de manière à englober toute rémunération pécuniaire ou non pécuniaire. Ainsi, après avoir énuméré les formes de rémunération qui peuvent être assimilées à un « salaire », le paragraphe 11(7) comporte une disposition « fourre-tout », l'alinéa c) :

	<b>11. ...</b>	<b>11. [...]</b>	
Definition of "wages"	(7) For the purpose of this section, "wages" means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes	(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 :	Définition de « salaire »
	...	[...]	
	(c) payments in kind;	c) des rétributions en nature;	
[282] The Tribunal thus had to determine three issues with respect to the wage gap: (i) the amount of the monetary component of the wages; (ii) the value of the non-monetary components of the wages; and (iii) the methodology for identifying and measuring any wage gap with respect to work of equal value. Since there appears to have been relatively little dispute on the first issue, I shall focus on the other two.		[282] Le Tribunal doit donc répondre à trois questions en ce qui concerne l'écart de rémunération : i) le montant de l'élément pécuniaire du salaire; ii) la valeur des éléments non pécuniaires du salaire; iii) la méthodologie utilisée pour identifier et mesurer tout écart de rémunération constaté en ce qui concerne des fonctions équivalentes. Comme il semble exister un consensus sur la première question, je vais me concentrer sur les deux autres.	
(a) Non-monetary components of wages		a) Éléments non pécuniaires du salaire	
[283] Valuing non-monetary items, such as benefits, raises some difficult technical issues. As with the evaluation of the jobs, difficulties in determining the value of the non-monetary elements of the "wages" also stem from evidentiary problems caused by the absence of a joint study by the parties.		[283] L'évaluation d'éléments non pécuniaires, tels que les avantages, soulève certains problèmes techniques. Comme dans le cas de l'évaluation des postes, les difficultés entraînées par le calcul de la valeur des éléments non pécuniaires du « salaire » découlent aussi des problèmes de preuve causés par l'absence d'étude conjointe de la part des parties.	
[284] In 1995, PSAC retained Dr. Don Lee, an expert in contract analysis and non-wage compensation valuation, to compare the non-monetary components of the wages from 1983, when the complaint was filed, to 1995. Dr. Lee based his report on a review of 14 collective agreements covering this 12-year period, as well as on a number of employee benefit plans of the federal government that had not been incorporated into these collective agreements. He was able also to conduct a detailed valuation analysis of benefits for 1995, including the extent to which employees had actually used the benefits.		[284] En 1995, l'AFPC a engagé M. Don Lee, expert en analyse de contrats et en évaluation de rémunération indirecte, pour comparer les éléments non pécuniaires du salaire de 1983, année où la plainte a été déposée, à 1995. M. Lee a fondé son rapport sur un examen de 14 conventions collectives couvrant cette période de 12 ans, ainsi que sur divers régimes d'avantages spéciaux du gouvernement fédéral qui n'avaient pas été incorporés dans les conventions collectives en question. Il a été en mesure de procéder à une analyse détaillée des avantages pour l'année 1995, et a notamment pu déterminer dans quelle mesure les employés s'étaient effectivement prévalu de ces avantages.	
[285] However, in calculating the non-monetary value of benefits, Dr. Lee did not include job security for either group, or the uniform and protective clothing allowances		[285] Toutefois, pour calculer la valeur non pécuniaire de ces avantages, M. Lee n'a pas tenu compte, dans le cas des deux groupes, de la sécurité d'emploi, pas plus	

for the POs. He concluded that what differences there were between the value of the benefits of the two groups were either non-existent or minor, and were not significant for pay equity purposes. He discounted as insignificant differences of less than 0.1 percent of wages.

[286] Dr. Lee was unable to conduct such a detailed analysis for the years 1983 to 1994, but simply examined the terms of the collective agreements for those years. He concluded from this examination that any differences in the value of the benefits provided to employees were minor and temporary. He did not think it necessary for this purpose to attempt to obtain from CPC a complete file for each employee. He also stated that, when in doubt, he had overstated the value of the differences favouring the CR group's non-monetary benefits and understated those of the PO group.

[287] Dr. Lee's report was challenged by Mr. Robert Bass, an expert in costing compensation, retained by CPC for this purpose. Mr. Bass identified flaws in Dr. Lee's methodology, which he considered "fatal". In particular, he argued: the analysis should have been based on benefits provided in 1983, not 1995; it was an error to ignore individual differences in non-monetary benefits of less than 0.1 percent of wages, because several such differences could be cumulatively significant; and the generous job security provisions in collective agreements were sufficiently important that they should have been valued. However, Mr. Bass did not offer his view on the value of the non-monetary element of the employees' wages, in either 1995 or earlier.

[288] The Tribunal carefully considered these criticisms. First, it tended to agree that, as a matter of theory, it would have been better to use 1983 as the baseline; however, some of the relevant evidence was apparently not available. Second, it noted that Mr. Bass had provided

que des indemnités accordées aux employés PO pour les uniformes et les vêtements de protection. Il a conclu que les différences qui pouvaient exister entre la valeur des avantages dont bénéficiaient les employés des deux groupes étaient soit inexistantes, soit négligeables et qu'elles ne tiraient pas à conséquence pour ce qui était de la parité salariale. Il n'a pas tenu compte des différences de moins de 0,1 p. 100 du salaire, les considérant comme négligeables.

[286] M. Lee n'a pas été en mesure de procéder à une analyse aussi détaillée pour les années 1983 à 1994, se contentant d'examiner les termes des conventions collectives pour ces années. À la suite de son examen, il a conclu que les différences constatées au sujet de la valeur des avantages consentis aux employés étaient mineures et temporaires. Il n'a pas jugé nécessaire d'essayer, à cette fin, d'obtenir de la SCP un dossier complet pour chaque employé. Il a également déclaré qu'en cas de doute, il avait surestimé l'importance des différences qui favorisaient les avantages non monétaires du groupe CR et sous-estimé celles du groupe PO.

[287] Le rapport de M. Lee a été contesté par M. Robert Bass, expert en établissement de coûts de rémunération, dont la SCP avait retenu les services à cette fin. M. Bass a relevé certaines lacunes dans la méthodologie employée par M. Lee, lacunes qu'il a qualifiées de « fatales ». Il a notamment fait valoir que l'analyse aurait dû être fondée sur les avantages fournis en 1983 et non en 1995. Selon lui, c'était une erreur de la part de M. Lee de rejeter les différences individuelles en avantages spéciaux de moins de 0,1 p. 100 du salaire parce que la somme de ces différences pouvait, lorsque celles-ci s'accumulaient, devenir importante. M. Bass s'est également dit d'avis que les dispositions généreuses en matière de sécurité d'emploi dans les conventions collectives étaient suffisamment importantes pour justifier d'établir le coût de la sécurité d'emploi. M. Bass ne s'est toutefois pas prononcé sur la valeur des éléments non pécuniaires du salaire des employés, en 1995 ou au cours des années précédentes.

[288] Le Tribunal a attentivement examiné ces critiques. Le Tribunal a tout d'abord convenu qu'en théorie, il aurait été préférable d'utiliser l'année 1983 comme année de référence; toutefois, certains des éléments de preuve pertinents n'étaient apparemment pas disponibles.

no evidence to indicate what impact the inclusion of a non-monetary difference in benefits of less than 0.1 percent of wages would have had and therefore gave little weight to this aspect of his report. Third, on the basis of the credibility of the two experts and the “nebulous nature of costing job security” (at paragraph 910), the Tribunal concluded that there was not likely to be any significant difference in the value of job security between the POs and the CRs.

[289] The Tribunal found (at paragraph 918) that Dr. Lee’s report showed on a balance of probabilities that the value of the non-monetary benefits for the two groups were equivalent and were “tied, in a negotiated pattern, to the value of the wages paid to the two groups.” The absence of the data needed to make more precise calculations, the Tribunal concluded (at paragraph 919), did not mean that Dr. Lee had failed to establish on a balance of probabilities that the non-monetary component of the wages of the two groups was equivalent. The Tribunal accepted Dr. Lee’s conclusion that, on a balance of probabilities, the value of benefits to which the CR and PO groups were entitled over the period covered by the complaint was generally equivalent. However, the Tribunal concluded that Dr. Lee’s report was “lower band reasonably reliable”.

[290] In my opinion, in view of the findings that Dr. Lee was able to make on the basis of the information available to him, it was not unreasonable for the Tribunal to conclude that if additional data for the years before 1995 were available, it would not reveal that the benefits were significantly more valuable for one group than the other.

#### (b) Methodologies

[291] The Tribunal was presented by the parties with an array of methodologies for determining the existence and extent of any wage gap. Suffice it to say that PSAC and CPC proposed methodologies that seemed likely to

Deuxièmement, le Tribunal a fait remarquer que M. Bass n’avait soumis aucune preuve concrète pour illustrer quelle incidence l’inclusion d’avantages équivalant à moins 0,1 p. 100 du salaire aurait pu avoir et il a donc donné peu de poids à cet aspect de son rapport. Troisièmement, compte tenu de la crédibilité des deux experts et « de la nature nébuleuse de l’établissement du coût de la sécurité d’emploi » (au paragraphe 910), le Tribunal a conclu qu’il était peu probable que la différence entre la valeur de la sécurité d’emploi pour les employés du groupe PO et du groupe CR soit significative.

[289] Le Tribunal a conclu (au paragraphe 918) que le rapport de M. Lee démontrait, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur de la rémunération indirecte du groupe plaignant et celle du groupe de comparaison étaient équivalentes, et que cette valeur était « liée, dans un modèle de négociation, à la valeur des salaires versés aux deux groupes ». Le Tribunal a conclu (au paragraphe 919) que le manque de données convenables pour pouvoir procéder à des calculs plus précis ne signifiait pas que M. Lee n’avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la rémunération indirecte du groupe plaignant et celle du groupe de comparaison étaient équivalentes. Le Tribunal a accepté la conclusion de M. Lee suivant laquelle la valeur de la rémunération indirecte dont bénéficiaient le groupe plaignant et le groupe de comparaison était généralement équivalente. Le Tribunal a toutefois conclu que le rapport de M. Lee était « d’une fiabilité raisonnable inférieure ».

[290] À mon avis, compte tenu des conclusions que M. Lee avait été en mesure de tirer sur le fondement des renseignements dont il disposait, il n’était pas déraisonnable de la part du Tribunal de conclure que, si des données supplémentaires étaient disponibles pour les années antérieures à 1995, elles ne révéleraient pas que les avantages avaient une valeur beaucoup plus élevée pour un groupe que pour l’autre.

#### b) Méthodologies

[291] Les parties ont soumis au Tribunal diverses méthodologies visant à déterminer l’existence et l’ampleur de tout écart de rémunération. Qu’il suffise de dire que l’AFPC et la SCP ont proposé des méthodologies qui

be most favourable to their respective positions. CHRC's preferred approach seems likely to produce a result between the two extremes. It proposed grouping the sample 194 CR positions into jobs with similar characteristics, which, it said, would make it easier to compare with the "composite" or generic PO positions, which included internal and external, but not supervisory, operational functions.

[292] After describing the rationales provided by CPC for its proposed methodology, the Tribunal opted for CHRC's, on the ground that it was appropriate in a pay equity context to emphasize the content of the work performed, rather than the definition of the position occupied by the employee. However, it did not accept as conclusive the monetary values provided by the parties, holding that access to individual employee records, in consultation with CPC, was required in order to reach a final conclusion.

[293] In my view, the choice of an appropriate methodology for determining the existence and extent of a wage gap is within the discretion of the Tribunal, and is reviewable for unreasonableness. Given both its technical aspects and the absence of statutory criteria, the Tribunal's selection is entitled to a high degree of deference. I am not persuaded that only the methodology proposed by CPC can reasonably be said to be consistent with the objectives of section 11 of the Act or that the methodology proposed by CHRC, and adopted by the Tribunal, was unreasonable.

ISSUE 4: Did the Tribunal err in law in awarding PSAC compensation in the amount of half of the CR group's lost wages according to the identified wage gap?

[294] PSAC applied for judicial review of the Tribunal's decision to compensate the complainants by awarding them half the amount of the wages that they had lost

semblaient être susceptibles d'être plus favorables à leur thèse respective. Il semble probable que la méthode privilégiée par la CCDP produise un résultat qui se situe entre les deux extrêmes. Elle a proposé de regrouper les 194 postes CR faisant partie de l'échantillon en des postes présentant des caractéristiques semblables, ce qui, a-t-elle expliqué, faciliterait la comparaison avec les groupes PO génériques ou « composites », lesquels comprenaient des fonctions opérationnelles internes et externes, mais aucune fonction de supervision.

[292] Après avoir exposé les raisons invoquées par la SCP pour justifier la méthodologie qu'elle proposait, le Tribunal a opté pour celle de la CCDP, au motif qu'elle convenait dans un contexte de parité salariale pour souligner le contenu du travail effectué, plutôt que la définition du poste occupé par l'employé. Toutefois, le Tribunal n'a pas considéré concluantes les valeurs pécuniaires avancées par les parties, estimant qu'il était nécessaire de consulter les dossiers individuels des employés, en collaboration avec la SCP, pour arriver à une conclusion définitive.

[293] À mon avis, le choix d'une méthodologie appropriée pour déterminer l'existence et l'ampleur d'un écart de rémunération relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, et il est susceptible de faire l'objet d'un contrôle portant sur son caractère raisonnable. Compte tenu à la fois de ses aspects techniques et de l'absence de critères dans la loi, le choix du Tribunal commande un degré élevé de déférence. Je ne suis pas convaincu que seule la méthodologie proposée par la SCP peut raisonnablement être considérée comme compatible avec les objectifs de l'article 11 de la Loi ou encore que la méthodologie proposée par la CCDP, et adoptée par le Tribunal, était déraisonnable.

QUATRIÈME QUESTION : Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en accordant à l'AFPC une indemnité correspondant à la moitié du salaire perdu par les employés du groupe CR en fonction de l'écart de rémunération retenu?

[294] L'AFPC a déposé une demande visant à obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal avait indemnisé les plaignants en leur accordant la moitié

according to the wage gap indicated by the measuring methodology proposed by CHRC and accepted by the Tribunal. PSAC says that the decision is not supported by the evidence before the Tribunal. The Federal Court dismissed the application for judicial review for mootness, since it allowed CPC's application for judicial review and set aside the Tribunal's decision that CPC had been in breach of section 11 of the Act.

[295] The remedial powers of the Tribunal relevant to this appeal are contained in the *Canadian Human Rights Act*, paragraph 53(2)(c) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27], which provides as follows:

53. ...

Complaint  
substantiated

(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:

...

(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;

It is common ground that this provision governs the award of compensation for a breach of section 11.

[296] The Tribunal has considerable statutory discretion in fashioning an appropriate remedy. Thus, subsection 53(2) provides that if the complaint is substantiated, the panel or member hearing the matter "may ... make an order ... and include in the order" [emphasis added] any of the listed terms that the panel or member "... considers appropriate". Paragraph (c) provides that the panel may order the person found to have committed a discriminatory practice to "compensate the victim for any or all of the wages" [emphasis added] lost as a result of the discriminatory practice.

du salaire qu'ils avaient perdu selon l'écart de rémunération obtenu selon la méthodologie proposée par la CCDP et accepté par le Tribunal. L'AFPC affirme que cette décision n'est pas appuyée par la preuve dont disposait le Tribunal. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était théorique, étant donné qu'elle faisait droit à la demande de contrôle judiciaire de la CCDP et qu'elle annulait la décision dans laquelle le Tribunal avait conclu que la SCP avait contrevenu à l'article 11 de la Loi.

[295] Les pouvoirs de réparation du Tribunal qui nous intéressent dans le présent appel se trouvent à l'alinéa 53(2)c) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui dispose :

53. [...]

(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

Plainte  
jugée  
fondée

[...]

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

Il est acquis aux débats que cette disposition régit l'adjudication d'une indemnité en cas de contravention à l'article 11.

[296] La loi confère au Tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de concevoir la réparation appropriée. Ainsi, le paragraphe 53(2) prévoit que le membre instructeur qui juge la plainte fondée, « peut [...] ordonner, selon les circonstances » [non souligné dans l'original] une des nombreuses mesures qui y sont énumérées. L'alinéa c) permet au membre instructeur « d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire » [non souligné dans l'original] entraînées par l'acte discriminatoire.

[297] Like other discretionary decisions, the Tribunal's award of compensation is reviewable on a standard of unreasonableness: *Dunsmuir*, at paragraph 53. While the Tribunal's reasons provide the principal basis for a reviewing court to determine whether an exercise of administrative discretion is unreasonable, the court may also consider the reasonableness of the outcome: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[298] The Tribunal held that compensation should be awarded for wages lost between August 24, 1982 (that is, one year after CPC was created and one year before PSAC filed its complaint with CHRC) and June 2, 2002, when the wage increase awarded to the CRs, by CPC, and the implementation of a new job evaluation plan, eliminated any wage gap between the CR group and the PO group.

[299] The Tribunal stated that the objective of an award of compensation under paragraph 53(2)(c) of the Act is to make whole the victims of discrimination. However, it also noted that courts had reduced damages awards in order to take into account uncertainties in determining the precise amount of loss. While there were no uncertainties about future events that could affect the amount of wages already lost by the CR group, the Tribunal came back to its finding that the evaluation of the jobs and the non-monetary component of the wages had met only the "lower sub-band" of reasonable reliability. On this basis, it reduced by 50 percent the amount represented by the wage gap identified by CHRC.

[300] PSAC argues that the Tribunal's reduction of the compensation was unreasonable. First, it submits, the same data and the same methodology proved both the existence and the extent of a wage gap. Having accepted that the evidence established a wage gap, the Tribunal could not logically find that it did not also establish the extent of the gap. Second, if the Tribunal could factor in uncertainties in the evidence when determining the amount of compensation payable, it had no basis for concluding that the evidence over-estimated, rather than

[297] Comme d'autres décisions discrétionnaires, la condamnation par le Tribunal à une indemnité est assujettie à la norme de contrôle de la raisonabilité (*Dunsmuir*, au paragraphe 53). Bien que la cour de révision se fonde surtout sur les motifs du Tribunal pour déterminer s'il a exercé son pouvoir discrétionnaire administratif de manière déraisonnable, la cour peut aussi se demander si l'issue de l'affaire est raisonnable (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[298] Le Tribunal a jugé qu'une indemnité devait être accordée pour le salaire perdu entre le 24 août 1982 (c'est-à-dire un an après la création de la SCP et un an avant que l'AFPC ne dépose sa plainte auprès de la CCDP) et le 2 juin 2002, date à laquelle la SCP a accordé une hausse salariale aux employés CR et à laquelle la mise en œuvre d'un nouveau plan d'évaluation des emplois a eu pour effet de supprimer tout écart de rémunération entre le groupe CR et le groupe PO.

[299] Le Tribunal a affirmé que l'objectif de la condamnation à une indemnité prévue à l'alinéa 53(2)c) de la Loi est d'accorder « une réparation intégrale » aux victimes de discrimination. Il a cependant aussi fait observer que les cours de justice avait réduit le montant des dommages-intérêts accordés pour tenir compte de l'incertitude entourant la détermination de la perte exacte. Il n'y a pas eu d'incertitude en ce qui concerne les événements à venir qui pouvaient avoir une incidence sur le montant du salaire déjà perdu par le groupe CR, mais le Tribunal est revenu à sa conclusion que l'évaluation des postes et l'élément non pécuniaire du salaire ne relevaient que de la « sous-fourchette inférieure » de fiabilité raisonnable. Pour ce motif, le Tribunal a réduit de 50 p. 100 le montant correspondant à l'écart de rémunération relevé par la CCDP.

[300] L'AFPC affirme que la réduction de l'indemnité accordée par le Tribunal était déraisonnable. Elle soutient en premier lieu que les mêmes données et la même méthodologie établissaient à la fois l'existence et l'ampleur de l'écart de rémunération. Ayant accepté que la preuve établissait qu'il existait un écart de rémunération, le Tribunal ne pouvait logiquement conclure qu'elle ne permettait pas aussi de mesurer l'ampleur de cet écart. Deuxièmement, si le Tribunal pouvait tenir compte des incertitudes que comportait la preuve lorsqu'il s'agissait

under-estimated, the extent of the actual wage gap. Counsel noted that Dr. Wolf had testified that the professional team had taken the limitations in the evidence into account when evaluating the jobs: when in doubt, they had evaluated a PO position up and a CR position down, and had thus underestimated the extent of the wage gap.

[301] I do not agree. Specialized tribunals are owed a particularly high degree of deference in their exercise of a broad statutory discretion to fashion an appropriate remedy. The Tribunal directed itself correctly in law when it stated that an award of compensation should aim to make the victims whole. However, it was, in my view, also open to the Tribunal to extend by analogy principles used to take into account future uncertainties to uncertainties about the past, and on this basis to reduce the amount of compensation. Indeed, this was done in somewhat similar circumstances where it was uncertain whether a person would have obtained a job if he had not been denied it because of the unlawful discriminatory conduct of the employer: *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401 (C.A.), at page 412.

[302] Nor was it unreasonable for the Tribunal to conclude that, while the evidence was good enough to establish the existence of a wage gap, it was not good enough to measure it precisely. PSAC had the burden of proving on a balance of probabilities both the existence and the extent of any wage gap. Accordingly, if the Tribunal was not satisfied that PSAC had discharged its evidential burden by proving the amount of the wages lost on a balance of probabilities, it could reasonably award less than the amount indicated by the evidence that PSAC had adduced.

de déterminer le montant de l'indemnité payable, il n'avait aucune raison de conclure que la preuve avait pour effet de surestimer, au lieu de sous-estimer, l'ampleur de l'écart de rémunération réel. Les avocats ont fait observer que M. Wolf avait expliqué que l'équipe professionnelle avait tenu compte des limites de la preuve pour évaluer les postes : en cas de doute, elle avait surestimé les postes PO et sous-estimé les postes CR, sous-estimant ainsi l'ampleur de l'écart de rémunération.

[301] Je ne suis pas de cet avis. Les tribunaux spécialisés ont droit à un degré particulièrement élevé de déférence en ce qui concerne l'exercice qu'ils font du vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi de concevoir la réparation appropriée. Le Tribunal ne s'est pas mépris sur les règles de droit applicables lorsqu'il a déclaré qu'une condamnation à une indemnité devrait viser à accorder une réparation intégrale aux victimes. Il était toutefois aussi loisible, à mon avis, au Tribunal d'étendre par analogie les principes utilisés pour tenir compte des incertitudes futures aux incertitudes au sujet du passé et de réduire ainsi le montant de l'indemnité. C'est d'ailleurs ce que la Cour a fait dans des circonstances quelque peu semblables dans lesquelles on ne pouvait affirmer avec certitude qu'une personne aurait obtenu un emploi si elle ne se l'était pas vue refuser en raison de l'acte discriminatoire illégal commis par l'employeur (*Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.), à la page 412).

[302] Il n'était pas déraisonnable non plus de la part du Tribunal de conclure que, bien que la preuve était suffisamment valable pour établir l'existence d'un écart de rémunération, elle n'était pas suffisamment bonne pour qu'on puisse le mesurer avec précision. Il incombait à l'AFPC de prouver, selon la prépondérance des probabilités, à la fois l'existence et l'ampleur de l'écart de rémunération. En conséquence, si le Tribunal n'était pas convaincu que l'AFPC s'était acquittée de son fardeau de la preuve en prouvant, selon la prépondérance des probabilités, le montant de salaire perdu, elle aurait raisonnablement pu accorder un montant moins élevé que celui qu'indiquaient les éléments de preuve présentés par l'AFPC.

[303] The following sentence from the passage in Professor Waddams' text, *The Law of Damages* (at paragraph 13-30), is particularly apt in this context:

If the amount [of a loss] is difficult to estimate, the tribunal must simply do its best on the material available, though of course if the plaintiff has not adduced evidence that might have been expected to be adduced if the claim were sound, the omission will tell against the plaintiff.

As I have already noted, neither PSAC nor CHRC was without some responsibility for the state of the evidence.

[304] For these reasons, I am not persuaded that the Tribunal's award of compensation should be set aside as unreasonable.

#### D. CONCLUSIONS

[305] For all these reasons, I would allow the appeals of PSAC and CHRC in A-129-08 and A-139-08, set aside the decision of the Federal Court except on costs, and dismiss CPC's application for judicial review. The Federal Court awarded no costs and I would not disturb that finding. I would award PSAC its costs in the appeal. CHRC has not sought costs and none is awarded. I would dismiss PSAC's appeal in A-130-08 with costs.

[303] Le passage suivant de l'ouvrage du professeur Waddams, *The Law of Damages* (au paragraphe 13-30), est particulièrement approprié dans le présent contexte :

[TRADUCTION] Si ce montant [le montant de la perte] est difficile à estimer, le tribunal doit simplement faire de son mieux à partir des éléments dont il dispose; évidemment, si la partie demanderesse n'a pas produit une preuve dont on aurait pu s'attendre qu'elle soit produite si la demande était bien fondée, son omission sera interprétée en sa défaveur.

Ainsi que je l'ai déjà signalé, ni l'AFPC ni la CCDP ne pouvaient se laver les mains en ce qui concerne l'état de la preuve.

[304] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincu que le montant de l'indemnité que le Tribunal a accordée devrait être annulé parce qu'il serait déraisonnable.

#### D. DISPOSITIF

[305] Pour tous ces motifs, j'accueillerais les appels interjetés par l'AFPC et par la CCDP dans les dossiers A-129-08 et A-139-08, annulerai la décision de la Cour fédérale, sauf en ce qui concerne les dépens, et rejeterai la demande de contrôle judiciaire de la SCP. La Cour fédérale n'a pas adjugé de dépens et je ne modifierai pas cette conclusion. J'adjugerais à l'AFPC ses dépens dans le présent appel. La CCDP n'a pas réclamé de dépens et aucuns ne lui sont adjugés. Je rejeterai avec dépens l'appel interjeté par l'AFPC dans le dossier A-130-08.

A-245-09  
2010 FCA 61

A-245-09  
2010 CAF 61

**The President of the Canada Border Services Agency  
and the Attorney General of Canada** (*Appellants*)

**Le président de l'Agence des services frontaliers du  
Canada et le procureur général du Canada** (*appelants*)

v.

c.

**C.B. Powell Limited** (*Respondent*)

**C.B. Powell Limited** (*intimée*)

**INDEXED AS: C.B. POWELL LIMITED v. CANADA (BORDER  
SERVICES AGENCY)**

**RÉPERTORIÉ : C.B. POWELL LIMITED c. CANADA (AGENCE  
DES SERVICES FRONTALIERS)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Evans and Stratas  
J.J.A.—Montréal, February 2; Ottawa, February 23,  
2010.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Evans et Stratas,  
J.C.A.—Montréal, 2 février; Ottawa, 23 février 2010.

*Customs and Excise — Customs Act — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review seeking declaration that lack of jurisdiction ruling by President of Canadian Border Services Agency a “decision” appealable to the Canadian International Trade Tribunal (C.I.T.T.) under Customs Act, s. 67(1) — Respondent submitting customs form, subsequently realizing that incorrect tariff treatment claimed — President declining to conduct re-determination under Act, s. 60(1) — Respondent not appealing to C.I.T.T. but applying for judicial review before Federal Court — Federal Court finding President’s refusal to exercise jurisdiction “decision” appealable to C.I.T.T. — Whether presence of jurisdictional issue exceptional circumstance allowing party to launch judicial review before administrative process completed — Adjudications, appeals under Customs Act not allowing courts to become involved — Jurisdictional issues not exceptional circumstance justifying court intervention — “Jurisdiction” label to justify judicial interference not appropriate herein — Determination of “jurisdiction” by President involving same questions of law, fact that President normally considers — Calling one ruling “jurisdictional”, not the other result-oriented labelling — Respondent not entitled to bypass appeal to C.I.T.T. herein — Not for Federal Court, this Court, to interpret word “decision” in s. 67(1), but for C.I.T.T. — Mueller Canada Inc. v. Minister of National Revenue not supporting belief that only Federal Court can rule that “non-decision” or “jurisdictional decision” a “decision” under s. 67(1) or that only “decisions on the merits” can be appealed to C.I.T.T. — Rule against judicial interference with ongoing administrative processes applying herein — Appeal allowed.*

*Douanes et Accise — Loi sur les douanes — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire présentée en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada était une « décision » dont on pouvait interjeter appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (le T.C.C.E.) en vertu de l'art. 67(1) de la Loi sur les douanes — L'intimée avait remis une déclaration de douane et avait ensuite découvert qu'elle avait réclamé le mauvais traitement tarifaire — Le président a refusé de se livrer à une révision en vertu de l'art. 60(1) de la Loi — L'intimée n'a pas interjeté appel devant le T.C.C.E., elle s'est plutôt adressée à la Cour fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a déclaré que la décision par laquelle le président a refusé d'exercer sa compétence pouvait faire l'objet d'un appel au T.C.C.E. — Il s'agissait de savoir si l'existence d'une question de compétence constituait une circonstance exceptionnelle permettant à une partie d'introduire une demande de contrôle judiciaire avant que le processus administratif ne soit complété — Les décisions et les appels en vertu de la Loi sur les douanes ne permettent pas aux tribunaux judiciaires d'intervenir — Les questions de compétence ne constituent pas des circonstances exceptionnelles justifiant l'intervention de tribunaux judiciaires — Le recours à l'étiquette « compétence » pour justifier l'intervention des tribunaux judiciaires ne convenait pas en l'espèce — La détermination de la « compétence » par le président porte sur les questions de droit et les questions de fait que le président examine normalement — Lorsqu'on qualifie une décision de décision « en matière de compétence » et refuse d'accoler le même qualificatif à l'autre, on procède à une qualification axée sur le résultat recherché — En l'espèce, l'intimée ne pouvait pas contourner l'appel au T.C.C.E. — Il n'appartient ni à la Cour fédérale ni à notre Cour d'interpréter le mot « décision » à l'art. 67(1); cette tâche revient au T.C.C.E. — L'affaire*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review seeking a declaration to the effect that the ruling of the President of the Canadian Border Services Agency (CBSA) that he did not have jurisdiction was a “decision” that could be appealed to the Canadian International Trade Tribunal (C.I.T.T.) under subsection 67(1) of the *Customs Act*.

The respondent had submitted a customs form to the CBSA for imported goods. The CBSA did not go beyond the form and the value for duty of the goods were deemed to be determined by what had been entered. An audit of the form revealed a mistaken tariff classification number and the CBSA invited the respondent to examine the matter before issuing a re-determination under section 59 of the Act. The respondent accepted that the classification number it had entered was wrong, but discovered that it also should have claimed a different tariff treatment. The prescribed delay to correct the tariff treatment had passed, but the respondent nevertheless advised the CBSA of the mistake. In issuing its re-determination, the CBSA corrected the classification number, but left the tariff treatment unchanged. The President declined to conduct a re-determination of the tariff treatment because the CBSA had not determined tariff treatment earlier, and therefore there was nothing for him to re-determine under subsection 60(1) of the Act. Rather than pursuing an appeal before the C.I.T.T., the respondent proceeded to the Federal Court by way of judicial review. The Federal Court, citing *Mueller Canada Inc. v. Minister of National Revenue (Mueller)*, declared that the President’s negative decision could be appealed to the C.I.T.T.

At issue was whether the presence of a jurisdictional issue is an exceptional circumstance that allows a party to launch a judicial review before the administrative process has been completed.

*Held*, the appeal should be allowed.

Parliament established an administrative process of adjudications and appeals under the *Customs Act* that does not allow

*Mueller Canada Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.) ne confirme pas l’opinion que seule la Cour fédérale est habilitée à déclarer qu’une « non-décision » ou une « décision en matière de compétence » constitue une « décision » au sens de l’art. 67(1) ou que seules les « décisions sur le fond » peuvent être portées en appel au T.C.C.E. — Le principe interdisant l’ingérence tribunaux dans les processus administratifs en cours s’appliquait en l’espèce — Appel accueilli.*

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire présentée en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que la décision du président de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) selon laquelle il n’avait pas compétence était une « décision » dont on pouvait interjeter appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (le T.C.C.E.) en vertu du paragraphe 67(1) de la *Loi sur les douanes*.

L’intimée avait remis une déclaration de douane à l’ASFC relativement à des marchandises importées. L’ASFC n’est pas allée au-delà des mots énoncés dans la déclaration et la valeur en douane des marchandises a été considérée comme ayant été déterminée selon les énonciations de l’auteur de la déclaration. À la suite d’une vérification de la déclaration, l’ASFC a découvert que le numéro de classement tarifaire était erroné et elle a invité l’intimée à examiner la question avant de procéder à la révision prévue à l’article 59 de la Loi. L’intimée a admis qu’elle n’avait pas inscrit le bon numéro de classement, mais elle a découvert qu’elle aurait aussi dû réclamer un traitement tarifaire différent. Le délai prévu par la loi pour corriger le traitement tarifaire était écoulé, mais l’intimée a néanmoins informé l’ASFC de l’erreur. Lorsqu’elle a procédé à sa révision, l’ASFC a corrigé le numéro de classement, mais n’a pas modifié le traitement tarifaire. Le président a refusé de réviser le traitement tarifaire parce que l’ASFC ne s’était pas déjà prononcée sur le traitement tarifaire, et il n’y avait donc rien à réviser au sens du paragraphe 60(1) de la Loi. Au lieu d’interjeter appel devant le T.C.C.E., l’intimée s’est adressée à la Cour fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire. La Cour fédérale, invoquant l’affaire *Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.) (Mueller)*, a déclaré que la décision défavorable du président pouvait faire l’objet d’un appel au T.C.C.E.

La question litigieuse était celle de savoir si l’existence d’une question de compétence constitue une circonstance exceptionnelle qui permet à une partie d’introduire une demande de contrôle judiciaire avant que le processus administratif ne soit complété.

*Jugement* : l’appel doit être accueilli.

Le législateur fédéral a établi un processus administratif qui consiste en une série de décisions et d’appels en vertu de la *Loi*

the courts, absent exceptional circumstances, to become involved before this process is completed. The presence of jurisdictional issues is not an exceptional circumstance justifying early recourse to courts. The use of the label “jurisdiction” to justify judicial interference with ongoing administrative process is not appropriate. The inappropriateness of this labelling approach is well-illustrated by the ruling of the President in this case. The President considered his “jurisdiction” by interpreting subsection 60(1), determining the nature of the respondent’s request for a ruling, and deciding whether this request fell within the scope of subsection 60(1) as interpreted. These questions of law, of fact, and of mixed fact and law, respectively, are the same questions that the President normally considers when determining the nature of imported goods, what classifications are legally available, and what classifications ought to apply to these goods. Calling one ruling “jurisdictional” and not the other, when they are both the same type, is result-oriented labelling. Applying the “jurisdictional” label to the ruling of the President under subsection 60(1) in this case did not permit the respondent to proceed to the Federal Court, bypassing the remainder of the administrative process, namely the appeal to the C.I.T.T. under subsection 67(1). It is not for the Federal Court or this Court to interpret the word “decision” in subsection 67(1) and determine whether the C.I.T.T. can hear the respondent’s appeal. That is the task of the C.I.T.T. when an appeal is brought to it under subsection 67(1). *Mueller* does not support the belief that only the Federal Court can rule that a “non-decision” or “jurisdictional decision” is a “decision” under subsection 67(1), or that only “decisions on the merits” can be appealed to the C.I.T.T. under subsection 67(1). It was not the task of the Federal Court in *Mueller* to interpret the word “decision”. The normal rule against judicial interference with ongoing administrative processes applies herein. The Federal Court should have dismissed the respondent’s application as premature.

*sur les douanes* qui ne permet pas aux tribunaux judiciaires d’intervenir, à défaut de circonstances exceptionnelles, avant que ce processus n’ait été mené à terme. L’existence de questions de compétence ne constitue pas une circonstance exceptionnelle justifiant un recours anticipé aux tribunaux. Le recours à l’étiquette « compétence » pour justifier l’intervention des tribunaux judiciaires dans le déroulement d’un processus de prise de décision administratif ne convient pas. Le fait que cette méthode de qualification ne convienne pas est bien illustré par la décision que le président a rendue en l’espèce. Le président a examiné sa « compétence » en interprétant le paragraphe 60(1), qualifiant la nature de la demande de décision de l’intimée et décidant si la demande de l’intimée entrait dans le cadre de ce paragraphe, tel qu’il l’interprétait. Ces questions de droit, questions de fait et questions mixtes de droit et de fait, respectivement, sont exactement les questions que le président examine normalement lorsqu’il détermine la nature des marchandises importées, quels classements sont possibles aux termes de la loi et quel classement devrait s’appliquer aux marchandises en question. Lorsqu’on qualifie une décision de décision « en matière de compétence » et refuse d’accoler le même qualificatif à l’autre alors que les deux sont en réalité du même genre, on procède en fait à une qualification axée sur le résultat recherché. Le fait de qualifier de décision « en matière de compétence » la décision que le président a rendue en l’espèce en vertu du paragraphe 60(1) ne permettait pas à l’intimée de s’adresser à la Cour fédérale et de contourner l’étape suivante prévue par le processus administratif, à savoir l’appel au T.C.C.E. prévu au paragraphe 67(1). Il n’appartient ni à la Cour fédérale ni à notre Cour d’interpréter le mot « décision » au paragraphe 67(1) et de décider si le T.C.C.E. peut connaître de l’appel de l’intimée. Cette tâche revient au T.C.C.E. lorsqu’il est saisi d’un appel interjeté en vertu du paragraphe 67(1). L’affaire *Mueller* ne confirme pas l’opinion que seule la Cour fédérale est habilitée à déclarer qu’une « non-décision » ou une « décision en matière de compétence » constitue une « décision » au sens du paragraphe 67(1) ou que seules les « décisions sur le fond » peuvent être portées en appel au T.C.C.E. en vertu du paragraphe 67(1). Il n’appartenait pas à la Cour fédérale, dans l’affaire *Mueller*, d’interpréter le mot « décision ». Le principe habituel interdisant l’ingérence des tribunaux dans les processus administratifs en cours s’applique en l’espèce. La Cour fédérale aurait dû rejeter la demande de contrôle judiciaire de l’intimée au motif qu’elle était prématurée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.  
*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 42 (as am. by S.C. 2001, c. 25, s. 32; 2005, c. 38, s. 68), 42.01 (as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 160; 2005, c. 38, s. 69),

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 28(1e) (mod. *idem*, art. 35).

42.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 86; 1997, c. 14, s. 38; c. 36, s. 161; 2005, c. 38, s. 70; 2009, c. 6, s. 24), 58 (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2005, c. 38, s. 73), 59 (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 41; 2005, c. 38, s. 74), 60(1) (as am. by S.C. 2001, c. 25, s. 42), 62 (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166), 67(1) (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 169; 2001, c. 25, s. 48(F); 2005, c. 38, s. 85), 74(3)(b)(ii) (as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 175). *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 28(1)(e) (as am. *idem*, s. 35).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Mueller Canada Inc. v. Minister of National Revenue* (1993), 70 F.T.R. 197 (F.C.T.D.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Fritz Marketing Inc. v. Canada*, 2009 FCA 62, [2009] 4 F.C.R. 314, 387 N.R. 1, revg 2008 FC 703, 174 C.R.R. (2d) 74, 329 F.T.R. 221; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 25 N.B.R. (2d) 237, 97 D.L.R. (3d) 417.

## REFERRED TO:

*Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, (1979), 96 D.L.R. (3d) 14, [1979] 3 W.W.R. 676; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, (1995), 122 D.L.R. (4th) 129, 26 Admin. L.R. (2d) 1; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, (1995), 125 D.L.R. (4th) 583, 30 Admin. L.R. (2d) 1; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, (1998), 38 O.R. (3d) 576, 158 D.L.R. (4th) 193; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360, 183 D.L.R. (4th) 14, [2000] 4 W.W.R. 149; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, 210 D.L.R. (4th) 193, 34 Admin. L.R. (3d) 163; *Goudie v. Ottawa (City)*, 2003 SCC 14, [2003] 1 S.C.R. 141, 223 D.L.R. (4th) 395, 23 C.C.E.L. (3d) 1; *Vaughan v. Canada*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146, 250 D.L.R. (4th) 385, 41 C.C.E.L. (3d) 159; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*,

*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 42 (mod. par L.C. 2001, ch. 25, art. 32; 2005, ch. 38, art. 68), 42.01 (édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 160; 2005, ch. 38, art. 69), 42.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 86; 1997, ch. 14, art. 38; ch. 36, art. 161; 2005, ch. 38, art. 70; 2009, ch. 6, art. 24), 58 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2005, ch. 38, art. 73), 59 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 41; 2005, ch. 38, art. 74), 60(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 25, art. 42), 62 (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166), 67(1) (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 169; 2001, ch. 25, art. 48(F); 2005, ch. 38, art. 85), 74(3)(b)(ii) (mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 175).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n<sup>o</sup> 2.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mueller Canada Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1993] A.C.F. n<sup>o</sup> 1193 (1<sup>re</sup> inst.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Fritz Marketing Inc. c. Canada*, 2009 CAF 62, [2009] 3 R.C.F. 314, infirmant 2008 CF 703; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 25 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 237.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, 2003 CSC 14, [2003] 1 R.C.S. 141; *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*; *Casimir c. Québec (Procureur général)*; *Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Direction de l'Aéroport international du Grand Moncton c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2008 CAF 68; *Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights*

*Casimir v. Quebec (Attorney General); Zorrilla v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, 250 D.L.R. (4th) 454, 27 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, 252 D.L.R. (4th) 529, 28 Admin. L.R. (4th) 1; *Greater Moncton International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*, 2008 FCA 68; *Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 11 O.R. (3d) 798, 99 D.L.R. (4th) 738, 63 O.A.C. 393 (Div. Ct.); *Delmas v. Vancouver Stock Exchange* (1994), 119 D.L.R. (4th) 136, [1995] 1 W.W.R. 738, 98 B.C.L.R. (2d) 212 (B.C.S.C.), affd (1995), 130 D.L.R. (4th) 461, [1996] 4 W.W.R. 293, 15 B.C.L.R. (3d) 136 (B.C.C.A.); *Jafine v. College of Veterinarians of Ontario*, (1951), 5 O.R. (3d) 439, 6 Admin. L.R. (2d) 147 (Gen. Div.); *University of Toronto v. C.U.E.W., Local 2* (1988), 65 O.R. (2d) 268, 52 D.L.R. (4th) 128, 30 Admin. L.R. 310 (Div. Ct.); *Canada (National Revenue Re)*, 1996 CanLII 7820 (C.I.T.T.); *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Air Canada v. Lorenz*, [2000] 1 F.C. 494, (1999), 175 F.T.R. 211 (T.D.); *Myers v. Law Society of Newfoundland* (1998), 165 Nfld. & P.E.I.R. 150, 163 D.L.R. (4th) 62, 9 Admin. L.R. (3d) 78 (Nfld. C.A.); *Canadian National Railway Co. et al. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 310, 13 Admin. L.R. (3d) 15 (C.A.); *Dowd v. New Brunswick Dental Society* (1999), 210 N.B.R. (2d) 386 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf. Toronto: Canvasback, 1998.  
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2009 FC 528) allowing an application for judicial review that sought a declaration to the effect that the President of the Canadian Border Services Agency had made a decision that could be appealed to the Canadian International Trade Tribunal under subsection 67(1) of the *Customs Act*. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Jacques Savary* for appellants.  
*Michael D. Kaylor* for respondent.

*Commission* (1993), 11 O.R. (3d) 798, 99 D.L.R. (4th) 738, 63 O.A.C. 393 (C. div.); *Delmas v. Vancouver Stock Exchange* (1994), 119 D.L.R. (4th) 136, [1995] 1 W.W.R. 738, 98 B.C.L.R. (2d) 212 (C. sup. C.-B.), conf. par (1995), 130 D.L.R. (4th) 461, [1996] 4 W.W.R. 293, 15 B.C.L.R. (3d) 136 (C.A.C.-B.); *Jafine v. College of Veterinarians of Ontario* (1951), 5 O.R. (3d) 439, 6 Admin. L.R. (2d) 147 (Div. gén.); *University of Toronto v. C.U.E.W., Local 2* (1988), 65 O.R. (2d) 268, 52 D.L.R. (4th) 128, 30 Admin. L.R. 310 (C. div.); *Canada (Revenu national Re)*, [1996] CanLII 7820 (T.C.C.E.); *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Air Canada c. Lorenz*, [2000] 1 C.F. 494 (1<sup>re</sup> inst.); *Myers v. Law Society of Newfoundland* (1998), 165 Nfld. & P.E.I.R. 150, 163 D.L.R. (4th) 62, 9 Admin. L.R. (3d) 78 (C.A. T.-N.); *Canadian National Railway Co. et al. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 310, 13 Admin. L.R. (3d) 15 (C.A.); *Dowd c. Société Dentaire du Nouveau-Brunswick* (1999), 210 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 386 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

Brown, Donald J. M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback, 1998.  
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision (2009 CF 528) par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire présentée en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada selon laquelle il n'avait pas compétence était une décision dont on pouvait interjeter appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur en vertu du paragraphe 67(1) de la *Loi sur les douanes*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*Jacques Savary* pour les appelants.  
*Michael D. Kaylor* pour l'intimée.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.

*Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP*,  
Montréal, for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered  
in English by*

STRATAS J.A.:

## A. Introduction

[1] The respondent, C.B. Powell Limited, imported bacon bits into Canada. The Canada Border Services Agency (CBSA) assessed certain duties on the bacon bits. C.B. Powell disagreed with the CBSA's assessment. So, pursuing its rights under subsection 60(1) [as am. by S.C. 2001, c. 25, s. 42] of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, C.B. Powell asked the President of the Canada Border Services Agency to rule on the matter.

[2] The President of the CBSA ruled that he did not have jurisdiction to decide the matter. Under subsection 67(1) [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 169; 2001, c. 25, s. 48(F); 2005, c. 38, s. 85] of the Act, "decision[s]" of the President can be appealed to the Canadian International Trade Tribunal (C.I.T.T.). But C.B. Powell did not follow that route. Instead, it brought a judicial review in the Federal Court, essentially seeking the advice of that Court about whether there was a "decision" that could be appealed under subsection 67(1) of the Act. It asked for a declaration to that effect. Harrington J. of the Federal Court granted that declaration: 2009 FC 528. The Crown appeals to this Court, arguing that the President of the CBSA was correct in deciding that he did not have jurisdiction to decide the matter and so there was no "decision" that could be appealed to the C.I.T.T. under subsection 67(1) of the Act.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour les  
appelants.

*Lapointe Rosenstein Marchand Melançon*,  
*S.E.N.C.R.L.*, Montréal, pour l'intimée.

*Ce qui suit est la version française des motifs du  
jugement rendus par*

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

## A. Introduction

[1] L'intimée, C.B. Powell Limited, faisait l'importation de miettes de bacon au Canada. L'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a imposé certains droits sur les miettes de bacon. En désaccord avec la mesure prise par l'ASFC, C.B. Powell a, en vertu des droits que lui confère le paragraphe 60(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 25, art. 42] de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, demandé au président de l'Agence des services frontaliers du Canada de se prononcer sur la question.

[2] Le président de l'ASFC a estimé qu'il n'avait pas compétence pour trancher la question. Aux termes du paragraphe 67(1) [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 169; 2001, ch. 25, art. 48(F); 2005, ch. 38, art. 85] de la Loi, les « décision[s] » du président peuvent être portées en appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (le T.C.C.E.). C.B. Powell n'a toutefois pas suivi cette voie. Elle a plutôt saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire par laquelle elle sollicitait essentiellement l'avis de la Cour sur la question de savoir s'il existait une « décision » qui pouvait faire l'objet d'un appel en vertu du paragraphe 67(1) de la Loi. Elle a demandé à la Cour de rendre un jugement déclaratoire en ce sens. Le juge Harrington de la Cour fédérale a fait droit à cette demande et a rendu un jugement déclaratoire (2009 CF 528). Sa Majesté interjette appel de ce jugement devant notre Cour, en faisant valoir que c'est à juste titre que le président de l'ASFC a décidé qu'il n'avait pas compétence pour trancher la question, de sorte qu'il n'y avait pas de « décision » dont on pouvait interjeter appel devant le T.C.C.E. en vertu du paragraphe 67(1) de la Loi.

[3] In my view, the appeal must be allowed.

[4] The Act contains an administrative process of adjudications and appeals that must be followed to completion, unless exceptional circumstances exist. In this administrative process, Parliament has assigned decision-making authority to various administrative officials and an administrative tribunal, the C.I.T.T., not to the courts. Absent extraordinary circumstances, which are not present here, parties must exhaust their rights and remedies under this administrative process before pursuing any recourse to the courts, even on so-called “jurisdictional” issues.

[5] In this case, C.B. Powell’s recourse against the President’s ruling is to pursue an appeal to the C.I.T.T. under subsection 67(1) of the Act. It is for the C.I.T.T. to interpret the word “decision” in subsection 67(1) and decide whether it has jurisdiction to consider C.B. Powell’s appeal in these circumstances and, if so, to decide the appeal on its merits. When the C.I.T.T. completes that task, the administrative process under the Act will be exhausted. Only at that point can an aggrieved party pursue a judicial review to this Court under paragraph 28(1)(e) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 35] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

#### B. The facts

[6] I shall describe what happened in this particular case by examining each step in the administrative process of adjudications and appeals under the Act.

##### *The customs form*

[7] Under the *Customs Act*, an importer of goods, such as C.B. Powell, must report and declare and pay such duty and sales taxes as may be owing. It does so by submitting a form. Among other things, the importer

[3] À mon avis, l’appel doit être accueilli.

[4] La Loi prévoit un processus administratif qui consiste en une série de décisions et d’appels et qui, à moins de circonstances exceptionnelles, doit être suivi jusqu’au bout. Dans le cadre de ce processus administratif, le législateur fédéral a confié le pouvoir de prendre des décisions non pas aux tribunaux judiciaires, mais à divers décideurs et à un tribunal administratif, le T.C.C.E. À défaut de circonstances extraordinaires, lesquelles n’existent pas en l’espèce, les parties doivent épuiser les droits et les recours prévus par ce processus administratif avant de pouvoir exercer quelque recours que ce soit devant les tribunaux judiciaires, même en ce qui concerne ce qu’il est convenu d’appeler des questions « de compétence ».

[5] Dans le cas qui nous occupe, le recours qui est ouvert à C.B. Powell pour contester la décision du président consiste à interjeter appel devant le T.C.C.E. en vertu du paragraphe 67(1) de la Loi. C’est au T.C.C.E. qu’il appartient d’interpréter le mot « décision » au paragraphe 67(1) et de décider s’il est compétent pour examiner l’appel de C.B. Powell dans ces circonstances et, dans l’affirmative, de trancher l’appel sur le fond. Une fois que le T.C.C.E. se sera acquitté de cette tâche, la procédure administrative prévue par la Loi sera épuisée. Ce n’est qu’alors que la personne qui s’estime lésée pourra introduire une instance en contrôle judiciaire devant notre Cour en vertu de l’alinéa 28(1)e) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

#### B. Les faits

[6] Pour relater ce qui s’est produit dans la présente affaire, je vais examiner à tour de rôle chacune des étapes du processus administratif de décisions et d’appels prévu par la Loi.

##### *La déclaration de douane*

[7] Aux termes de la *Loi sur les douanes*, un importateur de marchandises comme C.B. Powell doit déclarer et payer les droits et les taxes de vente exigibles. Pour ce faire, l’importateur doit produire une déclaration dans

declares the value of the imported goods, specifies a particular tariff treatment, and states a particular tariff classification number.

[8] In this case, C.B. Powell imported bacon bits from the United States in 2005. On the form, it declared the value of the bacon bits, specified Most-Favoured-Nation Tariff treatment and entered a particular classification number.

*Going beyond the form*

[9] When the goods are imported, the CBSA can go beyond the form and determine the origin, tariff classification and value for duty of the goods. This is set out in subsection 58(1) [as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 73]:

Determination  
by officer

**58.** (1) Any officer, or any officer within a class of officers, designated by the President for the purposes of this section, may determine the origin, tariff classification and value for duty of imported goods at or before the time they are accounted for under subsection 32(1), (3) or (5).

[10] However, where the CBSA receives the form and does not immediately go beyond it, the origin, tariff classification and value for duty of the goods are deemed to be determined by what was entered on the form. This is set out in subsection 58(2) [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166]:

Deemed  
determination

**58.** ...

(2) If the origin, tariff classification and value for duty of imported goods are not determined under subsection (1), the origin, tariff classification and value for duty of the goods are deemed to be determined, for the purposes of this Act, to be as declared by the person accounting for the goods in the form prescribed under paragraph 32(1)(a). That determination

laquelle il déclare la valeur des marchandises importées, précise le traitement tarifaire applicable et cite un numéro de classement tarifaire.

[8] Dans le cas qui nous occupe, C.B. Powell a importé des miettes de bacon des États-Unis en 2005. Dans le formulaire, il a déclaré la valeur des miettes de bacon, a mentionné le traitement du tarif de la nation la plus favorisée et a inscrit un numéro de classement déterminé.

*Marge d'appréciation*

[9] Lorsque les marchandises sont importées, l'ASFC dispose d'une marge d'appréciation qui lui permet d'aller au-delà du libellé de la déclaration pour déterminer l'origine, le classement tarifaire et la valeur en douane des marchandises indépendamment des énonciations de l'auteur de la déclaration. Le paragraphe 58(1) [mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 73] dispose en effet :

Détermination  
de l'agent

**58.** (1) L'agent chargé par le président, individuellement ou au titre de son appartenance à une catégorie d'agents, de l'application du présent article peut déterminer l'origine, le classement tarifaire et la valeur en douane des marchandises importées au plus tard au moment de leur déclaration en détail faite en vertu des paragraphes 32(1), (3) ou (5).

[10] Cependant, lorsque l'ASFC n'exerce pas ce pouvoir d'appréciation et ne va pas au-delà des mots immédiatement après avoir reçu la déclaration, l'origine, le classement tarifaire et la valeur en douane des marchandises sont considérés comme ayant été déterminés selon les énonciations portées par l'auteur de la déclaration, ainsi que le prévoit le paragraphe 58(2) [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166] :

**58.** [...]

(2) Pour l'application de la présente loi, l'origine, le classement tarifaire et la valeur en douane des marchandises importées qui n'ont pas été déterminés conformément au paragraphe (1) sont considérés comme ayant été déterminés selon les énonciations portées par l'auteur de la déclaration en détail en la forme réglementaire sous le régime de l'alinéa 32(1)a).

Détermination  
présumée

is deemed to be made at the time the goods are accounted for under subsection 32(1), (3) or (5).

[11] In this case, the CBSA did not go beyond the form, and so the entries of C.B. Powell were taken as declared.

### *The audit and the re-determination*

[12] However, under sections 42 [as am. by S.C. 2001, c. 25, s. 32; 2005, c. 38, s. 68], 42.01 [as enacted by S.C. 1997, c. 36, s. 160; 2005, c. 38, s. 69] and 42.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 86; 1997, c. 14, s. 38; c. 36, s. 161; 2005, c. 38, s. 73; 2009, c. 6, s. 24] of the Act, the CBSA can conduct audits and verifications of the forms. The findings from those audits and verifications can cause it to “re-determine the origin, tariff classification or value for duty of imported goods” under section 59 of the Act. The relevant portions of section 59 [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166; 2001, c. 25, s. 41; 2005, c. 38, s. 74] are as follows:

Re-determination or further re-determination

**59.** (1) An officer, or any officer within a class of officers, designated by the President for the purposes of this section may

(a) in the case of a determination under section 57.01 or 58, re-determine the origin, tariff classification, value for duty or marking determination of any imported goods...

...

(b) further re-determine the origin, tariff classification or value for duty of imported goods...on the basis of an audit or examination under section 42, a verification under section 42.01 or a verification of origin under section 42.1...

Notice requirement

(2) An officer who makes a determination under subsection 57.01(1) or 58(1) or a re-determination or further re-determination under

Cette détermination est réputée avoir été faite au moment de la déclaration en détail faite en vertu des paragraphes 32(1), (3) ou (5).

[11] En l’espèce, l’ASFC n’est pas allée au-delà du texte de la déclaration et les énonciations portées par C.B. Powell dans sa déclaration ont par conséquent été acceptées telles quelles.

### *La vérification et la révision*

[12] Toutefois, en vertu des articles 42 [mod. par L.C. 2001, ch. 25, art. 32; 2005, ch. 38, art. 68], 42.01 [édicte par L.C. 1997, ch. 36, art. 160; 2005, ch. 38, art. 69] et 42.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 86; 1997, ch. 14, art. 38; ch. 36, art. 161; 2005, ch. 38, art. 73; 2009, ch. 6, art. 24] de la Loi, l’ASFC peut procéder à la vérification de la déclaration. À partir des conclusions tirées lors de cette vérification, l’ASFC peut « réviser l’origine, le classement tarifaire ou la valeur en douane des marchandises importées » en vertu de l’article 59 [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166; 2001, ch. 25, art. 41; 2005, ch. 38, art. 74] de la Loi. Voici les passages de l’article 59 qui nous intéressent :

Révision et examen

**59.** (1) L’agent chargé par le président, individuellement ou au titre de son appartenance à une catégorie d’agents, de l’application du présent article peut :

a) dans le cas d’une décision prévue à l’article 57.01 ou d’une détermination prévue à l’article 58, réviser l’origine, le classement tarifaire ou la valeur en douane des marchandises importées, ou procéder à la révision de la décision sur la conformité des marques de ces marchandises [...]

[...]

b) réexaminer l’origine, le classement tarifaire ou la valeur en douane [...] d’après les résultats de la vérification ou de l’examen visé à l’article 42, de la vérification prévue à l’article 42.01 ou de la vérification de l’origine prévue à l’article 42.1 [...]

(2) L’agent qui procède à la décision ou à la détermination en vertu des paragraphes 57.01(1) ou 58(1) respectivement ou à la révision ou au

Avis de la décision

subsection (1) shall without delay give notice of the determination, re-determination or further re-determination, including the rationale on which it is made, to the prescribed persons.

réexamen en vertu du paragraphe (1) donne sans délai avis de ses conclusions, motifs à l'appui, aux personnes visées par règlement.

[13] In this case, in 2008, the CBSA audited the form submitted for the bacon bits. It discovered a mistake: C.B. Powell had entered the wrong classification number on the form. Before issuing a re-determination under section 59, it invited C.B. Powell to examine the matter.

[13] Dans le cas qui nous occupe, l'ASFC a vérifié en 2008 la déclaration qui avait été produite relativement aux miettes de bacon. Elle a découvert une erreur : C.B. Powell n'avait pas indiqué le bon numéro de classement tarifaire dans sa déclaration. Avant de procéder à la révision prévue à l'article 59, l'ASFC a invité C.B. Powell à examiner la question.

*C.B. Powell's examination*

*Examen de C.B. Powell*

[14] C.B. Powell accepted that the classification number it had entered was wrong. But it discovered a further mistake.

[14] C.B. Powell a admis qu'elle n'avait pas inscrit le bon numéro de classement, mais elle a découvert une autre erreur.

[15] C.B. Powell discovered that it should have claimed NAFTA [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United States of America and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] treatment with no duty, rather than Most-Favoured-Nation Tariff treatment with 12.5% duty. Under subparagraph 74(3)(b)(ii) [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 175] of the Act, such a mistake can be corrected within one year. But three years had elapsed.

[15] C.B. Powell a découvert qu'elle aurait dû réclamer le traitement tarifaire préférentiel prévu par l'ALÉNA [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2], en vertu duquel aucun droit n'aurait été payable, au lieu de demander le traitement du tarif de la nation la plus favorisée, qui l'assujettissait à des droits de 12,5 %. Le sous-alinéa 74(3)(b)(ii) [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 175] de la Loi permet de corriger cette erreur dans l'année qui suit. Or, trois années s'étaient écoulées.

[16] Nevertheless, C.B. Powell advised the CBSA of the mistaken tariff treatment. After all, the CBSA was correcting the mistaken classification number under section 59 so, in C.B. Powell's view, the CBSA could also correct the mistaken tariff treatment.

[16] Néanmoins, C.B. Powell a informé l'ASFC de l'erreur commise en ce qui concerne le traitement tarifaire applicable. Après tout, comme l'ASFC rectifiait l'erreur de numéro de classement en vertu de l'article 59, C.B. Powell croyait que l'ASFC pouvait également corriger l'erreur de traitement tarifaire.

*The section 59 re-determination*

*La révision effectuée en vertu de l'article 59*

[17] The CBSA issued its section 59 re-determination. It corrected only the classification number. It left unchanged the tariff treatment, with its 12.5% duty:

[17] L'ASFC a procédé à une révision en vertu de l'article 59. Elle n'a corrigé que le numéro de classement et n'a pas modifié le traitement tarifaire, qui prévoit l'imposition de droits de 12,5 % :

This decision represents a re-determination of the tariff classification only. The tariff treatment has not been reviewed and is not being re-determined on this detailed adjustment statement.

[TRADUCTION] Cette décision représente une révision du classement tarifaire uniquement. Le traitement tarifaire n'a pas été révisé et n'est pas révisé dans le présent relevé détaillé de rajustement.

*C.B. Powell takes the matter further*

*C.B. Powell pousse l'affaire plus loin*

[18] C.B. Powell pursued its rights under subsection 60(1) of the Act and asked the President of the CBSA to conduct a re-determination of the tariff treatment (known as “tariff origin” under the Act). Subsection 60(1) provides as follows:

[18] C.B. Powell a exercé les droits que lui reconnaît le paragraphe 60(1) de la Loi et a demandé au président de l'ASFC de réviser le traitement tarifaire (ce que la Loi appelle l'« origine »). Le paragraphe 60(1) dispose :

Request for re-determination or further re-determination

**60.** (1) A person to whom notice is given under subsection 59(2) in respect of goods may, within ninety days after the notice is given, request a re-determination or further re-determination of origin, tariff classification, value for duty or marking. The request may be made only after all amounts owing as duties and interest in respect of the goods are paid or security satisfactory to the Minister is given in respect of the total amount owing.

**60.** (1) Toute personne avisée en application du paragraphe 59(2) peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la notification de l'avis et après avoir versé tous droits et intérêts dus sur des marchandises ou avoir donné la garantie, jugée satisfaisante par le ministre, du versement du montant de ces droits et intérêts, demander la révision ou le réexamen de l'origine, du classement tarifaire ou de la valeur en douane, ou d'une décision sur la conformité des marques.

Demande de révision ou de réexamen

*The ruling of the President of the CBSA*

*La décision du président de l'ASFC*

[19] The President of the CBSA declined to look at the matter. In his view, he could act under subsection 60(1) only if there had been an earlier determination of tariff treatment by the CBSA. This is because subsection 60(1) uses the words “re-determination” and “further re-determination”. In his view, since the CBSA had not determined tariff treatment earlier, there was nothing for him to “re-determine” or “further re-determine” under subsection 60(1).

[19] Le président de l'ASFC a refusé d'examiner l'affaire, estimant qu'il ne pouvait agir en vertu du paragraphe 60(1) que si l'ASFC s'était déjà prononcée sur le traitement tarifaire applicable. Il a justifié sa conclusion par le fait que le paragraphe 60(1) emploie les mots « révision » et « réexamen ». À son avis, comme l'ASFC ne s'était pas déjà prononcée sur le traitement tarifaire applicable, il n'y avait rien à « réviser » ou à « réexaminer » au sens du paragraphe 60(1).

*Section 67 of the Act*

*L'article 67 de la Loi*

[20] Subsection 67(1) of the Act provides for a further administrative appeal from the President of the CBSA to the C.I.T.T.:

[20] Le paragraphe 67(1) de la Loi prévoit un recours administratif supplémentaire devant le T.C.C.E. relativement à la décision du président de l'ASFC :

Appeal to the Canadian International Trade Tribunal

**67.** (1) A person aggrieved by a decision of the President made under section 60 or 61 may appeal from the decision to the Canadian International Trade Tribunal by filing a notice of appeal in writing with the President and the Secretary of the Canadian International Trade

**67.** (1) Toute personne qui s'estime lésée par une décision du président rendue conformément aux articles 60 ou 61 peut en interjeter appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur en déposant par écrit un avis d'appel auprès du président et du secrétaire de ce Tribunal dans

Appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur

Tribunal within ninety days after the time notice of the decision was given.

les quatre-vingt-dix jours suivant la notification de l'avis de décision.

[21] However, C.B. Powell proceeded immediately to Federal Court by way of judicial review, rather than pursuing an appeal to the C.I.T.T.

[21] C.B. Powell s'est toutefois adressée immédiatement à la Cour fédérale par voie de demande de contrôle judiciaire au lieu d'interjeter appel devant le T.C.C.E.

#### *The judicial review in the Federal Court*

#### *Contrôle judiciaire devant la Cour fédérale*

[22] In the Federal Court, C.B. Powell sought “an order” (in reality a declaration) that a decision had been made under subsection 60(1) and so there was an appeal available to it under subsection 67(1). In case the Federal Court found that no decision had been made under subsection 60(1), C.B. Powell alternatively sought an order of *mandamus* that would force the President to make a decision under subsection 60(1).

[22] Devant la Cour fédérale, C.B. Powell a réclamé une « ordonnance » (en réalité, un jugement déclaratoire) portant qu'une décision avait été rendue en vertu du paragraphe 60(1) de sorte qu'elle pouvait interjeter appel en vertu du paragraphe 67(1). Pour le cas où la Cour fédérale conclurait qu'aucune décision n'avait été rendue en vertu du paragraphe 60(1), C.B. Powell sollicitait à titre subsidiaire un bref de *mandamus* forçant le président à rendre une décision en vertu du paragraphe 60(1).

[23] The Crown took the position that, on the facts of this case, no re-determination was possible under subsection 60(1). As a result, there was no decision that could be judicially reviewed, nor could the Federal Court order any decision to be made under subsection 60(1).

[23] Sa Majesté a adopté le point de vue selon lequel, vu les faits de l'espèce, aucune révision n'était possible aux termes du paragraphe 60(1). En conséquence, il n'y avait pas de décision qui pouvait faire l'objet d'un contrôle judiciaire et la Cour fédérale ne pouvait pas non plus ordonner qu'une décision soit rendue en vertu du paragraphe 60(1).

[24] In the Federal Court, both parties were content to have the Court decide these issues. No one took the position that the Federal Court should decline jurisdiction. No one took the position that the C.I.T.T. should deal with the matter by way of appeal under subsection 67(1). However, just in case, the parties did agree that the time limits for an appeal to the C.I.T.T. would not apply, pending judicial determination.

[24] Devant la Cour fédérale, les deux parties se sont contentées de laisser la Cour trancher ces questions. Ni l'une ni l'autre n'a soutenu que la Cour fédérale devait se déclarer incompétente. Ni l'une ni l'autre n'a prétendu que le T.C.C.E. devait examiner l'affaire dans le cadre d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 67(1). Toutefois, par mesure de précaution, les parties ont effectivement convenu que le délai imparti pour interjeter appel devant le T.C.C.E. ne s'appliquerait pas tant que la Cour ne se serait pas prononcée sur la question.

#### *The judgment of the Federal Court*

#### *Jugement de la Cour fédérale*

[25] The Federal Court granted the application for judicial review and declared that the president's decision is “a negative decision ... to which an application lies to the Canadian International Trade Tribunal pursuant to s. 60.2”.

[25] La Cour fédérale a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a déclaré que la décision du président « est une décision défavorable [...] à l'égard de laquelle une demande peut être présentée au Tribunal canadien du commerce extérieur en vertu de l'article 60.2 ».

[26] I assume that the reference to section 60.2 is a typographical error, as that subsection deals with applications to the C.I.T.T. for an extension of time to appeal to the President of the CBSA. It is clear from the reasoning of the Federal Court that it found that an appeal to the C.I.T.T. was available and, as noted above, subsection 67(1) is the relevant provision.

[27] In reaching this result, the Federal Court engaged in a thorough review of the case law. It found that *Mueller Canada Inc. v. Minister of National Revenue* (1993), 70 F.T.R. 197 (F.C.T.D.) governed the outcome of the application. In *Mueller*, Rouleau J. held that a so-called “non-decision” or refusal to exercise jurisdiction could be appealed to the C.I.T.T.

### C. Analysis

*Parliament has established an administrative process to be followed*

[28] Under the Act, Parliament has established an administrative process of adjudications and appeals in this area. This administrative process consists of initial CBSA decisions or deemed assessments under section 58, further determinations by CBSA officials under section 59, additional determinations by the President of the CBSA under section 60 and appeals to the C.I.T.T. under subsection 67(1). The courts are no part of this. Allowing the courts to become involved in this administrative process before it is completed would inject an alien element into Parliament’s design.

[29] In addition to designing an administrative process without courts, Parliament, for good measure, has gone further and has forbidden any judicial interference. At every stage of this administrative process, in subsections 58(3) [as am. by S.C. 1997, c. 36, s. 166] and 59(6) [as am. *idem*] and section 62 [as am. *idem*], Parliament has

[26] Je suppose que le renvoi à l’article 60.2 est une erreur typographique, étant donné qu’on y traite des demandes présentées au T.C.C.E. en vue d’obtenir une prorogation du délai imparti pour interjeter appel devant le président de l’ASFC. Il ressort des motifs donnés par la Cour fédérale qu’elle a conclu qu’il était possible d’interjeter appel au T.C.C.E. et que, comme nous l’avons déjà signalé, le paragraphe 67(1) est la disposition applicable.

[27] Pour arriver à ce résultat, la Cour fédérale a procédé à un examen approfondi de la jurisprudence. Elle a conclu que l’issue de la demande était régie par la décision de la Cour fédérale — Section de première instance *Mueller Canada Inc. c. Canada (Ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1993] A.C.F. n° 1193 (QL). Dans la décision *Mueller*, le juge Rouleau avait déclaré que ce qu’il était convenu d’appeler une « non-décision » ou un refus d’exercer sa compétence pouvait faire l’objet d’un appel au T.C.C.E.

### C. Analyse

*Le législateur fédéral a établi un processus administratif qui doit être suivi*

[28] Le législateur fédéral a établi dans la Loi un processus administratif qui consiste en une série de décisions et d’appels. Ce processus administratif consiste en premier lieu en décisions ou déterminations réputées prévues à l’article 58, puis en révisions effectuées par un agent de l’ASFC en vertu de l’article 59, en réexamens auxquels le président de l’ACFS procède en vertu de l’article 60 et en appels interjetés au T.C.C.E. en vertu du paragraphe 67(1). Les tribunaux judiciaires n’interviennent nulle part dans ce processus. Si on laissait les tribunaux judiciaires s’immiscer dans ce processus administratif avant qu’il n’ait été mené à terme, on introduirait un élément étranger dans le mécanisme conçu par le législateur.

[29] En plus de concevoir un processus administratif dans lequel les tribunaux judiciaires ne jouent aucun rôle, le législateur fédéral, voulant faire bonne mesure, est allé plus loin et a interdit toute intervention judiciaire. À chacune des étapes du processus administratif, aux paragraphes 58(3) [mod. par L.C. 1997, ch. 36, art. 166]

specified that the only permissible reviews, re-determinations or appeals are found in the administrative process described in the Act:

**58. ...**

Review of determination

(3) A determination made under this section is not subject to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 59 to 61.

...

**59. ...**

Review of re-determination or further re-determination

(6) A re-determination or further re-determination made under this section is not subject to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by subsection 59(1) and sections 60 and 61.

...

No review

**62.** A re-determination or further re-determination under section 60 or 61 is not subject to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by section 67.

*The principle of judicial non-interference with ongoing administrative processes*

[30] The normal rule is that parties can proceed to the court system only after all adequate remedial recourses in the administrative process have been exhausted. The importance of this rule in Canadian administrative law is well demonstrated by the large number of decisions of the Supreme Court of Canada on point: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, at paragraphs 38-43; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360, at paragraphs 31 and 34; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraphs 14-15, 58 and 74; *Goudie v.*

et 59(6) [mod., *idem*] et à l'article 62 [mod., *idem*], le législateur a pris le soin de préciser que les seuls révisions, réexamens et appels sont ceux prévus par le processus administratif de la Loi :

**58. [...]**

(3) La détermination faite en vertu du présent article n'est susceptible de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 59 à 61.

[...]

**59. [...]**

(6) La révision ou le réexamen fait en vertu du présent article ne sont susceptibles de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues au paragraphe 59(1) ou aux articles 60 ou 61.

[...]

**62.** La révision ou le réexamen prévu aux articles 60 ou 61 n'est susceptible de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues à l'article 67.

*Principe de non-intervention des tribunaux dans les processus administratifs en cours*

[30] En principe, une personne ne peut s'adresser aux tribunaux qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours utiles qui lui sont ouvertes en vertu du processus administratif. L'importance de ce principe en droit administratif canadien est bien illustré par le grand nombre d'arrêts rendus par la Cour suprême du Canada sur ce point : *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, aux paragraphes 38 à 43; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360, aux paragraphes 31 et 34; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, aux paragraphes

Intervention à l'égard d'une détermination

Intervention à l'égard d'une révision ou d'un réexamen

Intervention à l'égard d'une révision

*Ottawa (City)*, 2003 SCC 14, [2003] 1 S.C.R. 141; *Vaughan v. Canada*, 2005 SCC 11, [2005] 1 S.C.R. 146, at paragraphs 1–2; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*; *Casimir v. Quebec (Attorney General)*; *Zorrilla v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, at paragraphs 38–55; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at paragraph 96.

[31] Administrative law judgments and textbooks describe this rule in many ways: the doctrine of exhaustion, the doctrine of adequate alternative remedies, the doctrine against fragmentation or bifurcation of administrative proceedings, the rule against interlocutory judicial reviews and the objection against premature judicial reviews. All of these express the same concept: absent exceptional circumstances, parties cannot proceed to the court system until the administrative process has run its course. This means that, absent exceptional circumstances, those who are dissatisfied with some matter arising in the ongoing administrative process must pursue all effective remedies that are available within that process; only when the administrative process has finished or when the administrative process affords no effective remedy can they proceed to court. Put another way, absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted.

[32] This prevents fragmentation of the administrative process and piecemeal court proceedings, eliminates the large costs and delays associated with premature forays to court and avoids the waste associated with hearing an interlocutory judicial review when the applicant for judicial review may succeed at the end of the administrative process anyway: see, e.g., *Consolidated Maybrun*, above, at paragraph 38; *Greater Moncton International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*, 2008 FCA 68, at paragraph 1; *Ontario College of Art v. Ontario (Human Rights Commission)* (1993), 11 O.R. (3d) 798 (Div. Ct.). Further, only at the end of the administrative

14, 15, 58 et 74; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, 2003 CSC 14, [2003] 1 R.C.S. 141; *Vaughan c. Canada*, 2005 CSC 11, [2005] 1 R.C.S. 146, aux paragraphes 1 et 2; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*; *Casimir c. Québec (Procureur général)*; *Zorrilla c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257, aux paragraphes 38 à 55; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, au paragraphe 96.

[31] La doctrine et la jurisprudence en droit administratif utilisent diverses appellations pour désigner ce principe : la doctrine de l'épuisement des recours, la doctrine des autres voies de recours adéquates, la doctrine interdisant le fractionnement ou la division des procédures administratives, le principe interdisant le contrôle judiciaire interlocutoire et l'objection contre le contrôle judiciaire prématuré. Toutes ces formules expriment la même idée : à défaut de circonstances exceptionnelles, les parties ne peuvent s'adresser aux tribunaux tant que le processus administratif suit son cours. Il s'ensuit qu'à défaut de circonstances exceptionnelles, ceux qui sont insatisfaits de quelque aspect du déroulement de la procédure administrative doivent exercer tous les recours efficaces qui leur sont ouverts dans le cadre de cette procédure. Ce n'est que lorsque le processus administratif a atteint son terme ou que le processus administratif n'ouvre aucun recours efficace qu'il est possible de soumettre l'affaire aux tribunaux. En d'autres termes, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés.

[32] On évite ainsi le fractionnement du processus administratif et le morcellement du processus judiciaire, on élimine les coûts élevés et les délais importants entraînés par une intervention prématurée des tribunaux et on évite le gaspillage que cause un contrôle judiciaire interlocutoire alors que l'auteur de la demande de contrôle judiciaire est de toute façon susceptible d'obtenir gain de cause au terme du processus administratif (voir, par ex. *Consolidated Maybrun*, précité, au paragraphe 38; *Direction de l'Aéroport international du Grand Moncton c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2008 CAF 68, au paragraphe 1; *Ontario College of Art v. Ontario*

process will a reviewing court have all of the administrative decision-maker's findings; these findings may be suffused with expertise, legitimate policy judgments and valuable regulatory experience: see, e.g., *Consolidated Maybrun*, above, at paragraph 43; *Delmas v. Vancouver Stock Exchange* (1994), 119 D.L.R. (4th) 136 (B.C.S.C.), aff'd (1995), 130 D.L.R. (4th) 461 (B.C.C.A.); *Jafine v. College of Veterinarians of Ontario* (1991), 5 O.R. (3d) 439 (Gen. Div.). Finally, this approach is consistent with and supports the concept of judicial respect for administrative decision makers who, like judges, have decision-making responsibilities to discharge: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 48.

[33] Courts across Canada have enforced the general principle of non-interference with ongoing administrative processes vigorously. This is shown by the narrowness of the "exceptional circumstances" exception. Little need be said about this exception, as the parties in this appeal did not contend that there were any exceptional circumstances permitting early recourse to the courts. Suffice to say, the authorities show that very few circumstances qualify as "exceptional" and the threshold for exceptionality is high: see, generally, D. J. M. Brown and J.M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf) (Toronto: Canvasback, 1998), at paragraphs 3:2200, 3:2300 and 3:4000 and David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at pages 485–494. Exceptional circumstances are best illustrated by the very few modern cases where courts have granted prohibition or injunction against administrative decision makers before or during their proceedings. Concerns about procedural fairness or bias, the presence of an important legal or constitutional issue, or the fact that all parties have consented to early recourse to the courts are not exceptional circumstances allowing parties to bypass an administrative process, as long as that process allows the issues to be raised and an effective remedy to be granted: see *Harelkin*, above; *Okwuobi*, above, at paragraphs 38–55; *University of Toronto v. C.U.E.W., Local 2* (1988), 65 O.R. (2d) 268 (Div. Ct.). As I shall soon demonstrate, the presence of so-called jurisdictional

(*Human Rights Commission*) (1993), 11 O.R. (3d) 798 (C. div.). De plus, ce n'est qu'à la fin du processus administratif que la cour de révision aura en mains toutes les conclusions du décideur administratif. Or, ces conclusions se caractérisent souvent par le recours à des connaissances spécialisées, par des décisions de principe légitimes et par une précieuse expérience en matière réglementaire (voir, par ex. *Consolidated Maybrun*, précité, au paragraphe 43; *Delmas v. Vancouver Stock Exchange* (1994), 119 D.L.R. (4th) 136 (C. sup. C.-B.), conf. par (1995), 130 D.L.R. (4th) 461 (C.A.C.-B.); et *Jafine v. College of Veterinarians of Ontario* (1991), 5 O.R. (3d) 439 (Div. gén.)). Enfin, cette façon de voir s'accorde avec le concept du respect des tribunaux judiciaires envers les décideurs administratifs qui, au même titre que les juges, doivent s'acquitter de certaines responsabilités décisionnelles (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 48).

[33] Partout au Canada, les cours de justice ont reconnu et appliqué rigoureusement le principe général de non-ingérence dans les procédures administratives, comme l'illustre la portée étroite de l'exception relative aux « circonstances exceptionnelles ». Il n'est pas nécessaire d'épiloguer longuement sur cette exception, puisque les parties au présent appel ne prétendent pas qu'il existe des circonstances exceptionnelles qui permettraient un recours anticipé aux tribunaux judiciaires. Qu'il suffise de dire qu'il ressort des précédents que très peu de circonstances peuvent être qualifiées d'« exceptionnelles » et que le critère minimal permettant de qualifier des circonstances d'exceptionnelles est élevé (voir à titre général l'ouvrage de D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (édition à feuilles mobiles) (Toronto : Canvasback, 1998), aux paragraphes 3:2200, 3:2300 et 3:4000, ainsi que l'ouvrage de David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto : Irwin Law, 2001), aux pages 485 à 494). Les meilleurs exemples de circonstances exceptionnelles se trouvent dans les très rares décisions récentes dans lesquelles les tribunaux ont accordé un bref de prohibition ou une injonction contre des décideurs administratifs avant le début de la procédure ou au cours de celle-ci. Les préoccupations soulevées au sujet de l'équité procédurale ou de l'existence d'un parti pris, de l'existence d'une question juridique ou constitutionnelle importante ou du fait que toutes les parties ont accepté un recours anticipé

issues is not an exceptional circumstance justifying early recourse to courts.

*Customs Act decisions in this area*

[34] The general principle against judicial interference with ongoing administrative processes has already been applied a number of times to the *Customs Act* regime that is in issue in this appeal.

[35] The Court below [at paragraph 35] appropriately cited *Mueller*, above, for the proposition that so-called “non-decisions” or refusals to exercise jurisdiction under this statutory regime were “decisions” that could be appealed to the C.I.T.T.

[36] The Court below [at paragraph 33] also appropriately cited *Fritz Marketing Inc. v. Canada*, 2009 FCA 62, [2009] 4 F.C.R. 314. The issue in *Fritz Marketing* was whether the Federal Court [2008 FC 703, 329 F.T.R. 221], on judicial review, should set aside a CBSA determination made under section 59 of the Act because it was based on evidence that was obtained contrary to section 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Sharlow J.A., writing for this Court, stated (at paragraphs 33 and 34) that the validity of the section 59 determination, including the Charter issue, should have been pursued under the administrative process set out in the Act.

aux tribunaux ne constituent pas des circonstances exceptionnelles permettant aux parties de contourner le processus administratif dès lors que ce processus permet de soulever des questions et prévoit des réparations efficaces (voir *Harelkin*, précité; *Okwuobi*, précité, aux paragraphes 38 à 55; et *University of Toronto v. C.U.E.W., Local 2* (1988), 65 O.R. (2d) 268 (C. div.)). Ainsi que je le démontrerai sous peu, l’existence de ce qu’il est convenu d’appeler des questions de compétence ne constitue pas une circonstance exceptionnelle justifiant un recours anticipé aux tribunaux.

*Décisions rendues dans ce domaine sous le régime de la Loi sur les douanes*

[34] Le principe général interdisant l’ingérence des cours de justice dans le déroulement des procédures administratives a déjà été appliqué à plusieurs reprises dans le cas du régime de la *Loi sur les douanes* qui est en litige dans le présent appel.

[35] Le tribunal de première instance [au paragraphe 35] a cité à juste titre la décision *Mueller*, précitée, à l’appui de la proposition que ce qu’il est convenu d’appeler une « non-décision » ou un refus d’exercer sa compétence dans le cadre du régime prévu par la loi constitue une « décision » susceptible d’appel devant le T.C.C.E.

[36] Le tribunal de première instance [au paragraphe 33] a également cité à bon droit l’arrêt *Fritz Marketing Inc. c. Canada*, 2009 CAF 62, [2009] 4 R.C.F. 314. Dans l’affaire *Fritz Marketing*, la question en litige était celle de savoir si, saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale [2008 CF 703] devait annuler une décision prise par l’ASFC en vertu de l’article 59 de la Loi parce que cette décision était fondée sur des éléments de preuve obtenus en violation de l’article 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Sous la plume de la juge Sharlow, notre Cour a déclaré, aux paragraphes 33 et 34, que la question de la validité de la décision rendue en vertu de l’article 59, y compris le moyen tiré de la Charte,

[37] In this case, the Court below was very mindful of these authorities and others to similar effect. However, it wondered whether the situation was different because the President's ruling was a "jurisdictional" determination. For example, it did not see *Fritz Marketing* as being necessarily determinative of the issues in this case because it did not concern "jurisdictional facts" (at paragraph 33). Further, it noted that the parties did not cite any authorities of this Court concerning a decision of the President made "on jurisdictional grounds" (at paragraph 34).

[38] The C.I.T.T. has also wondered about its ability to hear an appeal under subsection 67(1) from "non-decisions" or "jurisdictional" determinations by the President of the CBSA under subsection 60(1): see *Canada (National Revenue Re)*, 1996 CanLII 7820 (C.I.T.T.). As the Court below observed (at paragraph 36), the C.I.T.T. has been leaving it to the Federal Court to deal with "non-decisions" or "jurisdictional" determinations.

*"Jurisdictional" grounds and "jurisdictional" determinations*

[39] When "jurisdictional" grounds are present or where "jurisdictional" determinations have been made, can a party proceed to court for that reason alone? Put another way, is the presence of a "jurisdictional" issue, by itself, an exceptional circumstance that allows a party to launch a judicial review before the administrative process has been completed?

[40] In my view, the answer to these questions are negative. An affirmative answer would resurrect an approach discarded long ago.

[41] Long ago, courts interfered with preliminary or interlocutory rulings by administrative agencies, tribunals and officials by labelling the rulings as "preliminary

aurait dû être examinée dans le cadre du processus administratif prévu par la Loi.

[37] En l'espèce, le tribunal de première instance a pleinement tenu compte de ces précédents et d'autres décisions allant dans le même sens. Il s'est toutefois demandé si la situation était différente du fait que la décision du président portait sur la « compétence ». Ainsi, l'arrêt *Fritz Marketing* ne lui semblait pas nécessairement déterminant quant aux questions en litige en l'espèce parce qu'il ne portait pas sur des « faits attributifs de compétence » (au paragraphe 33). Il a également signalé que les parties n'avaient cité aucun précédent de notre Cour portant sur une décision prise par le président « pour des motifs de compétence » (au paragraphe 34).

[38] Le T.C.C.E. s'est également interrogé sur sa capacité de statuer sur un appel interjeté en vertu du paragraphe 67(1) de « non-décisions » ou de « décisions en matière de compétence » rendues par le président de l'ASFC en vertu du paragraphe 60(1) (*Canada (Revenu national Re)*, 1996 CanLII 7820 (T.C.C.E.)). Ainsi que le tribunal de première instance l'a fait observer, au paragraphe 36, le T.C.C.E. semble avoir laissé le soin à la Cour fédérale de se prononcer sur les « non-décisions » et sur les « décisions en matière de compétence ».

*Motifs « de compétence » et décisions « en matière de compétence »*

[39] Lorsque des motifs « de compétence » sont invoqués ou qu'une décision « en matière de compétence » a été rendue, un plaideur peut-il s'adresser aux tribunaux pour cette seule raison? En d'autres termes, l'existence d'une question « de compétence » constitue-t-elle en soi une circonstance exceptionnelle qui permet à une partie d'introduire une demande de contrôle judiciaire avant que le processus administratif ne soit complété?

[40] À mon avis, la réponse à ces questions est négative. Une réponse affirmative aurait pour effet de faire revivre une méthode qui a été écartée il y a longtemps.

[41] Jadis, les cours de justice intervenaient dans les décisions préliminaires ou interlocutoires rendues par des organismes administratifs, des fonctionnaires ou des

questions” that went to “jurisdiction”: see, e.g., *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. By labelling tribunal rulings as “jurisdictional,” courts freely substituted their view of the matter for that of the tribunal, even in the face of clear legislation instructing them not to do so.

[42] Over 30 years ago, that approach was discarded: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227. In that case, Dickson J. (as he then was), writing for a unanimous Supreme Court declared (at page 233), “The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.” Recently, the Supreme Court again commented on the old discarded approach, disparaging it as “a highly formalistic, artificial ‘jurisdiction’ test that could easily be manipulated”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 43. Quite simply, the use of the label “jurisdiction” to justify judicial interference with ongoing administrative decision-making processes is no longer appropriate.

[43] The inappropriateness of this labelling approach is well illustrated by the ruling of the President of the CBSA in this case. In his ruling, the President considered his “jurisdiction.” He did this by interpreting the words of subsection 60(1), determining the nature of C.B. Powell’s request for a ruling, and deciding whether C.B. Powell’s request fell within the scope of the subsection, as interpreted. These are questions of law, questions of fact and questions of mixed fact and law, respectively.

[44] But these are exactly the same questions that the President of the CBSA normally considers. For example, when deciding upon the tariff classification that ought to apply to particular imported goods under subsection 60(1), the President must determine the nature of the imported goods, what classifications are legally available,

tribunaux administratifs en qualifiant ces décisions de « questions préliminaires » portant sur la « compétence » (voir, par ex., l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756). En qualifiant de « décisions portant sur la compétence » les décisions rendues par des tribunaux administratifs, les cours de justice n’hésitaient pas à substituer leur opinion de l’affaire à celle du tribunal administratif, et ce, même lorsque la loi leur interdisait dans les termes les plus nets de le faire.

[42] Il y a une trentaine d’années, cette façon de faire a été écartée dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Dans cet arrêt, le juge Dickson (par la suite devenu juge en chef), qui écrivait au nom d’une Cour suprême unanime, déclare, à la page 233 : « À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard. » Récemment, la Cour suprême a de nouveau formulé quelques commentaires au sujet de l’ancienne approche qui avait été rejetée en la taxant de « test d’emploi aisé axé sur la “compétence”, à la fois artificiel et très formaliste » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 43). Le recours à l’étiquette « compétence » pour justifier l’intervention des tribunaux judiciaires dans le déroulement d’un processus de décision administratif ne convient tout simplement plus.

[43] Le fait que cette méthode de qualification ne convient pas est bien illustré par la décision que le président de l’ASFC a rendue en l’espèce. Dans sa décision, le président a examiné sa « compétence ». Pour ce faire, il a interprété le texte du paragraphe 60(1), a qualifié la nature de la demande de décision de C.B. Powell et a décidé si la demande de C.B. Powell entrait dans le cadre de ce paragraphe, tel qu’il l’interprétait. Ce sont là, respectivement, des questions de droit, des questions de fait et des questions mixtes de droit et de fait.

[44] Or, ce sont exactement ces questions que celles que le président de l’ASFC examine normalement. Par exemple, lorsqu’il détermine si un classement tarifaire devrait s’appliquer à des marchandises importées déterminées en vertu du paragraphe 60(1), le président est appelé à déterminer la nature des marchandises importées,

and finally, what classifications ought to apply to these goods. These are, respectively, determinations of questions of fact, law and mixed fact and law. Calling one ruling “jurisdictional” and the other not, when they are both really the same type of ruling, is, in reality, result-oriented labelling.

[45] It is not surprising, then, that courts all across Canada have repeatedly eschewed interference with intermediate or interlocutory administrative rulings and have forbidden interlocutory forays to court, even where the decision appears to be a so-called “jurisdictional” issue: see *e.g.*, *Matsqui Indian Band*, above; *Greater Moncton International Airport Authority*, above, at paragraph 1; *Air Canada v. Lorenz*, [2000] 1 F.C. 94 (T.D.), at paragraphs 12 and 13; *Delmas*, above; *Myers v. Law Society of Newfoundland* (1998), 165 Nfld. & P.E.I.R. 150 (Nfld. C.A.); *Canadian National Railway Co. et al. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 310 (C.A.); *Dowd v. New Brunswick Dental Society* (1999), 210 N.B.R. (2d) 386 (C.A.).

[46] I conclude, then, that applying the “jurisdictional” label to the ruling of the President of the CBSA under subsection 60(1) of the Act in this case changes nothing. In particular, applying the “jurisdictional” label to the President’s ruling did not permit C.B. Powell to proceed to Federal Court, bypassing the remainder of the administrative process, namely the appeal to the C.I.T.T. under subsection 67(1) of the Act.

*What should happen in this case*

[47] It follows that if C.B. Powell wishes to have recourse against the ruling of the President of the CBSA, it should pursue an appeal to the C.I.T.T. under subsection 67(1). It is not for the Federal Court or this Court to interpret the word “decision” in subsection 67(1) and

à vérifier quels classements sont possibles aux termes de la loi et, finalement, à déterminer quel classement devrait s’appliquer aux marchandises en question. Ce sont là, respectivement, des questions de droit, des questions de fait et des questions mixtes de droit et de fait. Lorsqu’on qualifie une décision de décision « en matière de compétence » et refuse d’accoler le même qualificatif à l’autre alors que les deux sont en réalité du même genre, on procède en fait à une qualification axée sur le résultat recherché.

[45] Il n’est donc pas étonnant que, partout au Canada, les tribunaux ont soigneusement évité de s’immiscer dans les décisions administratives intermédiaires ou interlocutoires et qu’ils ont interdit le recours aux tribunaux judiciaires lorsque le processus administratif est encore en cours, et ce, même lorsque la décision semble porter sur ce qu’il est convenu d’appeler une question « de compétence » (voir, par ex. *Bande indienne de Matsqui*, précité; *Direction de l’Aéroport international du Grand Moncton*, précité, au paragraphe 1; *Air Canada c. Lorenz*, [2000] 1 C.F. 94 (1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 12 et 13; *Delmas*, précité; *Myers v. Law Society of Newfoundland* (1998), 165 Nfld. & P.E.I.R. (C.A. T.-N.); *Canadian National Railway Co. et al. v. Winnipeg City Assessor* (1998), 131 Man. R. (2d) 310 (C.A.); *Dowd c. Société Dentaire du Nouveau-Brunswick* (1999), 210 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 386 (C.A.)).

[46] Je conclus donc que le fait de qualifier de décision « en matière de compétence » la décision que le président de l’ASFC a rendue en l’espèce en vertu du paragraphe 60(1) de la Loi ne change rien. En particulier, le fait de qualifier de décision « en matière de compétence » la décision du président ne permettait pas à C.B. Powell de s’adresser à la Cour fédérale et de contourner l’étape suivante prévue par le processus administratif, à savoir l’appel au T.C.C.E. prévu au paragraphe 67(1) de la Loi.

*Suite à donner à la présente affaire*

[47] Il s’ensuit que si C.B. Powell souhaite se pourvoir contre la décision du président de l’ASFC, elle devrait interjeter appel au T.C.C.E. en vertu du paragraphe 67(1). Il n’appartient ni à la Cour fédérale ni à notre Cour d’interpréter le mot « décision » au paragraphe 67(1) et

determine whether the C.I.T.T. can hear C.B. Powell's appeal. That is the task of the C.I.T.T. when an appeal is brought to it under subsection 67(1).

[48] According to the Court below (at paragraph 36), the C.I.T.T. believes, based on its reading of *Mueller*, above, that only the Federal Court can rule that a “non-decision” or “jurisdictional decision” is a “decision” under subsection 67(1) of the Act. Further, the C.I.T.T. believes, based on its reading of *Mueller*, that only “decisions on the merits” can be appealed to the C.I.T.T. under subsection 67(1) of the Act: *Canada (National Revenue Re)*, above.

[49] I do not read *Mueller* as supporting either of these beliefs. Further, *Mueller* was decided on an application for judicial review that was brought prematurely—before the parties had exhausted the administrative process of adjudications and appeals under the Act. Under that administrative process, it was not the task of the Federal Court in *Mueller* to interpret the word “decision” in subsection 67(1) of the Act. It was the C.I.T.T.'s task. Under subsection 67(1), the C.I.T.T. alone is to interpret the word “decision” and decide whether it can hear an appeal. After the C.I.T.T. has done that and has ruled on any appeal properly before it, an aggrieved party can ask this Court to review the C.I.T.T.'s decision by way of an application for judicial review under paragraph 28(1)(e) of the *Federal Courts Act*.

[50] In this case, if an appeal is brought to it, the C.I.T.T. should interpret the word “decision” in subsection 67(1) of the Act without regard to what was said in *Mueller*. After doing so, the C.I.T.T. might decide that the ruling of the President of the CBSA in this case was a “decision”; if so, it will go on to decide C.B. Powell's appeal on the merits. Alternatively, the C.I.T.T. might decide that the ruling of the President of the CBSA was not a “decision”; if so, it will decline to hear C.B. Powell's appeal on the merits. Either way, the C.I.T.T.'s decision, accompanied by meaningful reasons for decision, will mark the end of the administrative process of adjudications and appeals

de décider si le T.C.C.E. peut connaître de l'appel de C.B. Powell. Cette tâche revient au T.C.C.E. lorsqu'il est saisi d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 67(1).

[48] Selon le tribunal de première instance, au paragraphe 36 de sa décision, le T.C.C.E. estime, d'après l'interprétation qu'il fait de l'affaire *Mueller*, que seule la Cour fédérale est habilitée à déclarer qu'une « non-décision » ou une « décision en matière de compétence » constitue une « décision » au sens du paragraphe 67(1) de la Loi. Le T.C.C.E. estime en outre, d'après son interprétation de l'affaire *Mueller*, que seules les « décisions sur le fond » peuvent être portées en appel au T.C.C.E. en vertu du paragraphe 67(1) de la Loi (*Canada (Revenu national Re)*, précité).

[49] Selon l'interprétation que j'en fais, l'affaire *Mueller* ne confirme aucune de ces deux opinions. Par ailleurs, dans l'affaire *Mueller*, il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire qui avait été présentée prématurément, avant que les parties aient épuisé le processus administratif constitué d'une série de décisions et d'appels prévu par la Loi. Suivant ce processus administratif, il n'appartenait pas à la Cour fédérale, dans l'affaire *Mueller*, d'interpréter le mot « décision » au paragraphe 67(1) de la Loi. Cette tâche incombait au T.C.C.E. Aux termes du paragraphe 67(1), seul le T.C.C.E. peut interpréter le mot « décision » et décider s'il peut connaître d'un appel. Une fois que le T.C.C.E. s'est acquitté de cette tâche et a statué sur tout appel dont il est régulièrement saisi, la personne qui s'estime lésée peut demander à notre Cour de réviser la décision du T.C.C.E. par voie de demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'alinéa 28(1)e) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[50] En l'espèce, s'il est saisi d'un appel, le T.C.C.E. devrait interpréter le mot « décision » que l'on trouve au paragraphe 67(1) de la Loi sans tenir compte de ce qui a été dit dans l'affaire *Mueller*. Après cela, le T.C.C.E. pourra décider que la décision que le président de l'ASFC a rendue en l'espèce était une « décision », auquel cas il statuera ensuite sur le fond de l'appel de C.B. Powell. Sinon, le T.C.C.E. pourrait décider que la décision du président de l'ASFC n'était pas une « décision », et il refusera alors de statuer au fond sur l'appel de C.B. Powell. D'une façon ou d'une autre, la décision dûment motivée du T.C.C.E. marquera la fin du processus administratif

under the Act. At that point, an aggrieved party will be able to come to this Court and ask it to review the C.I.T.T.'s decision under paragraph 28(1)(e) of the *Federal Courts Act*.

[51] It follows from the foregoing analysis that the Court below in this case should have dismissed C.B. Powell's application for judicial review as premature. The normal rule against judicial interference with ongoing administrative processes applies in this case, with full force. The record does not disclose any exceptional circumstances that would permit early recourse to the Federal Court, nor did the parties contend that there are any. Judicial involvement in the ongoing administrative process under the Act is not warranted at this time.

#### D. Conclusion

[52] Therefore, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court and dismiss C.B. Powell's application for judicial review. As neither party objected to the jurisdiction of the Federal Court to determine the judicial review, I would order that there be no costs both here and below.

NADON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

constitué d'une série de décisions et d'appels prévus par la Loi. À ce moment-là, toute personne s'estimant lésée pourra s'adresser à notre Cour pour lui demander de réviser la décision du T.C.C.E. en vertu de l'alinéa 28(1)e) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[51] Il découle de l'analyse qui précède que le tribunal de première instance aurait dû en l'espèce rejeter la demande de contrôle judiciaire de C.B. Powell au motif qu'elle était prématurée. Le principe habituel interdisant l'ingérence des tribunaux dans les processus administratifs en cours s'applique dans toute sa rigueur dans le cas qui nous occupe. Le dossier ne révèle l'existence d'aucune circonstance exceptionnelle qui justifierait un recours anticipé à la Cour fédérale et les parties n'ont d'ailleurs pas prétendu que de telles circonstances existaient. L'intervention de la Cour dans le processus administratif en cours prévu par la Loi n'est pas justifiée à ce stade-ci.

#### D. Dispositif

[52] Je suis par conséquent d'avis de faire droit à l'appel, d'annuler le jugement de la Cour fédérale et de rejeter la demande de contrôle judiciaire de C.B. Powell. Comme aucune des parties n'a contesté la compétence de la Cour fédérale pour trancher la demande de contrôle judiciaire, je suis d'avis de n'adjuger aucuns dépens tant en première instance que devant notre Cour.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je suis d'accord.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of decision of Access to Information and Privacy Director at Privy Council Office (PCO) denying disclosure of information pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 69(1)(f) because information constituting confidences of Queen's Privy Council—Applicant requesting from PCO copy of reports of examination by PCO Clerk of proposed draft *National Capital Commission Animal Regulations*, SOR/2002-164, later enacted by Governor in Council under P.C. 2002-671—Applicant submitting, *inter alia*, that examination of proposed Regulations by PCO Clerk not constituting confidence of Queen's Privy Council; PCO Clerk's examination not undertaken at direction of Cabinet; examination not draft legislation, but information about draft legislation; before applying Act, s. 69, respondent required to provide same information as required by PCO Clerk under *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA), s. 39—Issue whether Director properly invoking Act, s. 69(1) exclusion clause—Respondent taking overly narrow view of scope of access request—Applicant seeking records of examination of proposed regulations by PCO Clerk, not blue-starred proposed Regulations subsequently published in *Canada Gazette*, later enacted by Governor in Council—PCO Clerk having statutory duty to examine proposed draft Regulations apart from the examination made by Department of Justice—Blue-stamp draft regulations not necessarily equating to records of examination by PCO Clerk of proposed draft Regulations—However, applicant's evidentiary record non-existent as to what transpired in PCO Clerk's examination—No need herein for separate certificate CEA, s. 39 certification—No merit in applicant's argument that proposed regulation not the same as draft legislation—Governor in Council maker of Regulations, not National Capital Commission—Governor in Council acting on advice of Cabinet or committee thereof—PCO Clerk's examination part of that process—Application dismissed.

QUINN V. CANADA (PRIME MINISTER) (T-592-10, 2011 FC 379, Lemieux J., judgment dated March 29, 2011, 20 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Permanent Residents*

Judicial review of decision of Immigration Appeal Division (IAD) of Immigration and Refugee Board finding that respondent meeting residency obligation imposed on permanent residents under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 28—Respondent Chinese citizen working in China for Investissement Québec on open-ended contract—IAD determining Investissement Québec provincial public service within meaning of Act, s. 28(2)(a)(iii), *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 61(3), respondent “assigned full-time as a term of one's employment to a position outside Canada” within meaning of s. 61(3)—IAD noting words must not be interpreted in same way as “assigned abroad” within meaning of *Protocole d'entente entre la Ministre des Relations internationales et la Société Investissement Québec concernant la présence de représentants d'Investissement Québec au sein des représentations du Québec à l'étranger* (Memorandum)—IAD referring to definitions in certain dictionaries, determining word “assigned” in s. 61(3) having no other meaning than “appointed, designated or intended for”—IAD therefore deciding neither Act, s. 28, nor Regulations, s. 61 making any reference to assignment necessarily being carried out in Canada or resulting from competition open only to nationals of countries other than Canada, residing in other

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

country—Whether interpretation by IAD of Act, s. 28(2)(a)(iii), Regulations, s. 61(3) reasonable—IAD failing to explain rejection of any particular meaning of word “assigned” despite definition contradicting meaning inferred by IAD—Section of Memorandum dealing with locally recruited professional employees not referring to term “assigned”—Competition respondent entered exclusively for local employees—Respondent therefore hired as local employee, where concept of assignment absent from definition—IAD unreasonable in applying modern dictionary meaning to concept of assignment without supporting finding by analysing evidence in record—Word “assignment” in context of permanent resident status interpreted in light of Act, Regulations implying connecting factor to employer located in Canada—Unreasonable to find that permanent residents holding full-time positions outside Canada with eligible Canadian company can accumulate days enabling them to comply with residency obligation—Application allowed.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. JIANG (IMM-4451-10, 2011 FC 349, Boivin J., judgment dated March 22, 2011, 22 pp.)

**CROWN****REAL PROPERTY**

Judicial review of decision by Minister of Public Works and Government Services Canada concluding that Minister not having authority under *Payments in Lieu of Taxes Act*, R.S.C., 1985, c. M-13 to make payment in lieu of real property taxes (PILT) to City of Mississauga in respect of real property taxes not paid to City by former tenants of Greater Toronto Airport Authority (GTAA)—GTAA leasing Lester B. Pearson International Airport from Federal Crown—Tenants, subletting from GTAA (GTAA tenants), defaulting on real property tax payments to City—Whether property formerly occupied by GTAA tenants included in Act, s. 2(1) definition of “federal property”—Act, s. 2(3)(h) not including in definition of federal property real property leased by person, body not a department unless otherwise prescribed—However, Act, s. 3.1 stating that property leased to third parties deemed federal property under certain conditions—Phrase “unless otherwise prescribed” directing reader to look elsewhere for provision saying that property leased to non-Crown third parties included in definition of “federal property”—*Payments in Lieu of Taxes Regulations*, SOR/81-29 including property leased by designated airport authorities in definition of “federal property”—However, Regulations, s. 3(1)(m)(i) not including non-Crown tenants of airport authorities—GTAA tenants thus not “otherwise prescribed” within meaning of Act, s. 2(3)(h)—Act, s. 3.1 therefore applicable, GTAA tenants’ property deemed to be federal property—PILTs therefore authorized for GTAA tenants—Application allowed.

MISSISSAUGA (CITY) v. CANADA (PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1416-09, 2011 FC 162, Simpson J., judgment dated February 11, 2011, 31 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE ACT**

Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing motion by appellant for order requiring respondent to provide list of First Nations tobacco manufacturers licensed under *Excise Act, 2001*, S.C. 2002, c. 22, answer question as to whether, if list not provided, First Nation licensees incorporated entities—Appellant, licensed manufacturer, seller of tobacco products, appealing assessments of excise duty—Only remitting partial excise duty on basis of belief that tobacco products manufactured, sold on reserves in Ontario by unlicensed persons not paying excise duty—Respondent refusing to provide requested information on discovery—Tax Court concluding that information sought irrelevant, requests in the nature of fishing expedition—Indicating that Minister of National Revenue’s treatment of other taxpayers not determinative, irrelevant to appellant’s tax liability—Main issue whether Tax Court erring in dismissing motion—Tax Court not erring in finding that requested list, answer irrelevant, inquiries in nature of fishing expedition—Basis for appellant’s request suspicion that some licensed First Nation tobacco manufacturers not paying excise duty on all tobacco products—Not objectionable to test witness’ evidence on discovery, ask questions leading to train of inquiry advancing party’s case—However, questions in nature of fishing expedition objectionable—In absence of evidence supporting appellant’s suspicion, requested list not advancing appellant’s case—Only relevant evidence respondent’s evidence that all licensed tobacco manufacturers paying excise duty on products—Party’s unsupported suspicion unlikely to provide proper basis for train of enquiry—Tax Court retaining discretion to disallow question where other means of obtaining

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

information sought existing—Herein, appellant not explaining how names, addresses of provincial registrants available online not appropriate source of information, not showing how could not have obtained relevant information about meaning of “packaging” by asking questions on discovery—Appeal dismissed.

GRAND RIVER ENTERPRISES SIX NATIONS LTD. v. CANADA (A-334-10, 2011 FCA 121, Dawson J.A., judgment dated March 31, 2011, 11 pp.)

**EVIDENCE**

Motion for appointment of *amicus curiae* or *amici curiae* to assist Federal Court of Appeal in relation to appellant’s *ex parte* appeal from Federal Court decision (2010 FC 1106) in which disclosure of certain information to respondents ordered pursuant to *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.06—Underlying proceedings consisting of civil actions for damages for Canada’s alleged complicity in respondents’ detention, torture abroad—When appointment of *amicus curiae* deemed necessary, nature of role may vary—Role of *amicus curiae* before Federal Court of Appeal on appeal from judgment under Act, s. 38.09(1) to assist Court, not to represent respondents’ interests—Appointment of *amicus curiae* depending solely on whether Court considering appointment necessary to accomplish statutory purpose—With scarce judicial resources available, not effective use of Federal Court of Appeal’s time to wade through thousands of pages in search of evidence that could run contrary to evidence favourable to appellant’s submissions—Appointment of *amicus curiae* would be of significant benefit to Federal Court of Appeal; such appointment required to ensure that Court can effectively accomplish statutory mandate during *ex parte* proceeding—Motion granted.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMALKI (A-428-10, 2011 FCA 54, Layden-Stevenson J.A., judgment dated February 10, 2011, 14 pp.)

**INCOME TAX****REASSESSMENT**

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2010 TCC 104) allowing appeal brought by respondent, referring back assessment issued regarding 1997 taxation year for reassessment on basis that refund of interest of \$6 474 459.61 to be included in calculation of respondent’s resource allowance—Resource allowance phased out over period of years ending in 2007—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 20(1)(v.1) statutory basis for deduction of resource allowance with respect to respondent—*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 providing for calculation of resource allowance—T.C.C. determining whether refund interest having to be included in computation of “gross resource profits” pursuant to Regulations, s. 1204(1)—T.C.C. relying on one of leading cases on interpretation of Regulations, s. 1204(1)—Applying correct legal test as to whether refund interest sufficiently connected to production, processing activities to constitute income from that source—T.C.C. seeking to characterize nature of refund received, then assessing whether refund sufficiently connected to production, processing activities to constitute income from that source—Determining that respondent earned refund in course of managing tax obligations, which in turn arose as a consequence of earning profits from production, processing of coal—T.C.C. also considering nature of dispute giving rise to refund—Finding that refund interest sufficiently connected to respondent’s production, processing activities to constitute income from that source—Finding open to T.C.C. based on evidence before it—Appeal dismissed.

3850625 CANADA INC. v. CANADA (A-116-10, 2011 FCA 117, Noël J.A., judgment dated March 24, 2011, 15 pp.)

**PRACTICE****PRIVILEGE**

Judicial review of Public Service Labour Relations Board decision (2009 PSLRB 104) dismissing objection by Canada Revenue Agency (CRA) that Board having no authority to determine validity of claim for solicitor-client privilege—Ontario Ministry of Revenue employees offered employment with CRA following transfer of functions agreement—Respondent not offered position, filing unfair labour practice—Alleging refusal to re-hire him reprisal by CRA for respondent’s grieving of dismissal while

**PRACTICE—Concluded**

employed with CRA—In preparing for hearing of merits of complaint, respondent receiving redacted documents from CRA—Board ordering CRA to provide affidavit establishing nature of contents of redacted pages, explaining why solicitor-client privilege claimed for redacted documents—Board reasoning that power to determine claims for legal privilege inherent in its adjudicative functions, fact it never becomes adverse in interest to a party—Seeing no basis for excluding determination of claims to legal privilege from implicit statutory power to decide questions of law—Whether Board’s order breaching solicitor-client privilege—Applicable test set out in *MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia* (1984), 16 D.L.R. (4th) 151 (B.C.S.C.): relevance of documents for which Crown privilege claimed should be determined before their examination by the court to determine validity of claim for privilege—*MacMillan Bloedel* test equally applicable to solicitor-client privilege claims in proceedings, regardless of adjudicative forum where made—Herein, Board not applying *MacMillan Bloedel* test—Board erring in “assuming” relevance of redacted pages without forming a view of relevance on basis of test—Solicitor-client privilege beyond specialized expertise of Board—Application of *MacMillan Bloedel* test revealing that redacted pages not relevant to issues raised by respondent’s complaint—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. QUADRINI (A-384-09, 2011 FCA 115, Evans J.A., judgment dated March 23, 2011, 21 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire de la décision du Directeur, Accès à l'information et protection des renseignements personnels du Bureau du Conseil privé (BCP) refusant l'accès aux informations en vertu de l'art. 69(1)f) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, parce qu'elles constituaient des documents confidentiels du Conseil privé de la Reine—Le demandeur avait demandé au BCP un exemplaire des rapports d'examen du Greffier du BCP portant sur le projet de *Règlement de la Commission de la capitale nationale (CCN) sur les animaux*, DORS/2002-164, que le gouverneur en conseil a pris par la suite en vertu du décret C. P. 2002-671—Le demandeur soutenait notamment que l'examen du projet de règlement par le Greffier du BCP ne constituait pas un document confidentiel du Conseil privé de la Reine, que l'examen effectué par le Greffier du BCP n'avait pas été entrepris à la demande du Cabinet, que l'examen n'était pas un avant-projet de loi, mais plutôt des renseignements relatifs à un avant-projet de loi et qu'avant d'appliquer l'art. 69 de la Loi, le défendeur devrait être tenu de fournir les mêmes renseignements que ceux qui seraient exigés du Greffier en vertu de l'art. 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (LPC)—Il s'agissait de savoir si le directeur avait invoqué à juste titre la clause d'exclusion prévue à l'art. 69(1) de la Loi—Le défendeur avait considéré la demande d'accès à travers un prisme trop étroit—Le demandeur avait demandé les documents relatifs à l'examen effectué par le Greffier du BCP du projet de règlement, pas une copie estampillée du projet de règlement, lequel a ultérieurement été publié dans la *Gazette du Canada* pour ensuite être adopté par le gouverneur en conseil—Le Greffier avait l'obligation, en vertu de la loi, d'examiner la version préliminaire du règlement proposé, un examen différent de celui effectué par le ministère de la Justice—Les copies estampillées de la version préliminaire du règlement ne sont pas nécessairement assimilables aux documents liés à l'examen effectué par le Greffier du BCP du projet de règlement—Cependant, le dossier de preuve du demandeur ne contenait aucun élément ayant trait au déroulement de l'examen effectué par le Greffier du BCP—En l'espèce, il n'y avait pas lieu d'obtenir l'attestation distincte prévue à l'art. 39 de la LPC—Aucun fondement ne justifiait l'argument du demandeur selon lequel la version préliminaire d'un règlement n'est pas de la même nature qu'un projet de règlement—L'autorité réglementaire du Règlement est le gouverneur en conseil et non la Commission de la capitale nationale—Le gouverneur en conseil agit suivant les conseils du Cabinet ou d'un comité—L'examen effectué par le Greffier du BCP fait partie de ce processus—Demande rejetée.

QUINN C. CANADA (PREMIER MINISTRE) (T-592-10, 2011 CF 379, juge Lemieux, jugement en date du 29 mars 2011, 20 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### STATUT AU CANADA

#### *Résidents permanents*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la défenderesse avait rencontré l'obligation de résidence imposée aux résidents permanents en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La défenderesse, une citoyenne chinoise, travaillait en Chine pour Investissement Québec dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée—La SAI a conclu que Investissement Québec est une administration publique provinciale au sens de l'art. 28(2)a)(iii) de la Loi et de l'art. 61(3) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 et que la défenderesse était « affectée à temps plein au titre de son emploi à un poste à l'extérieur du Canada » au sens de l'art. 61(3)—La SAI a noté que ces mots ne devaient pas être compris de la même façon que les mots « affecté à l'étranger » au sens du *Protocole d'entente entre la Ministre des Relations*

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

*internationales et la Société Investissement Québec concernant la présence de représentants d'Investissement Québec au sein des représentations du Québec à l'étranger* (le Protocole)—La SAI s'est référée aux définitions dans certains dictionnaires et a conclu qu'il fallait donner au mot « affecté » à l'art. 61(3) le sens de « nommé, désigné ou destiné »—La SAI a donc décidé que ni l'art. 28 de la Loi, ni l'art. 61 du Règlement ne mentionnent que l'affectation doit être faite à partir du Canada ou qu'elle doit résulter d'un concours réservé aux ressortissants d'un pays autre que le Canada et résidant dans ce pays—Il s'agissait de savoir si l'interprétation par la SAI de l'art. 28(2)a)(iii) de la Loi et de l'art. 61(3) du Règlement est raisonnable—La SAI n'a pas expliqué pourquoi elle rejetait tout sens particulier au mot « affecté » malgré une définition contredisant le sens qu'elle lui a donné—L'article du Protocole qui traite des employés professionnels recrutés localement ne fait pas mention du mot « affecté »—Le concours sur lequel a postulé la défenderesse visait exclusivement les employés locaux—La défenderesse a donc été embauchée à titre d'employée locale, où la notion d'affectation est absente de la définition—Il était déraisonnable pour la SAI de donner le sens courant du dictionnaire à la notion d'affectation sans appuyer cette conclusion par une analyse au regard de la preuve au dossier—Le mot « affectation » dans le contexte du statut de résident permanent interprété à la lumière de la Loi et du Règlement implique un facteur de rattachement avec l'employeur situé au Canada—Il est déraisonnable de conclure que tout résident permanent qui occupe à temps plein un poste à l'extérieur du Canada pour une entreprise canadienne éligible peut cumuler des jours permettant de s'acquitter de l'obligation de résidence—Demande accueillie.

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. JIANG (IMM-4451-10, 2011 CF 349, juge Boivin, jugement en date du 22 mars 2011, 22 p.)

**COURONNE****BIENS IMMEUBLES**

Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada portant que le ministre n'a pas le pouvoir, en vertu de la *Loi sur les paiements versés en remplacement d'impôts*, L.R.C. (1985), ch. M-13, de verser un paiement en remplacement d'impôts fonciers (PERI) à la ville de Mississauga pour les impôts fonciers impayés par deux anciens locataires de l'Autorité aéroportuaire du Grand Toronto (la GTAA)—La GTAA a loué l'aéroport international Lester B. Pearson à la Couronne fédérale—Les locataires, qui avaient conclu un contrat de sous-location avec la GTAA (les locataires de la GTAA), avaient fait défaut de payer leurs impôts fonciers à la ville—Il s'agissait de savoir si l'immeuble qui était auparavant occupé par les locataires de la GTAA est une « propriété fédérale » au sens de l'art. 2(1) de la Loi—L'art. 2(3)h) de la Loi n'inclut pas dans la définition de propriété fédérale les immeubles pris à bail par une personne ou par un organisme autre qu'un ministère, sauf exception prévue par règlement—Cependant, l'art. 3.1 de la Loi prévoit que, si certaines conditions sont réunies, les propriétés louées à des tiers sont réputées être des propriétés fédérales—Les mots « sauf exception prévue par règlement du gouverneur en conseil » obligent le lecteur à chercher ailleurs une disposition qui prévoit que les biens loués à des tiers autres que l'État répondent à la définition de « propriété fédérale »—Le *Règlement sur les paiements versés en remplacement d'impôt*, DORS/81-29, englobe dans sa définition de l'expression « propriété fédérale » les immeubles loués aux administrations aéroportuaires désignées—Cependant l'art. 3(1)m)(i) du Règlement ne s'étend pas aux tiers autres que l'État qui prennent à bail des immeubles appartenant à des administrations aéroportuaires—Les locataires de la GTAA n'étaient donc pas visés par l'expression « sauf exception prévue par règlement du gouverneur en conseil » au sens de l'art. 2(3)h) de la Loi—L'art. 3.1 de la Loi s'appliquait donc et immeubles pris à bail par les locataires de la GTAA étaient réputés être des propriétés fédérales—Des PERI pouvaient donc être versés dans le cas des locataires de la GTAA—Demande accueillie.

MISSISSAUGA (VILLE) C. CANADA (TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1416-09, 2011 CF 162, juge Simpson, jugement en date du 11 février 2011, 31 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR L'ACCISE**

Appel à l'encontre de la décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant la requête présentée par l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à l'intimée de fournir une liste de fabricants de produits du tabac des Premières nations titulaires de licence à titre de fabricants de produits du tabac en vertu de la *Loi de 2001 sur l'accise*, L.C. 2002, ch. 22, et de répondre à la question de savoir, si la liste demandée n'était pas fournie, si l'un ou l'autre des titulaires de licence des Premières nations était

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

une entité constituée en personne morale—L'appelante fabrique et vend des produits du tabac en vertu d'une licence et elle contestait les cotisations relatives à des droits d'accise—Elle n'avait versé qu'une partie des droits d'accise parce que, à son avis, des produits du tabac avaient été fabriqués et offerts en vente sur des réserves indiennes de l'Ontario par des personnes qui ne possédaient pas de licence qui n'avaient pas versé de droits d'accise—L'intimée avait refusé de fournir les renseignements demandés à l'interrogatoire préalable—La Cour de l'impôt avait conclu que les renseignements sollicités n'étaient pas pertinents et que les demandes s'apparentaient à une recherche à l'aveuglette—Elle avait statué que le traitement d'autres contribuables par le ministre du Revenu national ne peut être déterminant et n'est pas pertinent quant à la responsabilité fiscale de l'appelante—Le principal point en litige était de savoir si la Cour de l'impôt avait commis une erreur en rejetant la requête—La Cour de l'impôt n'avait pas commis d'erreur en concluant que la liste demandée et la réponse n'étaient pas pertinentes et que les demandes s'apparentaient à une recherche à l'aveuglette—La demande de l'appelante reposait sur le fait qu'elle soupçonnait qu'il y avait des fabricants de produits du tabac des Premières nations qui sont titulaires de licence, mais qui ne paient pas de droits d'accise sur l'ensemble de leurs produits—Le fait de vérifier le témoignage d'un témoin lors du contre-interrogatoire préalable ou de poser des questions susceptibles de lancer la partie dans une enquête qui pourra lui permettre de faire valoir ses arguments n'est pas répréhensible—Toutefois, les questions de la nature d'une recherche à l'aveuglette le sont—En l'absence d'éléments de preuve étayant le soupçon de l'appelante, la liste demandée ne lui permet pas de prouver ses arguments—Le seul élément de preuve pertinent était la preuve de l'intimée selon laquelle tous les fabricants de produits du tabac titulaires de licence paient des droits d'accise sur leurs produits—Un soupçon non appuyé d'une partie n'est vraisemblablement pas suffisant pour soutenir le lancement d'une enquête—La Cour de l'impôt conserve le pouvoir discrétionnaire de refuser d'autoriser une question lorsqu'il y a d'autres moyens d'obtenir les renseignements recherchés—En l'espèce, l'appelante n'avait pas expliqué pourquoi les noms et adresses des titulaires d'un permis provincial inscrits pouvant être obtenus en ligne ne lui conviendraient pas et n'avait pas établi qu'elle n'aurait pu obtenir de renseignements pertinents au sujet du sens du mot « emballage » en posant à l'interrogatoire préalable des questions—Appel rejeté.

GRAND RIVER ENTERPRISES SIX NATIONS LTD. C. CANADA (A-334-10, 2011 CAF 121, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 31 mars 2011, 11 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****NOUVELLES COTISATIONS**

Appel de la décision (2010 CCI 104) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I.) a accueilli l'appel interjeté par l'intimée et a déferé la cotisation établie à l'égard de l'année d'imposition 1997 de l'intimée au motif qu'un remboursement d'intérêt de 6 474 459,61 \$ devait être inclus dans le calcul de la déduction relative à des ressources de celle-ci—La déduction relative à des ressources a été éliminée progressivement sur une période de plusieurs années qui a pris fin en 2007—Le fondement législatif de cette déduction qui s'appliquait à l'intimée est l'art. 20(1)*v.l*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Le calcul de la déduction relative à des ressources était prévu dans le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945—La C.C.I. a tranché la question de savoir si l'intérêt sur remboursement devait être inclus dans le calcul des « bénéfices bruts relatifs à des ressources » conformément à l'art. 1204(1) du Règlement—La C.C.I. a invoqué une des décisions de principe portant sur l'interprétation de l'art. 1204(1) du Règlement—Elle a appliqué le critère juridique qui convenait pour trancher la question de savoir si l'intérêt sur remboursement était suffisamment lié aux activités de production et de traitement pour constituer un revenu tiré de cette source—La C.C.I. a tenté de décrire la nature du remboursement reçu, puis d'établir si le remboursement était suffisamment lié aux activités de production et de traitement pour constituer un revenu tiré de cette source—Elle a fait remarquer que l'intimée avait obtenu son remboursement dans le cadre de la gestion de ses obligations en matière d'impôt, lesquelles découlaient des bénéfices relatifs à la production et au traitement du charbon—En outre, la C.C.I. a pris en considération la nature du litige ayant donné lieu au remboursement—Elle a conclu que le lien existant entre l'intérêt sur remboursement et les activités de production et de traitement de l'intimée était suffisant pour que l'intérêt constitue un revenu tiré de cette source—Il était loisible à la C.C.I. d'en arriver à cette conclusion à la lumière de la preuve dont elle était saisie—Appel rejeté.

3850625 CANADA INC. C. CANADA (A-116-10, 2011 CAF 117, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 24 mars 2011, 15 p.)

**PRATIQUE**

## COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Contrôle judiciaire de la décision (2009 CRTFP 104) par laquelle la Commission des relations de travail dans la fonction publique a rejeté l'objection de l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) selon laquelle la Commission n'avait pas le pouvoir de statuer sur la validité d'une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat—Les employés du ministère du Revenu de l'Ontario se sont fait offrir un poste auprès de l'ARC à la suite d'une entente de transfert de postes—L'intimé, ne s'étant pas fait offrir de poste, a déposé une plainte de pratique déloyale de travail—L'intimé alléguait que le refus de le réembaucher constituait des représailles de la part de l'ARC parce qu'il s'était prévalu de son droit de présenter un grief relativement à son licenciement lorsqu'il travaillait pour l'ARC—Lorsqu'il se préparait en vue de l'audience tenue pour entendre la plainte au fond, l'intimé a obtenu des documents expurgés de l'ARC—La Commission a donné l'ordre à l'ARC de produire un affidavit établissant la nature du contenu des pages expurgées et d'expliquer pourquoi le privilège du secret professionnel de l'avocat s'appliquait aux documents expurgés—Selon le raisonnement de la Commission, le pouvoir de statuer sur les revendications du privilège du secret professionnel de l'avocat est inhérent à ses fonctions décisionnelles et elle ne présente jamais un intérêt défavorable à une partie—Elle ne voyait aucune raison d'exclure le pouvoir de trancher les revendications du privilège du secret professionnel de l'avocat du pouvoir conféré par la loi implicite de trancher des questions de droit—Il s'agissait de savoir si l'ordonnance de la Commission constituait une atteinte au privilège du secret professionnel de l'avocat—Le critère applicable est exposé dans l'affaire *MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia* (1984), 16 D.L.R. (4th) 151 (C.J.C.-B.) : la pertinence des documents à l'égard desquels l'immunité de la Couronne est revendiquée devrait être tranchée avant leur examen par la cour pour déterminer la validité d'une revendication du privilège—Le critère formulé dans l'affaire *MacMillan Bloedel* s'applique aussi aux revendications du privilège du secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'instances, quelle que soit l'instance décisionnelle—En l'espèce, la Commission n'avait pas appliqué le critère énoncé dans l'affaire *MacMillan Bloedel*—La Commission a commis une erreur en tenant pour acquis que les pages expurgées étaient pertinentes sans avoir formé un avis quant à la pertinence en fonction du critère—Le privilège du secret professionnel de l'avocat outrepassa l'expertise particulière de la Commission—L'application du critère exposé dans l'affaire *MacMillan Bloedel* démontre que les pages expurgées n'étaient pas pertinentes eu égard aux points litigieux soulevés dans le cadre de la plainte de l'intimé—Demande accueillie.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. QUADRINI (A-384-09, 2011 CAF 115, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 23 mars 2011, 21 p.)

**PREUVE**

Requête en désignation d'un intervenant désintéressé pour aider la Cour d'appel fédérale dans le cadre de l'appel *ex parte* interjeté par l'appelant à l'encontre de la décision (2010 CF 1106) de la Cour fédérale ordonnant la communication de certains renseignements aux intimés en vertu de l'art. 38.06 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5—L'instance sous-jacente visait des actions civiles en dommages-intérêts relativement à la présumée complicité du Canada à l'égard de la détention et de la torture des intimés à l'étranger—Lorsque la désignation d'un intervenant désintéressé est jugée nécessaire, la nature du rôle peut varier—Le rôle de l'intervenant désintéressé devant la Cour d'appel fédérale dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'un jugement rendu en vertu de l'art. 38.09(1) de la Loi consiste à aider la Cour, pas à représenter les intérêts des intimés—La désignation d'un intervenant désintéressé était uniquement tributaire de la question de savoir si la Cour estimait que la désignation s'imposait pour atteindre l'objet prévu par la loi—Les ressources judiciaires étant peu abondantes, le fait de s'échiner sur des milliers de pages à la recherche d'éléments de preuve qui pourraient aller à l'encontre de la preuve en faveur des observations de l'appelant ne constitue pas une utilisation efficace du temps de la Cour d'appel fédérale—La désignation d'un intervenant désintéressé avantagerait considérablement la Cour d'appel fédérale; cette désignation s'imposait pour veiller à ce que la Cour puisse accomplir le mandat qui lui est confié par la loi pendant l'instance *ex parte*—Requête accueillie.

CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. ALMALKI (A-428-10, 2011 CAF 54, juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 10 février 2011, 14 p.)