

**Attorney General of Quebec** *Appellant/  
Respondent on cross-appeal*

v.

**Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque, Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc., Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau, Nancy Bédard, Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet and Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ)** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General of Ontario, Conseil du trésor, Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (formerly known as Commission**

**Procureure générale du Québec** *Appelante/  
Intimée au pourvoi incident*

c.

**Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque, Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc., Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau, Nancy Bédard, Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet et Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ)** *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

**Procureur général de l'Ontario, Conseil du trésor, Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (anciennement connue sous le nom de**

**de l'équité salariale), Equal Pay Coalition, New Brunswick Coalition for Pay Equity, Women's Legal Education and Action Fund, Public Service Alliance of Canada, Centrale des syndicats du Québec, The Professional Institute of the Public Service of Canada, The Canadian Association of Professional Employees, The Association of Canadian Financial Officers and The Professional Association of Foreign Service Officers**  
*Interveniers*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. ALLIANCE DU PERSONNEL PROFESSIONNEL ET TECHNIQUE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX**

**2018 SCC 17**

File No.: 37347.

2017: October 31; 2018: May 10.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC**

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on sex — Pay equity — Amendments to legislative scheme addressing systemic wage discrimination, suffered essentially by women, by replacing continuous obligation to maintain pay equity with obligation to conduct audits every five years without retroactive adjustment to date of emergence of pay inequity — Whether s. 76.5 of Pay Equity Act, under which compensation adjustment is payable only from date of posting of results of audit process, and s. 103.1 para. 2, which bars Pay Equity Commission from assessing adjustment payments prior to posting, violate s. 15 of Charter — Whether s. 76.3, which does not require inclusion of precise date of emergence of pay inequity in audit posting, violates s. 15 of Charter — If so, whether infringement justifiable — Pay Equity Act, CQLR, c. E-12.001, ss. 76.3, 76.5, 103.1 para. 2 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.*

**Commission de l'équité salariale), Equal Pay Coalition, La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Alliance de la fonction publique du Canada, Centrale des syndicats du Québec, L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, L'Association canadienne des employés professionnels, L'Association canadienne des agents financiers et L'Association professionnelle des agents du Service extérieur** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE) c. ALLIANCE DU PERSONNEL PROFESSIONNEL ET TECHNIQUE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX**

**2018 CSC 17**

N° du greffe : 37347.

2017 : 31 octobre; 2018 : 10 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Modifications à un régime législatif visant à remédier à la discrimination salariale systémique dont sont essentiellement victimes les femmes, modifications consistant à remplacer l'obligation continue de maintenir l'équité salariale par celle d'évaluer tous les cinq ans ce maintien sans versement d'ajustements rétroactifs à la date de l'apparition d'une iniquité salariale — L'article 76.5 de la Loi sur l'équité salariale, selon lequel les ajustements salariaux ne sont payables qu'à compter de la date de l'affichage des résultats du processus d'évaluation, et l'art. 103.1 al. 2, qui empêche la Commission de l'équité salariale de déterminer des ajustements salariaux antérieurs à cette date, violent-ils l'art. 15 de la Charte? — L'article 76.3, qui n'exige pas d'inclure la date précise de l'apparition d'une iniquité salariale dans l'évaluation affichée, viole-t-il l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001, art. 76.3, 76.5, 103.1 al. 2 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.*

In 1996, Quebec adopted a legislative scheme to address systemic wage discrimination against women. The *Pay Equity Act* set out a process aimed at ensuring that employers provided equal pay for work of equal value. Under ss. 40 to 43, which have now been repealed, employers had a continuous obligation to maintain pay equity and adjust compensation accordingly. After 10 years, the compliance with the *Act* had not met expectations.

In 2009, the *Act to amend the Pay Equity Act* replaced the ongoing obligation to maintain pay equity with a system of mandatory audits every five years in which the employer is only required to rectify the wages going forward. Under s. 76.5 of the *Pay Equity Act*, adjustments in compensation apply from the date of the posting of the results of the audit process. Section 76.3 provides no requirement that the audit posting include the date on which any pay inequity emerged. Under s. 103.1 para. 2, no compensation adjustments can be assessed by the Pay Equity Commission prior to the date of the audit posting. If, however, an employer acts “in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner”, adjustments in compensation and interest apply from the date of that conduct pursuant to s. 76.9 and the Pay Equity Commission may make a determination to that effect under s. 101 para. 3. The respondents brought proceedings seeking a declaration that these amendments violated the equality rights in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The trial judge held that ss. 76.3 and 76.5 breached s. 15. The declaration of invalidity was suspended for one year. The Court of Appeal upheld the trial judge’s finding that ss. 76.3 and 76.5 breached s. 15 of the *Charter*. In addition, it concluded that s. 103.1 para. 2 violated s. 15. Regarding the cross-appeal, both the trial judge and the Court of Appeal held that the unions did not meet their onus of proving the unconstitutionality of the provisions in the 2009 *Act to Amend the Pay Equity Act* that repealed ss. 40 to 43 of the *Pay Equity Act*.

*Held* (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting on the appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed. Sections 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 of the *Pay Equity Act* are unconstitutional.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Sections 76.3, 76.5 and 103.1

En 1996, le Québec a adopté un régime législatif pour remédier à la discrimination salariale systémique à l’égard des femmes. La *Loi sur l’équité salariale* établit un processus visant à faire en sorte que les employeurs versent un salaire égal pour un travail de valeur égale. En vertu des art. 40 à 43, maintenant abrogés, les employeurs avaient l’obligation continue de maintenir l’équité salariale et de faire les ajustements salariaux nécessaires. Au bout de 10 années, les attentes en matière de respect de la *Loi* n’étaient pas satisfaites.

En 2009, la *Loi modifiant la Loi sur l’équité salariale* a remplacé l’obligation continue de maintenir l’équité salariale par un système d’évaluations obligatoires tous les cinq ans, système où l’employeur est tenu de rectifier les salaires pour l’avenir seulement. Suivant l’art. 76.5 de la *Loi sur l’équité salariale*, les ajustements salariaux s’appliquent à compter de la date de l’affichage des résultats du processus d’évaluation. L’article 76.3 n’exige pas que l’évaluation affichée indique la date à laquelle l’iniquité salariale est apparue. En vertu de l’art. 103.1 al. 2, la Commission de l’équité salariale ne peut déterminer des ajustements salariaux antérieurs à la date de l’affichage de l’évaluation. Si, toutefois, un employeur agit « de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire », les ajustements salariaux et l’intérêt s’appliquent à compter de la date de cette conduite suivant l’art. 76.9, et la Commission de l’équité salariale peut tirer une conclusion en ce sens suivant l’art. 101 al. 3. Les intimés ont intenté une action en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que ces modifications violaient les droits à l’égalité garantis à l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le juge de première instance a estimé que les art. 76.3 et 76.5 portaient atteinte à l’art. 15. La déclaration d’invalidité a été suspendue pour une période d’un an. La Cour d’appel a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les art. 76.3 et 76.5 violaient l’art. 15 de la *Charte*. Elle a en outre conclu que l’art. 103.1 al. 2 violait l’art. 15. Pour ce qui est de l’appel incident, tant le juge de première instance que la Cour d’appel ont conclu que les syndicats ne s’étaient pas acquittés de leur fardeau de prouver l’inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi modifiant la Loi sur l’équité salariale* de 2009 qui ont abrogé les art. 40 à 43 de la *Loi sur l’équité salariale*.

*Arrêt* (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents quant au pourvoi principal) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. Les articles 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 de la *Loi sur l’équité salariale* sont inconstitutionnels.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Les articles 76.3, 76.5 et

para. 2 of the *Pay Equity Act* violate s. 15(1) of the *Charter*. The purpose of the *Act* is to provide “equal pay for work of equal value”, a strategy that recognizes that since “women’s work” is valued less than “men’s work”, the pay and status are lower and the result is systemic wage discrimination. Leaving wage inequities in place makes women “the economy’s ordained shock absorbers”. Pay equity legislation, such as the *Act* at issue here, accordingly targets women in redressing the pay discrimination they have suffered. The provisions at issue, which alter the way in which the legislation identifies and redresses differences in men’s and women’s pay, therefore draw distinctions based on sex.

Assessed on their own, and regardless of the prior legislative scheme, ss. 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 have a discriminatory impact. Any pay inequities emerging during the five year period between audits go uncorrected until the next audit. Even when an audit reveals the emergence of pay inequity during the previous five years, only adjustment payments going forward are payable. This effectively gives an amnesty to the employer for discrimination between audits. Employers are required to post the results of the audit, but not the date on which pay inequity emerged, thus obscuring when adjustment payments ought to have been made. Employees are thus deprived of the evidentiary foundation for showing bad faith by the employer, which is the only route to obtaining retroactive compensation. Further, retroactive compensation is only available to sanction deliberate and improper behaviour in the conduct of mandatory audits, not the discrimination that may otherwise be revealed by the process. Inequities that subsequently emerge before the next audit will therefore be immune from remedial redress except where the claimants can prove intentional discrimination, an approach to discrimination long rejected by this Court and at odds with the purpose of pay equity legislation, namely, to remedy systemic discrimination.

Although the scheme purports to address systemic discrimination, it in fact codifies the denial to women of benefits routinely enjoyed by men — namely, compensation tied to the value of their work. Men receive this

103.1 al. 2 de la *Loi sur l’équité salariale* portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. La *Loi* a pour objet de faire en sorte que soit versé un « salaire égal pour un travail de valeur égale », une stratégie qui reconnaît que, comme le « travail des femmes » est moins bien considéré que le « travail des hommes », le salaire et le statut des femmes sont moindres que ceux des hommes, et il en résulte une discrimination salariale systémique. En maintenant les iniquités salariales, on se sert des femmes « pour amortir les avatars de l’économie ». Les mesures législatives en matière d’équité salariale, telle la *Loi* en l’espèce, visent donc les femmes lorsqu’il s’agit de corriger la discrimination salariale qu’elles ont subie. Les modifications en cause, qui changent la façon dont la loi permet de repérer et de corriger les écarts salariaux entre les hommes et les femmes, établissent donc des distinctions fondées sur le sexe.

Examinés individuellement, et indépendamment du régime législatif antérieur, les art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 ont un effet discriminatoire. Les iniquités salariales qui apparaissent au cours de la période de cinq ans comprise entre les évaluations restent non corrigées jusqu’à la prochaine évaluation. Même lorsqu’une évaluation révèle l’apparition d’une iniquité salariale au cours des cinq années précédentes, les ajustements salariaux sont payables pour l’avenir seulement. L’employeur se voit ainsi effectivement accorder une amnistie pour la discrimination entre les évaluations. Les employeurs doivent afficher les résultats de l’évaluation, mais pas la date à laquelle est apparue l’iniquité, ce qui occulte le moment où les ajustements salariaux auraient dû être faits. Les salariés sont donc privés des éléments de preuve permettant d’établir la mauvaise foi de l’employeur, ce qui constitue la seule façon d’obtenir le versement rétroactif d’ajustements salariaux. De plus, le versement rétroactif de tels ajustements n’est possible que pour sanctionner un comportement inapproprié et délibéré manifesté au cours des évaluations obligatoires, et non pas la discrimination qu’est par ailleurs susceptible de révéler le processus. Les iniquités subséquentes qui apparaissent avant l’évaluation suivante ne seront donc pas susceptibles de correction de nature réparatrice, sauf lorsque les demandeurs peuvent prouver qu’il y a eu discrimination intentionnelle, une conception de la discrimination que la Cour a rejetée depuis longtemps et qui va à l’encontre de l’objet des mesures législatives en matière d’équité salariale, à savoir remédier à la discrimination systémique.

Bien qu’il soit censé remédier à la discrimination systémique, le régime codifie en fait le refus d’accorder aux femmes des avantages dont jouissent habituellement les hommes — à savoir une rémunération liée à la valeur

compensation as a matter of course; women, under this scheme, are expected to endure five year periods of pay inequity, and to receive equal compensation only where their employer voluntarily acts in a non-discriminatory manner, or where they can meet the heavy burden of proving the employer engaged in deliberate or improper conduct. The scheme thus places barriers along the path to equal pay for women. And it correspondingly tolerates undervaluation of women's work whenever women cannot clear the specific hurdle of proving that they should be paid equally because their employer acted improperly. Absent such behaviour, working women are told that they must simply live with the reality that they have not been paid fairly, even where a statutorily mandated audit has made that fact clear.

Section 15(2) has no application in cases such as this one. It protects ameliorative programs for disadvantaged groups from claims by those the program was not intended to benefit that the ameliorative program discriminates against them. Section 15(2) cannot bar s. 15(1) claims by the very group the legislation seeks to protect.

None of the impugned provisions can be justified under s. 1. Encouraging increased employer compliance by lightening the burden through denial of retroactive payments can, in some circumstances, constitute a pressing and substantial objective. Although there is no empirical or other evidence to show how denying retroactive compensation has advanced this objective, reducing the employer's obligations can be seen, at a theoretical level, to be rationally connected to increased employer compliance. At the minimal impairment stage, however, there is virtually no evidence that other means of encouraging employer compliance — such as stricter enforcement of the *Pay Equity Act's* requirements through the offence provisions contained within it — would be ineffective. Therefore, eliminating pay equity obligations except for adjustments every five years does not impair female employees' equality rights as little as reasonably possible, it suspends their rights to be free from pay discrimination for five year intervals.

de leur travail. Les hommes reçoivent cette rémunération comme si cela allait de soi; les femmes, suivant ce régime, sont quant à elles censées endurer des périodes de cinq ans d'iniquité salariale et recevoir une rémunération égale uniquement lorsque leur employeur agit volontairement de manière non discriminatoire, ou encore lorsqu'elles peuvent s'acquitter du lourd fardeau de prouver que celui-ci a eu une conduite délibérée ou inappropriée. Le régime fait donc obstacle à l'accès des femmes à l'équité salariale. De plus, corollairement, il tolère la sous-évaluation du travail des femmes chaque fois que celles-ci ne peuvent s'acquitter du fardeau particulier leur incombant de prouver qu'elles devraient être payées de façon égale parce que leur employeur a agi de façon inappropriée. En l'absence d'un tel comportement, on dit aux femmes sur le marché du travail qu'elles doivent tout simplement vivre avec le fait qu'elles ne sont pas payées équitablement, même lorsqu'une évaluation exigée par la loi a fait ressortir ce fait clairement.

Le paragraphe 15(2) ne s'applique pas dans des cas comme celui-ci. Il met les programmes améliorateurs destinés aux groupes défavorisés à l'abri d'allégations selon lesquelles un programme améliorateur donné est discriminatoire à l'égard de personnes n'étant pas censées bénéficier de celui-ci. Le paragraphe 15(2) ne saurait faire obstacle aux demandes fondées sur le par. 15(1) formulées par le groupe même que la loi vise à protéger.

Aucune des dispositions contestées ne peut être justifiée au regard de l'article premier. Encourager un respect accru de la loi par les employeurs en allégeant leur fardeau par le refus des paiements rétroactifs peut, dans certaines circonstances, constituer un objectif urgent et réel. Bien qu'il n'y ait aucune preuve empirique ou autre pour établir la façon dont le refus des ajustements salariaux rétroactifs a favorisé la réalisation de cet objectif, le fait de réduire les obligations de l'employeur peut être considéré, sur le plan théorique, comme étant rationnellement lié à un respect accru de la loi par l'employeur. Toutefois, à l'étape de l'atteinte minimale, il n'y a virtuellement aucune preuve indiquant que d'autres façons d'encourager les employeurs à respecter la loi — comme une application plus rigoureuse des exigences prévues par la *Loi sur l'équité salariale* au moyen de ses dispositions qui créent des infractions — seraient inefficaces. En conséquence, l'élimination des obligations en matière d'équité salariale, sauf pour ce qui est des ajustements tous les cinq ans, ne restreint pas aussi peu que cela est raisonnablement possible les droits à l'égalité des salariées, mais suspend leurs droits à la protection contre la discrimination salariale pour des intervalles de cinq ans.

Quebec has failed to demonstrate that the law satisfies the overall balancing requirement of the s. 1 analysis. The harmful effects are to create barriers to access for equitable pay for the very people whom this pay equity scheme was designed to help; the benefits are, at the moment, indiscernible and speculative given the absence of evidence. Reducing employers' obligations in the hopes of encouraging compliance subordinates the substantive constitutional entitlement of women to be free from discrimination in compensation, to the willingness of employers to comply with the law. As for the information in the audit posting, the justifications analysis fails at every step. Quebec has not provided any explanation for the exclusion of the date when pay inequities re-emerged other than to say that it is not relevant information under the new scheme. Since the five year gap between remedial compensation has been found to be unconstitutional, the date on which pay inequities re-emerge is plainly relevant information.

As for the cross-appeal, the onus of proving the unconstitutionality of the provisions in the 2009 *Act to Amend the Pay Equity Act* that repealed ss. 40 to 43 of the *Pay Equity Act* was not met.

*Per Côté, Brown and Rowe JJ.* (dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. Sections 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 of the *Pay Equity Act* do not create a discriminatory distinction that infringes s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At the first step of the analysis under s. 15(1) of the *Charter*, the claimant must show not only the mere existence of a distinction in the *Act*, but also a form of disadvantage flowing from that distinction. Because the *Act* entails distinctions that may affect a group consisting essentially of women, it would be absurd if an approach whose focus was on discriminatory effects did not deal first with the issue of the disadvantage resulting from one or more of those distinctions, at least on a *prima facie* basis. Pay equity for private sector enterprises is a creation of the Quebec legislature and does not have constitutional status. It is not appropriate to compare the amendments to the *Act* with the previous version of the *Act*. Such an approach would have the effect of constitutionally entrenching one mechanism that confers benefits on a group to which an enumerated or analogous ground applies, to the detriment

Le Québec n'a pas démontré que les mesures législatives satisfont à l'obligation de mise en balance globale de l'analyse fondée sur l'article premier. Leurs effets préjudiciables consistent en la création d'obstacles à l'accès à un salaire équitable aux personnes mêmes que le régime d'équité salariale vise à aider, alors que leurs effets bénéfiques sont, pour le moment, non discernables et hypothétiques, étant donné l'absence de preuve à cet égard. Réduire les obligations des employeurs dans l'espoir d'encourager ceux-ci à respecter la loi subordonne le droit substantiel d'ordre constitutionnel des femmes de ne pas faire l'objet de discrimination salariale à la volonté des employeurs de respecter la loi. Pour ce qui est des renseignements devant figurer dans l'évaluation affichée, aucune des étapes de l'analyse relative à la justification n'est franchie. Le Québec n'a pas expliqué l'exclusion de la date de la réapparition des iniquités salariales, sauf pour dire que ce renseignement n'est pas pertinent suivant le nouveau régime. Étant donné que l'intervalle de cinq ans entre le versement des ajustements salariaux réparateurs a été jugé inconstitutionnel, la date à laquelle les iniquités salariales réapparaissent constitue un renseignement manifestement pertinent.

Pour ce qui est de l'appel incident, on ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver l'inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009 qui ont abrogé les art. 40 à 43 de la *Loi sur l'équité salariale*.

*Les juges Côté, Brown et Rowe* (dissidents quant au pourvoi principal) : Le pourvoi devrait être accueilli et l'appel incident devrait être rejeté. Les articles 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 de la *Loi sur l'équité salariale* ne créent aucune distinction discriminatoire violant l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au premier volet de l'analyse que commande le par. 15(1) de la *Charte*, le demandeur ne doit pas seulement démontrer l'existence d'une simple distinction dans la *Loi*, mais également d'une forme de désavantage en découlant. Puisque la *Loi* se compose de distinctions qui peuvent affecter un groupe formé essentiellement de femmes, il serait absurde qu'une démarche axée sur les effets discriminatoires ne traite pas d'emblée de la question du désavantage engendré par une ou plusieurs de ces distinctions, à tout le moins *prima facie*. L'équité salariale applicable aux entreprises privées est une création du législateur québécois et ne jouit d'aucun statut constitutionnel. Il n'y a pas lieu de comparer les modifications de la *Loi* à sa version antérieure. Adopter cette démarche aurait pour effet de constitutionnaliser un mécanisme procurant des avantages à un groupe visé par un motif

of other, equally valid, mechanisms. It would then no longer be open to the legislature to explore other avenues.

The employees in question have enjoyed a significant benefit. The *Act*, as a whole, creates a complete hybrid scheme that allows for a periodic review of compensation and provides a retroactive remedy in case of abuse. It thus addresses the problem of systemic discrimination in addition to, among others, that of intentional discrimination. The *Act's* ameliorative effect becomes clear when the situation is considered through the lens of the comparator group. Thus, employees in an enterprise that has fewer than 10 employees are excluded from the scope of the *Act* and do not benefit from a periodic audit of their compensation. They cannot use a complaint mechanism comparable to the one provided for in the *Act* should their employer modify their duties without taking into account the insidious factors at the root of the systemic discrimination from the standpoint of a correlative audit of their remuneration.

At the second step of the s. 15(1) analysis, it is necessary to determine whether the amendments are discriminatory by considering whether they respond to the actual capacities and needs of the members of the group or instead impose a burden or deny a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage. In this case, it has not been established that the measure has a discriminatory effect on the group. The state conduct does not widen — rather than narrowing — the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society. Contextual factors like the ones set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 — (1) a pre-existing disadvantage, (2) a correspondence with actual characteristics, (3) the impact on other groups and (4) the nature of the affected interest — are helpful in determining whether a particular distinction is discriminatory.

Although women face systemic discrimination in matters of compensation, the impugned sections do not perpetuate or reinforce the idea that women can be paid less simply because they are women. The *Act's* objective is to permanently eradicate pay inequities by establishing a maintenance mechanism in ss. 76.1 to 76.9. This new mechanism responds to the needs of the women concerned by effectively preventing abuse by employers and also by providing them with a periodic audit of their remuneration. The scheme established by the *Act* deals with only one ground of discrimination, namely sex, and applies to only a small portion of female employees in Quebec, those who hold positions in predominantly female job classes in

énuméré ou analogue au détriment d'autres mécanismes tout aussi valables. Il ne serait alors plus loisible au législateur d'explorer d'autres avenues.

Les salariées visées bénéficient d'un avantage considérable. Dans son ensemble, la *Loi* crée un régime complet hybride qui permet une révision périodique des salaires en plus d'offrir un recours en réparation rétroactive en cas d'abus. La *Loi* répond donc au problème de la discrimination systémique en plus de, notamment, répondre à celui de la discrimination intentionnelle. L'effet améliorateur de la *Loi* devient évident lorsque la situation est analysée sous le prisme du groupe comparateur. En effet, les salariées d'une entreprise comptant moins de 10 salariées sont exclues de l'application de la *Loi* et ne bénéficient pas d'une évaluation périodique de leur rémunération. Elles ne peuvent pas utiliser un mécanisme de plainte comparable à celui prévu à la *Loi* advenant que leur employeur modifie leurs tâches sans tenir compte des facteurs insidieux qui sont à l'origine de la discrimination systémique d'un point de vue de l'évaluation correlative de leur rémunération.

Dans le cadre du deuxième volet de l'analyse fondée sur le par. 15(1), il faut déterminer si les modifications sont discriminatoires en évaluant si elles répondent aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe ou si elles leur imposent plutôt un fardeau ou leur refusent un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes. En l'espèce, l'effet discriminatoire de la mesure sur le groupe n'a pas été établi. Les actes de l'État n'ont pas pour effet d'élargir — au lieu de le rétrécir — l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société. Les facteurs contextuels comme ceux établis dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, à savoir : (1) un désavantage préexistant, (2) la correspondance de la mesure avec les caractéristiques réelles, (3) l'effet sur d'autres groupes et (4) la nature du droit touché, sont utiles pour déterminer si une distinction particulière est discriminatoire.

Bien que les femmes font l'objet de discrimination systémique au chapitre de la rémunération, les articles contestés ne perpétuent pas, ni ne renforcent, l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes. La *Loi* a pour but d'éradiquer de façon permanente les iniquités salariales en mettant sur pied un mécanisme de maintien aux art. 76.1 à 76.9. Ce nouveau mécanisme répond aux besoins des femmes visées en ce qu'il empêche efficacement les abus de la part des employeurs, en plus d'offrir une évaluation périodique de leur rémunération. Le régime créé par la *Loi* ne vise qu'un seul motif de discrimination, soit celui fondé sur le sexe, et ne touche qu'une partie réduite des salariées

enterprises with 10 or more employees. There is no doubt that work is an important aspect of life and that, for many people, it is a large part of their identity. In enacting the *Act*, the Quebec legislature has recognized the nature of pay equity and its importance for women. However, the adopted measures have not constitutionally entrenched pay equity such that they would be impossible to modify.

Because it is the group to which an enumerated ground applies that is raising the discriminatory nature of the effects of a law whose specific object is the amelioration of conditions of the group's members, the s. 15(2) analysis must be deferred until after the entire s. 15(1) analysis has been completed. If a court were to follow the approach proposed in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, according to which it must be determined whether s. 15(2) applies before turning to the second step of the s. 15(1) analysis so as to make it unnecessary to conclude that the equality guarantee has been violated before saving the impugned measure, the effect would be to terminate the analysis prematurely. The order set out in *Kapp* should be followed in any situation in which the claimant is not a member of the group to which the law applies. In the instant case, even if it were to be held that the specific mechanism created by the statutory amendments can be considered discriminatory, the *Act* as a whole should be protected under s. 15(2). There is no doubt that the *Act* genuinely has the promotion and achievement of substantive equality as its object, as it provides for measures to combat systemic discrimination.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721;

au Québec, à savoir les femmes occupant des emplois dans des catégories d'emploi à prédominance féminine dans une entreprise comprenant 10 salariés ou plus. Il ne fait pas de doute que le travail est un aspect important de la vie et il représente pour bien des gens une grande partie de leur identité. Par le biais de la *Loi*, le législateur québécois reconnaît la nature de l'équité salariale et son importance pour les femmes. Toutefois, les mesures mises en place n'ont pas constitutionnalisés l'équité salariale au risque de rendre les mesures impossibles à modifier.

Puisque c'est le groupe visé par un motif énuméré qui soulève le caractère discriminatoire des effets d'une loi visant spécifiquement à améliorer la situation de ses membres, il faut déplacer l'analyse relative au par. 15(2), à la suite de l'analyse complète fondée sur le par. 15(1). Appliquer la méthode proposée dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, qui consiste à se pencher sur l'application du par. 15(2) avant de passer au second volet de l'analyse que commande le par. 15(1) afin d'éviter de conclure à une violation du droit à l'égalité avant de valider la mesure contestée, aurait pour effet de mettre fin prématurément à l'analyse. L'ordre de priorité établi dans l'arrêt *Kapp* doit être suivi dans toutes les autres situations où le demandeur ne fait pas partie du groupe visé par la loi. En l'espèce, même s'il fallait conclure que le mécanisme spécifique prévu dans les modifications législatives peut être qualifié de discriminatoire, l'ensemble de la *Loi* devrait être protégé par application du par. 15(2). En effet, il ne fait pas de doute que la *Loi* a pour objet véritable la promotion et l'atteinte de l'égalité réelle car elle met en place des mesures visant à combattre la discrimination systémique.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :** *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Québec (Procureur Général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Toronto Star*



*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906.

By Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting on the appeal)

*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657; *Québec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Pay Equity Act*, S.Q. 2009, c. 9, ss. 14, 23, 40.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, CQLR, c. C-12, ss. 10, 19, 49.1.  
*Charter of human rights and freedoms*, S.Q. 1975, c. 6, s. 19.  
*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2.  
*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 41.  
*Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 47.2.  
*Pay Equity Act*, CQLR, c. E-12.001, ss. 1, 4, 16, 31, 34, 50, 76.1 to 76.9, 76.1, 76.3, 76.4, 76.5, 76.9, 101, 103.1 para. 2, 115 to 118.  
*Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43, ss. 1, 4, 16, 31, 34, 40 [am. 2006, c. 6, s. 7; rep. 2009, c. 9, s. 14], 41

*Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906.

Citée par les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents quant au pourvoi principal)

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6, art. 19.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 10, 19, 49.1.  
*Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 47.2.  
*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 11.  
*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41.  
*Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 2009, c. 9, art. 14, 23, 40.  
*Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43, art. 1, 4, 16, 31, 34, 40 [mod. 2006, c. 6, art. 7; abr. 2009, c. 9, art. 14], 41 [abr. *idem*], 42 [abr. *idem*], 43 [abr. *idem*],

[rep. *idem*], 42 [rep. *idem*], 43 [rep. *idem*], 50, 76.1 to 76.11 [ad. 2009, c. 9, s. 23], 76.1 [ad. *idem*], 76.3 [ad. *idem*], 76.4 [ad. *idem*], 76.5 [ad. *idem*], 76.9 [ad. *idem*], 100 [am. 2009, c. 9, s. 36], 101 para. 3 [ad. 2009, c. 9, s. 37], 103.1 para. 2 [ad. 2009, c. 9, s. 40], 115 [am. 2009, c. 9, s. 44] to 118.

### Treaties and Other International Instruments

Canada's declaration in respect of Article 11(1)(d) made upon ratification of the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Annex A, No. 20378, January 9, 1982, 1257 U.N.T.S. 496 [declaration withdrawn May 28, 1992, 1676 U.N.T.S. 554]. *Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value (No. 100)*, Can. T.S. 1973 No. 37.

*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 1249 U.N.T.S. 13, art. 11(1)(d).

### Authors Cited

Anker, Richard. "Theories of occupational segregation by sex: An Overview" (1997), 136 *Int'l Lab. Rev.* 315.

Bilson, Beth. "The Ravages of Time: The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act*" (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525.

Canada. Pay Equity Task Force. *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right*, Final Report. Ottawa, 2004.

Canada. Royal Commission on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.

Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa, 1970.

Cornish, Mary. "Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women's Work" (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 219.

McGill, Jena. "Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review" (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521.

Sharpe, Robert J. and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 2010.

50, 76.1 à 76.11 [aj. 2009, c. 9, art. 23], 76.1 [aj. *idem*], 76.3 [aj. *idem*], 76.4 [aj. *idem*], 76.5 [aj. *idem*], 76.9 [aj. *idem*], 100 [mod. 2009, c. 9, art. 36], 101 al. 3 [aj. 2009, c. 9, art. 37], 103.1 al. 2 [aj. 2009, c. 9, art. 40], 115 [mod. 2009, c. 9, art. 44] à 118.

*Loi sur l'équité salariale*, RLRQ, c. E-12.001, art. 1, 4, 16, 31, 34, 50, 76.1 à 76.9, 76.1, 76.3, 76.4, 76.5, 76.9, 101, 103.1 al. 2, 115 à 118.

### Table des traités et autres instruments internationaux

*Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (N° 100)*, R.T. Can. 1973 n° 37.

*Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1249 R.T.N.U. 24, art. 11(1)(d).

Déclaration du Canada au sujet de l'al. 11(1)(d) formulée lors de la ratification de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, annexe A, n° 20378, 9 janvier 1982, 1257 R.T.N.U. 496 [retrait de la déclaration le 28 mai 1992, 1676 R.T.N.U. 554].

### Doctrine et autres documents cités

Anker, Richard. « Theories of occupational segregation by sex : An Overview » (1997), 136 *Int'l Lab. Rev.* 315.

Bilson, Beth. « The Ravages of Time : The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act* » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525.

Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, 1970.

Canada. Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Canada. Groupe de travail sur l'équité salariale. *L'équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental*, rapport final, Ottawa, 2004.

Cornish, Mary. « Closing the Global Gender Pay Gap : Securing Justice for Women's Work » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 219.

McGill, Jena. « Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521.

Sharpe, Robert J. and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*,

Smith, Lynn, and William Black. “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Doyon and Gagnon JJ.A.), 2016 QCCA 1659, [2016] AZ-51331102, [2016] J.Q. n° 13251 (QL), 2016 CarswellQue 9477 (WL Can.), affirming in part a decision of Martin J., 2014 QCCS 149, [2014] AZ-51037193, [2014] J.Q. n° 319 (QL), 2014 CarswellQue 362 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed.

*Louis P. Bernier and Marc-André Boucher*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Denis Bradet*, for the respondents/appellants on cross-appeal Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque and Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc.

*Pierre Brun and Johanne Drolet*, for the respondents/appellants on cross-appeal Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau and Nancy Bédard.

*Annick Desjardins*, for the respondents/appellants on cross-appeal Syndicat des employé(e)s de l’Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d’intervention pour l’accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des

Montreal & Kingston, McGill-Queen’s University Press, 2010.

Smith, Lynn, and William Black. « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Rochette, Doyon et Gagnon), 2016 QCCA 1659, [2016] AZ-51331102, [2016] J.Q. n° 13251 (QL), 2016 CarswellQue 9477 (WL Can.), qui a confirmé en partie la décision du juge Martin, 2014 QCCS 149, [2014] AZ-51037193, [2014] J.Q. n° 319 (QL), 2014 CarswellQue 362 (WL Can.). Pourvoi principal rejeté, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents. Pourvoi incident rejeté.

*Louis P. Bernier et Marc-André Boucher*, pour l’appelante/intimée au pourvoi incident.

*Denis Bradet*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident l’Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque et le Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc.

*Pierre Brun et Johanne Drolet*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident la Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau et Nancy Bédard.

*Annick Desjardins*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident le Syndicat des employé(e)s de l’Université de Montréal, Sylvie Goyer, le Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, le Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, le Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, le Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, la Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, la Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, le Conseil d’intervention pour l’accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., l’Association des

psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet and Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ).

*S. Zachary Green and Courtney Harris*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

No one appeared for the interveners Conseil du trésor and Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (formerly known as Commission de l'équité salariale).

*Fay Faraday and Janet E. Borowy*, for the interveners the Equal Pay Coalition, the New Brunswick Coalition for Pay Equity and the Women's Legal Education and Action Fund.

*Andrew Raven, Andrew Astritis and Morgan Rowe*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

*Matthew Gapmann and Nathalie Léger*, for the intervener Centrale des syndicats du Québec.

*Colleen Bauman and Erin Moores*, for the interveners The Professional Institute of the Public Service of Canada, The Canadian Association of Professional Employees, The Association of Canadian Financial Officers and The Professional Association of Foreign Service Officers.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — In 1996, Quebec adopted a legislative scheme to address systemic wage discrimination against women. The *Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43 (now CQLR, c. E-12.001), set out a process of reporting, planning, comparison, evaluation and adjustment payments aimed at ensuring that employers provided equal pay for work of equal value. Once that goal — pay equity — had been achieved, the *Act* imposed a continuing obligation on employers to maintain it. And whenever employers failed to

psychologues du Québec, le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet et le Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ).

*S. Zachary Green et Courtney Harris*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Personne n'a comparu pour les intervenants le Conseil du trésor et la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (anciennement connue sous le nom de Commission de l'équité salariale).

*Fay Faraday et Janet E. Borowy*, pour les intervenants Equal Pay Coalition, La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Andrew Raven, Andrew Astritis et Morgan Rowe*, pour l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada.

*Matthew Gapmann et Nathalie Léger*, pour l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec.

*Colleen Bauman et Erin Moores*, pour les intervenants L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, L'Association canadienne des employés professionnels, L'Association canadienne des agents financiers et L'Association professionnelle des agents du Service extérieur.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — En 1996, le Québec a adopté un régime législatif pour remédier à la discrimination salariale systémique à l'égard des femmes. La *Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43 (maintenant RLRQ, c. E-12.001), établissait un processus de signalement, de planification, de comparaison, d'évaluation et de versement d'ajustements salariaux pour faire en sorte que les employeurs versent un salaire égal pour un travail de valeur égale. Une fois cet objectif atteint — l'équité salariale —, la *Loi* imposait

maintain pay equity, the *Act* gave employees the right to challenge the failure and have it fully remedied immediately.

[2] After 10 years, the Government of Quebec found that compliance with the *Act* had not met expectations. In 2009, it adopted the *Act to amend the Pay Equity Act*, S.Q. 2009, c. 9, which replaced the ongoing obligation to maintain pay equity with a system of mandatory audits every five years. When an audit revealed the failure to maintain pay equity, the employer was only required to rectify the wages going forward. Unless the employer acted arbitrarily or in bad faith, he or she was not required to compensate for wage inequities that emerged between audits.

[3] Several unions challenged the amendments on the basis that they violated the equality rights in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Quebec courts agreed, and parts of the legislative provisions amending the *Pay Equity Act* were struck down. The declaration of invalidity was suspended for one year.

[4] This is an appeal by Quebec, arguing that there is no breach of s. 15 of the *Charter*, and, if there is, it can be justified under s. 1. There was a cross-appeal by the unions seeking to have additional provisions declared unconstitutional.

[5] I agree with the Quebec courts and would dismiss both the appeal and the cross-appeal.

## I. Background

[6] The first Canadian efforts to close the gap between men and women's wages in the 1950s were called "equal pay for equal work" and focused on wage gaps between men and women in the same job. Because this approach failed to capture the systemic

aux employeurs l'obligation continue de maintenir cette équité. Elle conférerait aussi aux salariés le droit de contester toute omission des employeurs de maintenir l'équité salariale et d'obtenir qu'il soit sans délai remédié entièrement à la situation.

[2] Au bout de 10 années, le gouvernement du Québec a jugé que les attentes en matière de respect de la loi n'étaient pas satisfaites. En 2009, il a adopté la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 2009, c. 9, qui a remplacé l'obligation continue de maintenir l'équité salariale par un système d'évaluations obligatoires tous les cinq ans. Lorsqu'une évaluation révèle une omission de maintenir l'équité salariale, l'employeur est tenu de rectifier les salaires pour l'avenir seulement. À moins qu'il n'ait agi de façon arbitraire ou de mauvaise foi, celui-ci n'est pas tenu de verser des ajustements salariaux pour les iniquités salariales apparues entre les évaluations.

[3] Plusieurs syndicats ont contesté les modifications au motif qu'elles violaient les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les tribunaux du Québec ont accepté cet argument et ont invalidé certaines parties des dispositions législatives modifiant la *Loi sur l'équité salariale*. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période d'un an.

[4] Il s'agit d'un pourvoi interjeté par le Québec, qui soutient qu'il n'y a aucune violation de l'art. 15 de la *Charte*, et que, s'il y a effectivement une telle violation, celle-ci est justifiable au regard de l'article premier. Les syndicats ont formé un pourvoi incident dans lequel ils demandent que d'autres dispositions soient déclarées inconstitutionnelles.

[5] Je souscris aux conclusions des tribunaux du Québec et je suis d'avis de rejeter tant le pourvoi que le pourvoi incident.

## I. Contexte

[6] Les premiers efforts déployés par le Canada dans les années 1950 en vue de supprimer l'écart entre les salaires des hommes et des femmes — le principe dit du « salaire égal pour un travail égal » — portaient plus particulièrement sur les écarts salariaux entre

aspect of wage discrimination, it was replaced by the concept of “equal pay for work of equal value”, a wider and more nuanced strategy that recognized that since “women’s work” is valued less than “men’s work”, the pay and status are lower and the result is systemic wage discrimination (Beth Bilson, “The Ravages of Time: The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act*” (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525, at p. 526; Richard Anker, “Theories of occupational segregation by sex: An Overview” (1997), 136 *Int’l Lab. Rev.* 315; Mary Cornish, “Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women’s Work” (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 219, at pp. 223-25).

[7] Two Royal Commissions contributed to the revised approach which replaced “equal work” with “equivalent” work or work of “equal value”. The first, in 1970, was the ground-breaking *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. It noted the persistence of occupational segregation and systemic wage discrimination notwithstanding that there had been laws requiring equal pay for equal work since the 1950s (paras. 236-37). It recommended that “the concept of skill, effort and responsibility be used as objective factors in determining what is equal work” (para. 239 (emphasis deleted)), a recommendation that was ultimately reflected in s. 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Section 11 states, in part:

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

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

les hommes et les femmes exerçant les mêmes fonctions. Comme cette approche ne rendait pas compte de l’aspect systémique de la discrimination salariale, le concept de « salaire égal pour un travail égal » a été remplacé par celui de « salaire égal pour un travail de valeur égale », une stratégie plus large et plus nuancée qui reconnaît que, comme le « travail des femmes » est moins bien considéré que le « travail des hommes », le salaire et le statut des femmes sont moindres que ceux des hommes, et il en résulte une discrimination salariale systémique (Beth Bilson, « The Ravages of Time : The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act* » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525, p. 526; Richard Anker, « Theories of occupational segregation by sex : An Overview » (1997), 136 *Int’l Lab. Rev.* 315; Mary Cornish, « Closing the Global Gender Pay Gap : Securing Justice for Women’s Work » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 219, p. 223-225).

[7] Deux commissions royales d’enquête ont contribué à l’adoption de la nouvelle approche, soit celle ayant remplacé le concept de « travail égal » par celui de travail « équivalent » ou « de valeur égale ». La première a publié, en 1970, l’innovant *Rapport de la Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada*, dans lequel elle a souligné la persistance d’une ségrégation professionnelle et d’une discrimination salariale systémique malgré l’existence, depuis les années 1950, de lois exigeant un salaire égal pour un travail égal (par. 236-237). Elle y a recommandé que « l’on se serve des concepts de compétence, d’efforts et de responsabilités comme critères objectifs pour déterminer ce qu’est un travail égal » (par. 239 (caractères gras omis)), recommandation s’étant reflétée en fin compte à l’art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L’article 11 prévoit notamment ce qui suit :

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

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

[8] In 1984, the *Report of the Commission on Equality in Employment* concluded that “equal pay for work of equal value should be part of all employment equity programs” (p. 261). That meant adopting policies “looking at those jobs in which women predominate and comparing their wage rates with those . . . jobs at a comparable level in which men predominate. If a wage difference is found, it then becomes a question of trying to determine whether it is a legitimate or fair one” (p. 244). Leaving wage inequities in place makes women “the economy’s ordained shock absorbers” (p. 234).

[9] These recommendations reflected approaches found in international instruments. The International Labour Organization (ILO), for example, adopted its *Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value* (No. 100), Can. T.S. 1973 No. 37, in 1951, which imposed an obligation on ratifying states to apply the principle of “equal remuneration for men and women workers for work of equal value” (ratified by Canada in 1972). The same principle is embodied in Art. 11(1)(d) of the 1979 United Nations *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 1249 U.N.T.S. 13 (ratified by Canada in 1981).<sup>2</sup>

[10] In 1975, Quebec adopted s. 19 of its *Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1975, c. 6 (now CQLR, c. C-12), which states that “[e]very employer must, without discrimination, grant equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place.” The regime for

<sup>2</sup> At the time of ratification, Canada issued a declaration relating to Art. 11(1)(d) (see 1257 U.N.T.S. 496). That declaration was withdrawn in 1992 (see 1676 U.N.T.S. 554), but it stated that Canadian legislators “have addressed the concept of equal pay referred to in article 11(1)(d) by legislation which requires the establishment of rates of remuneration without discrimination on the basis of sex. The competent legislative authorities within Canada will continue to implement the object and purpose of article 11(1)(d) and to that end have developed, and where appropriate will continue to develop, additional legislative and other measures.”

[8] En 1984, dans le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, il a été recommandé que « l'égalité de salaire pour un travail de valeur égale soit prévue par tous les programmes d'équité en matière d'emploi » (p. 290). Cela signifiait qu'il fallait adopter des politiques permettant de « comparer les salaires dans les professions où les femmes prédominent, avec les salaires dans les professions de niveau comparable où les hommes sont majoritaires. Si l'on constate un écart de salaire, il faut alors déterminer s'il est justifié ou non » (p. 271). En maintenant les iniquités salariales, on se sert des femmes « pour amortir les avatars de l'économie » (p. 260).

[9] Ces recommandations reflétaient les approches utilisées dans certains instruments internationaux. L'Organisation internationale du Travail (OIT), par exemple, a, en 1951, adopté sa *Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale* (N° 100), R.T. Can. 1973 n° 37, laquelle imposait aux États l'ayant ratifiée l'obligation d'appliquer le principe de « l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale » (convention ratifiée par le Canada en 1972). Le même principe est consacré à l'al. 11(1)d) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* des Nations Unies de 1979, 1249 R.T.N.U. 24 (convention ratifiée par le Canada en 1981)<sup>2</sup>.

[10] En 1975, le Québec a adopté l'art. 19 de sa *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6 (maintenant RLRQ, c. C-12), qui prévoit que « [t]out employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un

<sup>2</sup> Lors de la ratification, le Canada a formulé une déclaration au sujet de l'al. 11(1)d) (voir 1257 R.T.N.U. 496). Cette déclaration a été retirée en 1992 (voir 1676 R.T.N.U. 554), mais elle indiquait que les législateurs canadiens « ont mis en pratique le concept de l'égalité de rémunération tel qu'il est envisagé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 11 en adoptant une législation qui prévoit la fixation des taux de rémunération sans discrimination fondée sur le sexe. Les autorités compétentes du Canada continueront à faire droit à l'objectif visé par l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 11, et à cette fin, elles ont mis au point et le cas échéant continueront à mettre au point de nouvelles mesures, législatives et autres. »

ensuring compliance with s. 19 relied on employee complaints to the Commission des droits de la personne. It proved to be ineffective.

[11] Quebec adopted a more proactive scheme in its 1996 *Pay Equity Act*. Section 1 of the *Act* sets out its purpose as being “to redress differences in compensation due to the systemic gender discrimination suffered by persons who occupy positions in predominantly female job classes”. Rather than relying on individual complaints, the *Act* imposed ongoing legal obligations on employers to measure and correct pay inequity, and set out processes for ensuring compliance with those obligations.

[12] The *Act* applies to all employers — public and private — with 10 or more employees.<sup>3</sup> Regardless of the number of employees, all employers must submit a report on the implementation of the *Act* in their enterprises (s. 4). Employers with between 10 and 49 employees are responsible for determining and making adjustments to “afford the same remuneration, for work of equal value” (s. 34). All employers with between 50 and 99 employees must create a pay equity plan (s. 31), which is required to contain, among other features, the identification of predominately female job classes, the methodology for comparison and valuation, and the terms and conditions for adjustment payments (s. 50). The largest employers (those with 100 or more employees) have to establish a pay equity committee with representation from their employees (s. 16).

[13] Under ss. 40 to 43, which have now been repealed, employers had a continuous obligation to

<sup>3</sup> Employees of employers with fewer than 10 employees who seek to redress pay inequities must still resort to complaints under s. 19 of the Quebec *Charter*. Conversely, employees covered by the *Pay Equity Act* are barred from pursuing complaints under the Quebec *Charter* and may only seek recourse under the processes set out in the *Pay Equity Act*.

travail *équivalent* au même endroit. » Le régime mis en place pour assurer le respect de cette disposition reposait sur les plaintes que les salariés pouvaient déposer devant la Commission des droits de la personne du Québec. Or, celui-ci s’est révélé inefficace.

[11] Le Québec a adopté un régime plus proactif dans sa *Loi sur l’équité salariale* de 1996. Suivant son article premier, cette loi a pour objet « de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l’égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d’emplois à prédominance féminine ». Plutôt que de s’en remettre aux plaintes individuelles, la *Loi* imposait aux employeurs des obligations légales continues pour ce qui est de mesurer et de corriger les iniquités salariales, et prévoyait des mécanismes pour assurer le respect de ces obligations.

[12] La *Loi* s’applique à tout employeur — du secteur public et du secteur privé — qui compte 10 salariés ou plus<sup>3</sup>. Quel que soit le nombre de salariés de l’entreprise, tout employeur doit produire une déclaration relative à l’application de la *Loi* dans son entreprise (art. 4). Les employeurs qui ont entre 10 et 49 salariés à leur service doivent déterminer et faire les ajustements salariaux nécessaires afin d’« accorder, pour un travail équivalent, la même rémunération » (art. 34). Tous les employeurs ayant entre 50 et 99 salariés à leur service doivent créer un programme d’équité salariale (art. 31), lequel doit comprendre notamment l’identification des catégories d’emplois à prédominance féminine, la méthode de comparaison et d’évaluation utilisée et les modalités de versement des ajustements salariaux (art. 50). Les plus importants employeurs (ceux de 100 salariés ou plus) doivent instituer un comité d’équité salariale au sein duquel leurs salariés sont représentés (art. 16).

[13] En vertu des art. 40 à 43, maintenant abrogés, les employeurs avaient l’obligation continue de

<sup>3</sup> Les salariés d’une entreprise de moins de 10 employés qui veulent faire corriger des iniquités salariales doivent encore recourir au processus de plainte fondé sur l’art. 19 de la *Charte* québécoise. À l’inverse, les salariés visés par la *Loi sur l’équité salariale* ne peuvent déposer de plainte en vertu de la *Charte* québécoise et peuvent uniquement demander réparation en recourant aux mécanismes prévus par la *Loi sur l’équité salariale*.



maintain pay equity and adjust compensation accordingly:

**40.** The employer shall, after adjustments in compensation have been determined or a pay equity plan has been completed, maintain pay equity in his enterprise.

In particular, the employer shall ensure maintenance of pay equity upon the creation of new positions or new job classes, the modification of existing positions or of the conditions applicable to existing positions and the negotiation or renewal of a collective agreement. When a collective agreement is being negotiated or renewed, the certified association concerned or, if applicable, the bargaining agent appointed under the Act respecting the process of negotiation of the collective agreements in the public and parapublic sectors (chapter R-8.2) shall also ensure that pay equity is maintained. [As amended by 2006, c. 6, s. 7.]

...<sup>4</sup>

**43.** Where, because of changed circumstances in the enterprise, the compensation adjustments or the pay equity plan are no longer appropriate to maintain pay equity, the employer shall make the modifications necessary to maintain pay equity.

[14] Section 40 confirmed that the obligation to maintain pay equity was triggered by certain changes in the circumstances of the enterprise, such as “the creation of new positions or new job classes, the

<sup>4</sup> Sections 41 and 42 set out specific situations in which the employer’s obligations continue notwithstanding changing circumstances. They stated, in part:

**41.** If, before the completion of a pay equity plan, an association is certified under the Labour Code to represent employees in the enterprise, obligations relative to the establishment of the plan remain unchanged.

...

**42.** The alienation of the enterprise or the modification of its juridical structure shall have no effect upon obligations relative to adjustments in compensation or to a pay equity plan, which shall be binding on the new employer.

Where two or more enterprises are affected by a modification of juridical structure by amalgamation or otherwise, the provisions of this Act which apply according to the size of the enterprise shall, in respect of the enterprise resulting from the modification, be determined to be those applicable to the enterprise which employed the greatest number of employees.

maintenir l’équité salariale et de faire les ajustements salariaux nécessaires :

**40.** L’employeur doit, après que des ajustements salariaux ont été déterminés ou qu’un programme d’équité salariale a été complété, maintenir l’équité salariale dans son entreprise.

Il doit notamment s’assurer de ce maintien lors de la création de nouveaux emplois ou de nouvelles catégories d’emplois, lors de modifications aux emplois existants ou aux conditions qui leur sont applicables ou lors de la négociation ou du renouvellement d’une convention collective. Lors de cette négociation ou de ce renouvellement, l’association accréditée en cause ou, le cas échéant, l’agent négociateur nommé en vertu de la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic (chapitre R-8.2) doit aussi s’assurer du maintien de l’équité salariale. [Modifié par 2006, c. 6, art. 7.]

...<sup>4</sup>

**43.** Lorsque, à la suite de changements survenus dans l’entreprise, les ajustements salariaux ou le programme d’équité salariale ne permettent plus d’assurer le maintien de l’équité salariale, l’employeur doit apporter les modifications nécessaires pour maintenir l’équité salariale.

[14] L’article 40 confirmait que l’obligation de maintenir l’équité salariale était déclenchée par certains changements dans l’entreprise, comme « lors de la création de nouveaux emplois ou de nouvelles

<sup>4</sup> Les articles 41 et 42 exposent des situations particulières dans lesquelles les obligations de l’employeur demeurent malgré des changements de circonstances. En voici un extrait :

**41.** Si, avant qu’un programme d’équité salariale ait été complété, une association est accréditée en vertu du Code du travail pour représenter des salariés de l’entreprise, les obligations relatives à l’établissement de ce programme demeurent inchangées.

...

**42.** L’aliénation de l’entreprise ou la modification de sa structure juridique n’a aucun effet sur les obligations relatives aux ajustements salariaux ou à un programme d’équité salariale. Le nouvel employeur est lié par ces ajustements ou ce programme.

Lorsque plusieurs entreprises sont affectées par une modification de structure juridique par fusion ou autrement, les modalités d’application de la présente loi qui tiennent compte de la taille de l’entreprise sont, pour l’entreprise qui résulte de cette modification, déterminées en fonction de l’entreprise qui comptait le plus grand nombre de salariés.

modification of existing positions or of the conditions applicable to existing positions and the negotiation or renewal of a collective agreement”. If such events occurred, an employer had to adjust compensation accordingly — and prospectively. The employer’s failure to maintain pay equity under ss. 40 to 43 was to be remedied based on a complaints process:

**100.** Upon receiving a complaint from an employee or a certified association representing employees in an enterprise alleging that pay equity is not being maintained in the enterprise, the Commission shall investigate the matter and determine, where applicable, the measures to be taken to correct the situation, including the establishment of a pay equity plan. Any required adjustments in compensation shall bear interest at the legal rate as of the time they should have been paid.

[15] As a result, the Pay Equity Commission had the duty to investigate complaints regarding employers’ failure to maintain pay equity. Where it found that the obligation to maintain pay equity had been breached, it had the power to order adjustments in compensation retroactive to the date on which pay inequity re-emerged.

[16] Despite specific deadlines set out in the *Act*, in the 10 years following its enactment, only 47 percent of employers had established a pay equity plan. Of the remainder, 38 percent had not initiated the process to establish such a plan. Faced with this widespread non-compliance, Quebec decided to reduce the employers’ obligation to maintain pay equity, in the hope that doing so would lead to better compliance. The result was the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*. There is no evidence before this Court about whether compliance has improved as a result of the amendments.

[17] The amendments at issue in this appeal are the following:

catégories d’emplois, lors de modifications aux emplois existants ou aux conditions qui leur sont applicables ou lors de la négociation ou du renouvellement d’une convention collective ». Lorsque de tels changements se produisaient, l’employeur était tenu de faire les ajustements salariaux nécessaires de façon prospective. Pour remédier à l’omission de l’employeur de maintenir l’équité salariale conformément aux art. 40 à 43, il fallait recourir au processus de plainte :

**100.** Sur réception d’une plainte d’un salarié ou d’une association accréditée représentant des salariés d’une entreprise alléguant que l’équité salariale n’est pas maintenue dans une entreprise, la Commission doit faire enquête et, le cas échéant, déterminer toute mesure qui doit être prise, y compris l’établissement d’un programme d’équité salariale, pour remédier au défaut. Les ajustements salariaux requis, le cas échéant, portent intérêt au taux légal à compter du moment où ils auraient dû être versés.

[15] La Commission de l’équité salariale avait donc le devoir d’enquêter sur les plaintes concernant l’omission de l’employeur de maintenir l’équité salariale. Si elle concluait qu’il y avait eu manquement à l’obligation de maintenir l’équité salariale, la Commission avait le pouvoir d’ordonner des ajustements salariaux rétroactivement à la date à laquelle l’iniquité salariale était réapparue.

[16] Malgré les échéances précises prévues par la *Loi*, 10 ans après l’adoption de celle-ci, seulement 47 p. 100 des employeurs avaient établi un programme d’équité salariale. Parmi ceux qui ne l’avaient pas fait, 38 p. 100 n’avaient pas entamé le processus visant à établir un tel programme. Devant l’ampleur du non-respect de la *Loi*, le Québec a décidé de réduire l’obligation des employeurs de maintenir l’équité salariale dans l’espoir qu’il les inciterait ainsi à respecter celle-ci davantage. Il a donc adopté en 2009 la *Loi modifiant la Loi sur l’équité salariale*. Notre Cour ne dispose d’aucune preuve sur la question de savoir si les modifications ont mené à un respect accru de la *Loi*.

[17] Les modifications en cause dans le présent pourvoi sont les suivantes :

- Sections 40 to 43 were repealed, abolishing the employers' continuous obligation to maintain pay equity;<sup>5</sup>
  - Sections 76.1 to 76.11 were added, requiring pay equity audits every five years and setting out a process for audits;<sup>6</sup> and
  - Section 103.1 para. 2 was added, preventing retroactive remedies for the period between audits.<sup>7</sup>
- Abrogation des art. 40 à 43, ayant pour effet d'abolir l'obligation continue des employeurs de maintenir l'équité salariale<sup>5</sup>;
  - Ajout des art. 76.1 à 76.11, qui exigent des évaluations tous les cinq ans du maintien de l'équité salariale et établissent un processus d'évaluation<sup>6</sup>;
  - Ajout de l'art. 103.1 al. 2, qui empêche l'octroi de réparations rétroactives pour la période comprise entre les évaluations<sup>7</sup>.

[18] Section 76.1 stipulates that once a pay equity plan is established, employers must conduct a pay equity audit in their enterprise every five years. After conducting the pay equity audit, the results must be posted for 60 days. The posting must include a summary of the audit process as well as a list of events leading to compensation adjustments. There is, however, no requirement that the audit posting include the date on which any pay inequity emerged (s. 76.3). Employees can request additional information within 60 days of the posting (s. 76.4).

[18] L'article 76.1 dispose que les employeurs doivent, après qu'un programme d'équité salariale a été établi, évaluer tous les cinq ans le maintien de l'équité salariale dans leur entreprise. Les résultats de cette évaluation doivent être affichés pendant 60 jours. L'affichage doit inclure un sommaire de la démarche retenue pour l'évaluation ainsi que la liste des événements ayant généré des ajustements. Il n'est cependant pas nécessaire que l'évaluation affichée indique la date à laquelle l'iniquité salariale est apparue (art. 76.3). Les salariés peuvent demander des renseignements additionnels dans les 60 jours qui suivent l'affichage (art. 76.4).

[19] Adjustments in compensation — plus interest — apply from the date of the posting (s. 76.5). No compensation adjustments can be assessed by the Pay Equity Commission *prior to* the date of the audit posting (s. 103.1 para. 2). If, however, an employer acts in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner, adjustments in compensation and interest apply from the date of that conduct (s. 76.9) and the Pay Equity Commission may make a determination to that effect (s. 101 para. 3).

[19] Les ajustements salariaux — majorés de l'intérêt — s'appliquent à compter de la date de l'affichage (art. 76.5). La Commission de l'équité salariale ne peut déterminer des ajustements salariaux *antérieurs* à la date de l'affichage de l'évaluation (art. 103.1 al. 2). Si, toutefois, un employeur agit de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, les ajustements salariaux et l'intérêt s'appliquent à compter de la date de cette conduite (art. 76.9) et la Commission de l'équité salariale peut tirer une conclusion en ce sens (art. 101 al. 3).

[20] The unions brought proceedings in the Quebec Superior Court seeking a declaration that these amendments violated s. 15 of the *Charter*.

[20] Les syndicats ont intenté une action devant la Cour supérieure du Québec en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que ces modifications violaient l'art. 15 de la *Charte*.

<sup>5</sup> By s. 14 of the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*.

<sup>6</sup> By s. 23 of the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*.

<sup>7</sup> By s. 40 of the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*.

<sup>5</sup> Par l'art. 14 de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009.

<sup>6</sup> Par l'art. 23 de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009.

<sup>7</sup> Par l'art. 40 de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009.

[21] The trial judge held that there was no inherent constitutional problem with Quebec's decision to repeal ss. 40 to 43 and impose in their place a system of periodic mandatory audits (2014 QCCS 149). But he agreed with the unions that the addition of s. 76.5 breached s. 15 of the *Charter* because the denial of retroactive payments for pay inequities that emerged in the period between audits led to significant financial losses for women and unduly perpetuated pay inequity. He also found s. 76.3 breached s. 15 because employers were not required to include the date of the changes in the audit posting, and therefore employees could not know when adjustments in compensation should start. The declaration of invalidity was suspended for one year.

[22] The Court of Appeal upheld the trial judge's finding that ss. 76.3 and 76.5 perpetuate disadvantage for women by preserving the pay inequity *status quo* and providing for up to five years of amnesty for employers (2016 QCCA 1659). In addition, it concluded that s. 103.1 para. 2, the provision precluding the Pay Equity Commission from ordering retroactive compensation, violated s. 15. It accepted for the sake of argument that the objective of the 2009 amendments was [TRANSLATION] "improving and strengthening a former scheme that had been ineffective, particularly where the maintenance of pay equity was concerned" (para. 85 (CanLII)), but held that ss. 76.3, 76.5 and, by implication, 103.1 para. 2 were neither rationally connected, minimally impairing, nor proportionate to that objective.

[23] I agree with the Court of Appeal that ss. 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 are unconstitutional.

## II. Analysis

[24] Section 15(1) of the *Charter* states:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of

[21] Selon le juge de première instance, il n'existait aucun problème inhérent de nature constitutionnelle dans la décision du Québec d'abroger les art. 40 à 43 et d'imposer à la place un système d'évaluations périodiques obligatoires (2014 QCCS 149). Il a toutefois convenu avec les syndicats que l'ajout de l'art. 76.5 portait atteinte à l'art. 15 de la *Charte* parce que le refus des paiements rétroactifs dans le cas des inéquités salariales apparues au cours de la période comprise entre les évaluations entraînait des pertes financières importantes pour les femmes et perpétuait indûment l'inéquité salariale. Il a aussi conclu que l'art. 76.3 violait l'art. 15 parce que les employeurs n'étaient pas tenus d'indiquer la date des changements dans les évaluations affichées et que les salariés ne pouvaient donc pas savoir quand les ajustements salariaux devaient commencer. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période d'un an.

[22] La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les art. 76.3 et 76.5 perpétuent un désavantage pour les femmes en préservant le statu quo concernant une inéquité salariale et en accordant aux employeurs une amnistie pouvant aller jusqu'à cinq ans (2016 QCCA 1659). Elle a en outre conclu que l'art. 103.1 al. 2 — la disposition qui empêche la Commission de l'équité salariale d'ordonner le versement rétroactif d'ajustements salariaux — violait l'art. 15. Pour les besoins de la discussion, elle a convenu que les modifications de 2009 avaient comme objectif « d'améliorer et de renforcer un régime antérieur inefficace, particulièrement en ce qui concerne le maintien de l'équité salariale » (par. 85 (CanLII)), mais elle a jugé que les art. 76.3 et 76.5 et, par voie de conséquence, l'art. 103.1 al. 2, n'étaient pas rationnellement liés à cet objectif, ne constituaient pas une atteinte minimale et n'étaient pas proportionnés à celui-ci.

[23] Je conviens avec la Cour d'appel que les art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 sont inconstitutionnels.

## II. Analyse

[24] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est libellé comme suit :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au

the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[25] Since *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court has emphasized substantive equality as the engine for the s. 15 analysis (*R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483; *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, [2015] 2 S.C.R. 548). The test for a *prima facie* violation of s. 15 proceeds in two stages: Does the impugned law, on its face or in its impact, create a distinction based on enumerated or analogous grounds? If so, does the law impose “burdens or den[y] a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating . . . disadvantage” (*Taypotat*, at paras. 19-20).

[26] The first step of the s. 15(1) analysis is not a preliminary merits screen, nor an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases. Rather, its purpose is to ensure that s. 15(1) of the *Charter* is accessible to those whom it was designed to protect. The “distinction” stage of the analysis should only bar claims that are not “intended to be prohibited by the *Charter*” because they are not based on enumerated or analogous grounds — which are “constant markers of suspect decision making or potential discrimination” (*Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 33; *Taypotat*, at para. 19, quoting *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8). The purpose, in other words, is to exclude claims that have “nothing to do with substantive equality” (*Taypotat*, at para. 19, quoting Lynn Smith and William Black, “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 336). For that reason it is not appropriate, at the first step, to require consideration of other factors — including discriminatory impact, which should be addressed squarely at the second stage of the analysis. The focus must remain on the *grounds* of the distinction.

même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[25] Depuis l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a insisté sur l’égalité réelle comme moteur de l’analyse fondée sur l’art. 15 (*R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483; *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548). Le critère pour savoir s’il y a violation *prima facie* de l’art. 15 comporte deux étapes : la loi contestée crée-t-elle, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, la loi impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accroître le désavantage » (*Taypotat*, par. 19-20)?

[26] La première étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* ne constitue ni une étape de filtrage initial sur le fond, ni un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques. Son objectif consiste plutôt à faire en sorte que les personnes que cette disposition est censée protéger puissent avoir accès à celle-ci. L’étape de la « distinction » ne devrait faire obstacle qu’aux demandes alléguant une distinction que la « *Charte* [ne] visait [pas] à interdire » parce que de telles demandes ne sont pas fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui sont « des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » (*Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 33; *Taypotat*, par. 19, citant *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8). Autrement dit, l’objectif consiste à exclure les demandes qui « n’ont rien à voir avec l’égalité réelle » (*Taypotat*, par. 19, citant Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 336). Pour ce motif, il ne convient pas, à la première étape de l’analyse, d’exiger la prise en compte d’autres facteurs — notamment l’effet discriminatoire, lequel devrait être examiné directement à la deuxième étape de l’analyse. L’analyse doit demeurer axée sur les *motifs* de la distinction.

[27] And when identifying the distinction and the grounds for it, this Court in *Withler* rejected a search for “mirror comparator” groups:

. . . a formal analysis based on comparison between the claimant group and a “similarly situated” group, does not assure a result that captures the wrong to which s. 15(1) is directed . . . What is required is not formal comparison with a selected mirror comparator group, but an approach that looks at the full context . . . [para. 40]

A mirror comparator group analysis “may fail to capture substantive inequality, may become a search for sameness, [and] may shortcut the second stage of the substantive equality analysis” (para. 60).

[28] At the second step of the s. 15(1) test, as this Court said in *Kapp* (at paras. 23-24) and *Withler* (at para. 66), it is not necessary or desirable to apply a step-by-step consideration of the factors set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, and no case since *Kapp* has applied one. The focus is not on “whether a discriminatory attitude exists”, or on whether a distinction “perpetuates negative attitudes” about a disadvantaged group, but rather on the discriminatory *impact* of the distinction (*Quebec v. A*, at paras. 327 and 330 (emphasis deleted)).

[29] As previously noted, the purpose of the *Pay Equity Act* is “to redress differences in compensation due to the systemic gender discrimination suffered by persons who occupy positions in predominantly female job classes”. The very premise underlying pay equity legislation is that women have suffered discrimination in the way they are compensated in the workforce. Pay equity legislation, such as the *Act* at issue here, accordingly targets women in redressing the pay discrimination they have suffered. And the impugned provisions target women, in more specific ways, to that end. They set out how deficiencies

[27] De plus, en établissant la distinction et les motifs sur lesquels elle repose, la Cour a, dans l’arrêt *Withler*, rejeté la recherche de groupes « de comparaison aux caractéristiques identiques » :

. . . une analyse formelle fondée sur une comparaison du groupe de demandeurs à un groupe « se trouvant dans une situation semblable » ne garantit pas la suppression du mal auquel le par. 15(1) vise à remédier [. . .] L’exercice requis n’est pas une comparaison formelle avec un groupe de comparaison donné aux caractéristiques identiques, mais une démarche qui tient compte du contexte dans son ensemble . . . [par. 40]

Une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques « ne permet pas toujours de détecter l’inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude [et] de court-circuiter le deuxième volet de l’analyse de l’égalité réelle » (par. 60).

[28] Comme l’a affirmé la Cour dans les arrêts *Kapp* (par. 23-24) et *Withler* (par. 66), il n’est pas nécessaire ni souhaitable, à la deuxième étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), d’examiner point par point les facteurs énoncés dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et, dans aucune affaire depuis l’arrêt *Kapp*, on ne l’a fait. L’accent est mis non pas sur la question de « savoir s’il existe une attitude [. . .] discriminatoire » ou si une distinction « perpétue une attitude négative » à l’endroit d’un groupe défavorisé, mais plutôt sur l’*effet* discriminatoire de la distinction (*Québec c. A*, par. 327 et 330 (italiques omis)).

[29] Comme nous l’avons vu, la *Loi sur l’équité salariale* a pour objet « de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l’égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d’emplois à prédominance féminine ». Le fondement même des mesures législatives en matière d’équité salariale est que les femmes ont été victimes de discrimination dans la façon dont elles sont rémunérées au travail. Les mesures législatives en matière d’équité salariale, telle la *Loi* en l’espèce, visent donc les femmes lorsqu’il s’agit de corriger la discrimination salariale qu’elles

in *women's* pay, in comparison to men, will be identified. They set out when *women* will — and will not — receive compensation for those inequities. And they set out the information that will — and will not — be made available about when those inequities emerge to the *women* who may need to challenge them. The impugned provisions therefore draw distinctions based on sex, both on their face and in their impact.

[30] Before turning to discriminatory impact, a brief word on s. 15(2). It has no application in cases such as this one. It states:

Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[31] Its purpose “is to save ameliorative programs from the charge of ‘reverse discrimination’” (*Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 41; *Kapp*). It protects ameliorative programs for disadvantaged groups from claims by those the program was not intended to benefit that the ameliorative program discriminates against them.

[32] In the case before us, on the other hand, the argument is that parts of an ameliorative scheme violate s. 15(1) because they have a discriminatory impact on women, the disadvantaged group the scheme was intended to benefit. Section 15(2) cannot bar s. 15(1) claims by the very group the legislation seeks to protect and there is no jurisprudential support for the view that it could do so.

ont subie. Et les dispositions contestées visent les femmes, de manières plus précises, à cette fin. Elles indiquent comment les lacunes du salaire versé aux *femmes*, par rapport à celui que touchent les hommes, seront identifiées. Elles prévoient quand les *femmes* recevront — et ne recevront pas — des ajustements salariaux pour ces iniquités. Elles énoncent aussi les renseignements auxquels pourront — et ne pourront pas — avoir accès les *femmes* susceptibles d’avoir besoin de contester les iniquités en question en ce qui a trait au moment où celles-ci sont apparues. Les dispositions contestées établissent donc des distinctions fondées sur le sexe tant à première vue que de par leur effet.

[30] Avant de me pencher sur l’effet discriminatoire, je me permets de brèves remarques sur le par. 15(2). Cette disposition ne s’applique pas dans des cas comme celui-ci. Elle se lit comme suit :

Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

[31] Elle a pour objet de « prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de “discrimination à rebours” » (*Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 41; *Kapp*). Elle met les programmes améliorateurs destinés aux groupes défavorisés à l’abri d’allégations selon lesquelles un programme améliorateur donné est discriminatoire à l’égard de personnes n’étant pas censées bénéficier de celui-ci.

[32] Dans l’affaire qui nous occupe, par contre, on prétend que certaines parties d’un régime améliorateur violent le par. 15(1) parce qu’elles ont un effet discriminatoire sur les femmes, le groupe défavorisé censé bénéficier du régime en question. Le paragraphe 15(2) ne saurait faire obstacle aux demandes fondées sur le par. 15(1) formulées par le groupe même que la loi vise à protéger, et rien dans la jurisprudence ne permet d’affirmer le contraire.

[33] And there can be no doubt that ss. 76.3, 76.5, and 103.1 para. 2 have a discriminatory impact, but not because these provisions differ from the previous legislation. I do not share the unions' view that once Quebec adopted ss. 40 to 43, it was constitutionally required to keep them on the books, so that any modification in the type or extent of protection afforded by those provisions would amount to a constitutional violation. To accept that submission in these circumstances would constitutionalize the policy choice embodied in the first version of the *Act*, improperly shifting the focus of the analysis to the *form* of the law, rather than its effects. Instead, there is a discriminatory impact because, assessed on their own and regardless of the prior legislative scheme, the impugned provisions perpetuate the pre-existing disadvantage of women. Section 76.5 stipulates that absent a showing of bad faith on the part of the employer pursuant to s. 76.9, adjustment payments are payable only from the date of the audit posting every five years. This has the effect of making the employer's pay equity obligation an episodic, partial obligation. Any pay inequities emerging during the five year period between audits go uncorrected until the next audit. Even when an audit reveals the emergence of pay inequity during the previous five years, s. 76.5 stipulates that only adjustment payments going forward are payable. As the trial judge and Court of Appeal found, this effectively gives an amnesty to the employer for discrimination between audits. And that amnesty is cemented by the addition of s. 103.1 para. 2 barring the Pay Equity Commission from assessing adjustment payments prior to the date of the posting.

[34] Further exacerbating the disadvantage created by s. 76.5 is the addition of s. 76.3, which, as the trial judge found, denies employees and unions the information they need to challenge decisions employers make as a result of pay equity audits. Section 76.3 requires employers to post the results of the audit, but not the date on which pay inequity emerged, thus

[33] De plus, il ne fait aucun doute que les art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 ont un effet discriminatoire, mais non pas parce que ces dispositions diffèrent des dispositions antérieures. Je ne partage pas le point de vue des syndicats selon lequel, après avoir adopté les art. 40 à 43, le Québec avait l'obligation constitutionnelle de les garder en vigueur, de sorte que toute modification du type ou de l'étendue de la protection offerte par ces dispositions équivaudrait à une violation constitutionnelle. Accepter cet argument dans les circonstances reviendrait à constitutionnaliser la décision de politique générale consacrée dans la première version de la *Loi* et, par le fait même, à axer indûment l'analyse sur la *forme* de la loi, plutôt que sur ses effets. Les dispositions législatives contestées ont plutôt un effet discriminatoire parce que, évaluées en elles-mêmes et sans égard au régime législatif antérieur, elles perpétuent le désavantage préexistant des femmes. L'article 76.5 prévoit qu'en l'absence d'une démonstration de mauvaise foi de l'employeur conformément à l'art. 76.9, les ajustements salariaux ne sont payables qu'à compter de la date de l'affichage de l'évaluation tous les cinq ans. Cela a pour effet de rendre épisodique et partielle l'obligation incombant à l'employeur en matière d'équité salariale. Les iniquités salariales qui apparaissent au cours de la période de cinq ans comprise entre les évaluations restent non corrigées jusqu'à la prochaine évaluation. Même lorsqu'une évaluation révèle l'apparition d'une iniquité salariale au cours des cinq années précédentes, l'art. 76.5 prévoit que les ajustements salariaux sont payables pour l'avenir seulement. Comme l'ont conclu le juge de première instance et la Cour d'appel, l'employeur se voit ainsi effectivement accorder une amnistie pour la discrimination entre les évaluations, amnistie cimentée par l'adjonction de l'art. 103.1 al. 2, qui interdit à la Commission de l'équité salariale de déterminer des ajustements salariaux antérieurs à la date de l'affichage.

[34] L'adjonction de l'art. 76.3 — disposition qui, comme l'a conclu le juge de première instance, prive les salariés et les syndicats de l'information dont ils ont besoin pour contester les décisions prises par les employeurs à la suite des évaluations du maintien de l'équité salariale — accentue davantage le désavantage créé par l'art. 76.5. L'article 76.3 exige que les



obscuring when adjustment payments ought to have been made and stripping the posting requirement of much of its meaning. Without information about when pay inequities emerge, employees are deprived of the evidentiary foundation for showing bad faith by the employer, which is the only route to obtaining retroactive compensation for inequities emerging between audits. And the absence of that information, in turn, puts the onus on employees or unions to make requests for information under s. 76.4, contradicting Quebec's stated purpose of making the scheme more proactive and effective. It is not at all clear that that process would guarantee complete and timely disclosure of the necessary information. There is, in other words, not only no right to challenge inequities in the period between audits, there is also, through s. 76.3, a provision that makes challenging audit results an opaque and difficult to access process.

[35] Sections 76.5 and 103.1 para. 2 of the *Act* permit compensatory adjustment payments for the years between audits only if the employer or the pay equity committee acted in bad faith. "Bad faith" is well understood in Quebec's labour and employment legislation. The wording used in s. 76.9 of the *Act* — the employer cannot "act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or exhibit gross negligence" — is the same as that in s. 47.2 of the Quebec *Labour Code*, CQLR, c. C-27. And this wording has been interpreted, notably by this Court in *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, very narrowly to mean only conduct involving "malicious intent" or that "exceed[s] the limits of discretion reasonably exercised" (para. 52). Applied here, it means that retroactive compensation is only available to sanction deliberate and improper behaviour in the conduct of mandatory audits, not the discrimination that may otherwise be revealed by the process. That means that once pay equity is achieved, any inequities that subsequently emerge before the next audit will be immune from remedial redress except where the claimants can prove *intentional*

employeurs affichent les résultats de l'évaluation, mais pas la date à laquelle est apparue l'iniquité, ce qui occulte le moment où les ajustements salariaux auraient dû être faits et dépouille en grande partie de son sens l'exigence de l'affichage. En l'absence de renseignements sur le moment où les iniquités salariales apparaissent, les salariés sont privés des éléments de preuve permettant d'établir la mauvaise foi de l'employeur, ce qui constitue la seule façon d'obtenir le versement rétroactif d'ajustements salariaux pour les iniquités apparues entre les évaluations. De plus, l'absence de tels renseignements impose quant à elle aux salariés ou aux syndicats le fardeau de faire des demandes de renseignements en application de l'art. 76.4, ce qui contredit l'objectif déclaré du Québec de rendre le régime plus proactif et plus efficace. Il n'est pas du tout clair que ce processus garantirait la communication en temps utile de tous les renseignements nécessaires. Autrement dit, non seulement il n'existe aucun droit de contester des iniquités pour la période comprise entre les évaluations, mais en plus, il y a, à l'art. 76.3, une disposition qui rend difficile d'accès et opaque le processus de contestation des résultats des évaluations.

[35] Les articles 76.5 et 103.1 al. 2 de la *Loi* permettent des ajustements salariaux pour les années comprises entre les évaluations uniquement si l'employeur ou le comité d'équité salariale a agi de mauvaise foi. La « mauvaise foi » est un concept bien connu dans les lois québécoises en matière de travail et d'emploi. Les termes utilisés à l'art. 76.9 de la *Loi* — selon lesquels l'employeur ne peut « agir de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave » — sont les mêmes que ceux employés à l'art. 47.2 du *Code du travail* du Québec, RLRQ, c. C-27. Et ceux-ci ont été interprétés, notamment par la Cour dans *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, de façon très étroite comme signifiant uniquement une conduite comportant une « intention malicieuse » ou qui « dépass[e] les limites de la discrétion raisonnablement exercée » (par. 52). Appliqué en l'espèce, cet énoncé signifie que le versement rétroactif d'ajustements salariaux n'est possible que pour sanctionner un comportement inapproprié et délibéré manifesté au cours des évaluations obligatoires, et non pas la discrimination

discrimination (that is, bad faith), an approach to discrimination long rejected by this Court and at odds with the purpose of pay equity legislation, namely, to remedy *systemic* discrimination. Further, s. 76.3 denies employees and unions the information they need to assess in a timely way — and possibly challenge — decisions employers make as a result of pay equity audits.

[36] I agree with the trial judge and the Court of Appeal that Quebec was entitled to change its approach to pay equity, but whatever legislation it enacted had to be constitutionally compliant. If, to point out just one example, s. 76.5 had required that adjustment payments be made from the date the pay inequity re-emerged, rather than from the date that the audit results were posted, then employers would not have a pay equity amnesty for the period between audits. And there would be no discriminatory impact.

[37] But the provisions at issue in this appeal have a discriminatory impact on the legislation's intended beneficiaries, resulting in a *prima facie* infringement of s. 15 of the *Charter*. The infringement occurs because when an audit reveals pay inequity, women are denied retroactive compensation and denied information required to assess and potentially challenge employer decisions.

[38] Although the scheme purports to address systemic discrimination, it in fact codifies the denial to women of benefits routinely enjoyed by men — namely, compensation tied to the value of their work. Men receive this compensation as a matter of course; women, under this scheme, are expected to endure five-year periods of pay inequity, and to receive equal

qu'est par ailleurs susceptible de révéler le processus. Par conséquent, une fois que l'équité salariale est atteinte, les iniquités subséquentes qui apparaissent avant l'évaluation suivante ne seront pas susceptibles de correction de nature réparatrice, sauf lorsque les demandeurs peuvent prouver qu'il y a eu discrimination *intentionnelle* (c'est-à-dire mauvaise foi), une conception de la discrimination que la Cour a rejetée depuis longtemps et qui va à l'encontre de l'objet des mesures législatives en matière d'équité salariale, à savoir remédier à la discrimination *systémique*. L'article 76.3 prive en outre les salariés et les syndicats des renseignements dont ils ont besoin pour évaluer en temps utile — et peut-être contester — des décisions que prennent les employeurs par suite des évaluations du maintien de l'équité salariale.

[36] Je souscris à l'opinion du juge de première instance et de la Cour d'appel voulant que le Québec pouvait modifier son approche en matière d'équité salariale, mais que toute mesure législative adoptée par celui-ci devait être conforme à la Constitution. Si, par exemple, l'art. 76.5 avait exigé que les ajustements salariaux s'appliquent à compter de la date de la réapparition de l'iniquité salariale, plutôt que de celle de l'affichage des résultats de l'évaluation, les employeurs n'auraient pas bénéficié d'une amnistie en matière d'équité salariale pour la période comprise entre les évaluations, et il n'y aurait pas eu d'effet discriminatoire.

[37] Cependant, les dispositions en cause dans le présent pourvoi ont un effet discriminatoire sur les personnes censées bénéficier de la loi, ce qui entraîne une violation *prima facie* de l'art. 15 de la *Charte*. Il y a violation parce que, lorsqu'une évaluation révèle l'existence d'une iniquité salariale, les femmes se voient refuser des ajustements salariaux rétroactifs et priver des renseignements nécessaires pour évaluer et peut-être contester les décisions de l'employeur.

[38] Bien qu'il soit censé remédier à la discrimination systémique, le régime codifie en fait le refus d'accorder aux femmes des avantages dont jouissent habituellement les hommes — à savoir une rémunération liée à la valeur de leur travail. Les hommes reçoivent cette rémunération comme si cela allait de soi; les femmes, suivant ce régime, sont quant à elles

compensation only where their employer voluntarily acts in a non-discriminatory manner, or where they can meet the heavy burden of proving the employer engaged in deliberate or improper conduct. The scheme thus places barriers along the path to equal pay for women. And it correspondingly tolerates undervaluation of women's work whenever women cannot clear the specific hurdle of proving that they should be paid equally not merely because they *are* equal, but because their employer acted improperly. Absent such behaviour, working women are told that they must simply live with the reality that they have not been paid fairly, even where a statutorily mandated audit has made that fact clear. In this way, the scheme, by privileging employers, reinforces one of the key drivers of pay inequity: the power imbalance between employers and female workers. By tolerating employer decision-making that results in unfair pay for women, the legislature sends a message condoning that very power imbalance, further perpetuating disadvantage.

[39] The impugned provisions, moreover, interfere with access to anti-discrimination law under s. 19 of the Quebec *Charter*, which guarantees the right to equal pay for work of equal value, and s. 10, which guarantees the right to gender equality more generally. The impugned provisions interfere with access to these rights because complaints covered by the *Pay Equity Act* must be dealt with exclusively in accordance with the provisions of that statute (see Quebec *Charter*, s. 49.1). The impugned provisions of the *Pay Equity Act* cut off access to any remedy for pay discrimination based on sex, except where there is evidence of bad faith. That means that, for women covered by the *Pay Equity Act*, s. 19's promise of pay equity is a right without a remedy, except for forward-looking adjustments every five years.

censées endurer des périodes de cinq ans d'iniquité salariale et recevoir une rémunération égale uniquement lorsque leur employeur agit volontairement de manière non discriminatoire, ou encore lorsqu'elles peuvent s'acquitter du lourd fardeau de prouver que celui-ci a eu une conduite délibérée ou inappropriée. Le régime fait donc obstacle à l'accès des femmes à l'équité salariale. De plus, corollairement, il tolère la sous-évaluation du travail des femmes chaque fois que celles-ci ne peuvent s'acquitter du fardeau particulier leur incombant de prouver qu'elles devraient être payées de façon égale non pas simplement en raison de *leur* égalité, mais parce que leur employeur a agi de façon inappropriée. En l'absence d'un tel comportement, on dit aux femmes sur le marché du travail qu'elles doivent tout simplement vivre avec le fait qu'elles ne sont pas payées équitablement, même lorsqu'une évaluation exigée par la loi a fait ressortir celui-ci clairement. De cette façon, le régime, en privilégiant les employeurs, renforce l'un des facteurs-clés de l'iniquité salariale : l'inégalité du rapport de force entre les employeurs et les travailleuses. En tolérant les décisions des employeurs qui entraînent des iniquités salariales pour les femmes, le législateur envoie le message selon lequel il ferme les yeux sur cette inégalité du rapport de force, perpétuant ainsi davantage le désavantage.

[39] De plus, les dispositions contestées entravent l'accès aux mesures antidiscrimination prévues à l'art. 19 de la *Charte* québécoise, qui garantit le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, et à l'art. 10, qui garantit le droit à l'égalité des sexes plus généralement. Les dispositions contestées entravent l'accès à ces droits parce que les plaintes visées par la *Loi sur l'équité salariale* doivent être réglées exclusivement suivant cette loi (voir l'art. 49.1 de la *Charte* québécoise). Les dispositions contestées de la *Loi sur l'équité salariale* empêchent l'accès à toute réparation pour la discrimination salariale fondée sur le sexe, sauf s'il y a preuve de mauvaise foi. En conséquence, pour les femmes visées par la *Loi sur l'équité salariale*, la promesse formulée à l'art. 19 concernant l'équité salariale est un droit non assorti d'une réparation, sauf en ce qui a trait aux ajustements prospectifs tous les cinq ans.

[40] In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, this Court found a breach of s. 15 based on the “denial of access to remedial procedures for discrimination” (para. 97). The same analysis applies here, despite the fact that the legislated denial of access takes the form of a periodic suspension of existing equality rights, rather than an outright exclusion from the statutory scheme. In both cases the discriminatory impact is obvious and significant. To provide no recourse for pay discrimination based on sex, denies substantive equality to working women, entrenching and perpetuating their pre-existing disadvantage (*Andrews*, at p. 183).

[41] Nonetheless, my colleagues imply that there is no breach of s. 15(1) of the *Charter* because the Quebec legislature did not *create* pay discrimination against women. No one has suggested that it did. But when the government passes legislation in a way that perpetuates historic disadvantage for protected groups, regardless of who caused their disadvantage, the legislation is subject to review for s. 15 compliance (*Vriend*, at para. 66).

[42] The result of finding that Quebec’s amendments breach s. 15 in this case is not, as Quebec suggests, to impose a freestanding positive obligation on the state to enact benefit schemes to redress social inequalities. Nor does it undermine the state’s ability to act incrementally in addressing systemic inequality. But s. 15 does require the state to ensure that whatever actions it *does* take do not have a discriminatory impact (*Vriend*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paras. 72-80). And there is no evidence to support the *in terrorem* view advanced by my colleagues that finding a breach would have a “chilling effect” on legislatures. That amounts to an argument that requiring legislatures to comply with *Charter* standards would have such an effect. Speculative concerns about the potential for inducing statutory timidity on the part of legislatures has never, to date, been an accepted analytic tool for deciding whether the Constitution has been breached. Legislatures understand that they are bound by the *Charter* and that the

[40] Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour a conclu à une violation de l’art. 15 en raison du « non-accès [. . .] aux recours » permettant d’obtenir réparation pour une discrimination (par. 97). La même analyse s’applique en l’espèce, malgré le fait que le non-accès prévu par la loi prend la forme d’une suspension périodique de droits à l’égalité existants plutôt que d’une exclusion totale du régime législatif. Dans les deux cas, l’effet discriminatoire est manifeste et important. Le fait de ne prévoir aucun recours pour la discrimination salariale fondée sur le sexe nie aux femmes sur le marché du travail le droit à l’égalité réelle, consacrant et perpétuant par le fait même leur désavantage préexistant (*Andrews*, p. 183).

[41] Mes collègues laissent néanmoins entendre qu’il n’y a aucune violation du par. 15(1) de la *Charte* parce que le législateur québécois n’a pas *créé* de discrimination salariale à l’endroit des femmes. Personne n’a dit qu’il l’avait fait. Toutefois, quand le gouvernement adopte une loi de manière à perpétuer un désavantage historique pour des groupes protégés, cette loi est assujettie à un examen de la conformité à l’art. 15, quel que soit l’auteur du désavantage (*Vriend*, par. 66).

[42] Contrairement à ce que fait valoir le Québec, conclure en l’espèce que les modifications apportées par cette province violent l’art. 15 n’a pas pour effet d’imposer à l’État une obligation positive distincte d’adopter des régimes de prestations visant à corriger des inégalités sociales. Une telle conclusion ne mine pas non plus la capacité de l’État à agir de manière graduelle pour s’attaquer aux inégalités systémiques. L’article 15 exige cependant que l’État veille à ce que toutes les mesures qu’il prend *effectivement* n’aient pas d’effet discriminatoire (*Vriend*; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 72-80). De plus, aucun élément de preuve n’étaye le point de vue *in terrorem* de mes collègues portant que le fait de conclure à une violation aurait un « effet paralysant » sur les législateurs. Cela équivaut à un argument selon lequel le fait d’exiger de ces derniers qu’ils se conforment aux normes établies dans la *Charte* aurait un tel effet. Des préoccupations de nature conjecturale quant à la possibilité d’inciter les législateurs à faire montre de timidité en matière

public expects them to comply with it. The courts are facilitators in that enterprise, not bystanders.

[43] This brings us to s. 1. To establish that the *prima facie* infringement of s. 15 is justified, Quebec has the burden of showing that the impugned changes have a pressing and substantial objective, and that the means chosen to achieve that objective are proportionate to it.

[44] I agree with the Court of Appeal that none of the impugned provisions can be justified under s. 1, but would approach the analysis somewhat differently, starting with ss. 76.5 and 103.1 para. 2.

[45] The first step is to identify the objective of the impugned changes and, in turn, to determine whether it is pressing and substantial. This Court has emphasized that “all steps of the *Oakes* test are premised on a proper identification of the objective of the impugned measure” (*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20, per Deschamps J.). Where a court finds that a specific legislative provision infringes a *Charter* right, the state’s burden is to justify *that limitation*, not the whole legislative scheme. Thus, the “objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144; *R. v. K.R.J.*, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 62).

[46] The objective of the measure to be considered in this case is therefore not the overall purpose of the 2009 changes, but rather the objective of the specific limitations in ss. 76.5 and 103.1 para. 2 preventing female employees from getting compensation for wage inequities that emerge during the period between five-year pay equity audits.

législative n’a jamais, jusqu’à maintenant, constitué un outil d’analyse reconnu pour décider s’il y a eu violation de la Constitution. Les législateurs comprennent qu’ils sont liés par la *Charte* et que la population s’attend à ce qu’ils se conforment à celle-ci. Les tribunaux sont des agents de facilitation, et non pas de simples spectateurs, dans cette entreprise.

[43] Cela nous amène à l’article premier. Pour établir que la violation *prima facie* de l’art. 15 est justifiée, le Québec a le fardeau de démontrer que les modifications contestées ont un objectif urgent et réel et que les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont proportionnés à celui-ci.

[44] Je conviens avec la Cour d’appel qu’aucune des dispositions contestées ne peut être justifiée au regard de l’article premier, mais j’aborderais l’analyse un peu différemment en examinant tout d’abord l’art. 76.5 et l’art. 103.1 al. 2.

[45] La première étape consiste à déterminer l’objectif des modifications contestées, puis à décider si celui-ci est urgent et réel. Notre Cour a insisté sur le fait que « tous les volets du test établi dans *Oakes* reposent sur une détermination appropriée de l’objectif de la mesure contestée » (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20, la juge Deschamps). Lorsqu’un tribunal conclut qu’une disposition législative donnée viole un droit garanti par la *Charte*, il incombe à l’État de justifier *cette restriction*, et non l’ensemble du régime législatif. Par conséquent, « [a]ux fins d’une analyse fondée sur l’article premier, l’objectif pertinent est l’objectif de la mesure attentatoire puisque c’est cette dernière et rien d’autre que l’on cherche à justifier » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144; *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 62).

[46] L’objectif de la mesure qui doit être examiné en l’espèce n’est donc pas l’objectif général des modifications de 2009, mais plutôt l’objectif des restrictions précises prévues à l’art. 76.5 et à l’art. 103.1 al. 2, qui empêchent les salariées d’obtenir des ajustements salariaux pour les iniquités salariales qui apparaissent au cours de la période de cinq ans comprise entre les évaluations du maintien de l’équité salariale.

[47] Quebec says the objective for the denial of compensation between the audits was to improve compliance by making the scheme more “realistic”. Its approach, it says, takes into account the difficulties inherent in the ongoing obligation to maintain pay equity, putting in place a scheme that is easier to administer and more effective. Quebec accordingly argues that one of the benefits of the 2009 changes is that it will be easier to identify pay inequities as a result of the mandatory audits. The constitutional challenge, however, is not to the periodic nature of audits, but to the fact that whatever inequity is revealed by them cannot be retroactively remedied. If Quebec’s s. 1 justification rises and falls on this contention, there is no rational connection between the infringement — the denial of retroactive compensation — and its stated objective.

[48] For the sake of completeness, however, I would address a somewhat more specific framing of Quebec’s objective for which it has not explicitly argued. Citing one of the unions’ experts, the Court of Appeal identified one possible reading of the purpose of the scheme as being to establish a [TRANSLATION] “compromise designed to avoid the financial and administrative burdens that retroactivity would represent for enterprises” (para. 84). By implication, lightening the burden through denial of retroactive payments would encourage more employers to voluntarily comply. I am prepared to accept that encouraging increased employer compliance can, in some circumstances, constitute a pressing and substantial objective.

[49] Turning to rational connection, the legislation was amended in 2009. Yet there is no empirical or other evidence to show how these amendments have advanced the goal of ensuring employer compliance or why denying retroactivity makes compliance easier. This makes the connection tenuous at best. Nonetheless, I am also prepared to accept that reducing the employer’s obligations can be seen, at a theoretical level, to be rationally connected to increased employer compliance.

[47] Le Québec affirme que l’objectif justifiant le refus des ajustements salariaux pour la période comprise entre les évaluations était d’accroître le respect de la loi en rendant le régime plus « réaliste ». Il a adopté une approche qui, affirme-t-il, tient compte des difficultés inhérentes à l’obligation continue de maintenir l’équité salariale et a mis en place un régime qui est plus facile à administrer et plus efficace. Le Québec soutient donc que l’un des avantages des modifications de 2009 est qu’il sera plus facile de repérer les iniquités salariales en raison des évaluations obligatoires. Cependant, la question constitutionnelle ne porte pas sur la nature périodique des évaluations, mais sur le fait que, quelle que soit l’iniquité que révèlent ces évaluations, on ne peut la corriger rétroactivement. Si la justification du Québec au regard de l’article premier repose sur cet argument, il n’y a aucun lien rationnel entre la violation — le refus des ajustements salariaux rétroactifs — et son objectif déclaré.

[48] Par souci d’exhaustivité, toutefois, j’examinerais une formulation un peu plus précise de l’objectif du Québec en faveur de laquelle il n’a pas explicitement plaidé. Citant l’un des experts des syndicats, la Cour d’appel a considéré que l’une des interprétations possibles de l’objectif du régime était d’établir un « compromis visant à éviter les lourdeurs financières et administratives que représenterait la rétroactivité pour les entreprises » (par. 84). Par voie de conséquence, le fait d’alléger ces lourdeurs en refusant les paiements rétroactifs encouragerait davantage d’employeurs à respecter volontairement la loi. Je suis disposée à reconnaître qu’encourager un respect accru de la loi par les employeurs peut, dans certaines circonstances, constituer un objectif urgent et réel.

[49] Pour ce qui est du lien rationnel, la loi a été modifiée en 2009. Il n’y a toutefois aucune preuve empirique ou autre pour établir la façon dont ces modifications ont favorisé la réalisation de l’objectif visant à assurer son respect par l’employeur, ou la raison pour laquelle le fait de refuser la rétroactivité facilite ce respect. Le lien est donc tout au plus ténu. Je suis néanmoins disposée à admettre que le fait de réduire les obligations de l’employeur peut être considéré, sur le plan théorique, comme étant rationnellement lié à un respect accru de la loi par l’employeur.

[50] But the justification starts to melt away at the minimal impairment stage. Quebec has not demonstrated in any way how the means it has chosen “impair the right . . . as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective” (*RJR-MacDonald*, at para. 160) or, put differently, the absence of “some other reasonable way for the legislature to satisfy the objective that would not impair the right or freedom at issue, or that would have less impact on the right or freedom” (Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), at p. 75).

[51] There is, in fact, virtually no evidence that other means of encouraging employer compliance — such as stricter enforcement of the *Pay Equity Act*’s requirements through the offence provisions contained within it — would be ineffective, if indeed Quebec’s objective was to improve compliance. The *Act*’s penalty provisions empower the relevant enforcement bodies to charge employers with offenses for failing to comply with their obligations, and to impose fines upon conviction (ss. 115 to 118). Yet there is *no* evidence that Quebec has engaged in any meaningful effort to enforce compliance by the employers who have not adopted pay equity plans or taken the steps towards achieving and maintaining pay equity required by the former provisions. Nor has Quebec provided any explanation for why there is no such evidence. All it has said, in effect, is that it had tried a scheme creating ongoing obligations to generate equitable pay for women, but since the scheme did not live up to the province’s expectations, a new scheme eliminating those obligations would be tried.

[52] Eliminating pay equity obligations except for adjustments every five years does not impair female employees’ equality rights as little as reasonably possible, it *suspends* their rights to be free from pay discrimination for five year intervals.

[50] Toutefois, la justification commence à se dissiper à l’étape de l’atteinte minimale. Le Québec n’a d’aucune façon démontré comment les moyens qu’il a choisis « restreignent le droit [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » (*RJR-MacDonald*, par. 160) ou, autrement dit, l’absence d’[TRADUCTION] « une autre manière raisonnable pour le législateur de répondre à l’objectif qui ne porterait pas atteinte au droit ou à la liberté en cause, ou qui aurait une conséquence moindre sur ce droit ou cette liberté » (Robert J. Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (5<sup>e</sup> éd. 2013), p. 75).

[51] En fait, si l’objectif du Québec était bel et bien d’accroître le respect de la loi, il n’y a virtuellement aucune preuve indiquant que d’autres façons d’encourager les employeurs à respecter la loi — comme une application plus rigoureuse des exigences prévues par la *Loi sur l’équité salariale* au moyen de ses dispositions qui créent des infractions — seraient inefficaces. Les dispositions pénales de la *Loi* habilent les organismes d’application de la loi concernés à accuser les employeurs d’infractions de non-respect de leurs obligations et à leur imposer des amendes en cas de déclaration de culpabilité (art. 115 à 118). Or, *aucune* preuve n’indique que le Québec a déployé un effort véritable pour veiller au respect de la loi par les employeurs qui n’ont pas adopté un programme d’équité salariale ou pris des mesures pour atteindre et maintenir l’équité salariale requise par les anciennes dispositions. Le Québec n’a pas non plus expliqué pourquoi une telle preuve n’avait pas été présentée. En fait, il s’est contenté de dire qu’il avait essayé un régime qui créait des obligations continues pour que les femmes obtiennent un salaire équitable, mais que, comme celui-ci n’avait pas répondu aux attentes de la province, il essaierait un nouveau régime qui élimine ces obligations.

[52] L’élimination des obligations en matière d’équité salariale, sauf pour ce qui est des ajustements tous les cinq ans, ne restreint pas aussi peu que cela est raisonnablement possible les droits à l’égalité des salariées, mais *suspend* leurs droits à la protection contre la discrimination salariale pour des intervalles de cinq ans.

[53] Moreover, if ensuring improved compliance is the objective, Quebec has failed to demonstrate that the law satisfies the “overall” balancing requirement of the s. 1 analysis. Lowering the bar for compliance may or may not mean that more employers will make the effort to comply, but not only is this “enticement” not minimally impairing of the right to be free from discriminatory compensation, its harms far outweigh its benefits. The harmful effects are to create barriers to access for equitable pay; the benefits are, at the moment, indiscernible and speculative given the absence of evidence.

[54] Lowering the bar in the hopes of compliance strikes me, in any event, as being inconsistent with respect for substantive equality. It is, to me, not unlike suggesting that if not enough employers comply with a duty to build ramps for employees with disabilities, the requirement of barrier-free workplaces will be replaced by an occasional duty to retrofit. In the meantime, access will be denied to many in the hopes that it will become available for some. This, aside from being disproportionately harmful to equality seekers, means that it is constitutionally permissible to suspend the equality rights of employees from time to time in order to encourage employers to fulfill their legal anti-discrimination obligations.

[55] Section 15 protects women from discrimination. Pay equity is a strategy that protects them from *compensation* discrimination. It is not an episodic right or an occasional right. The speculative suggestion that sacrificing that right in the hope of encouraging the possibility of better compliance, does not outweigh the harm caused by the limitation.

[56] Reducing employers’ obligations in the hopes of encouraging compliance subordinates the substantive constitutional entitlement of women to be

[53] De plus, si l’objectif est d’accroître le respect de la loi, le Québec n’a pas démontré que les mesures législatives satisfont à l’obligation de mise en balance « globale » de l’analyse fondée sur l’article premier. Baisser la barre pour encourager les employeurs à respecter la loi ne signifie pas nécessairement que davantage d’employeurs déploieront les efforts nécessaires pour respecter celle-ci; non seulement cette « incitation » ne porte pas atteinte de façon minimale au droit à la protection contre une rémunération discriminatoire, mais ses effets préjudiciables l’emportent largement sur ses effets bénéfiques. Ses effets préjudiciables consistent en la création d’obstacles à l’accès à un salaire équitable, alors que ses effets bénéfiques sont, pour le moment, non discernables et hypothétiques, étant donné l’absence de preuve à cet égard.

[54] Quoi qu’il en soit, baisser la barre dans l’espoir d’obtenir le respect de la loi me semble incompatible avec le respect de l’égalité réelle. C’est un peu, selon moi, comme affirmer que, si un nombre insuffisant d’employeurs respectent l’obligation de construire des rampes d’accès pour des employés handicapés, l’obligation de fournir des milieux de travail sans obstacles sera remplacée par une obligation occasionnelle de remise à niveau. Dans l’intervalle, on privera d’accès de nombreuses personnes dans l’espoir que cet accès deviendra possible pour certaines d’entre elles. En plus de causer un préjudice disproportionné aux personnes qui revendiquent l’égalité, cela signifie qu’il est permis sur le plan constitutionnel de suspendre à l’occasion les droits à l’égalité des salariés pour encourager les employeurs à remplir leurs obligations légales antidiscrimination.

[55] L’article 15 protège les femmes contre la discrimination. L’équité salariale est une stratégie qui leur assure une protection contre la discrimination *salariale*. Il ne s’agit pas d’un droit épisodique ou occasionnel. La proposition conjecturale selon laquelle le fait de sacrifier ce droit dans l’espoir d’encourager un respect accru possible de la loi ne l’emporte pas sur le préjudice causé par la restriction.

[56] Réduire les obligations des employeurs dans l’espoir d’encourager ceux-ci à respecter la loi subordonne le droit substantiel d’ordre constitutionnel des



free from discrimination in compensation to the willingness of employers to comply with the law. It sends the policy message to employers that defiance of their legal obligations under the *Act* will be rewarded with a watering-down of those obligations. And it sends the message to female workers that it is they who must bear the financial burdens of employer reluctance. Any benefits of that approach are outweighed by its harmful impact on the very people whom this pay equity scheme was designed to help. This overall disproportionate harm means the infringement caused by ss. 76.5 and 103.1 para. 2 cannot be justified under s. 1.

[57] As for s. 76.3, which excludes from the information required in the audit posting the date when pay inequities re-emerged, the justifications analysis fails at every step. Quebec has not offered any specific pressing and substantial objective. Nor, in fact, has it provided any explanation for the exclusion of this information other than to say that it is not relevant information under the new scheme, which only requires adjustments to be made every five years. Since the five year gap between remedial compensation has been found to be unconstitutional earlier in these reasons, the date on which pay inequities re-emerge is plainly relevant information.

[58] I would therefore dismiss Quebec's appeal with costs.

[59] As for the cross-appeal, both the trial judge and the Court of Appeal held that the unions did not meet their onus of proving the unconstitutionality of the provisions in the 2009 *Act to Amend the Pay Equity Act* that repealed ss. 40 to 43 of the *Pay Equity Act* (the continuing obligation to maintain pay equity). I agree. As previously noted, it was open to Quebec to opt for a regime establishing periodic review of the maintenance of pay equity. The s. 15 infringement occurs because of the suspension of women's equality rights during the five-year period

femmes de ne pas faire l'objet de discrimination salariale à la volonté des employeurs de respecter la loi. Cela envoie aux employeurs un message de politique générale selon lequel le non-respect des obligations légales qui leur incombent en application de la *Loi* sera récompensé par une diminution de celles-ci. Les travailleuses pour leur part reçoivent comme message que c'est à elles de supporter le fardeau financier du manque d'empressement de l'employeur. Les effets préjudiciables de cette approche sur les personnes mêmes que le régime d'équité salariale vise à aider l'emportent sur ses effets bénéfiques. En raison de ce préjudice général disproportionné, la violation causée par l'art. 76.5 et l'art. 103.1 al. 2 ne saurait être justifiée au regard de l'article premier.

[57] Pour ce qui est de l'art. 76.3 — qui exclut des renseignements devant figurer dans l'évaluation affichée la date de la réapparition des iniquités salariales—, aucune des étapes de l'analyse relative à la justification n'est franchie. Le Québec n'a invoqué aucun objectif urgent et réel en particulier. En fait, il n'a pas non plus expliqué l'exclusion de ce renseignement, sauf pour dire que celui-ci n'est pas pertinent suivant le nouveau régime, lequel exige uniquement que des ajustements soient effectués tous les cinq ans. Étant donné la conclusion que j'ai tirée plus tôt dans les présents motifs selon laquelle l'intervalle de cinq ans entre le versement des ajustements salariaux réparateurs est inconstitutionnel, la date à laquelle les iniquités salariales réapparaissent constitue un renseignement manifestement pertinent.

[58] Je rejeterais donc le pourvoi du Québec avec dépens.

[59] Pour ce qui est de l'appel incident, tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont conclu que les syndicats ne s'étaient pas acquittés de leur fardeau de prouver l'inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009 qui ont abrogé les art. 40 à 43 de la *Loi sur l'équité salariale* (l'obligation continue de maintenir l'équité salariale). Je suis d'accord. Comme nous l'avons vu précédemment, il était loisible au Québec d'opter pour un régime d'évaluation périodique du maintien de l'équité salariale. Il y a

between audits, not because the maintenance review is periodic.

[60] The unions further argued in their cross-appeal that the scheme breached s. 15 because employees are not involved in the pay equity maintenance process. The unions have not, in my view, discharged their onus of proving that the lack of employee participation has a discriminatory impact in the circumstances of this case. After a careful review of the expert evidence, the trial judge concluded that what matters is the information available regarding maintenance, and not employee participation. The unions have not shown that the trial judge made a reviewable error in that assessment. As the Court of Appeal rightly stressed, the *Charter* does not constitutionalize a single model of pay equity regime. The focus must remain on discriminatory impact.

[61] The cross-appeal is therefore dismissed with costs.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ, BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

### I. Introduction

[62] Since the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force, the case law on the guarantee of equality provided for in s. 15 has undergone constant change owing to the fact that the conceptual boundaries of the guarantee are not clearly defined. In 1989, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. noted how delicate the task before the Court — defining the scope of the equality guarantee and proposing an effective approach to protecting it — would be. He characterized equality as “an elusive concept [that], more than any of the other rights and freedoms

violation de l’art. 15 en raison de la suspension des droits à l’égalité des femmes pendant la période de cinq ans comprise entre les évaluations, et non pas en raison du caractère périodique de l’évaluation de ce maintien.

[60] Les syndicats soutiennent également dans leur appel incident que le régime en cause porte atteinte à l’art. 15 du fait de la non-participation des salariés au processus relatif au maintien de l’équité salariale. Les syndicats ne se sont pas, à mon avis, acquittés de leur fardeau de prouver que cette non-participation avait un effet discriminatoire dans les circonstances de l’espèce. Après avoir examiné attentivement la preuve d’expert, le juge de première instance a conclu que ce qui compte ce sont les renseignements disponibles en ce qui a trait au maintien de l’équité salariale, et non pas la participation des salariés. Les syndicats n’ont pas démontré que le juge de première instance avait commis une erreur susceptible de contrôle dans cette appréciation. Comme la Cour d’appel l’a souligné à bon droit, la *Charte* ne constitutionnalise pas un modèle unique de régime d’équité salariale. L’analyse doit demeurer axée sur l’effet discriminatoire.

[61] Le pourvoi incident est donc rejeté avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LES JUGES CÔTÉ, BROWN ET ROWE (dissidents) —

### I. Introduction

[62] Depuis l’entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la jurisprudence relative au droit à l’égalité prévu à l’art. 15 a été en constante mouvance en raison de ses limites conceptuelles peu définies. En 1989, dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre a pris conscience de la délicatesse de la tâche qui incombait à la Cour, à savoir délimiter la portée du droit à l’égalité et proposer une méthode efficace pour protéger ce droit. Le juge McIntyre qualifiait alors le droit à l’égalité de « concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et

guaranteed in the *Charter* . . . lacks precise definition” (p. 164).

[63] Ten years later, in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, Iacobucci J. spoke of an almost inherent difficulty in the interpretation of s. 15 of the *Charter*. He stated that “[t]he quest for equality expresses some of humanity’s highest ideals and aspirations, which are by their nature abstract and subject to differing articulations. The challenge for the judiciary in interpreting and applying s. 15(1) of the *Charter* is to transform these ideals and aspirations into practice in a manner which is meaningful to Canadians and which accords with the purpose of the provision” (para. 2).

[64] In our opinion, the reasons of Abella J. do not reflect this quest for equality that has been required since *Andrews*. As is clear from the companion case of *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, Quebec has been a pioneer in the struggle against pay inequities in private sector enterprises in Canada. The amendments to the *Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43 (now CQLR, c. E-12.001) (“Act”), are one part of its efforts in that regard. From this perspective, it is profoundly unfair to Quebec society to claim that these amendments are unconstitutional given that what the province’s National Assembly has done is to replace an ineffective mechanism in order to ensure *real* maintenance of pay equity by means of a process of audits of an enterprise’s pay equity plan that are to be conducted every five years. The choice to adopt this measure, which in any event ameliorates the conditions of the employees in question in comparison with the former scheme, belongs to the elected representatives of Quebecers and not to this Court.

[65] At issue in this appeal is the nature of *Charter* rights. *Charter* rights are fundamentally *negative* in that they preclude the state from acting in ways that would impair them. They do not place the government under an obligation to act in order to obtain specific societal results such as the total and definitive eradication of gender-based pay inequities in private

libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise » (p. 164).

[63] Dix ans plus tard, dans l’affaire *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le juge Iacobucci évoquait la difficulté quasi inhérente qui réside dans l’interprétation de l’art. 15 de la *Charte*. Il soutenait que « [l]a recherche de l’égalité symbolise certains des idéaux et certaines des aspirations les plus élevés de l’humanité, lesquels sont par nature abstraits et soumis à différents modes d’expression. Le défi auquel fait face l’appareil judiciaire à l’égard de l’interprétation et de l’application du par. 15(1) de la *Charte* est de mettre en œuvre ces idéaux et ces aspirations d’une manière qui ait un sens pour les Canadiens et qui soit conforme à l’objet de cette disposition » (par. 2).

[64] Selon nous, les motifs de la juge Abella ne reflètent pas cette recherche de l’égalité qui s’impose depuis *Andrews*. Comme il appert du dossier connexe *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, le Québec a été un précurseur dans la lutte contre les iniquités salariales dans les entreprises privées au Canada. Les modifications à la *Loi sur l’équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43 (maintenant RLRQ, c. E-12.001) (« Loi »), s’inscrivent dans ces efforts. Dans un tel contexte, il est profondément inique vis-à-vis de la société québécoise de qualifier ces modifications d’inconstitutionnelles dans la mesure où l’Assemblée nationale du Québec a remplacé un mécanisme inefficace pour assurer le maintien *réel* de l’équité salariale par un processus d’évaluation quinquennal du programme d’équité salariale implanté dans les entreprises. Le choix d’adopter cette mesure qui, de toute façon, améliore la situation des personnes salariées visées par rapport à l’ancien régime, appartient aux élus québécois et non à notre Cour.

[65] Le présent pourvoi porte sur la question relative à la nature des droits conférés par la *Charte*. Fondamentalement, ces droits sont *négatifs* en ce qu’ils empêchent l’État d’agir d’une façon qui y porterait atteinte. Ils n’imposent aucune obligation au gouvernement d’agir de façon à obtenir certains résultats dans la société, comme l’éradication complète

sector enterprises. An interpretation of the *Charter* that imposed a *positive* obligation such as that would change its nature and confer on the courts the unusual responsibility of overseeing compliance with it. Yet that is the consequence of our colleague's interpretation. Although government policies or legislation respecting human rights may be designed to eliminate pay inequities in private sector enterprises, there is no constitutional obligation to that effect: *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, at para. 41.

[66] What the *Charter* is really intended to do is to protect substantive equality by, among other things, ensuring that government actions do not prevent members of enumerated or analogous groups from benefiting from measures that are available to the general public: *Andrews*, at p. 174; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 322-23. However, it does not create an obligation of result that applies when the legislature adopts measures that are specifically intended to narrow the gap between a group and the rest of society. The *Charter* does not compel the state to achieve equality in areas outside the government's sphere of activity, such as in private sector enterprises. Logically, if a measure intended to reduce inequality does not have the effect of exacerbating a pre-existing disadvantage faced by the group in the situation that would prevail without state intervention, it is constitutional. *A fortiori*, a measure that ameliorates the group's conditions is also consistent with the letter and the spirit of the *Charter*. As this Court has held, such a measure will in fact be *protected* under s. 15(2).

[67] There are a variety of socio-economic theories that advocate different visions of the appropriate way to redistribute economic benefits and the implementation of mechanisms to promote social justice. This Court's role is not to dictate the best way to achieve a social ideal or to comment on the appropriateness of policies underlying legislative enactments: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 496; see

et définitive des iniquités salariales fondées sur le sexe dans les entreprises privées. Donner à la *Charte* une interprétation qui impose une telle obligation *positive* transformerait sa nature et conférerait aux tribunaux la responsabilité inusitée d'en superviser le degré de conformité. C'est pourtant la conséquence qui découle de l'interprétation de notre collègue. Même si des politiques gouvernementales ou des lois visant la protection des droits de la personne peuvent avoir pour objet l'élimination des iniquités salariales dans les entreprises privées, il ne s'agit pas d'une obligation constitutionnelle : *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, par. 41.

[66] En réalité, la *Charte* vise à protéger l'égalité réelle, notamment en faisant en sorte que les actions gouvernementales n'empêchent pas les membres des groupes énumérés ou analogues d'avoir accès à des mesures qui bénéficient à la population en général : *Andrews*, p. 174; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 322-323. Cependant, elle n'impose pas une obligation de résultat lorsque le législateur met en place des mesures visant précisément à rétrécir l'écart entre le groupe et le reste de la société. La *Charte* n'a pas pour effet de contraindre l'État à atteindre l'égalité dans les secteurs qui ne relèvent pas du domaine d'activité du gouvernement, par exemple dans les entreprises privées. En toute logique, si la mesure visant à réduire l'inégalité n'a pas pour effet d'accentuer le désavantage préexistant dont le groupe fait l'objet, par rapport à la situation qui existerait en l'absence de l'intervention de l'État, la mesure est constitutionnelle. À plus forte raison, la mesure améliorant la situation du groupe respecte également la lettre et l'esprit de la *Charte*. Selon les enseignements de notre Cour, cette mesure sera d'ailleurs *protégée* par l'application du par. 15(2).

[67] Diverses théories socio-économiques prônent des visions différentes quant à la méthode appropriée de redistribution des avantages économiques et la mise en place de mécanismes ayant pour but de promouvoir la justice sociale. Notre Cour n'a pas le mandat de dicter le meilleur moyen d'atteindre un idéal social, ni celui de se prononcer sur la pertinence des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois : *Renvoi*

also the reasons of Rothstein and Wagner JJ., dissenting in part, in *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at paras. 116-18.

[68] In sum, we cannot subscribe to the reasoning proposed by Abella J., since we do not find that the gap between the employees to whom the Act applies and the rest of society has widened as a result of the enactment of the statutory amendments at issue. In this regard, she errs in adopting a strict interpretation of ss. 76.9 and 101 of the Act that limits their true scope. Correlatively, the Act does not *perpetuate* pre-existing disadvantages.

## II. Analysis

### A. *Analytical Framework for Section 15(1)*

[69] The most recent pronouncement on the proper analytical approach under s. 15(1) of the *Charter* was in *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548. The analysis has two steps.

[70] At the first step, it must be determined whether a law, on its face or in its impact, creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground: *Taypotat*, at para. 19. To establish this, the claimant must show that the law at issue has a disproportionate effect on him or her based on membership in an enumerated or analogous group: *Taypotat*, at para. 21. In terms of proof, it will generally suffice to show that the law has “a disproportionately negative impact on a group or individual that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds”: *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 64. In this regard, we agree with LeBel J., who, in *Quebec v. A*, correctly explained the approach to take at the first step:

Thus, the claimant can show that the impugned law creates a distinction directly by imposing limitations or disadvantages on the basis of an enumerated or analogous ground: see, *inter alia*, *Miron*, at para. 131; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769, at para. 52;

*sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 496; voir aussi les motifs des juges Rothstein et Wagner, dissidents en partie, dans *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 116-118.

[68] En somme, nous ne pouvons souscrire à l'analyse proposée par la juge Abella puisque nous considérons que l'écart entre les salariées visées par la Loi et le reste de la société ne s'est pas agrandi suivant l'adoption des modifications législatives à l'étude. À cet égard, elle fait erreur en adoptant une interprétation stricte des art. 76.9 et 101 de la Loi qui limite leur portée réelle. Corrélativement, la Loi ne *perpétue* pas de désavantages préexistants.

## II. Analyse

### A. *Cadre analytique du par. 15(1)*

[69] L'énoncé le plus récent quant à l'analyse que commande le par. 15(1) de la *Charte* figure dans l'arrêt *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548. L'analyse comporte deux volets.

[70] Au premier volet, il faut examiner si, à première vue ou par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue : *Taypotat*, par. 19. Pour l'établir, le demandeur doit démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue : *Taypotat*, par. 21. Au niveau de la preuve, il suffit généralement de démontrer que la loi produit « un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues » : *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 64. À ce sujet, nous partageons l'opinion du juge LeBel dans *Québec c. A*, qui énonce adéquatement la marche à suivre à la première étape :

Ainsi, le demandeur peut démontrer que la mesure contestée crée directement une distinction en imposant des restrictions ou des désavantages sur la base d'un motif énuméré ou analogue : voir notamment *Miron*, par. 131; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769,

*Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at para. 10. The same is true where the law restricts access to a fundamental social institution (*Law*, at para. 74) or imposes obligations that are not imposed on others (*Withler*, at para. 62). A claimant can also show that a law creates a distinction indirectly where, “although the law purports to treat everyone the same, it has a disproportionately negative impact on a group or individual that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds”: *Withler*, at para. 64. At this stage, comparisons, if any, can help to demonstrate the existence of an adverse distinction. [para. 189]

[71] In our view, in the case at bar, the disadvantageous or prejudicial nature of the law, which is as a general rule considered at the second step of the s. 15(1) analysis, must instead be examined at the first step. At the first step, the Court is invited to engage in a comparative exercise. As McLachlin C.J. and Abella J. stressed, “[i]nherent in the word ‘distinction’ is the idea that the claimant is treated differently than others. Comparison is thus engaged, in that the claimant asserts that he or she is denied a benefit that others are granted or carries a burden that others do not, by reason of a personal characteristic that falls within the enumerated or analogous grounds of s. 15(1)”: *Withler*, at para. 62.

[72] By its nature, the Act entails distinctions that may affect a group consisting essentially of women. It would be absurd if an approach whose focus was on discriminatory *effects* did not deal first with the issue of the disadvantage resulting from one or more of those distinctions, at least on a *prima facie* basis.

[73] The second step is more onerous, as it requires proof that the disadvantage is *discriminatory* in that the law “fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage”: *Taypotat*, at para. 20.

par. 52; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 10. Il est de même lorsque la mesure restreint l'accès à une institution sociale fondamentale (*Law*, par. 74), ou impose des obligations qui ne s'appliquent pas à d'autres (*Withler*, par. 62). Le demandeur peut également faire état d'une distinction par effet indirect lorsque la mesure, « bien qu'elle prévoie un traitement égal pour tous, [...] a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues » : *Withler*, par. 64. Les comparaisons, s'il en est, peuvent contribuer, à cette étape, à démontrer l'existence d'une distinction désavantageuse. [par. 189]

[71] Selon nous, en l'espèce l'aspect désavantageux ou préjudiciable généralement traité au second volet doit être considéré au premier volet de l'analyse que commande le par. 15(1). Le premier volet invite la Cour à procéder à un exercice comparatif. Comme le soulignaient la juge en chef McLachlin et la juge Abella, « [i] ressort du mot “distinction” l'idée que le demandeur est traité différemment d'autrui. La comparaison entre donc en jeu, en ce sens que le demandeur prétend qu'il s'est vu refuser un avantage accordé à d'autres ou imposer un fardeau que d'autres n'ont pas, en raison d'une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré ou analogue visé par le par. 15(1) » : *Withler*, par. 62.

[72] De par sa nature, la Loi se compose de distinctions qui peuvent affecter un groupe formé essentiellement de femmes. Il serait absurde qu'une démarche axée sur les *effets* discriminatoires ne traite pas d'emblée de la question du désavantage engendré par une ou plusieurs de ces distinctions, à tout le moins *prima facie*.

[73] Le second volet est plus onéreux puisqu'il exige la démonstration que le désavantage est *discriminatoire* parce que la loi « ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur [refuse] un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes » : *Taypotat*, par. 20.

### B. *Review of Kapp and Cunningham*

[74] According to the principles that were laid down in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, and reaffirmed in *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 44, whether s. 15(2) applies should generally be determined before turning to the second step of the s. 15(1) analysis. In *Kapp*, the Court found that the advantage of dividing the analysis in this way was to make it unnecessary to conclude that the equality guarantee had been violated before saving the measure under s. 15(2):

In other words, once the s. 15 claimant has shown a distinction made on an enumerated or analogous ground, it is open to the government to show that the impugned law, program or activity is ameliorative and, thus, constitutional. This approach has the advantage of avoiding the symbolic problem of finding a program discriminatory before “saving” it as ameliorative, while also giving independent force to a provision that has been written as distinct and separate from s. 15(1). Should the government fail to demonstrate that its program falls under s. 15(2), the program must then receive full scrutiny under s. 15(1) to determine whether its impact is discriminatory.

(*Kapp*, at para. 40)

[75] In *Kapp*, the claimants, who were commercial fishers and mainly non-Aboriginal, were not members of the group to which an enumerated or analogous ground applied that benefited from the program’s advantages. The claimants were pleading reverse discrimination, arguing that the benefit resulting from a communal fishing licence granted to three Aboriginal bands violated s. 15 of the *Charter* (para. 1). It is true that in such circumstances, there is a certain advantage to not explicitly acknowledging that a measure has discriminatory effects on one or more groups to which it does not apply before concluding that those effects are justified by the objective of achieving substantive equality for another

### B. *Discussion au sujet des arrêts Kapp et Cunningham*

[74] Suivant les enseignements de l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, réaffirmé dans *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 44, c’est avant de passer au second volet de l’analyse que commande le par. 15(1) que l’on devrait généralement se pencher sur l’application du par. 15(2). Dans cette affaire, il a été déterminé que la fragmentation de l’analyse avait l’avantage d’éviter de conclure à une violation du droit à l’égalité avant de valider cette mesure en application du par. 15(2) :

En d’autres termes, une fois que l’auteur d’une demande présentée en vertu de l’art. 15 a établi l’existence d’une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement peut démontrer que la loi, le programme ou l’activité contesté apporte une amélioration et est donc conforme à la Constitution. L’avantage que présente cette approche est qu’elle permet d’éviter la difficulté symbolique d’avoir à juger un programme discriminatoire avant de le « valider » comme étant améliorateur, tout en permettant d’appliquer de façon indépendante une disposition qui a été formulée de façon séparée et distincte du par. 15(1). Si le gouvernement ne démontre pas que son programme relève du par. 15(2), ce programme doit alors faire l’objet d’un examen approfondi au regard du par. 15(1) afin de déterminer s’il a un effet discriminatoire.

(*Kapp*, par. 40)

[75] Dans *Kapp*, les demandeurs, des pêcheurs commerciaux pour la plupart non autochtones, ne faisaient pas partie du groupe visé par un motif énuméré ou analogue qui bénéficiait des avantages que procurait le programme. Les demandeurs plaident la discrimination à rebours et prétendaient que l’avantage procuré par le permis de pêche communautaire alloué à trois bandes autochtones violait l’art. 15 de la *Charte* (par. 1). Dans ce contexte, il est vrai qu’il existe un certain avantage à ne pas reconnaître explicitement que la mesure a des effets discriminatoires sur un ou plusieurs groupes non visés par cette dernière, mais que ces effets sont justifiés par l’objectif qu’un autre groupe défavorisé obtienne

group that is disadvantaged. In that situation, the proposed approach is not really problematic.

[76] In the case at bar, it is the group to which an enumerated ground applies that raises the discriminatory nature of the effects of a law whose specific object is the amelioration of conditions of the group's members. If the approach proposed in *Kapp* were applied, it would have the effect of terminating the analysis prematurely. It is not impossible or unimaginable that even though a law genuinely has the amelioration of a group's conditions as its object, its *effect* might be to widen the prejudicial and discriminatory gap in relation to the rest of society: J. McGill, "Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review" (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521. The group to which the measure or law applies would then find itself in a constitutional cul-de-sac: even though the effects of a government action would ultimately exacerbate the discrimination against the group, the courts would have to defer to the government because its intentions were benevolent. But such a situation would be contrary to the approach favoured by this Court in the equality context: *Andrews*, at p. 182; *Quebec v. A*, at para. 333.

[77] It is our opinion that such circumstances require us to defer the s. 15(2) analysis until after the entire s. 15(1) analysis has been completed. First of all, that will make it possible to determine whether the government action creates or perpetuates a discriminatory disadvantage. It is, obviously, not necessary to "save" a measure that does not violate s. 15. In addition, the second step of the s. 15(1) analysis will help in identifying the law's real object. Thus, if a law establishes mechanisms that create *no* benefit for the group, it probably does not genuinely have the amelioration of the group's conditions as its object. It will be more difficult to rule on this point if the law creates both benefits and disadvantages. Although the test remains objective, and deferential to the legislature's preferences, there is no question that the true effect of the measures the legislature adopts can be taken into account: *Kapp*, at para. 49.

l'égalité réelle. Dans un tel scénario, la démarche proposée ne pose pas de réel problème.

[76] Dans le dossier qui nous occupe, c'est le groupe visé par un motif énuméré qui soulève le caractère discriminatoire des effets d'une loi visant spécifiquement à améliorer la situation de ses membres. Appliquer la méthode proposée dans *Kapp* aurait pour effet de mettre fin prématurément à l'analyse. Il n'est pas impossible ou unimaginable qu'une loi ait pour objet véritable l'amélioration de la situation d'un groupe tout en ayant pour *effet* d'accroître l'écart préjudiciable et discriminatoire avec le reste de la société : J. McGill, « Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521. Le groupe visé par la mesure ou la loi se retrouverait alors dans un cul-de-sac constitutionnel. Ainsi, bien que les effets d'une action gouvernementale auraient pour conséquence d'exacerber la discrimination à laquelle un groupe fait face, les tribunaux devraient néanmoins faire preuve de déférence envers le gouvernement étant donné les bonnes intentions de ce dernier. Or, une telle situation irait à l'encontre de l'approche favorisée par notre Cour en matière d'égalité : *Andrews*, p. 182; *Québec c. A*, par. 333.

[77] Selon nous, un tel contexte nous force à déplacer l'analyse relative au par. 15(2), à la suite de l'analyse complète fondée sur le par. 15(1). D'une part, cela permet de déterminer si l'action gouvernementale crée ou perpétue le désavantage discriminatoire. De toute évidence, il n'y a pas lieu de « sauvegarder » une mesure qui ne viole pas l'art. 15. D'autre part, le second volet de l'analyse que commande le par. 15(1) permet d'enrichir la recherche de l'objet véritable d'une loi. En effet, une loi mettant sur pied des mécanismes qui ne créent *aucun* avantage pour le groupe n'a probablement pas comme objet véritable l'amélioration de sa situation. Il est plus difficile de se prononcer lorsque la loi crée à la fois des avantages et des désavantages. Bien que le critère demeure objectif et empreint de déférence à l'endroit des mesures législatives préférées par le législateur, il ne fait pas de doute que l'effet réel de celles-ci peut être considéré : *Kapp*, par. 49.



[78] Finally, the approach we recommend in this case is consistent with the combined effect of s. 15(1) and s. 15(2), namely to promote substantive equality: *Kapp*, at para. 16. It should be borne in mind that the Court acknowledged in *Kapp* that the test it was proposing at that time was only at an early stage in the development of the case law on s. 15(2) and that “future cases may demand some adjustment to the framework” (para. 41).

[79] In *Cunningham*, the Court was right to decline to alter the analytical framework for a group that was arguing that its exclusion from a program conferring a benefit on another group with characteristics similar to its own to which an enumerated ground applied was unconstitutional (para. 53). In that case, the claimants, who were members of the Peavine Métis settlement as well as being status Indians, were challenging the constitutional validity of certain provisions of the *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, that excluded status Indians from membership in any Métis settlement. They alleged, among other things, that they were deprived of the benefits of the program on the basis of race. We are of the view that in such cases in which a group or subset of a group is included under one of the enumerated or analogous groups but is otherwise excluded from the group to which the measure specifically applies, it will always be appropriate to follow the approach from *Kapp*, because the advantage of doing so will remain relevant.

[80] In sum, it is only where the claimant is a member of the group to which the law specifically applies that the s. 15(2) analysis should be deferred until after that of s. 15(1). In any situation in which the claimant is not a member of the group, the order set out in *Kapp* should be followed.

### C. First Step of the Section 15(1) Analysis

[81] In her reasons, Abella J. makes it seem a simple matter to determine whether the group is affected by an adverse distinction based on sex. In her opinion, this distinction is obvious, given that the purpose of the Act is to attempt to redress pay inequities that exist between men and women in the

[78] Finalement, la méthode que nous préconisons en l’espèce respecte l’effet combiné des par. 15(1) et (2), qui est de promouvoir l’égalité réelle : *Kapp*, par. 16. Il faut rappeler que, dans *Kapp*, la Cour a reconnu que le test alors mis de l’avant ne constituait qu’une étape embryonnaire dans le développement de la jurisprudence relative au par. 15(2) et qu’il pourrait se « révéler nécessaire, dans des affaires ultérieures, d’ajuster ce cadre d’analyse » (par. 41).

[79] Dans *Cunningham*, c’est à bon droit que notre Cour a refusé de modifier le cadre d’analyse dans le cas d’un groupe qui alléguait l’inconstitutionnalité de son exclusion d’un programme procurant un avantage à un autre groupe visé par un motif énuméré ayant des caractéristiques similaires (par. 53). Dans cette affaire, les demandeurs, qui étaient à la fois membres de l’établissement métis de Peavine et des Indiens inscrits, contestaient la constitutionnalité de certaines dispositions du *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, qui empêchaient les Indiens inscrits de devenir membres officiels de quelque établissement métis que ce soit. Ils alléguaient entre autres qu’ils étaient privés des avantages du programme en raison de leur race. Dans de tels cas de sous-inclusion d’un groupe ou d’un sous-groupe à un des groupes énumérés ou analogues mais autrement exclus du groupe visé spécifiquement par la mesure, nous sommes d’avis qu’il y a toujours lieu de suivre la démarche préconisée dans l’arrêt *Kapp* puisque l’avantage qu’elle procure demeure pertinent.

[80] En somme, c’est seulement lorsque le demandeur fait partie du groupe que la loi vise spécifiquement qu’il y a lieu de déplacer l’analyse que commande le par. 15(2) à la suite du par. 15(1). Dans toutes les autres situations où le demandeur ne fait pas partie du groupe, il faut suivre l’ordre de priorité établi dans l’arrêt *Kapp*.

### C. Premier volet du par. 15(1)

[81] À la lecture des motifs de la juge Abella, il peut sembler aisé de déterminer si le groupe subit une distinction désavantageuse fondée sur le sexe. Selon elle, cette distinction est évidente puisque le but de la Loi est de tenter de résoudre les iniquités salariales qui existent entre les hommes et les

workplace (Abella J.'s reasons, at para. 29). It is our view, however, that at this step of the analysis the claimant must show not only the mere existence of a distinction in the Act, but also a form of disadvantage flowing from that distinction.

[82] Abella J. asserts that the effects of the impugned measure should not be taken into account at the first step of the s. 15(1) analysis so as to avoid weeding out claims on technical bases. Yet this is not a mere formality or technical issue. What must be determined is whether the measure has any *effect* on the group. A claimant who is unable to show *prima facie* that a measure has disadvantageous effects has no chance of succeeding. This being said, “disadvantage” and “prejudice” are flexible concepts that can take many forms.

[83] Whether the effects of ss. 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 of the Act are disadvantageous is a complex question. Without imposing an unduly heavy burden at this first step of the analysis under s. 15(1) of the *Charter*, this question warrants further consideration. Our colleague has identified a distinction under s. 15(1), but in our view, her analysis is tainted in two ways. First, its effect is that any attempt at amelioration whose objectives are not achieved in their entirety would infringe s. 15(1). For the reasons set out below, we cannot subscribe to this position. Second, our colleague's negative depiction of the provisions notwithstanding, it is clear from a careful review of them that they are not actually disadvantageous.

[84] In the first place, Abella J.'s argument that the Act does not confer benefits but is instead a vehicle for upholding a fundamental right guaranteed by the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (“*Quebec Charter*”) may seem appealing. From that perspective, given that the Act's objective is in her view to raise compensation to the level of the advantaged group, that is, to the level of persons holding positions that fall into predominantly male job classes, the Act will almost inevitably be disadvantageous if this objective is not achieved *perfectly*,

femmes au travail (motifs de la juge Abella, par. 29). Pourtant, nous estimons à cette étape de l'analyse que le demandeur ne doit pas seulement démontrer l'existence d'une simple distinction dans la Loi, mais également d'une forme de désavantage en découlant.

[82] La juge Abella affirme que les effets de la mesure contestée ne devraient pas être pris en compte au premier volet de l'analyse relative au par. 15(1), de façon à éviter d'écarter des demandes en se basant sur des détails techniques. Or, cela ne constitue pas une simple formalité ou technicité. Il s'agit de déterminer si la mesure a un quelconque *effet* sur le groupe. Une demande qui ne peut démontrer *prima facie* la présence d'effets désavantageux est vouée à l'échec. Cela dit, les notions de « désavantage » et de « préjudice » sont souples et peuvent prendre plusieurs formes.

[83] La question de savoir si les effets des art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 de la Loi sont désavantageux est complexe. Sans imposer un fardeau indûment lourd à cette première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il y a lieu de se questionner davantage. Bien que notre collègue ait identifié une distinction au sens du par. 15(1), nous sommes d'avis que son analyse est viciée sur deux plans. Premièrement, il découle de l'analyse de notre collègue que toute tentative améliorative ne réalisant pas parfaitement ses objectifs porterait atteinte au par. 15(1). Pour les raisons que nous exposerons, nous ne pouvons nous rallier à cette position. Deuxièmement, malgré les efforts de notre collègue à dépeindre les dispositions péjorativement, un examen attentif de celles-ci montre clairement qu'elles ne sont pas, dans les faits, désavantageuses.

[84] D'une part, l'argument avancé par la juge Abella voulant que la Loi ne procure pas d'avantages, mais constitue plutôt un véhicule permettant le respect d'un droit fondamental garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »), peut sembler séduisant. Sous cet angle, comme l'objectif de la Loi serait d'atteindre le même traitement salarial du groupe favorisé, en l'espèce celui des personnes occupant des emplois tombant dans des catégories d'emploi à prédominance masculine, il est presque inévitable

since such a failure would have the effect of “perpetuating” the pre-existing disadvantage. However, although achieving pay equity is desirable in our society, the *Charter* does not confer constitutional status on the achievement or the maintenance of pay equity. What Abella J. does in criticizing the “episodic” and “partial” nature of the maintenance obligations provided for in the amendments to the Act (Abella J.’s reasons, at para. 33) and noting that the amendments “susp[en]d” the right of those women to be protected from pay discrimination during five-year intervals (Abella J.’s reasons, at para. 52) is in effect to constitutionally entrench pay equity. But pay equity for private sector enterprises is a creation of the Quebec legislature and does not have constitutional status.

[85] In passing, the respondents’ position must also be rejected, as they compare the amendments to the Act with the previous version of the Act. Such an approach would have the effect of constitutionally entrenching one mechanism that confers benefits on a group to which an enumerated or analogous ground applies, to the detriment of other, equally valid, mechanisms. It would then no longer be open to the legislature to explore other avenues. A legislature that wanted to experiment by, for example, conferring benefits that were less substantial or simply different would run the risk of having a majority of this Court question the validity of its measure. That would be an absurd outcome. Quebec’s amendments to the Act would be declared to be invalid, but a province that does not yet have similar legislation applicable to the private sector, such as Prince Edward Island, would be able to enact the Act at issue here word for word without having the constitutionality of its legislation questioned. The result would be to impose on Quebec, and on any province that has been a pioneer in the fight against pay inequities, obligations that are not imposed on the other provinces.

[86] Also, it is just as wrong for Abella J. to state that, for women to whom the Act applies, the promise of pay equity found in s. 19 of the Quebec *Charter* is a right without a remedy except once every five years (Abella J.’s reasons, at para. 39). Section 19

que la Loi soit désavantageuse si cet objectif n’est pas *parfaitement* réalisé, puisque cette lacune aurait pour effet de « perpétuer » le désavantage préexistant. Pourtant, bien que l’équité salariale soit souhaitable dans notre société, la *Charte* ne confère pas un statut constitutionnel à sa réalisation non plus qu’à son maintien. En critiquant le caractère « épisodique » et « partie[1] » des obligations de maintien prévues dans les modifications à Loi (motifs de la juge Abella, par. 33) et en signalant que ces mêmes modifications « suspendent » le droit des femmes à la protection contre toute discrimination salariale pour des intervalles de cinq ans (motifs de la juge Abella, par. 52), les propos de la juge Abella ont pour effet de constitutionnaliser l’équité salariale. Or, l’équité applicable aux entreprises privées est une création du législateur québécois et qui ne jouit d’aucun statut constitutionnel.

[85] Au passage, il faut aussi rejeter la position mise de l’avant par les intimés puisqu’ils comparent les modifications de la Loi à sa version antérieure. Adopter cette démarche aurait pour effet de constitutionnaliser un mécanisme procurant des avantages à un groupe visé par un motif énuméré ou analogue au détriment d’autres mécanismes tout aussi valables. Il ne serait alors plus loisible au législateur d’explorer d’autres avenues. Le législateur qui souhaiterait expérimenter en offrant par exemple des avantages moins importants ou simplement différents devrait courir le risque qu’une majorité de notre Cour remette en question le bien-fondé de sa mesure. Ce résultat serait inepte. Alors que le Québec verrait ses modifications à la Loi être déclarées invalides, une province n’ayant pas de loi similaire visant le secteur privé, comme l’Île-du-Prince-Édouard, pourrait adopter mot pour mot la Loi à l’étude, et la constitutionnalité de celle-ci ne serait pas mise en doute. Ce serait imposer au Québec, ainsi qu’à toute province ayant joué un rôle de précurseur dans la lutte aux iniquités salariales, des obligations qui ne sont pas imposées aux autres.

[86] D’autre part, il est tout aussi erroné pour la juge Abella d’affirmer que, pour les femmes visées par la Loi, la promesse d’équité salariale que l’on retrouve à l’art. 19 de la *Charte* québécoise est un droit sans recours, excepté à tous les cinq ans (motifs de la

para. 3 of the Quebec *Charter* expressly provides that “[a]djustments in compensation and a pay equity plan are deemed not to discriminate on the basis of gender if they are established in accordance with the Pay Equity Act”. Is it necessary to point out that the Quebec *Charter* does not have constitutional status?

[87] If it were necessary to take Abella J.’s reasoning further, it would have to be concluded that s. 19 of the Quebec *Charter* is also unconstitutional, as it provides for no remedy for employees working in enterprises with no male comparators. As for other employees, an inappropriate hurdle would be thrown in their way, as they would in that regard, too, bear the *heavy burden* (Abella J.’s reasons, at para. 38) of bringing an action and demonstrating that their employer does not grant “equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place”. Thus, it would have to be concluded that the Quebec *Charter* imposes a burden that men do not have to discharge. It is impossible for us to agree with this position.

[88] In any event, the benefits of the Act, as amended in 2009 (S.Q. 2009, c. 9), are clear. Let us begin by reading the provisions at issue that our colleague finds to be unconstitutional:

**76.3.** After conducting a pay equity audit, the pay equity audit committee, or the employer in the absence of such a committee, shall post the audit results for 60 days in prominent places easily accessible to employees. The posting shall include

- (1) a summary of the pay equity audit process;
- (2) a list of the events leading to compensation adjustments;
- (3) a list of the predominantly female job classes that are entitled to compensation adjustments;
- (4) the percentage or amount of the compensation adjustments to be paid; and

juge Abella, par. 39). L’article 19 al. 3 de la *Charte* québécoise prévoit explicitement que « [I]es ajustements salariaux ainsi qu’un programme d’équité salariale sont, eu égard à la discrimination fondée sur le sexe, réputés non discriminatoires, s’ils sont établis conformément à la Loi sur l’équité salariale ». Faut-il rappeler que la *Charte* québécoise ne jouit d’aucun statut constitutionnel?

[87] S’il fallait pousser le raisonnement de la juge Abella, il faudrait conclure que l’art. 19 de la *Charte* québécoise est aussi inconstitutionnel puisqu’il n’offre aucun recours aux salariés œuvrant dans des entreprises sans comparateur masculin. Quant aux autres salariés, une embuche inappropriée leur serait imposée puisqu’ils auraient encore le *lourd fardeau* (motifs de la juge Abella, par. 38) d’intenter un recours et de démontrer qu’ils ne bénéficient pas d’un « salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit ». Par conséquent, il faudrait conclure que la *Charte* québécoise impose un fardeau que les hommes n’ont pas à porter. Nous sommes en profond désaccord avec cette position.

[88] Dans tous les cas, le côté avantageux de la Loi, dans sa version modifiée en 2009 (L.Q. 2009, c. 9), est évident. Il convient d’abord de lire les dispositions en litige que notre collègue juge inconstitutionnelles :

**76.3.** Le comité de maintien de l’équité salariale ou, à défaut, l’employeur doit, lorsqu’il a évalué le maintien de l’équité salariale, en afficher pendant 60 jours les résultats dans des endroits visibles et facilement accessibles aux salariés. L’affichage doit inclure les éléments suivants :

- 1° un sommaire de la démarche retenue pour l’évaluation du maintien de l’équité salariale;
- 2° la liste des événements ayant généré des ajustements;
- 3° la liste des catégories d’emplois à prédominance féminine qui ont droit à des ajustements;
- 4° le pourcentage ou le montant des ajustements à verser;

(5) the posting date and information on the rights exercisable under section 76.4 and the time within which they may be exercised.

The pay equity audit committee, or the employer in the absence of such a committee, shall, by a means of communication likely to reach the employees, inform them of the posting and provide details such as the posting date, the posting period and how they may access its content.

**76.5.** Subject to the third paragraph of section 101, the compensation adjustments apply from the date that is the time limit for the new posting under the second paragraph of section 76.4.

Unpaid compensation adjustments shall bear interest at the legal rate from that date.

**103.1.** . . .

If the complaint was filed under section 100 in connection with a pay equity audit, the Commission may not determine compensation adjustments applicable prior to the date referred to in the first paragraph of section 76.5.

...

[89] Since the amendments came into force in 2009, the employees in question have enjoyed a significant benefit in comparison with the previous situation. That benefit takes the form of a periodic pay equity audit without their needing to exercise a remedy, and where applicable, a compensation adjustment for the future. This represents a major legislative change in direction. The former scheme was said to be “passive” in that it imposed only a general obligation not to discriminate on employers. It was left to employees to file complaints. Generally speaking, the “passive” legislation was harshly criticized, in part because it could result in significant emotional and financial costs as well as institutional delays: *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), at p. 238; on the experience under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, see Pay Equity Task Force, *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right* (2004), at pp. 97-106. The current mechanism, on the other hand, can be described as “proactive” in that it requires employers to periodically review remuneration practices and to disclose

5° sa date ainsi que les renseignements sur les droits prévus à l’article 76.4 et sur les délais pour les exercer.

Le comité de maintien de l’équité salariale ou, à défaut, l’employeur informe les salariés de l’affichage, par un mode de communication susceptible de les joindre, en indiquant notamment la date de l’affichage, sa durée et par quels moyens ils peuvent en prendre connaissance.

**76.5.** Sous réserve du troisième alinéa de l’article 101, les ajustements salariaux s’appliquent à compter de la date à laquelle l’affichage prévu au deuxième alinéa de l’article 76.4 doit avoir lieu.

À défaut d’être versés, ils portent intérêt au taux légal à compter de cette date.

**103.1.** . . .

À l’occasion d’une plainte portée en vertu des dispositions de l’article 100 concernant le maintien de l’équité salariale, la Commission ne peut déterminer des ajustements salariaux antérieurs à la date prévue au premier alinéa de l’article 76.5.

...

[89] Depuis l’entrée en vigueur des modifications en 2009, les salariées visées bénéficient d’un avantage considérable par rapport à la situation qui prévalait auparavant. Cet avantage prend la forme d’une évaluation périodique du maintien de l’équité salariale sans qu’elles n’aient à intenter quelque recours, et le cas échéant, d’un ajustement salarial pour le futur. Il s’agit d’un changement d’orientation législatif significatif. L’ancien régime était qualifié de « passif » puisque seule une obligation générale de ne pas discriminer était imposée aux employeurs. Il revenait aux salariées de porter plainte. De façon générale, les lois « passives » ont été durement critiquées, notamment en raison des coûts émotionnels et financiers importants qu’elles peuvent entraîner et de la lenteur institutionnelle : *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984), p. 263-264; sur l’expérience avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, voir Groupe de travail sur l’équité salariale, *L’équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental* (2004), p. 109-118. Le mécanisme actuel peut quant à lui être

information relevant to that exercise: C. Sheppard, *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), at p. 29. Thus, contrary to our colleague's position, the Act has not legislatively entrenched discrimination by imposing a mechanism that perpetuates it. Nor does the Act impose additional hurdles, quite the contrary.

[90] In addition, s. 76.9 of the Act provides that “[n]o employer . . . may, as regards the maintenance of pay equity, act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or exhibit gross negligence with regard to employees in the enterprise”. Section 101 para. 3 of the Act provides correlatively that “if an employer contravenes section 76.9, the Commission [de l'équité salariale, now the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail] may determine that the adjustments in compensation are payable from the date the contravention occurred”. A mechanism therefore exists to avoid creating a gap in the Act of which it might be possible to take deliberate advantage. With respect, our colleague Abella J. is in our view mistaken in concluding that the cumulative effect of the sections in issue is to give employers an “amnesty” in respect of compensation adjustments that would be required between the periodic audits (para. 33).

[91] It is also incorrect to say that s. 76.9 of the Act applies only in cases of discrimination that is *intentional* or in bad faith (Abella J.'s reasons, at para. 35). As we mentioned above, s. 76.9 also applies to *arbitrary* or *discriminatory* conduct. It is absurd to maintain that the mechanism provided for in the Act amounts to a form of toleration on the government's part of the undervaluation of women's pay (Abella J.'s reasons, at para. 38). The Act, when considered as a whole, creates a complete “hybrid” scheme that allows for a periodic review of compensation and provides a retroactive remedy in case of abuse. It thus addresses the problem of systemic discrimination in addition to, among others, that of intentional discrimination.

qualifié de « proactif » en ce qu'il oblige l'employeur à procéder à une révision périodique des conditions salariales et à divulguer les informations pertinentes à l'exercice : C. Sheppard, *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), p. 29. Ainsi, contrairement à ce qu'avance notre collègue, la Loi n'a pas législativement ancré la discrimination en imposant un mécanisme qui la perpétue. Elle n'impose pas non plus d'embûches additionnelles, au contraire.

[90] De plus, l'art. 76.9 de la Loi prévoit que « [l]'employeur [. . .] ne doit pas, en regard du maintien de l'équité salariale, agir de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés de l'entreprise ». Corrélativement, l'art. 101 al. 3 de la Loi prévoit que, « en cas de manquement de l'employeur à l'article 76.9, la Commission [de l'équité salariale, remplacée par la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail] peut déterminer que des ajustements salariaux sont dus à compter de la date de ce manquement ». Un mécanisme est donc en place pour éviter de créer une lacune dans la Loi dont il pourrait être possible de tirer délibérément avantage. À notre avis et avec respect, notre collègue la juge Abella fait fausse route lorsqu'elle conclut que l'effet cumulatif des articles à l'étude est d'accorder une « amnistie » pour les employeurs quant aux ajustements salariaux requis entre les évaluations périodiques (par. 33).

[91] Également, il est inexact, que l'art. 76.9 de la Loi ne s'applique qu'au cas de discrimination *intentionnelle* ou de mauvaise foi (motifs de la juge Abella, par. 35). Tel que mentionné précédemment, l'art. 76.9 couvre également les conduites *arbitraires* ou *discriminatoires*. Il est aberrant de soutenir que le mécanisme prévu par la Loi constitue une forme d'approbation gouvernementale de la sous-évaluation de la rémunération des femmes (motifs de la juge Abella, par. 38). Considérée dans son ensemble, la Loi crée un régime complet « hybride » qui permet une révision périodique des salaires en plus d'offrir un recours en réparation rétroactive en cas d'abus. La Loi répond donc au problème de la discrimination systémique en plus de, notamment, répondre à celui de la discrimination intentionnelle.

[92] Moreover, the Act's ameliorative effect becomes clear when the situation is considered through the lens of the comparator group. Although caution is required in choosing such a group, given that this choice could dictate the result of the analysis, an appropriate comparator group with identical characteristics does actually seem to exist. This Court has in fact never abandoned or proscribed the use of comparative evidence. It merely issued a warning against overly rigid formalism. In the circumstances of this appeal, the probative value of the comparative evidence, viewed from a contextual standpoint, outweighs that risk: *Withler*, at para. 65; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, at para. 23. What must be done is to compare the situation of employees in an enterprise that has 10 or more employees, to whom the Act accordingly applies, with that of employees in an enterprise that has fewer than 10 employees. The Act's beneficial effect then becomes apparent, as the latter employees do not benefit from a periodic audit of their compensation in conjunction with a remedy. They are protected only by s. 19 of the Quebec *Charter*, which provides for equal wages for equivalent work in the same workplace. Employees in an enterprise without a male comparator group and with fewer than 10 employees thus cannot use a complaint mechanism comparable to the one provided for in s. 101 should their employer modify their duties without taking into account the insidious factors at the root of the systemic discrimination from the standpoint of a correlative audit of their remuneration. So how can it be argued, focusing on the *effects* of the statutory amendments, that the Act has widened the gap between the employees in question and the rest of society or that the Act perpetuates discrimination?

[93] In the end, does the prospective effect of the compensation adjustments under s. 76.5 or the posting provided for in s. 76.3 really create an adverse distinction based on sex, as our colleague maintains? We have great difficulty accepting such a conclusion, although it is true that the Court has in the past ruled summarily on the first step of the s. 15(1) analysis despite the existence of a doubt as to the nature of the

[92] De surcroît, l'effet améliorateur de la Loi devient évident lorsque la situation est analysée sous le prisme du groupe comparateur. Bien qu'il faille faire preuve de prudence lors du choix d'un tel groupe, ce choix étant susceptible de dicter le résultat de l'analyse, il appert qu'un groupe de comparaison adéquat et aux caractéristiques identiques existe bel et bien. Notre Cour n'a d'ailleurs jamais abandonné ou pros crit l'utilisation de la preuve comparative. Elle a simplement émis une mise en garde contre le formalisme trop rigide. Dans les circonstances du présent pourvoi, la valeur probante de la preuve comparative, considérée de façon contextuelle, outre passe ce risque : *Withler*, par. 65; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, par. 23. Il s'agit en effet de comparer la situation des salariés œuvrant dans une entreprise comptant 10 salariés ou plus, et qui sont donc visés par la Loi, avec celle des salariés d'une entreprise comptant moins de 10 salariés. L'effet avantageux de la Loi apparaît dès lors, car les salariés d'une entreprise comptant moins de 10 salariés ne bénéficient pas d'une évaluation périodique de leur rémunération jumelée d'un recours en réparation. Ces salariés ne se voient offrir que la protection de l'art. 19 de la *Charte* québécoise, qui prévoit un salaire égal pour un travail équivalent dans un même milieu de travail. Ainsi, les salariés œuvrant dans une entreprise sans comparateur masculin qui compte moins de 10 salariés ne peuvent pas utiliser un mécanisme de plainte comparable à celui prévu à l'art. 101 advenant que leur employeur modifie leurs tâches sans tenir compte des facteurs insidieux qui sont à l'origine de la discrimination systémique d'un point de vue de l'évaluation correlative de leur rémunération. Comment alors prétendre, en se concentrant sur les *effets* des modifications législatives, que la Loi a agrandi l'écart entre les salariés visés et le reste de la société ou que la Loi perpétue la discrimination?

[93] Au final, l'effet prospectif des ajustements salariaux prévus à l'art. 76.5 ou de l'affichage visé à l'art. 76.3 crée-t-il vraiment une distinction désavantageuse fondée sur le sexe comme l'affirme notre collègue? Nous avons beaucoup de difficulté à adopter une telle conclusion bien que, par le passé, la Cour a statué sur le premier volet du par. 15(1) de façon sommaire malgré le doute qui subsistait

disadvantage: *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at para. 189. In our view, the second step of the analysis dispels any remaining doubt about the constitutional validity of the amendments.

#### D. *Second Step of the Section 15(1) Analysis*

[94] At the second step of the analysis under s. 15(1) of the *Charter*, it is necessary to determine whether the amendments are discriminatory by considering whether they respond to the actual capacities and needs of the members of the group or instead impose a burden or deny a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage: *Taypotat*, at para. 20; *Quebec v. A*, at para. 332; *Kapp*, at para. 17.

[95] We begin by distinguishing *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381. In that case, the employees had acquired a contractual right to a wage adjustment, which had had the effect of crystallizing that right, but that is not what happened in the instant case. Binnie J. noted that the legislature's adoption of a positive measure does not preclude it from repealing the legislation in question:

The respondent says that female workers have no right under s. 15(1) of the *Charter* to equal pay for work of equal value. What the government gave in 1988, the government could take away in 1991. It is true that in the ordinary course, legislative adoption of a remedial measure does not "constitutionalize" it so as to fetter its repeal: Reference re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 563. Here, however, the provincial government signed a Pay Equity Agreement on June 24, 1988 which changed the legal landscape by creating enforceable contractual rights to end pay discrimination by a procedure contractually binding on all of the parties. The Pay Equity Agreement was incorporated into the public sector collective agreements.

quant à la nature du désavantage : *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, par. 189. Le deuxième volet de l'analyse dissipe selon nous les doutes qui pourraient subsister quant à la validité constitutionnelle des modifications.

#### D. *Deuxième volet de l'analyse fondée sur le par. 15(1)*

[94] Dans le cadre du deuxième volet de l'analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il faut déterminer si les modifications sont discriminatoires en évaluant si elles répondent aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe ou si elles leur imposent plutôt un fardeau ou leur refusent un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes : *Taypotat*, par. 20; *Québec c. A*, par. 332; *Kapp*, par. 17.

[95] D'entrée de jeu, il y a lieu de distinguer *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381. Dans cette affaire, les employées avaient acquis un droit contractuel à un ajustement salarial. Cela avait eu pour effet de cristalliser ce droit, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le juge Binnie a souligné que l'adoption d'une mesure législative positive n'empêche pas son annulation :

L'intimée affirme que le par. 15(1) de la *Charte* ne garantit pas aux travailleuses le droit de toucher un salaire égal pour un travail égal. Le gouvernement pouvait retirer en 1991 ce qu'il avait accordé en 1988. Il est vrai que, normalement, l'adoption par le législateur d'une mesure corrective ne la « constitutionnalise » pas au point d'en empêcher l'annulation : Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525, p. 563. En l'espèce, toutefois, le gouvernement provincial a, le 24 juin 1988, signé une entente sur l'équité salariale qui a changé le paysage juridique en créant des droits contractuels exécutoires destinés à mettre fin à la discrimination salariale au moyen d'un processus contractuel liant toutes les parties. L'entente sur l'équité salariale a été incorporée dans les conventions collectives du secteur public.



This process converted pay equity from a policy argument into an existing legal obligation for the benefit of the female hospital workers. The purpose of the *Public Sector Restraint Act* was to reduce the women's pay below their contractual entitlement. Its intended effect was to pay them less than was paid to men for work of equal value. Passage of the Act on April 18, 1991 left women hospital workers worse off than they were on April 17, 1991. The issue is whether the disadvantage thus imposed on April 18, 1991 amounted to discrimination within the scope of s. 15(1) of the *Charter*. [Emphasis added.]

(*N.A.P.E.*, at paras. 33-34)

[96] Unlike the employees in *N.A.P.E.*, the ones in the case at bar are better off than they were before the Act initially came into force. In any event, applying the analytical framework for s. 15(1) to the amendments leads to the conclusion that the sections at issue do not have a discriminatory effect: *Taypotat*, at para. 20; *Quebec v. A*, at para. 322.

[97] It is important to remember that the Act is not the source of the differences in compensation between men and women in private sector enterprises. This is self-evident, given that the Act was passed to counteract systemic discrimination.

[98] Unlike in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, in which the failure to protect homosexuals in the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, had the effect of reinforcing the prejudice against that group, the impugned provisions do not have the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages on women that are not imposed on others, or of withholding or limiting access to opportunities and advantages that are available to other members of society. By way of illustration, factors like the ones set out in *Law* can be helpful in determining whether a particular distinction is discriminatory. This is not a "step-by-step" analysis, however. The analysis remains contextual, and not formalistic. Indeed, the factors are not exhaustive and will be considered solely to enhance our analysis. In sum, our objective is to determine the actual situation of the group and assess the potential of the

Ce processus a fait de l'équité salariale, argument de politique générale, une obligation juridique réelle profitant aux employées d'hôpitaux. La *Public Sector Restraint Act* avait pour but de réduire le salaire auquel les femmes avaient droit en vertu de leur contrat de travail. L'effet recherché était de leur verser un salaire inférieur à celui des hommes exerçant des fonctions équivalentes. L'adoption de la Loi, le 18 avril 1991, a fait en sorte que les employées d'hôpitaux se sont retrouvées dans une situation pire que celle dans laquelle elles étaient le 17 avril 1991. Il s'agit de déterminer si le désavantage ainsi infligé le 18 avril 1991 constituait de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. [Nous soulignons.]

(*N.A.P.E.*, par. 33-34)

[96] Contrairement aux employées concernées dans *N.A.P.E.*, celles visées en l'espèce se retrouvent en meilleure position qu'avant l'entrée en vigueur initiale de la Loi. Dans tous les cas, un examen des modifications au regard du cadre d'analyse du par. 15(1) permet de déterminer que les articles en cause n'ont pas un effet discriminatoire : *Taypotat*, par. 20; *Québec c. A*, par. 322.

[97] Il importe de rappeler que la Loi n'est pas à l'origine des écarts salariaux qui existent entre les hommes et les femmes dans les entreprises privées. Cela va de soi, puisque la Loi a été votée et adoptée afin de contrer la discrimination systémique.

[98] Contrairement à l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, où l'omission de protéger les homosexuels dans l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, avait eu pour effet d'accentuer le préjudice subi par le groupe, les articles contestés n'ont pas pour effet d'imposer aux femmes des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Pour illustrer ce point, les facteurs comme ceux établis dans l'arrêt *Law* peuvent être utiles pour déterminer si une distinction particulière est discriminatoire. Toutefois, il ne s'agit pas d'une analyse « étape par étape ». Celle-ci demeure contextuelle et non formaliste. D'ailleurs, les facteurs ne sont pas exhaustifs et seront considérés dans le seul but d'enrichir notre analyse. En somme, notre objectif est de déterminer la

impugned law to worsen their situation: *Withler*, at paras. 38 and 66; *Quebec v. A*, at para. 331; *N.A.P.E.*, at para. 44; *Law*, at para. 72.

(1) Pre-existing Disadvantage

[99] Women clearly face systemic discrimination in matters of compensation (*Centrale des syndicats du Québec*, at para. 58). However, the impugned sections do not perpetuate or reinforce the idea that women can be paid less simply because they are women. The Act's objective is to permanently eradicate pay inequities by establishing a maintenance mechanism in ss. 76.1 to 76.9. Moreover, s. 76.9 sends a clear message. It provides that no employer may "act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or exhibit gross negligence with regard to employees in the enterprise". Should an employer do so, a retroactive remedy is provided for in s. 101.

(2) Correspondence Between the Measure Adopted by the Legislature and the Group's Actual Characteristics

[100] There is a risk that a change in an enterprise to which the Act applies that has an impact on pay equity and that occurs at the start of the five-year period preceding a pay equity audit will be influenced by elements of systemic discrimination. The re-emergence of disadvantages usually occurs when job-related duties are reorganized or changed. However, an employer that is in compliance with its obligations under the Act is required by s. 76.9 not to act arbitrarily as well as to eliminate any instance of inequitable compensation immediately by addressing the new elements of systemic discrimination. Section 76.9 is broadly worded and should be construed liberally to ensure that its object is attained: *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 41. As well, as Abella J. points out, the Court has considered s. 47.2 of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, the wording of which is almost identical to that of s. 76.9 of the Act. LeBel J., writing for the Court in *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001

situation véritable du groupe et d'évaluer le risque que la mesure contestée aggrave sa situation : *Withler*, par. 38 et 66; *Québec c. A*, par. 331; *N.A.P.E.*, par. 44; *Law*, par. 72.

(1) La présence d'un désavantage préexistant

[99] De toute évidence, les femmes font l'objet de discrimination systémique au chapitre de la rémunération (*Centrale des syndicats du Québec*, par. 58). Toutefois, les articles contestés ne perpétuent pas, ni ne renforcent, l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes. La Loi a pour but d'éradiquer de façon permanente les iniquités salariales en mettant sur pied un mécanisme de maintien aux art. 76.1 à 76.9. Par ailleurs, l'art. 76.9 envoie un message clair et net. Il y est énoncé que l'employeur ne doit pas « agir de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés de l'entreprise ». En cas de pareille conduite, une réparation rétroactive est prévue à l'art. 101.

(2) La correspondance entre la mesure adoptée par le législateur et les caractéristiques réelles du groupe

[100] Il existe un risque qu'un changement survenant dans une entreprise visée par la Loi ayant un effet sur l'équité salariale et intervenant au début de l'intervalle de cinq ans précédant l'évaluation réalisée dans le cadre du maintien de l'équité salariale soit influencé par des éléments de discrimination systémique. Habituellement, la réapparition de désavantages se produit lors de la réorganisation ou de la modification des tâches liées à l'emploi. Toutefois, un employeur respectant ses obligations selon la Loi est tenu de ne pas agir arbitrairement et d'éliminer immédiatement les traitements salariaux inéquitables en écartant les nouveaux éléments de discrimination systémique, conformément à l'art. 76.9. Cet article est rédigé de façon large et devrait être interprété de façon libérale afin d'en réaliser l'objet : *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41. D'ailleurs, comme le souligne la juge Abella, la Cour a analysé l'art. 47.2 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, qui comporte un libellé quasi-identique à l'art. 76.9 de

SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207, defined that section's scope as follows:

The Quebec *Labour Code* has partially codified the duty of representation. It is defined in the following terms in s. 47.2 *L.C.*:

**47.2.** A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

This duty prohibits four types of conduct: bad faith, discrimination, arbitrary conduct and serious negligence. The conduct that is demanded applies both at the collective bargaining stage and in administering the collective agreement (see Gagnon, *supra*, at p. 308). First, s. 47.2 prohibits acting in bad faith, which presumes intent to harm or malicious, fraudulent, spiteful or hostile conduct (see *Becotte v. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231, at p. 235; and *Rayonier, supra*, at p. 201). In practice, this element alone would be difficult to prove (see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 13-15 to 13-18; R. E. Brown "The 'Arbitrary', 'Discriminatory' and 'Bad Faith' Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 412, at pp. 453-54).

The law also prohibits discriminatory conduct. This includes any attempt to put an individual or group at a disadvantage where this is not justified by the labour relations situation in the company. For example, an association could not refuse to process an employee's grievance, or conduct it differently, on the ground that the employee was not a member of the association, or for any other reason unrelated to labour relations with the employer (see D. Veilleux, "Le devoir de représentation syndicale: Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes" (1993), 48 *Relat. ind.* 661, at pp. 681-82; Adams, *supra*, at pp. 13-18 to 13-20.1).

The concepts of arbitrary conduct and serious negligence, which are closely related, refer to the quality of the union representation. The inclusion of arbitrary conduct means that even where there is no intent to harm, the union may not process an employee's complaint in a superficial

la Loi. Écrivant au nom de la Cour dans *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207, le juge LeBel a défini la portée de cet article :

Le *Code du travail* du Québec a codifié partiellement le devoir de représentation. L'article 47.2 *C.t.* le définit en ces termes :

**47.2.** Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

Cette obligation interdit quatre types de conduite : la mauvaise foi, la discrimination, le comportement arbitraire et la négligence grave. Cette obligation de comportement s'applique aussi bien au stade de la négociation collective que pendant son administration (voir Gagnon, *op. cit.*, p. 308). L'article 47.2 sanctionne d'abord une conduite empreinte de mauvaise foi qui suppose une intention de nuire, un comportement malicieux, frauduleux, malveillant ou hostile (voir *Becotte c. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231, p. 235; également *Rayonier*, précité, p. 201). En pratique, cet élément seul serait difficile à établir (voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 13-15 à 13-18; R. E. Brown, « The "Arbitrary", "Discriminatory" and "Bad Faith" Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario » (1982), 60 *R. du B. can.* 412, p. 453-454).

La loi interdit aussi les comportements discriminatoires. Ceux-ci comprennent toutes les tentatives de défavoriser un individu ou un groupe sans que le contexte des relations de travail dans l'entreprise ne le justifie. Ainsi, une association ne saurait refuser de traiter le grief d'un salarié ou de le mener de façon différente au motif qu'il n'appartient pas à l'association, ou pour toute autre raison extérieure aux relations de travail avec l'employeur (voir D. Veilleux, « Le devoir de représentation syndicale : Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes » (1993), 48 *Relat. ind.* 661, p. 681-682; Adams, *op. cit.*, p. 13-18 à 13-20.1).

Se reliant étroitement, les concepts d'arbitraire et de négligence grave définissent la qualité de la représentation syndicale. L'élément de l'arbitraire signifie que, même sans intention de nuire, le syndicat ne saurait traiter la plainte d'un salarié de façon superficielle ou inattentive.

or careless manner. It must investigate the complaint, review the relevant facts or seek whatever advice may be necessary; however, the employee is not entitled to the most thorough investigation possible. The association's resources, as well as the interests of the unit as a whole, should also be taken into account. The association thus has considerable discretion as to the type and extent of the efforts it will undertake in a specific case. (See Adams, *supra*, at pp. 13-20.1 to 13-20.6.)

The fourth element in s. 47.2 *L.C.* is serious negligence. A gross error in processing a grievance may be regarded as serious negligence despite the absence of intent to harm. However, mere incompetence in processing the case will not breach the duty of representation, since s. 47.2 does not impose perfection as the standard in defining the duty of diligence assumed by the union. In assessing the union's conduct, regard must be had to the resources available, the experience and training of the union representatives, who are usually not lawyers, and the priorities connected with the functioning of the bargaining unit (see Gagnon, *supra*, at pp. 310-13; Veilleux, *supra*, at pp. 683-87; Adams, *supra*, at p. 13-37).

Bad faith and discrimination both involve oppressive conduct on the part of the union. The analysis therefore focuses on the reasons for the union's action. In the case of the third or fourth element, what is involved is acts which, while not motivated by malicious intent, exceed the limits of discretion reasonably exercised. The implementation of each decision by the union in processing grievances and administering the collective agreement therefore calls for a flexible analysis which will take a number of factors into account. [Emphasis added; paras. 47-52.]

[101] It must therefore be concluded that the new mechanism established by the 2009 amendments responds to the needs of the women concerned by effectively preventing abuse by employers and also by providing them with a periodic audit of their remuneration. Consequently, this factor also favours the appellant's argument.

[102] Moreover, it was open to the Quebec legislature to opt for mechanisms that were appropriate and practical for private sector enterprises. Further to the example Abella J. gives in her reasons, ensuring that persons with disabilities are not discriminated against does not mean that enterprises have

Il doit faire enquête au sujet de celle-ci, examiner les faits pertinents ou obtenir les consultations indispensables, le cas échéant, mais le salarié n'a cependant pas droit à l'enquête la plus poussée possible. On devrait aussi tenir compte des ressources de l'association, ainsi que des intérêts de l'ensemble de l'unité de négociation. L'association jouit donc d'une discrétion importante quant à la forme et à l'intensité des démarches qu'elle entreprendra dans un cas particulier. (Voir Adams, *op. cit.*, p. 13-20.1 à 13-20.6).

Le quatrième élément retenu dans l'art. 47.2 *C.t.* est la négligence grave. Une faute grossière dans le traitement d'un grief peut être assimilée à celle-ci malgré l'absence d'une intention de nuire. Cependant, la simple incompétence dans le traitement du dossier ne violera pas l'obligation de représentation, l'art. 47.2 n'imposant pas une norme de perfection dans la définition de l'obligation de diligence qu'assume le syndicat. L'évaluation du comportement syndical tiendra compte des ressources disponibles, de l'expérience et de la formation des représentants syndicaux, le plus souvent des non juristes, ainsi que des priorités reliées au fonctionnement de l'unité de négociation (voir Gagnon, *op. cit.*, p. 310-313; Veilleux, *loc. cit.*, p. 683-687; Adams, *op. cit.*, p. 13-37).

Mauvaise foi et discrimination impliquent toutes deux un comportement vexatoire de la part du syndicat. L'analyse se concentre alors sur les motifs de l'action syndicale. Dans le cas du troisième ou du quatrième élément, on se trouve devant des actes qui, sans être animés par une intention malicieuse, dépassent les limites de la discrétion raisonnablement exercée. La mise en œuvre de chaque décision du syndicat dans le traitement des griefs et de l'application de la convention collective implique ainsi une analyse flexible, qui tiendra compte de plusieurs facteurs. [Nous soulignons; par. 47-52.]

[101] Il faut alors conclure que le nouveau mécanisme mis en place par les modifications de 2009 répond aux besoins des femmes visées en ce qu'il empêche efficacement les abus de la part des employeurs, en plus d'offrir une évaluation périodique de leur rémunération. Ce facteur milite donc aussi en faveur de la thèse de l'appelante.

[102] De plus, il était loisible au législateur québécois d'opter pour des moyens qui soient adaptés et pratiques pour les entreprises privées. Pour reprendre l'exemple donné par la juge Abella, les entreprises n'ont pas l'obligation de repaver les rampes d'accès chaque semaine pour faire en sorte que les personnes

an obligation to repave access ramps every week (Abella J.'s reasons, at para. 54).

(3) Impact on Other Groups

[103] Our colleague relies on the reasoning adopted in *Vriend*, in which the *Individual's Rights Protection Act* had in 1990 prohibited discrimination based on any of the following grounds: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin. The statute had subsequently been amended to add other grounds to the existing ones, namely marital status, source of income and family status. The *Individual's Rights Protection Act* established a remedy for all members of society so that they could avail themselves of any of the grounds of discrimination provided for in the statute. However, the Alberta government had not deemed it necessary to include sexual orientation in the statute as a prohibited ground. Individuals who were discriminated against on the basis of their sexual orientation were therefore excluded from the protection of the statute and found themselves worse off than they had been before it came into force, given that they were not protected by the statute as were other disadvantaged groups. As a result, the gap between their situation and that of the rest of society widened and their marginalization increased. In short, society had moved forward, but their situation remained unchanged.

[104] Thus, unlike a general protection scheme, such as the one established by the *Individual's Rights Protection Act* considered in *Vriend*, the scheme established by the Act deals with only one ground of discrimination, namely sex, and applies to only a small portion of female employees in Quebec, those who hold positions in predominantly female job classes in enterprises with 10 or more employees: s. 4 of the Act. In the instant case, this factor is neutralized by the fact that it is the group benefiting from the Act that is challenging its effects. It cannot therefore be argued that they are not afforded "the equal protection and equal benefit of the law" (s. 15(1) of the *Charter*), as the Act specifically provides them

handicapées ne subissent pas de discrimination (motifs de la juge Abella, par. 54).

(3) Les effets sur d'autres groupes

[103] Notre collègue s'appuie sur le raisonnement adopté dans *Vriend*. Dans cette affaire, l'*Individual's Rights Protection Act*, interdisait en 1990 la discrimination fondée sur l'un des motifs suivants : la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance et le lieu d'origine. Par la suite, des modifications législatives ont été adoptées afin d'ajouter d'autres motifs à ceux déjà prévus, comme l'état matrimonial, la source de revenu et la situation familiale. L'*Individual's Rights Protection Act* a eu pour effet de procurer un recours à l'ensemble des membres de la société afin qu'ils puissent se prévaloir de l'un ou l'autre des motifs de distinction prévus à la loi en cas de discrimination. Cependant, le gouvernement albertain n'avait pas jugé nécessaire d'inclure à la loi l'orientation sexuelle comme motif de discrimination illicite. Les personnes discriminées sur la base de leur orientation sexuelle étaient donc exclues de la protection conférée par la loi et se retrouvaient dans une situation pire que celle prévalant avant son entrée en vigueur dans la mesure où ils ne profitaient pas de la protection de la loi par rapport aux autres groupes défavorisés qui en bénéficiaient. De ce fait, l'écart entre leur situation et celle du reste de la société s'était accentué et ils se retrouvaient à être davantage marginalisés. Bref, la société avait évolué alors que leur situation demeurait inchangée.

[104] Ainsi, contrairement à un régime de protection générale, comme celui établi par l'*Individual's Rights Protection Act*, qui était sous étude dans l'arrêt *Vriend*, le régime créé par la Loi ne vise qu'un seul motif de discrimination, soit celui fondé sur le sexe, et ne touche qu'une partie réduite des salariées au Québec, à savoir les femmes occupant des emplois dans des catégories d'emploi à prédominance féminine dans une entreprise comprenant 10 salariés ou plus : art. 4 de la Loi. En l'espèce, ce facteur est neutralisé par le fait que c'est le groupe bénéficiant de la Loi qui en conteste les effets. Il n'est alors pas possible de prétendre qu'elles ne bénéficient pas de « la même protection et au même bénéfice de la loi »

with a mechanism that affords them both a remedy in the event of discriminatory or arbitrary treatment (s. 76.9 of the Act) and the benefit of an audit of their jobs for the purpose of identifying and redressing pay inequities linked to systemic discrimination.

(4) Nature of the Affected Interest

[105] There is no doubt that work is an important aspect of life and that, for many people, it is a large part of their identity: *N.A.P.E.*, at paras. 49-50. However, the fact that one is in a situation in which the compensation received for one's job seems inadequate, and which offends one's sense of personal dignity, does not mean that the law creates a discriminatory disadvantage. In enacting the Act and the 2009 amendments, the Quebec legislature has recognized the nature of pay equity and its importance for women. In short, although the interest in question is important in our society, the adopted measures have not constitutionally entrenched pay equity such that they would be impossible to modify.

(5) Conclusion on the Law Factors

[106] When all is said and done, it is well established that s. 15 is intended to prevent discriminatory conduct, not the attitude or motive behind such conduct. In the instant case, the state conduct does not widen — rather than narrowing — the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society: *Quebec v. A*, at para. 332. It has not been established that the measure has a discriminatory effect on the group: *Quebec v. A*, at paras. 329-31; *Withler*, at para. 66.

E. *Application of Section 15(2)*

[107] Alternatively, even if it were to be held that the specific mechanism created by the statutory amendments can be considered discriminatory, the Act as a whole should be protected under s. 15(2).

(par. 15(1) de la *Charte*) puisque la Loi leur procure spécifiquement un mécanisme leur offrant à la fois un recours contre les traitements discriminatoires ou arbitraires (art. 76.9 de la Loi) et le bénéfice d'une évaluation de leur emploi afin de déceler et corriger les iniquités salariales reliées à la discrimination systémique.

(4) La nature du droit touché

[105] Il ne fait pas de doute que le travail est un aspect important de la vie et qu'il représente pour bien des gens une grande partie de leur identité : *N.A.P.E.*, par. 49-50. Cependant, se trouver dans une situation où il semble que son emploi n'est pas adéquatement rémunéré, heurtant du même coup un sentiment de dignité personnelle, ne signifie pas pour autant que la loi crée un désavantage discriminatoire. Par le biais de la Loi et des modifications de 2009, le législateur québécois reconnaît la nature de l'équité salariale et son importance pour les femmes. En somme, bien que l'intérêt en cause soit important dans notre société, les mesures mises en place n'ont pas constitutionnalisé l'équité salariale au risque de rendre les mesures impossibles à modifier.

(5) La conclusion sur les facteurs de l'arrêt *Law*

[106] En définitive, il est bien établi que c'est la conduite discriminatoire que cherche à prévenir l'art. 15, non pas l'attitude ou le mobile à l'origine de cette conduite. Dans la présente affaire, les actes de l'État n'ont pas pour effet d'élargir — au lieu de le rétrécir — l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société : *Québec c. A*, par. 332. L'effet discriminatoire de la mesure sur le groupe n'a pas été établi : *Québec c. A*, par. 329-331; *Withler*, par. 66.

E. *Application du par. 15(2)*

[107] De façon subsidiaire, même s'il fallait conclure que le mécanisme spécifique prévu dans les modifications législatives peut être qualifié de discriminatoire, l'ensemble de la Loi devrait être protégé par application du par. 15(2).

[108] According to the principles laid down in *Cunningham*, what must be determined is whether the law has a *genuine* ameliorative object:

To qualify as a genuinely ameliorative program, the program must be directed at improving the situation of a group that is in need of ameliorative assistance: *Kapp*, at para. 41. There must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group: *Kapp*, at para. 49. The goal is to promote the substantive equality of the group: *Kapp*, at para. 16. To ascertain whether these conditions are met, one looks first to the object of the program, and then asks whether it correlates to actual disadvantage suffered by the target group. [para. 59]

[109] Furthermore, a distinction that serves or advances the ameliorative object has the effect of supporting the goal of s. 15 of the *Charter*, namely the promotion of substantive equality: *Cunningham*, at para. 45.

[110] In *Kapp*, the Court referred to the role of s. 15(2) in supporting the implementation of measures to combat systemic discrimination. Given that Quebec's National Assembly has answered the call in this regard, the entire Act should be protected:

The Royal Commission Report on *Equality in Employment*, whose mandate was to determine whether there should be affirmative action in Canada and on which McIntyre J. relied to develop his theories of discrimination and equality, set out the principles underlying s. 15(2), at pp. 13-14:

In recognition of the journey many have yet to complete before they achieve equality, and in recognition of how the duration of the journey has been and is being unfairly protracted by arbitrary barriers, section 15(2) permits laws, programs, or activities designed to eliminate these restraints. While section 15(1) guarantees to individuals the right to be treated as equals free from discrimination, section 15(2), though itself creating no enforceable remedy, assures that it is neither discriminatory nor a violation of the equality guaranteed by section 15(1) to attempt to improve the condition of disadvantaged individuals or groups, even if this means treating them differently.

[108] D'après les enseignements de l'arrêt *Cunningham*, il faut déterminer si l'*objet véritable* de la loi est améliorateur :

Pour être véritablement améliorateur, un programme doit être destiné à améliorer la situation d'un groupe ayant besoin d'aide : *Kapp*, par. 41. Il doit y avoir une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible : *Kapp*, par. 49. Il faut que le programme vise à promouvoir l'égalité réelle du groupe : *Kapp*, par. 16. Pour déterminer si ces conditions sont remplies, il faut d'abord examiner l'objet du programme et ensuite se demander s'il est en corrélation avec le désavantage dont est réellement victime le groupe cible. [par. 59]

[109] De plus, la distinction qui tend à la réalisation de l'objet améliorateur ou qui y contribue a pour conséquence de favoriser l'atteinte de l'objet de l'art. 15 de la *Charte* à savoir la promotion de l'égalité réelle : *Cunningham*, par. 45.

[110] Dans l'arrêt *Kapp*, il est fait référence à l'utilité du par. 15(2) pour mettre en place des mesures visant à combattre la discrimination systémique. L'Assemblée nationale du Québec ayant répondu à l'appel, la Loi devrait être protégée dans son ensemble :

Le rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi — qui avait pour mandat de déterminer si la promotion sociale était indiquée au Canada —, sur lequel le juge McIntyre s'est fondé pour établir ses théories de la discrimination et de l'égalité, énonce les principes qui sous-tendent le par. 15(2), aux p. 14-15 :

En tenant compte du chemin que beaucoup doivent encore parcourir avant de parvenir à l'égalité, et en reconnaissant que des obstacles arbitraires n'ont fait, jusqu'ici, que reculer davantage l'objectif à atteindre, le paragraphe 15(2) autorise maintenant les lois, programmes ou activités destinés à éliminer les contraintes à l'égalité. Tandis que le paragraphe 15(1) garantit aux individus le droit d'être traités en égaux sans discrimination aucune, le paragraphe 15(2), bien qu'il ne rende pas obligatoire l'application de mesures, prévoit que le fait de tenter d'améliorer la condition des individus ou groupes défavorisés ne constitue ni une pratique discriminatoire ni une violation du droit à l'égalité garantie par le paragraphe 15(1), même si cela signifie les traiter de façon différente.

Section 15(2) covers the canvas with a broad brush, permitting a group remedy for discrimination. The section encourages a comprehensive or systemic rather than a particularized approach to the elimination of discriminatory barriers.

Section 15(2) does not create the statutory obligation to establish laws, programs, or activities to hasten equality, ameliorate disadvantage, or eliminate discrimination. But it sanctions them, acting with statutory acquiescence.

(*Kapp*, at para. 32 (emphasis added), quoting the *Report of the Commission on Equality in Employment*, at pp. 13-14.)

[111] There is no doubt that the Act genuinely has the promotion and achievement of substantive equality as its object. The correlation between that object and the chosen mechanism is clear, even if the mechanism is not *perfect*. The appeal should also fail at this stage of the analysis.

### III. Conclusion

[112] In summary, it remains true that it is not open to Parliament or to a provincial legislature to enact a law whose provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Auton*, at para. 41, citing *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. But if the law confers a clear benefit in comparison with the situation that would exist had it not been enacted, the legislature is free to adopt the mechanism of its choice: *Auton*, at para. 41, citing *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703, at para. 61; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325, at para. 55; *Hodge*, at para. 16.

[113] Given that the sections at issue do not violate the Constitution, the respondents should undoubtedly have used the democratic avenues available to them in order to object to the enacted amendments and obtain the amendments they wanted rather than asking this Court to substitute policies it prefers for ones that were adopted democratically.

Le paragraphe 15(2) ouvre la voie en permettant l'application de mesures correctives à un groupe. L'article 15 favorise une approche globale ou systémique plutôt qu'individuelle en vue d'éliminer les obstacles discriminatoires.

Le paragraphe 15(2) n'exige pas l'adoption de lois ou la création de programmes et d'activités pour parvenir plus vite à l'égalité, corriger les inégalités ou éliminer la discrimination. Mais il sanctionne de telles mesures, leur accordant une reconnaissance légale.

(*Kapp*, par. 32 (nous soulignons), citant le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, p. 14-15.)

[111] Il ne fait pas de doute que la Loi a pour objet véritable la promotion et l'atteinte de l'égalité réelle. La corrélation entre cet objectif et le mécanisme choisi est évidente, même s'il n'est pas *parfait*. Le pourvoi devrait également échouer à ce stade de l'analyse.

### III. Conclusion

[112] En somme, il demeure qu'il n'est pas loisible au Parlement et aux législatures provinciales d'adopter une loi dont les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Auton*, par. 41, citant *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, lorsque la mesure législative offre un net avantage en comparaison avec la situation qui existerait sans son adoption, il est loisible au législateur d'adopter le mécanisme de son choix : *Auton*, par. 41, citant *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 55; *Hodge*, par. 16.

[113] Indubitablement, les intimés auraient dû utiliser les avenues démocratiques à leur disposition pour s'objecter aux modifications adoptées et obtenir les modifications souhaitées plutôt que de demander à notre Cour de substituer ses préférences aux politiques adoptées démocratiquement puisque les articles en cause n'enfreignent pas la Constitution.



[114] In our view, therefore, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

*Appeal dismissed with costs, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque and Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc.: Poudrier Bradet, Québec.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau and Nancy Bédard: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Québec.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet and Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ): Syndicat canadien de la fonction publique, Ottawa.*

[114] Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'appel incident.

*Pourvoi principal rejeté avec dépens, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents. Pourvoi incident rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident l'Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque et le Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc. : Poudrier Bradet, Québec.*

*Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident la Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau et Nancy Bédard : Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Québec.*

*Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident le Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, le Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, le Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, le Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, le Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, la Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, la Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, le Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., l'Association des psychologues du Québec, le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet et le Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ) : Syndicat canadien de la fonction publique, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Equal Pay Coalition, the New Brunswick Coalition for Pay Equity and the Women's Legal Education and Action Fund: Faraday Law, Toronto; Cavalluzzo, Toronto.*

*Procureurs des intervenants Equal Pay Coalition, La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Faraday Law, Toronto; Cavalluzzo, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Centrale des syndicats du Québec: Barabé Casavant (Services juridiques de la CSQ), Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec : Barabé Casavant (Services juridiques de la CSQ), Montréal.*

*Solicitors for the interveners The Professional Institute of the Public Service of Canada, The Canadian Association of Professional Employees, The Association of Canadian Financial Officers and The Professional Association of Foreign Service Officers: Goldblatt Partners, Ottawa.*

*Procureurs des intervenants L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, L'Association canadienne des employés professionnels, L'Association canadienne des agents financiers et L'Association professionnelle des agents du Service extérieur : Goldblatt Partners, Ottawa.*