

# Assembly of Manitoba Chiefs - Final Argument

## Book of Authorities

### Index:

Acts	
1.	Manitoba Public Utilities Board Act – Order No. 73/15
2.	Manitoba, The Public Utilities Board Act – Board Order 116/08
3.	Manitoba, The Crown Corporations Governance and Accountability Act C.C.S.M. c. C336
4.	The Manitoba Hydro Act C.C.S.M. c. H190
5.	The Path to Reconciliation Act C.C.S.M. c. R30.5
Cases	
6.	<i>Andrews c. Law Society of British Columbia</i> [1989] 1 R.C.S.
7.	<i>Eldridge v. B.C. (A.G.)</i> [1997] 3 S.C.R.
8.	<i>Corbiere c. Canada</i> [1999] 2 R.C.S
9.	<i>Advocacy Centre for Tenants-Ontario v. Ontario Energy Board</i> , 2008 CanLII 23487 (ON SCDC)
10.	<i>Doré c. Barreau Du Québec</i> [2012] 1 R.C.S
11.	<i>Québec (Procureur General) c. A</i> – [2013] 1 R.C.S
12.	<i>Loyola c. Quebec (P.G)</i> – [2015] 1 R.C.S
13.	<i>Kahkewistahaw First Nations v. Taypot</i> – [2015] 2 S.C.R.
14.	<i>First Nations Child and Family Caring Society of Canada et al. v. Attorney General of Canada</i> – 2016 CHRT 2
15.	<i>Dalhousie Legal Aid Services v. Nova Scotia Power Inc.</i> – 2006 NDCA 74
16.	<i>Baker v. Canada</i> – [1999] 2 R.C.S

# Tab 1

**M A N I T O B A** ) **Order No. 73/15**  
)  
**THE PUBLIC UTILITIES BOARD ACT** ) **July 24, 2015**

**BEFORE:** Régis Gosselin, B ès Arts, MBA, CPA, CGA, Chair  
Richard Bel, B.A.,M.A.,M.Sc., Member  
Hugh Grant, Ph.D., Member  
Marilyn Kapitany, B.Sc. (Hon), M.Sc., Member

**FINAL ORDER WITH RESPECT TO MANITOBA HYDRO'S  
2014/15 and 2015/16 GENERAL RATE APPLICATION**

---

## **4.0 Bill Affordability**

### ***Issues***

In light of above-inflation rate increases projected by Manitoba Hydro for the next 17 years, the affordability of electricity bills to lower-income ratepayers will become an ever greater concern. Manitoba Hydro is currently offering ratepayers some relief through its Demand-Side Management (DSM) programs, including the Affordable Energy Program (AEP) (both of which are discussed in Chapter 10.0), but it is prudent to recognize that bill affordability will become a more pressing issue in the years to come and that some additional measures may be required.

Manitoba Hydro's current targeted bill affordability programs include emergency bill assistance through the Neighbours Helping Neighbours program administered by the Salvation Army as well as deferred payment arrangements for customers in arrears. Green Action Centre's (GAC) witness noted that Manitoba Hydro's deferred payment arrangements fail 50% of the time, indicating that this is not a suitable response to bill affordability. In GAC's view, Manitoba Hydro has not investigated non-payment of bills resulting from affordability problems.

GAC recommended that the Board direct the establishment of a collaborative process that would address bill affordability for lower income ratepayers. GAC's witness explained several different bill affordability models are used throughout North America, but did not recommend a particular model for Manitoba. Those different models include capping a customer's bill, providing a fixed credit on the bill, a fixed credit percentage on the bill, or a tiered rate discount, all based on household income. Additional models include a uniform rate discount for all customers or an inclining block (inverted) rate. According to GAC's witness, with a bill affordability program, Manitoba Hydro can expect to receive a greater percentage of bills paid in full, overall greater recovery of billed amounts, and improved cost effectiveness of its collections activities.



GAC submitted that the Board has the jurisdiction to require Manitoba Hydro to implement a bill affordability program and cited the case of *Advocacy Centre for Tenants-Ontario v. Ontario Energy Board* (2008), O.J. No.1970 in support of its proposition.

The collaborative process as proposed by GAC would be directed by the Board with stakeholders including Manitoba Hydro. GAC's expectation is that the collaborative process will not result in a consensus among all stakeholders. Where there is disagreement, GAC expects the Board to adjudicate and direct the implementation of a program to address bill affordability. GAC recommended that conservation rates, otherwise known as inverted rates, should be considered in the collaborative process. Conservation rates are proposed to be implemented in 2018/19 by Manitoba Hydro as part of its Power Smart Plan.

The Manitoba Metis Federation (MMF) stated that Manitoba Hydro's current bill assistance programs are inadequate and recommended elimination of late payment charges on accounts in arrears, or, alternatively, reduce the interest rate from 16% to the equivalent interest rate charged by Manitoba Hydro for its Pay-As-You-Save program. Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc. (MKO) recommended that all current arrears be alleviated by a combination of long term repayment terms and write-offs of interest on past due accounts. MMF and MKO supported GAC's collaborative process. Manitoba Keewatinowi Okimakanak MKO asserted that it needs to be involved in the collaborative process because of the unique needs of lower income First Nations customers.

Manitoba Keewatinowi Okimakanak (MKO) recommended that all current arrears be alleviated by a combination of long term repayment terms and write-offs of interest on past due accounts. MMF and MKO supported GAC's collaborative process. MKO asserted that it needs to be involved in the collaborative process because of the unique needs of lower income First Nations customers.

Manitoba Hydro submitted that a bill affordability program falls outside of Manitoba Hydro's legislative mandate as set out in *The Manitoba Hydro Act*. According to Manitoba Hydro, the utility is legally required to recover the cost of supplying power pursuant to section 39(1) of that statute and section 43(3) prohibits the use of Manitoba Hydro's funds for purposes of the Government or any government agency. Manitoba Hydro further submitted that the Board does not have the jurisdiction to order it to implement a bill affordability program as the Board's jurisdiction is limited to setting the prices to be charged for the provision of power but does not extend to the setting of social policy. Manitoba Hydro also indicated that in *Dalhousie Legal Aid Service v. Nova Scotia Power Inc.*, 2006 NSCA 74, the Nova Scotia Court of Appeal found that the Nova Scotia Utility and Review Board had no jurisdiction to order a bill affordability program to be implemented. Manitoba Hydro acknowledged that cases in other jurisdictions are not determinative of this Board's jurisdiction to order such a program in Manitoba.

**Board Findings:**

The Board recognizes that higher electricity rates will have an impact on lower income ratepayers. This is a particular concern with respect to all-electric customers, many of whom live in areas in which natural gas is not available as an alternative heating source.

The Board sees merit in the approach recommended by GAC's witness to start a collaborative process to determine the best options to address affordability issues. However, it is the Board's view that Manitoba Hydro is in a better position to lead such a process than the Board. Manitoba Hydro has expertise with respect to low-income programs, as evidenced by the recent successes in the AEP discussed in Chapter 10.0.

The Board therefore directs Manitoba Hydro to initiate a collaborative process to develop a bill affordability program harmonized with Manitoba Hydro's other programs supporting low-income ratepayers. Manitoba Hydro shall file, for Board approval, Terms of Reference for this process (including proposed facilitators and proposed stakeholder

participants) by October 31, 2015. The Terms of Reference should explain and include items in scope as well as items specifically out of scope. If Terms of Reference cannot be agreed upon between Manitoba Hydro and participating stakeholders, the Board is prepared to receive submissions from the parties and adjudicate the appropriate scoping. The goal of the process should be to develop a program for implementation within one year from the approval of the Terms of Reference.

The Board is prepared to entertain submissions for participant funding to be charged to Manitoba Hydro in appropriate cases and in accordance with the Board's Rules of Practice and Procedure.

Upon completion of the collaborative process the Board will evaluate the options presented and decide on their implementation.

The Board has been asked to consider establishing a bill assistance program before, notably in Order 116/08, in which the Board required Manitoba Hydro to propose such a program for approval. In Order 116/08, the Board concluded that it has jurisdiction to order the implementation of a bill affordability program. This remains the Board's view. However, the Board notes that at this time, it is not ordering such a program to be established and the collaborative process should not be limited to the consideration of special lower income rates. From a policy perspective, there may well be better solutions that have not been proposed to date. Furthermore, the optimal solution may well involve a portfolio of measures rather than a single measure. However, the idea of lower income rates should not be discarded upfront due to jurisdictional concerns.

The Board interprets section 39(1) of *The Manitoba Hydro Act* to require the aggregate price of power realized by Manitoba Hydro to be such as to achieve full cost recovery, subject to the requirement that such rates must be just and reasonable. This is illustrated by several examples:

- The power from historical generating stations is currently being sold for significantly more than the actual cost to generate, while power from new

generating stations is sold for significantly less than the cost to generate. Rates are set based on Manitoba Hydro's aggregate revenue requirement, not the cost attributable to individual stations.

- While Manitoba Hydro exports some power (primarily firm power) at prices higher than the average cost to generate, it also sells opportunity power for less than the average cost to generate, attributing no fixed costs to such power.
- Certain classes of customers, such as existing Curtailable Rate Program customers, achieve benefits not available to other customer classes or customers in the same class.

The Board does not read the legislative requirement for "postage stamp" rates to prohibit the creation of a lower income customer class, provided that no geographic limitations are imposed on such a class. Similarly, while subsection 43(3) prevents the commingling of government funds with Manitoba Hydro funds, it does not prohibit the creation of a rate class that pays less than the average cost to serve such customers.

The Board notes that while Manitoba Hydro is regulated on a cost of service basis, section 26(4) of *The Crown Corporations Public Review and Accountability Act* specifically authorizes the Board to consider "any compelling policy considerations that the Board considers relevant to the matter." In that respect, the Board's jurisdiction is similarly broad as that of the Ontario Energy Board pursuant to *The Ontario Energy Board Act, 1998*. Subsection 26(3) of *The Crown Corporations Public Review and Accountability Act* further stipulates that *The Public Utilities Board Act* applies with any necessary changes to the Board's rate-setting mandate. As such, rates are not only required to meet the requirements of subsection 39(1) of *The Manitoba Hydro Act* but must also be "just and reasonable." In the Board's view, affordability is a factor to consider when setting just and reasonable rates.

As such, it is the Board's intention to evaluate any future proposals for bill assistance programs from a comprehensive policy perspective rather than through the lens of

jurisdictional constraints, provided that such proposals fall within the legislative framework set by *The Manitoba Hydro Act*, *The Crown Corporations Public Review and Accountability Act*, and *The Public Utilities Board Act*.

# Tab 2

**MANITOBA**  
**THE PUBLIC UTILITIES BOARD ACT**  
**THE MANITOBA HYDRO ACT**  
**THE CROWN CORPORATIONS PUBLIC**  
**REVIEW AND ACCOUNTABILITY ACT**

Edited for format and typographical errors only  
August 25, 2008  
Further amended September 4, 2008

**Board Order 116/08**

**July 29, 2008**

Before:           Graham Lane CA, Chair  
                  Robert Mayer Q.C., Vice-Chair  
                  Susan Proven, P.H.Ec., Member

**AN ORDER SETTING OUT FURTHER DIRECTIONS, RATIONALE AND  
BACKGROUND FOR OR RELATED TO THE DECISIONS IN BOARD  
ORDER 90/08 WITH RESPECT TO AN APPLICATION BY MANITOBA  
HYDRO FOR INCREASED RATES AND FOR RELATED MATTERS**

## 14.0 Rate Design

Mr. Chernick noted that in jurisdictions where TOU rates have been implemented a parallel billing system was utilized, where a customer would, along with the existing bill, receive a bill as if they were on time of use rates. This allowed the customer to gauge the impact the TOU system had on their consumption and billing, and allow them time to make changes in energy use behaviour.

### **14.13 Board Findings**

#### **Inverted Rates**

The Board encourages MH to develop plans to employ an inverted rate structure for all customer classes, initially to be designed on a revenue neutral (to MH) basis and to send a “price signal” for every kilowatt hour of energy used, to promote conservation.

MH suggested that too large an inversion would be prejudicial to all-electric customers. However, the nominal inversion of the Residential Rate approved by Order 90/08 can be expected to cost an all-electric customer approximately \$45/year.

In comparison, a natural gas space-heated home, with a conventional furnace, can expect to pay hundreds of dollars more for space heating this upcoming winter as compared to a similarly adequately-insulated, electrically-heated home.

The Board agrees with the principle of inverted rates but notes, based on demand studies presented, that residential customers, in particular, do not significantly change their consumption patterns upon a price increase.

The Board shares the concerns expressed by all parties on the impact that sharply inverted rates would have on both low-income customers and all all-electric heat-load customers, who are unlikely to diminish consumption with



#### 14.0 Rate Design

increases in electricity prices. So, if the inversion were to be sharper, to promote conservation, this could be expected to result in a relatively high proportion of consumption being exposed to the higher second-block rate.

The Board notes that (with respect to the identified problem which electric heat customers could incur with sharply-inverted rates) there are methods to address what could be considered the inequity that could result from such sharply-inverted rates. The Board is aware of the complexities that MH will face in addressing this concern, but it warrants a fulsome analysis.

In particular, the Board is interested in MH providing additional information on seasonal variations in the size of the first electric block for electric heat-load customers. The Board agrees with MH that the size of the first rate block for Manitoba, as compared to the one utilized in Ontario, will likely have to be higher to take into consideration the greater heating load factor due to Manitoba's colder winters. The Board will direct MH to file a plan by January 15, 2009 outlining the pros and cons of the various potential inverted rate strategies under consideration, and the MH-proposed course of action to address this issue.

The Board is quite concerned with the impact that sharply-inverted rates will have on low-income customers. The Board shares the concerns raised by the Coalition that barriers exist that preclude low-income customers from taking actions to reduce electricity consumption. Given that the proposal currently under consideration only reflects a nominal differential between the first and second block, the implementation of inverted rates should not be delayed, and the Board will address the problems of higher energy costs for low-income households in a broader way.

#### 14.0 Rate Design

Nonetheless, the Board will expect MH to put forward more comprehensive plans to shield low-income customers from the impacts that will result from higher electricity rates in a sharply-inverted rate scheme.

With respect to the level of the basic monthly charge, the Board will direct MH to increase the Basic Monthly Charge by 5% on July 1, 2008 and a further 5% on April 1, 2009, by way of Order 90/08. The increases will result in BMCs that will still be well below a representation of MH's actual customer-based costs.

MH is to continue with the process of the GSS and GSM customer class consolidation, and provide the Board with a proposal by June 30, 2009 for a stepped-up program and a timeframe for completion.

Time of Use (TOU) Rates should be fast-tracked for customer classes where the required meter technology is currently installed. TOU rates assist in defining marginal cost, and therefore, should be included in any new proposed energy-intensive industry rate for consideration by the Board.

The Board will direct MH to provide a planned implementation strategy outline by September 30, 2008 for TOU rates, as appropriate to the classes with required metering technology already in place. Alternate rate strategies should be included for consideration at the upcoming Energy Intensive Industry rate hearing.

Energy and demand balancing is a policy issue that speaks to the fairness of rates to individual customers within a class. The argument for reducing demand charges, and increasing energy charges, is that it does send an improved price signal and thus promotes conservation. As the change occurs, Demand and Energy Cost recoveries will be brought more into line with cost causation principles. The Board will therefore direct MH to plan to re-balance demand and

#### 14.0 Rate Design

energy charges on a revenue-neutral basis, and submit a 5-year transition plan for the Board's approval at the earlier of December 31, 2009 or the next GRA.

Diesel Zone: MH has indicated it will apply to the Board for finalization of the 4 interim Orders related to Diesel Rates. In such an application, the Board will also direct that MH provide reports on:

- a) the fairness of the rate approach with respect to non-senior government accounts (the Board is concerned that the rates restrict the economic development prospects for the communities and drive up service and commodity costs);
- b) the efficacy of the current rate schedule for non-government accounts (data on aged accounts receivable, delinquency and bad debts together with the collection policies in place for the four communities will be required);
- c) the effects of the current approach to rates and consumption restrictions on the four communities, a detailed review of consumption levels and collection practice from the former Diesel communities that have been connected to the Grid which will serve as a comparison; and
- d) MH to report to the Board by September 1, 2008, as to the balances and status of the diesel zone accounts; to ascertain whether existing interim rates are fully recovering operational costs.

#### **Area and Roadway Lighting (ARL)**

The Board agreed with the position advanced by the City of Winnipeg and, by Order 90/08, did not approve any rate increase for the Area and Roadway Lighting class for either July 1, 2008 or April 1, 2009.

# Tab 3



# MANITOBA

## THE CROWN CORPORATIONS GOVERNANCE AND ACCOUNTABILITY ACT

C.C.S.M. c. C336

## LOI SUR LA GOUVERNANCE ET L'OBLIGATION REDDITIONNELLE DES CORPORATIONS DE LA COURONNE

c. C336 de la *C.P.L.M.*

As of 2018-01-30, this is the most current version available. It is current for the period set out in the footer below.

It is the first version.

In force but not yet included: S.M. 2017, c. 18, s. 45

Le texte figurant ci-dessous constitue la codification la plus récente en date du 2018-01-30. Son contenu était à jour pendant la période indiquée en bas de page.

Il s'agit de la première version.

Modifications en vigueur n'ayant pas encore été intégrées : L.M. 2017, c. 18, art. 45

## PART 4

### PUBLIC UTILITIES BOARD REVIEW OF RATES

#### Hydro and MPIC rates review

**25(1)** Despite any other Act or law, rates for services provided by Manitoba Hydro and the Manitoba Public Insurance Corporation shall be reviewed by The Public Utilities Board under *The Public Utilities Board Act* and no change in rates for services shall be made and no new rates for services shall be introduced without the approval of The Public Utilities Board.

#### Definition: "rates for services"

**25(2)** For the purposes of this Part, "rates for services" means

- (a) in the case of Manitoba Hydro, prices charged by that corporation with respect to the provision of power as defined in *The Manitoba Hydro Act*; and
- (b) in the case of The Manitoba Public Insurance Corporation, rate bases and premiums charged with respect to compulsory driver and vehicle insurance provided by that corporation.

#### Application of Public Utilities Board Act

**25(3)** *The Public Utilities Board Act* applies with any necessary changes to a review pursuant to this Part of rates for services.

#### Factors to be considered, hearings

**25(4)** In reaching a decision pursuant to this Part, The Public Utilities Board may

- (a) take into consideration
  - (i) the amount required to provide sufficient funds to cover operating, maintenance and administration expenses of the corporation,

## PARTIE 4

### EXAMEN DES TARIFS PAR LA RÉGIE DES SERVICES PUBLICS

#### Examen des tarifs

**25(1)** Malgré toute autre loi ou règle de droit, les tarifs afférents aux services fournis par l'Hydro-Manitoba et la Société d'assurance publique du Manitoba sont examinés en vertu de la *Loi sur la Régie des services publics* par la Régie des services publics et aucun changement dans ces tarifs ne peut être effectué de même qu'aucun nouveau tarif ne peut être introduit sans l'approbation de celle-ci.

#### Sens de « tarif »

**25(2)** Pour l'application de la présente partie, le terme « **tarif** » s'entend :

- a) dans le cas de l'Hydro-Manitoba, des prix fixés par cette corporation relativement à la fourniture d'énergie au sens de la *Loi sur l'Hydro-Manitoba*;
- b) dans le cas de la Société d'assurance publique du Manitoba, des bases de taux utilisées ainsi que des primes exigées à l'égard de l'assurance-automobile obligatoire fournie par cette corporation.

#### Application de certaines dispositions

**25(3)** La *Loi sur la Régie des services publics* s'applique, avec les adaptations nécessaires, à tout examen que vise la présente partie et qui porte sur des tarifs.

#### Éléments à considérer

**25(4)** Afin de prendre une décision en vertu de la présente partie, la Régie des services publics peut :

- a) tenir compte :
  - (i) des besoins financiers de la corporation pour qu'elle puisse assumer ses dépenses de fonctionnement, d'entretien et d'administration,

- (ii) interest and expenses on debt incurred for the purposes of the corporation by the government,
  - (iii) interest on debt incurred by the corporation,
  - (iv) reserves for replacement, renewal and obsolescence of works of the corporation,
  - (v) any other reserves that are necessary for the maintenance, operation, and replacement of works of the corporation,
  - (vi) liabilities of the corporation for pension benefits and other employee benefit programs,
  - (vii) any other payments that are required to be made out of the revenue of the corporation,
  - (viii) any compelling policy considerations that the board considers relevant to the matter, and
  - (ix) any other factors that the Board considers relevant to the matter; and
- (b) hear submissions from any persons or groups or classes of persons or groups who, in the opinion of the Board, have an interest in the matter.

- (ii) des intérêts et des frais relatifs aux dettes que le gouvernement contracte pour les besoins de la corporation,
- (iii) des intérêts sur les dettes de la corporation,
- (iv) des sommes à mettre en réserve pour le remplacement, la rénovation et l'obsolescence des ouvrages de la corporation,
- (v) des autres sommes à mettre en réserve qui sont nécessaires à l'entretien, à l'exploitation et au remplacement des ouvrages de la corporation,
- (vi) des obligations de la corporation relativement aux programmes d'avantages destinés aux employés, y compris les prestations de pension,
- (vii) des autres paiements qui doivent être faits sur les revenus de la corporation,
- (viii) des considérations de principe importantes qu'elle estime pertinentes à l'affaire,
- (ix) des autres éléments qu'elle estime pertinents à l'affaire;

b) entendre les présentations des personnes, des groupes ou des catégories de personnes ou de groupes qui, à son avis, ont un intérêt dans l'affaire.

### **MPIC**

**25(5)** In the case of a review pursuant to this Part of rates for services of the Manitoba Public Insurance Corporation, The Public Utilities Board may take into consideration, in addition to factors described in subsection (4), all elements of insurance coverage affecting insurance rates.

### **Société d'assurance publique du Manitoba**

**25(5)** Dans le cas d'un examen visé à la présente partie et portant sur les tarifs de la Société d'assurance publique du Manitoba, la Régie des services publics peut prendre en considération, en plus des éléments mentionnés au paragraphe (4), tous les éléments de la garantie d'assurance qui touchent les taux d'assurance.

# Tab 4





# MANITOBA

## THE MANITOBA HYDRO ACT

C.C.S.M. c. H190

## LOI SUR L'HYDRO-MANITOBA

c. H190 de la *C.P.L.M.*

As of 2018-01-30, this is the most current version available. It is current for the period set out in the footer below.

Le texte figurant ci-dessous constitue la codification la plus récente en date du 2018-01-30. Son contenu était à jour pendant la période indiquée en bas de page.

### **Fiscal year**

**37(4)** The fiscal year of the corporation ends on March 31.

### **Exercice**

**37(4)** L'exercice de la Régie se termine le 31 mars.

## **PURCHASE OF POWER**

### **Price of power requisitioned**

**38(1)** The price to be paid by the corporation for power supplied to it on its requisition pursuant to clause 16(c) shall be computed by the board at the amount of the actual cost of producing it, including a reasonable allowance for employed capital; and the prices so paid shall not necessarily be the same as between different suppliers.

### **Review by P. U. Board**

**38(2)** Any person required by the board to supply power to the corporation may apply to The Public Utilities Board to review the price computed under subsection (1) for power supplied to the corporation.

## **SALE OF POWER**

### **Price of power sold by corporation**

**39(1)** The prices payable for power supplied by the corporation shall be such as to return to it in full the cost to the corporation, of supplying the power, including

(a) the necessary operating expenses of the corporation, including the cost of generating, purchasing, distributing, and supplying power and of operating, maintaining, repairing, and insuring the property and works of the corporation, and its costs of administration;

(b) all interest and debt service charges payable by the corporation upon, or in respect of, money advanced to or borrowed by, and all obligations assumed by, or the responsibility for the performance or implementation of which is an obligation of the corporation and used in or for the

## **ACHAT D'ÉNERGIE**

### **Prix de l'énergie réquisitionnée**

**38(1)** Le prix que doit payer la Régie pour l'énergie qui lui est fournie sur réquisition en vertu de l'alinéa 16c) est calculé par le conseil en fonction du coût réel de production en y ajoutant une allocation raisonnable pour les capitaux engagés. Les prix ainsi payés peuvent varier selon les fournisseurs.

### **Pouvoir de révision de la Régie des services publics**

**38(2)** Toute personne de qui le conseil exige de fournir de l'énergie à la Régie peut demander à la Régie des services publics de réviser le prix calculé en vertu du paragraphe (1) pour l'énergie qu'elle a fournie à la Régie.

## **VENTE D'ÉNERGIE**

### **Prix de l'énergie vendue par la Régie**

**39(1)** Le prix de l'énergie que vend la Régie doit lui permettre de couvrir tous les coûts que la fourniture de cette énergie entraîne pour elle et, notamment :

a) les dépenses nécessaires d'exploitation de la Régie, y compris les coûts de production, d'achat, de distribution et de fourniture d'énergie ainsi que les coûts de fonctionnement, d'entretien, de réparation et d'assurance des biens et des ouvrages de la Régie et ses frais de gestion;

b) les intérêts et les frais reliés aux dettes de la Régie en fonction directe ou indirecte des sommes qui lui ont été avancées ou qu'elle a empruntées, les obligations qu'elle assume ou dont elle se porte responsable de l'exécution ou de la mise en œuvre lorsque ces sommes sont utilisées pour la construction, l'acquisition ou l'exploitation de biens

construction, purchase, acquisition, or operation, of the property and works of the corporation, including its working capital, less however the amount of any interest that it may collect on moneys owing to it;

(c) the sum that, in the opinion of the board, should be provided in each year for the reserves or funds to be established and maintained pursuant to subsection 40(1).

#### **Fixing of price by corporation**

**39(2)** Subject to Part 4 of *The Crown Corporations Governance and Accountability Act* and to subsection (2.1), the corporation may fix the prices to be charged for power supplied by the corporation.

#### **Equalization of rates**

**39(2.1)** The rates charged for power supplied to a class of grid customers within the province shall be the same throughout the province.

#### **Interpretation**

**39(2.2)** For the purpose of subsection (2.1),

(a) grid customers are those who obtain power from the corporation's main interconnected system for transmitting and distributing power in Manitoba; and

(b) customers shall not be classified based solely on the region of the province in which they are located or on the population density of the area in which they are located.

**39(3) to (7)** [Repealed] S.M. 1988-89, c. 23, s. 34.

#### **Confining hearing**

**39(8)** In any public hearing held under this section, The Public Utilities Board may define the status and rights of any intervener to the application and it may confine the public hearing by refusing to admit evidence or permit a submission that does not relate to matters that come within the scope of the public hearing as determined and prescribed by The Public Utilities Board.

et ouvrages de la Régie, y compris son fonds de roulement diminué, cependant, du montant des intérêts qu'elle peut retirer à raison des sommes qui lui sont dues;

c) le montant qui, de l'avis du conseil, est nécessaire à chaque exercice pour les réserves ou les fonds que le conseil doit établir et maintenir conformément au paragraphe 40(1).

#### **Pouvoir de la Régie de fixer les prix**

**39(2)** Sous réserve de la partie 4 de la *Loi sur la gouvernance et l'obligation redditionnelle des corporations de la Couronne* ainsi que du paragraphe (2.1), la Régie a compétence pour fixer les prix de l'énergie qu'elle fournit.

#### **Péréquation des prix**

**39(2.1)** Le prix de l'énergie vendue à une catégorie de clients branchés au réseau de la province est le même partout dans la province.

#### **Définition**

**39(2.2)** Pour l'application du paragraphe (2.1) :

a) les clients branchés au réseau reçoivent leur énergie du réseau d'interconnexion principal de la Régie servant au transport et à la distribution de l'énergie au Manitoba;

b) il est interdit de catégoriser les clients uniquement en fonction de la région ou de la densité de la population de la région où ils se trouvent dans la province.

**39(3) à (7)** [Abrogés] L.M. 1988-89, c. 23, art. 34.

#### **Respect du champ d'intervention fixé pour l'audience**

**39(8)** Lors d'une audience publique tenue en vertu du présent article, la Régie des services publics peut définir le statut et les droits de tout intervenant et peut limiter l'audience en refusant d'admettre une preuve ou de recevoir des observations lorsque ces dernières n'ont pas de lien avec la portée de l'audience établie par la Régie des services publics.

**39(9)** [Repealed] S.M. 1988-89, c. 23, s. 34.

**Material supplied by corporation**

**39(10)** Where an application is made to The Public Utilities Board under this Act, the corporation, upon request of The Public Utilities Board, shall provide The Public Utilities Board with

- (a) a statement showing the prices fixed or proposed to be fixed and the prices which were or are in effect prior to the new prices being fixed;
- (b) a statement of the reasons for any changes in the prices fixed or proposed to be fixed including a statement of the facts supporting those reasons;
- (c) a statement of the manner in which and a time at which the changes in the prices were or are proposed to be implemented; and
- (d) such further information incidental thereto as The Public Utilities Board may reasonably require.

**Recommendations by P. U. Board**

**39(11)** After hearing evidence and submissions in respect of any application made to it under this Act, The Public Utilities Board shall make a report to the minister which shall include its recommendations as to the prices that should be charged for power supplied by the corporation or paid for power requisitioned by the corporation, as the case may be, and the reasons for its recommendations.

**Action by L.G. in C.**

**39(12)** Upon receiving the report of The Public Utilities Board under subsection (11), the minister shall refer the report for consideration to the Lieutenant Governor in Council, who shall thereafter direct the corporation as to the prices to be charged for power supplied by the corporation or paid for power requisitioned by the corporation, as the case may be, together with such other orders or directions incidental thereto as he deems appropriate, and the corporation shall comply with the orders and directions given by the Lieutenant Governor in Council for such period as may be prescribed by the Lieutenant Governor in Council.

**39(9)** [Abrogé] L.M. 1988-89, c. 23, art. 34.

**Renseignements fournis par la Régie**

**39(10)** Lors d'une demande faite à la Régie des services publics en vertu de la présente loi, la Régie doit, sur demande de la Régie des services publics, fournir à celle-ci les renseignements suivants :

- a) un état des prix fixés ou à fixer ainsi que les prix tels qu'ils étaient avant la fixation des nouveaux prix;
- b) un exposé des motifs des changements des tarifs, fixés ou à fixer, y compris l'exposé des faits fournis à l'appui de ces motifs;
- c) un exposé sur la manière et sur l'échéancier des changements de tarifs faits ou à faire;
- d) tout autre renseignement subsidiaire que la Régie des services publics peut raisonnablement exiger.

**Recommandations de la Régie des services publics**

**39(11)** Après avoir entendu la preuve et les représentations relatives aux demandes faites en vertu de la présente loi, la Régie des services publics fait rapport au ministre en y incluant ses recommandations quant au tarif qui devrait être appliqué à la fourniture d'énergie par la Régie ou qui devrait être payé pour l'énergie qu'elle réquisitionne ainsi que les motifs de ces recommandations.

**Directives du lieutenant-gouverneur en conseil**

**39(12)** Sur réception du rapport de la Régie des services publics soumis en application du paragraphe (11), le ministre doit soumettre à son tour le rapport à l'examen du lieutenant-gouverneur en conseil qui, par la suite, doit donner ses instructions à la Régie eu égard au tarif qu'elle peut appliquer à l'énergie qu'elle fournit ou qu'elle peut payer pour l'énergie qu'elle réquisitionne, avec les décrets ou directives subsidiaires qu'il juge opportuns. La Régie doit se conformer aux décrets et directives pris par le lieutenant-gouverneur en conseil pour la période que celui-ci peut déterminer.

### **Applications made under subsec. 38(2) or 50(4)**

**39(13)** Where an application is made to The Public Utilities Board under subsection 38(2) to review a price computed under subsection 38(1) or an application is made to The Public Utilities Board under subsection 50(4) to review an assessment or apportionment made under subsection 50(3), subsections (8), (10), (11) and (12) apply with such modifications as the circumstances require to the application.

S.M. 1988-89, c. 23, s. 34; S.M. 2001, c. 23, s. 2; S.M. 2017, c. 19, s. 32.

### **Demande faite en vertu du paragraphe 38(2) ou 50(4)**

**39(13)** Lorsqu'une demande est formulée auprès de la Régie des services publics en vertu du paragraphe 38(2) pour la révision du prix calculé en application du paragraphe 38(1), ou lorsqu'une demande est faite en vertu du paragraphe 50(4) de réviser une réclamation ou sa répartition établie en vertu du paragraphe 50(3), les paragraphes (8), (10), (11) et (12) s'appliquent à cette demande, compte tenu des adaptations de circonstance.

L.M. 1988-89, c. 23, art. 34; L.M. 2001, c. 23, art. 2; L.M. 2017, c. 19, art. 32.

## **DEPRECIATION AND STABILIZATION RESERVES**

### **Establishment of reserves**

**40(1)** The board shall establish and maintain, and may adjust as required, such reserves or funds of the corporation as are sufficient, in the opinion of the board, to provide

- (a) for the amortization of the cost to the corporation of the property and works, (whether as a whole or in its component parts), of the corporation during the period, or remaining period, of the useful life thereof;
- (b) insurance, for which provision is not otherwise made, against loss or damage to any property of the corporation, or to the persons or property of others, caused by or arising out of the works or operations of the corporation;
- (c) for the stabilization by the board of rates or prices for power sold by the corporation, the meeting of extraordinary contingencies, and such other requirements or purposes as in the opinion of the board are proper.

### **Use of reserves**

**40(2)** The reserves created pursuant to subsection (1) may be used or employed by the board

## **RÉSERVES POUR LA DÉPRÉCIATION ET LA STABILISATION**

### **Établissement de réserves**

**40(1)** Le conseil doit établir et maintenir et, au besoin, peut adapter les réserves ou les fonds de la Régie qui, de l'avis du conseil, suffisent aux besoins suivants :

- a) l'amortissement des coûts pour la Régie des biens et ouvrages, qu'ils soient considérés dans leur totalité ou dans leurs éléments constitutifs, pendant leur vie économique ou le reste de leur vie économique;
- b) l'assurance, pour laquelle aucune autre disposition n'est prévue, contre les pertes ou les dommages aux biens de la Régie ou aux personnes ou encore aux biens d'autrui, causés par les ouvrages ou les activités de la Régie;
- c) la stabilisation par le conseil des tarifs de l'énergie que vend la Régie, les provisions pour les circonstances imprévues ainsi que les autres exigences et objectifs qui sont jugés opportuns par le conseil.

### **Utilisation des réserves**

**40(2)** Le conseil peut utiliser les réserves établies en vertu du paragraphe (1) aux fins suivantes :

# Tab 5



# MANITOBA

## THE PATH TO RECONCILIATION ACT

C.C.S.M. c. R30.5

## LOI SUR LA RÉCONCILIATION

c. R30.5 de la *C.P.L.M.*

As of 2016-03-22, this is the most current version available. It is current for the period set out in the footer below.

It is the first version and has not been amended.

Le texte figurant ci-dessous constitue la codification la plus récente en date du 2016-03-22. Son contenu était à jour pendant la période indiquée en bas de page.

Il s'agit de la première version; elle n'a fait l'objet d'aucune modification.

## LEGISLATIVE HISTORY

*The Path to Reconciliation Act*, C.C.S.M. c. R30.5

Enacted by  
SM 2016, c. 5

Proclamation status (for provisions in force by proclamation)

## HISTORIQUE

*Loi sur la réconciliation*, c. R30.5 de la C.P.L.M.

Édictée par  
L.M. 2016, c. 5

État des dispositions qui entrent en vigueur par proclamation



## CHAPTER R30.5

### THE PATH TO RECONCILIATION ACT

(Assented to March 15, 2016)

RECOGNIZING that Manitoba is situated on the traditional lands and territories of Indigenous peoples;

FURTHER RECOGNIZING that Manitoba benefited and continues to benefit from the historical relationships and treaties with Indigenous peoples and nations;

FURTHER RECOGNIZING that Indigenous people within Canada have been subject to a wide variety of human rights abuses since European contact and that those abuses have caused great harm;

FURTHER RECOGNIZING that reconciliation is founded on respect for Indigenous nations and Indigenous peoples and their history, languages and cultures, and reconciliation is necessary to address colonization;

FURTHER RECOGNIZING that the Truth and Reconciliation Commission was established as part of a response to the abuses of colonization, and that the Commission has provided a path forward to reconciliation;

FURTHER RECOGNIZING that the Government of Canada also has a significant role in advancing reconciliation;

## CHAPITRE R30.5

### LOI SUR LA RÉCONCILIATION

(Date de sanction : 15 mars 2016)

Attendu :

que le Manitoba est situé sur les terres et les territoires traditionnels des peuples autochtones;

que le Manitoba a bénéficié des relations et des traités historiques qu'il a établis avec les peuples et les nations autochtones et qu'il continue d'en bénéficier;

que les droits de la personne des Autochtones du Canada ont été bafoués depuis les premiers contacts avec les Européens et que ces violations ont causé de grands torts;

que la réconciliation est fondée sur le respect envers les nations et les peuples autochtones et leur histoire, leurs langues et leurs cultures, et qu'elle est nécessaire pour qu'il soit fait face aux effets de la colonisation;

que la Commission de vérité et réconciliation a été mise sur pied en réponse à ces effets et qu'elle a fourni une voie de réconciliation;

que le gouvernement du Canada a aussi un rôle important à jouer pour favoriser la réconciliation;

AND AFFIRMING that the Government of Manitoba is committed to reconciliation and will be guided by the calls to action of the Truth and Reconciliation Commission and the principles set out in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples;

THEREFORE HER MAJESTY, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly of Manitoba, enacts as follows:

### Reconciliation

**1(1)** "Reconciliation" refers to the ongoing process of establishing and maintaining mutually respectful relationships between Indigenous and non-Indigenous peoples in order to build trust, affirm historical agreements, address healing and create a more equitable and inclusive society.

### Indigenous peoples

**1(2)** "Indigenous peoples" includes First Nations, Inuit and Metis peoples of Manitoba.

### Principles

**2** To advance reconciliation, the government must have regard for the following principles:

**Respect:** Reconciliation is founded on respect for Indigenous nations and Indigenous peoples. Respect is based on awareness and acknowledgement of the history of Indigenous peoples and appreciation of their languages, cultures, practices and legal traditions.

**Engagement:** Reconciliation is founded on engagement with Indigenous nations and Indigenous peoples.

**Understanding:** Reconciliation is fostered by striving for a deeper understanding of the historical and current relationships between Indigenous and non-Indigenous peoples and the hopes and aspirations of Indigenous nations and Indigenous peoples.

que le gouvernement du Manitoba est résolu à favoriser la réconciliation et sera guidé par les appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation ainsi que par les principes établis dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*,

SA MAJESTÉ, sur l'avis et avec le consentement de l'Assemblée législative du Manitoba, édicte :

### Réconciliation

**1(1)** Le terme « réconciliation » s'entend du processus continu d'établissement et de maintien de relations mutuellement respectueuses entre les peuples autochtones et non autochtones qui permet d'instaurer un climat de confiance, de confirmer les ententes historiques, de favoriser la guérison et de créer une société plus équitable et inclusive.

### Peuples autochtones

**1(2)** Le terme « peuples autochtones » s'entend notamment des Premières nations, des Inuits et des Métis du Manitoba.

### Principes

**2** En vue de favoriser la réconciliation, le gouvernement tient compte des principes suivants :

**Respect :** La réconciliation est fondée sur le respect envers les nations et les peuples autochtones. Le respect repose sur la connaissance et la reconnaissance de leur histoire et la valorisation de leurs langues, cultures, pratiques et traditions juridiques.

**Collaboration :** La réconciliation est fondée sur la collaboration avec les nations et les peuples autochtones.

**Compréhension :** Les efforts déployés en vue d'une compréhension accrue des relations historiques et contemporaines entre les peuples autochtones et non autochtones ainsi que les espoirs et les aspirations des nations et des peuples autochtones contribuent à la réconciliation.

**Action:** Reconciliation is furthered by concrete and constructive action that improves the present and future relationships between Indigenous and non-Indigenous peoples.

**Action :** La réconciliation progresse grâce à des mesures concrètes et constructives qui améliorent les relations actuelles et futures entre les peuples autochtones et non autochtones.

### Minister

**3(1)** As a member of the Executive Council, the minister responsible for reconciliation must lead the government's participation in the reconciliation process, including by

- (a) making recommendations to the Executive Council about measures to advance reconciliation;
- (b) promoting initiatives to advance reconciliation across all sectors of society, including interdepartmental, intergovernmental, corporate and community initiatives;
- (c) promoting recognition of the contributions of Indigenous peoples to the founding of Manitoba for the purpose of advancing reconciliation; and
- (d) making recommendations to the government about financial priorities and resource allocation across the government in relation to reconciliation.

### Members of Executive Council

**3(2)** Each member of the Executive Council is to promote measures to advance reconciliation through the work of the member's department and across government.

### Strategy

**4** The minister responsible for reconciliation must guide the development of a strategy for reconciliation that

- (a) is to be guided by the calls to action of the Truth and Reconciliation Commission and the principles set out in the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples;

### Ministre

**3(1)** En tant que membre du Conseil exécutif, le ministre chargé de la réconciliation dirige la participation du gouvernement au processus de réconciliation. Il fait notamment :

- a) des recommandations au Conseil exécutif sur les mesures visant à faire progresser la réconciliation;
- b) la promotion d'initiatives visant la progression de la question dans tous les secteurs de la société, y compris des initiatives interministérielles, intergouvernementales et communautaires ainsi que des initiatives prises par des personnes morales;
- c) la promotion de la reconnaissance des contributions des peuples autochtones à la fondation du Manitoba dans le but de faire progresser la question;
- d) des recommandations au gouvernement sur les priorités financières et l'allocation des ressources au sein de l'État en matière de réconciliation.

### Membres du Conseil exécutif

**3(2)** Les membres du Conseil exécutif font la promotion, par l'entremise des ministères qu'ils dirigent et de l'ensemble du gouvernement, de mesures visant à faire progresser la réconciliation.

### Stratégie

**4** Le ministre chargé de la réconciliation guide l'élaboration d'une stratégie visant la réconciliation :

- a) qui s'inspire des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation ainsi que des principes établis dans la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*;

(b) builds upon meaningful engagement with Indigenous nations and Indigenous peoples about the past, present and future relationships between Indigenous and non-Indigenous peoples;

(c) creates a framework for an ongoing and evolving process to advance reconciliation;

(d) establishes immediate and long-term actions that are responsive to the priorities and needs of Indigenous nations and Indigenous peoples, including those set out in the calls to action of the Truth and Reconciliation Commission;

(e) fosters the involvement of all sectors of society in the reconciliation process; and

(f) establishes transparent mechanisms to monitor and evaluate the measures taken by the government to advance reconciliation;

(g) ensures that survivors of residential school abuses have a role to play in its development.

b) qui s'appuie sur une véritable collaboration avec les nations et les peuples autochtones en ce qui a trait aux relations passées, présentes et futures entre les peuples autochtones et non autochtones;

c) qui donne lieu à un cadre de travail permettant un processus continu et évolutif en vue de l'objectif visé;

d) qui prévoit des mesures immédiates et à long terme répondant aux priorités et aux besoins des nations et des peuples autochtones, notamment ceux déterminés dans les appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation;

e) qui favorise la participation de tous les secteurs de la société au processus;

f) qui prévoit des mécanismes transparents de surveillance et d'évaluation des mesures prises par le gouvernement pour faire progresser la réconciliation;

g) qui veille à ce que les survivants de sévices subis dans les pensionnats participent à son élaboration.

### **Progress report**

**5(1)** For each fiscal year, the minister responsible for reconciliation must prepare a report about the measures taken by the government to advance reconciliation, including the measures taken to engage Indigenous nations and Indigenous peoples in the reconciliation process and the measures taken to implement the strategy.

### **Tabling report in Assembly and publication**

**5(2)** Within three months after the end of the fiscal year, the minister must table a copy of the report in the Assembly and make it available to the public. The minister must also arrange for the report, or a summary of it, to be translated into the languages of Cree, Dakota, Dene, Inuktitut, Michif, Ojibway and Oji-Cree, and make each translation available to the public.

### **Rapport d'étape**

**5(1)** Pour chaque exercice, le ministre chargé de la réconciliation établit un rapport sur les mesures prises par le gouvernement pour faire progresser la réconciliation, notamment celles visant la participation des nations et des peuples autochtones au processus et la mise en œuvre de la stratégie.

### **Dépôt du rapport à l'Assemblée et publication**

**5(2)** Dans les trois mois suivant la fin de l'exercice, le ministre dépose un exemplaire du rapport à l'Assemblée et le rend public. Le ministre prend également des arrangements pour que le rapport, ou un résumé de celui-ci, soit traduit dans les langues suivantes : cri, dakota, déné, inuktitut, michif, ojibwé et oji-cri. Les traductions sont rendues publiques.

**Translation and publication in Indigenous languages**

**6** Within 30 days after the coming into force of this Act, the minister responsible for reconciliation must arrange for its translation into the languages of Cree, Dakota, Dene, Inuktitut, Michif, Ojibway and Oji-Cree. Upon completion, each translation must be made available to the public.

**C.C.S.M. reference**

**7** This Act may be referred to as chapter R30.5 of the *Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba*.

**Coming into force**

**8** This Act comes into force on the day it receives royal assent.

**Traduction et publication en langues autochtones**

**6** Dans les 30 jours suivant l'entrée en vigueur de la présente loi, le ministre chargé de la réconciliation prend des arrangements pour qu'elle soit traduite dans les langues suivantes : cri, dakota, déné, inuktitut, michif, ojibwé et oji-cri. Les traductions sont rendues publiques dès qu'elles sont terminées.

**Codification permanente**

**7** La présente loi constitue le chapitre R30.5 de la *Codification permanente des lois du Manitoba*.

**Entrée en vigueur**

**8** La présente loi entre en vigueur le jour de sa sanction.

# Tab 6

**The Law Society of British Columbia**

and

**The Attorney General of British Columbia***Appellants*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and the Federation of Law Societies of Canada** *Interveners*

v.

**Mark David Andrews**

and

**Gorel Elizabeth Kinersly** *Respondents*

and

**The Women's Legal Education and Action Fund, the Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, the Canadian Association of University Teachers and the Ontario Confederation of University Faculty Associations** *Interveners*

INDEXED AS: ANDREWS v. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA

File Nos.: 19955, 19956.

1987: October 5, 6; 1989: February 2.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality before and under the law and equal protection and benefit of law — Citizenship required for call to bar — Whether or not requirement discriminatory with respect to qualified Canadian residents who are not citizens — Whether or not requirement justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1)* <sup>j</sup>

**The Law Society of British Columbia**

et

**Le procureur général de la**<sup>a</sup> **Colombie-Britannique** *Appellants*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et la Fédération des professions juridiques du Canada** *Intervenants*

<sup>c</sup> c.**Mark David Andrews**

et

<sup>d</sup> **Gorel Elizabeth Kinersly** *Intimés*

et

<sup>e</sup> **Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés, l'Association canadienne des professeurs d'université et l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario** *Intervenants* <sup>f</sup>

RÉPERTORIÉ: ANDREWS c. LAW SOCIETY OF BRITISH COLUMBIA

<sup>g</sup> N<sup>os</sup> du greffe: 19955, 19956.

1987: 5, 6 octobre; 1989: 2 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain\*, La Forest et

<sup>h</sup> L'Heureux-Dubé.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi, égalité dans la loi et égalité de protection et de bénéfice de la loi — Citoyenneté exigée pour l'inscription au barreau — L'obligation d'être citoyen est-elle discriminatoire à l'égard des résidents canadiens qualifiés qui n'ont pas la citoyenneté? — L'obligation est-elle justifiée en vertu de l'article premier —* <sup>j</sup>

\* Le Dain J. took no part in the judgment.

\* Le juge Le Dain n'a pas pris part au jugement.

— *Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, c. 26, s. 42.*

The respondent Andrews, a British subject permanently resident in Canada met all the requirements for admission to the British Columbia bar except that of Canadian citizenship. His action for a declaration that that requirement violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was dismissed at trial but allowed on appeal. Kinersly, an American citizen who was at the time a permanent resident of Canada articling in the Province of British Columbia, was added as a co-respondent by order of this Court. The constitutional questions before this Court dealt with: (1) whether the Canadian citizenship requirement for admission to the British Columbia bar infringed or denied the equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*; (2) if so, whether that infringement was justified by s. 1.

*Held:*

Section 15(1) of the *Charter*

*Per* Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: Section 15(1) of the *Charter* provides for every individual a guarantee of equality before and under the law, as well as the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. This is not a general guarantee of equality; its focus is on the application of the law. No problem regarding the scope of the word "law" arose in this case because legislation was under attack.

The "similarly situated should be similarly treated" approach will not necessarily result in equality nor will every distinction or differentiation in treatment necessarily result in inequality. The words "without discrimination" in s. 15 are crucial.

Discrimination is a distinction which, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, has an effect which imposes disadvantages not imposed upon others or which withholds or limits access to advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an

*Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Barristers and Solicitors Act, R.S.B.C. 1979, chap. 26, art. 42.*

L'intimé Andrews, un sujet britannique qui était résident permanent du Canada, remplissait toutes les conditions d'admission au barreau de la Colombie-Britannique à l'exception de celle relative à la citoyenneté canadienne. Son action visant à obtenir un jugement déclaratoire portant que cette condition violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été rejetée en première instance, mais accueillie en appel. Kinersly, une citoyenne américaine qui, à l'époque, était une résidente permanente du Canada qui faisait son stage dans la province de la Colombie-Britannique, a été ajoutée à titre de cointimée suite à une ordonnance de cette Cour. Les questions constitutionnelles auxquelles doit répondre la Cour sont de savoir (1) si l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique porte atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*, et (2) dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée par l'article premier.

*Arrêt:*

Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

*Le* juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson et L'Heureux-Dubé: Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination. Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition porte sur l'application de la loi. La portée du terme «loi» ne soulève aucun problème en l'espèce puisque c'est une mesure législative qui est attaquée.

Le point de vue selon lequel «les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue» n'entraînera pas nécessairement l'égalité, pas plus que toute distinction ou différence de traitement ne produira forcément une inégalité. L'expression «indépendamment de toute discrimination» que l'on trouve à l'art. 15 a une importance cruciale.

La discrimination est une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer des désavantages non imposés à d'autres, ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours



individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Generally, the principles applied under the Human Rights Acts are equally applicable to questions of discrimination under s. 15(1). However, the *Charter* requires a two-step approach to s. 15(1). The first step is to determine whether or not an infringement of a guaranteed right has occurred. The second step is to determine whether, if there has been an infringement, it can be justified under s. 1. The two steps must be kept analytically distinct because of the different attribution of the burden of proof; the citizen must establish the infringement of his or her *Charter* right and the state must justify the infringement.

The grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) are not exhaustive. Grounds analogous to those enumerated are also covered and the section may be even broader than that although it is not necessary to answer that question in this case since the ground advanced in this case falls into the analogous category.

The words "without discrimination" require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. These words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Given that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, a complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit of the law but must show in addition that the law is discriminatory.

A rule which bars an entire class of persons from certain forms of employment, solely on the grounds of a lack of citizenship status and without consideration of educational and professional qualifications or the other attributes or merits of individuals in the group, infringes s. 15 equality rights. Section 42 of the *Barristers and Solicitors Act* is such a rule.

*Per* La Forest J.: The views of McIntyre J. as to the meaning of s. 15(1) were substantially agreed with in so far as relevant to the question of whether or not the impugned provision amounted to discrimination based on "irrelevant personal differences" such as those listed

taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

De façon générale, les principes appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également aux questions de discrimination au sens du par. 15(1). Cependant, la *Charte* exige que l'examen fondé sur le par. 15(1) se fasse en deux étapes. La première étape consiste à déterminer s'il y a eu atteinte à un droit garanti. La deuxième étape consiste à déterminer, le cas échéant, si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier. Les deux étapes doivent être maintenues analytiquement distinctes en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve: le citoyen doit prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte* et l'État doit justifier cette violation.

Les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ne sont pas exhaustifs. Les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés et il se peut même que la disposition soit plus générale que cela, bien qu'il ne soit pas nécessaire, en l'espèce, de répondre à cette question étant donné que le motif invoqué tombe dans la catégorie des motifs analogues.

L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Puisque ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi est discriminatoire.

Une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté et sans égard à leur diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité de l'art. 15. L'article 42 de la *Barristers and Solicitors Act* constitue une règle de ce genre.

*Le* juge La Forest: L'opinion du juge McIntyre quant à la signification du par. 15(1) est essentiellement retenue dans la mesure où elle est pertinente à la question de savoir si la disposition contestée constitue de la discrimination fondée sur des «différences personnelles non perti-

in s. 15 and, traditionally, in human rights legislation. The opening words of s. 15 referring more generally to equality, however, may have a significance that extends beyond protection from discrimination through the application of law. Nevertheless, all legislative classifications need not be rationally supportable before the courts; s. 15 was not intended to be a tool for the wholesale subjection of legislation to judicial scrutiny.

The impugned legislation distinguished the respondents from other persons on the basis of a personal characteristic which shares many similarities with those enumerated in s. 15. Citizenship is typically not within the control of the individual and is, at least temporarily, a characteristic of personhood which is not alterable by conscious action and which in some cases is not alterable except on the basis of unacceptable costs. Non-citizens are a group of persons who are relatively powerless politically and whose interests are likely to be compromised by legislative decisions.

Citizenship, while properly required for certain types of legitimate governmental objectives, is generally irrelevant to the legitimate work of government in all but a limited number of areas. Legislating citizenship as a basis for distinguishing between persons, here for conditioning access to the practice of a profession, harbours the potential for undermining the essential or underlying values of a free and democratic society embodied in s. 15. Legislative conditioning on the basis of citizenship may, in certain circumstances, be acceptable in the free and democratic society that is Canada, but that legislation must be justified by the government under s. 1 of the *Charter*.

### Section 1 of the Charter

*Per* Dickson C.J. and Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: The legislation at issue was not justified under s. 1.

The objective of the legislation was not sufficiently pressing and substantial to warrant overcoming the rights protected by s. 15. Given that s. 15 is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society, the burden resting on government to justify the type of discrimination against such groups is appropriately an onerous one.

«*ntes*» comme celles qui sont énumérées à l'art. 15 et qui se retrouvent traditionnellement dans les lois sur les droits de la personne. Les termes préliminaires de l'art. 15 qui se rapportent plus généralement à l'égalité peuvent cependant avoir un sens qui va au-delà de la protection contre la discrimination résultant de l'application de la loi. Néanmoins, ce ne sont pas toutes les classifications législatives qui doivent être rationnellement défendables devant les tribunaux; on n'a pas voulu que l'art. 15 serve à assujettir systématiquement les lois à l'examen judiciaire.

La mesure législative attaquée distingue les intimés d'autres personnes en fonction d'une caractéristique personnelle qui comporte plusieurs traits communs avec celles énumérées à l'art. 15. La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l'individu et est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable. Les gens qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe de personnes qui sont relativement dépourvues de pouvoir politique et dont les intérêts risquent d'être compromis par des décisions législatives.

Bien que la citoyenneté puisse être exigée à bon droit relativement à certains types d'objectifs légitimes du gouvernement, elle n'a généralement rien à voir avec les activités légitimes d'un gouvernement, si ce n'est dans un nombre restreint de domaines. L'emploi dans une mesure législative de la citoyenneté comme motif de distinction entre individus, en l'espèce pour conditionner l'accès à l'exercice d'une profession, comporte le risque de miner les valeurs essentielles ou fondamentales d'une société libre et démocratique qui sont enchâssées à l'art. 15. Une mesure législative qui pose la citoyenneté comme condition peut, dans certains cas, être acceptable dans la société libre et démocratique qu'est le Canada, mais le gouvernement doit justifier une telle mesure en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### h L'article premier de la Charte

*Le* juge en chef Dickson et les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: La mesure législative en cause n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

L'objectif de la loi ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la suppression des droits protégés par l'art. 15. Étant donné que l'art. 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde.

The proportionality test was not met. The requirement of citizenship is not carefully tailored to achieve the objective that lawyers be familiar with Canadian institutions and customs and may not even be rationally connected to it. Most citizens, natural-born or otherwise, are committed to Canadian society but that commitment is not ensured by citizenship. Conversely, non-citizens may be deeply committed to our country. Even if lawyers do perform a governmental function, citizenship does not guarantee that they will honourably and conscientiously carry out their public duties: that is a function of their being good lawyers, not of citizenship.

*Per La Forest J.:* While in general agreement with McIntyre J. about how the legislation must be approached under s. 1 in balancing the right infringed by the legislation against its objectives, the legislation fails to meet the test of proportionality.

Citizenship neither ensures the objectives of familiarity with Canadian institutions and customs nor of commitment to Canadian society. Restriction of access to the profession to citizens is over-inclusive. Less drastic methods for achieving the desired objectives are available.

While certain state activities may, for both symbolic and practical reasons, be confined to those who are full members of our political society, such restriction should not apply to the legal profession as a whole. The practice of law is primarily a private profession. A lawyer working for a private client does not play a role in the administration of justice requiring citizenship. Ordinary lawyers are not privy to government information and there are rules to restrict lawyers from obtaining confidential governmental information. Their situation differs from those involved in government policy-making or administration.

*Per McIntyre and Lamer JJ. (dissenting):* The citizenship requirement is reasonable and sustainable under s. 1 given the importance of the legal profession in the government of the country. The measure was not disproportionate to the object to be attained. Non-citizens are encouraged to become citizens and the maximum delay imposed upon the non-citizen from the date of acquisition of permanent resident status is three years. It is reasonable to expect that the newcomer who seeks to

Le critère de proportionnalité n'est pas respecté. L'obligation d'être citoyen n'est pas bien adaptée pour atteindre l'objectif que les avocats connaissent les institutions et coutumes canadiennes et peut même être sans lien rationnel avec celui-ci. La plupart des citoyens, originaires ou non du Canada, sont engagés envers la société canadienne, mais la citoyenneté ne garantit pas cet engagement. Inversement, ceux qui n'ont pas la citoyenneté peuvent être profondément engagés envers notre pays. Même si les avocats exécutent une fonction gouvernementale, la citoyenneté ne garantit pas qu'ils vont s'acquitter de leurs fonctions publiques honorablement et consciencieusement; ils vont le faire parce qu'ils sont des avocats compétents et non parce qu'ils sont citoyens canadiens.

*Le juge La Forest:* Bien que le juge partage, d'une manière générale, l'opinion du juge McIntyre quant à la manière dont il faut aborder la mesure législative en vertu de l'article premier, en soupesant le droit violé par cette mesure en fonction des objectifs qu'elle vise, la mesure législative en cause ne respecte pas le critère de proportionnalité.

La citoyenneté ne garantit pas la réalisation des objectifs de familiarité avec les institutions et les coutumes canadiennes, ou d'engagement envers la société canadienne. La restriction aux citoyens canadiens de l'accès à la profession d'avocat est excessive. Il existe des moyens moins draconiens de réaliser ces objectifs.

Même si l'exercice de certaines activités de l'État devrait, pour des raisons à la fois symboliques et pratiques, être limité aux membres à part entière de notre société politique, une telle restriction ne devrait pas s'appliquer à l'ensemble de la profession juridique. La pratique du droit est d'abord et avant tout une profession de nature privée. Un avocat qui représente un particulier ne joue dans l'administration de la justice aucun rôle qui l'oblige à avoir la citoyenneté. Les avocats ordinaires ne sont pas au courant de renseignements gouvernementaux et il existe des règles visant à les empêcher d'obtenir des renseignements gouvernementaux confidentiels. Leur situation diffère de celle des avocats qui prennent part à la formulation ou à la mise en œuvre de politiques.

*Les juges McIntyre et Lamer (dissidents):* L'obligation d'être citoyen est raisonnable et défendable en vertu de l'article premier étant donné l'importance de la profession juridique dans le gouvernement du pays. La mesure n'est pas disproportionnée à l'objectif à atteindre. Ceux qui n'ont pas la citoyenneté sont encouragés à l'obtenir et le délai maximal imparti à celui qui n'a pas la citoyenneté pour devenir citoyen canadien est de trois ans à compter de la date où il acquiert son statut de

gain the privileges and status within the land and the right to exercise the great powers that admission to the practice of law will give should accept citizenship and its obligations as well as its advantages and benefits.

### Cases Cited

By Wilson J.

**Referred to:** *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189.

By La Forest J.

**Referred to:** *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641; *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973); *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305.

By McIntyre J. (dissenting as to the application of s. 1)

**Referred to:** *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Belgian Linguistic Case (No. 2)* (1968), 1 E.H.R.R. 252; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *United States v. Caro-*

*résident permanent. Il est raisonnable de s'attendre à ce que les nouveaux arrivants, qui cherchent à obtenir les privilèges et le statut propres au pays et le droit d'exercer les vastes pouvoirs que confère l'admission à la pratique du droit, acceptent la citoyenneté et ses obligations au même titre que ses avantages et bénéfices.*

### Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

**Arrêts mentionnés:** *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Re Dickenson and Law Society of Alberta* (1978), 84 D.L.R. (3d) 189.

Citée par le juge La Forest

**Arrêts mentionnés:** *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Kask v. Shimizu*, [1986] 4 W.W.R. 154; *Fontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973); *Re Howard*, [1976] 1 N.S.W.L.R. 641; *In re Griffiths*, 413 U.S. 717 (1973); *Reyners v. The Belgian State*, [1974] 2 Common Market Law R. 305.

Citée par le juge McIntyre (dissentant quant à l'application de l'article premier)

**Arrêts mentionnés:** *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398; *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (1968), 11 *Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme* 833; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *United States v.*

an obligation to accord equal treatment to others. It is concerned with the application of the law. No problem regarding the scope of the word "law", as employed in s. 15(1), can arise in this case because it is an Act of the Legislature which is under attack. Whether other governmental or *quasi*-governmental regulations, rules, or requirements may be termed laws under s. 15(1) should be left for cases in which the issue arises.

The concept of equality has long been a feature of Western thought. As embodied in s. 15(1) of the *Charter*, it is an elusive concept and, more than any of the other rights and freedoms guaranteed in the *Charter*, it lacks precise definition. As has been stated by John H. Schaar, "Equality of Opportunity and Beyond", in *Nomos IX: Equality*, eds. J. Roland Pennock and John W. Chapman (1967), at p. 228:

Equality is a protean word. It is one of those political symbols — liberty and fraternity are others — into which men have poured the deepest urgings of their heart. Every strongly held theory or conception of equality is at once a psychology, an ethic, a theory of social relations, and a vision of the good society.

It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises. It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality. This proposition has found frequent expression in the literature on the subject but, as I have noted on a previous occasion, nowhere more aptly than in the well-known words of Frankfurter J. in *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184:

It was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals.

abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. Elle porte sur l'application de la loi. La portée du terme «loi» utilisé au par. 15(1) ne saurait soulever aucun problème en l'espèce puisque c'est une loi de la législature qui est attaquée. La question de savoir si d'autres exigences, règles et règlements gouvernementaux ou quasi gouvernementaux peuvent être qualifiés de lois au sens du par. 15(1), devrait être débattue dans les affaires où elle sera soulevée.

Le concept d'égalité fait partie de la pensée occidentale depuis longtemps. Enchâssé au par. 15(1) de la *Charte*, c'est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise. Comme le déclarait John H. Schaar, «Equality of Opportunity and Beyond», dans *Nomos IX: Equality*, éd. J. Roland Pennock et John W. Chapman (1967), à la p. 228:

[TRADUCTION] L'égalité est un terme changeant. Elle constitue l'un de ces symboles politiques — liberté et fraternité en sont d'autres — dans lesquels les hommes ont enfoui les désirs les plus profonds de leur cœur. Chaque théorie ou conception ardemment défendue de l'égalité relève à la fois de la psychologie, de l'éthique, d'une conception des relations sociales et d'une vision de la société juste.

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. Cette proposition a souvent été exprimée dans la documentation sur le sujet mais, comme je l'ai déjà souligné à une autre occasion, nulle part n'a-t-elle été formulée plus justement que dans la fameuse phrase du juge Frankfurter dans l'arrêt *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), à la p. 184:

[TRADUCTION] C'était un homme sage celui qui a dit qu'il n'y avait pas de plus grande inégalité que l'égalité de traitement entre individus inégaux.

The same thought has been expressed in this Court in the context of s. 2(b) of the *Charter* in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson C.J. said at p. 347:

The equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment.

In simple terms, then, it may be said that a law which treats all identically and which provides equality of treatment between "A" and "B" might well cause inequality for "C", depending on differences in personal characteristics and situations. To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

McLachlin J.A. in the Court of Appeal expressed the view, at p. 605, that:

... the essential meaning of the constitutional requirement of equal protection and equal benefit is that persons who are "similarly situated be similarly treated" and conversely, that persons who are "differently situated be differently treated" . . . .

In this, she was adopting and applying as a test a proposition which seems to have been widely accepted with some modifications in both trial and appeal court decisions throughout the country on s. 15(1) of the *Charter*. See, for example, *Reference Re Family Benefits Act* (1986), 75 N.S.R. (2d) 338 (N.S.S.C.A.D.), at p. 351; *Reference Re Use*

Cette même pensée a été exprimée en cette Cour au sujet de l'al. 2b) de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge en chef Dickson affirme, à la p. 347:

<sup>a</sup> L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

<sup>b</sup> Donc, en termes simples, on peut affirmer qu'une loi qui prévoit un traitement identique pour tous et l'égalité de traitement entre «A» et «B» pourrait fort bien causer une inégalité à «C», selon les différences de caractéristiques personnelles et de situations. Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

<sup>g</sup> Le juge McLachlin de la Cour d'appel exprime, à la p. 605, l'opinion que:

[TRADUCTION] ... le sens fondamental de l'obligation constitutionnelle d'une égalité de protection et de bénéfice est que les personnes qui se trouvent dans une «situation analogue doivent être traitées de façon analogue» et, inversement, que les personnes qui se trouvent dans des «situations différentes doivent être traitées différemment» . . . .

<sup>i</sup> En affirmant cela, elle adoptait et appliquait comme critère une proposition qui semble avoir été généralement acceptée, sous réserve de certaines modifications, dans les décisions des tribunaux de première instance et d'appel du pays relatives au par. 15(1) de la *Charte*. Voir, par exemple, les décisions *Reference Re Family Benefits Act*

of *French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (Sask. C.A.), at p. 46; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359, at p. 366; *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, at p. 419. The reliance on this concept appears to have derived, at least in recent times, from J. T. Tussman and J. tenBroek, "The Equal Protection of Laws" (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341. The similarly situated test is a restatement of the Aristotelian principle of formal equality — that "things that are alike should be treated alike, while things that are unlike should be treated unlike in proportion to their unalikehood" (*Ethica Nichomacea*, trans. W. Ross, Book V3, at p. 1131a-6 (1925)).

The test as stated, however, is seriously deficient in that it excludes any consideration of the nature of the law. If it were to be applied literally, it could be used to justify the Nuremberg laws of Adolf Hitler. Similar treatment was contemplated for all Jews. The similarly situated test would have justified the formalistic separate but equal doctrine of *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), a doctrine that incidentally was still the law in the United States at the time that Professor Tussman and J. tenBroek wrote their much cited article: see M. David Lepofsky and H. Schwartz "Case Note" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 115, at pp. 119-20. The test, somewhat differently phrased, was applied in the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237. The Court upheld, under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, a section of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, which made it an offence for an Indian to have intoxicants in his possession off a reserve. In his locality there were no reserves. Tysoe J.A. said that equality before the law could not mean "the same laws for all

(1986), 75 N.S.R. (2d) 338 (C.S.N.-É., div. d'appel), à la p. 351; *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan* (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (C.A. Sask.), à la p. 46; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359, à la p. 366, et *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, à la p. 419. Le recours à ce concept paraît avoir découlé, récemment du moins, de J. T. Tussman et J. tenBroek, «The Equal Protection of Laws» (1949), 37 *Calif. L. Rev.* 341. Le critère de la situation analogue est une reformulation du principe aristotélien de l'égalité formelle: «Il en sera de même de l'égalité, si l'on examine les personnes et les choses. Le rapport qui existe entre les objets se retrouvera entre les personnes. Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand des personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes, sur le pied d'inégalité, ont et obtiennent un traitement égal» (*Éthique de Nicomaque*, trad. J. Voilquin, livre V, chap. III, p. 129, art. 6, Garnier Flammarion, 1965).

Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. Le critère de la situation analogue aurait justifié le principe formaliste du «séparé mais équivalent» de l'arrêt *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), qui, soit dit en passant, s'appliquait toujours aux États-Unis à l'époque où le professeur Tussman et J. tenBroek ont rédigé leur article souvent cité: voir M. David Lepofsky et H. Schwartz, «Commentaire d'arrêt» (1988), 67 *R. du B. can.* 115, aux pp. 119 et 120. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué ce critère, formulé quelque peu différemment, dans l'arrêt *R. v. Gonzales* (1962), 132 C.C.C. 237. La cour a confirmé, en application de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, un article de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, qui prévoyait qu'un Indien était coupable d'une infraction s'il avait des spiritueux en sa possession hors d'une

persons”, and defined the right in these words, at p. 243:

... in its context s. 1(b) means in a general sense that there has existed and there shall continue to exist in Canada a right in every person *to whom a particular law relates or extends* no matter what may be a person's race, national origin, colour, religion or sex to stand on an equal footing with every other person to whom that particular law relates or extends and a right to the protection of the law.

This approach was rejected in this Court by Ritchie J. in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, in a similar case involving a provision of the *Indian Act* making it an offence for an Indian to be intoxicated off a reserve. He said, at p. 297:

... I cannot agree with this interpretation pursuant to which it seems to me that the most glaring discriminatory legislation against a racial group would have to be construed as recognizing the right of each of its individual members “to equality before the law”, so long as all the other members are being discriminated against in the same way.

Thus, mere equality of application to similarly situated groups or individuals does not afford a realistic test for a violation of equality rights. For, as has been said, a bad law will not be saved merely because it operates equally upon those to whom it has application. Nor will a law necessarily be bad because it makes distinctions.

A similarly situated test focussing on the equal application of the law to those to whom it has application could lead to results akin to those in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. In *Bliss*, a pregnant woman was denied unemployment benefits to which she would have been entitled had she not been pregnant. She claimed that the *Unemployment Insurance Act, 1971*, violated the equality guarantees of the *Canadian Bill of Rights* because it discriminated against her on the basis of her sex. Her claim was dismissed by this Court on the grounds that there

réserve. Dans sa localité, il n'y avait pas de réserve. Le juge Tysoe de la Cour d'appel a affirmé que l'égalité devant la loi ne pouvait signifier [TRANSDUCTION] «des mêmes lois pour tout le monde», et il a défini le droit ainsi, à la p. 243:

[TRANSDUCTION] ... dans son contexte, l'al. 1b) signifie, de façon générale, qu'il a existé et qu'il continuera d'exister au Canada un droit pour tout individu *touché ou visé par une loi particulière*, quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe, d'être sur un pied d'égalité avec toute autre personne touchée ou visée par cette loi, et le droit à la protection de la loi.

Le juge Ritchie de cette Cour a rejeté cette interprétation dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, une affaire semblable portant sur une disposition de la *Loi sur les Indiens* qui prévoyait qu'un Indien était coupable d'une infraction s'il était ivre hors d'une réserve. Il a dit, à la p. 297:

... je ne puis admettre cette interprétation. Elle aurait pour conséquence, il me semble, qu'il faudrait considérer que la loi la plus manifestement discriminatoire envers un groupe ethnique reconnaît à chacun des membres de ce groupe «l'égalité devant la loi» si elle est également discriminatoire à l'égard de tous les autres membres du même groupe.

Ainsi, la simple égalité d'application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l'égalité. En effet, comme on l'a déjà dit, une mauvaise loi ne peut être sauvegardée pour la simple raison qu'elle s'applique également à ceux qu'elle vise. Pas plus qu'une loi sera nécessairement mauvaise parce qu'elle établit des distinctions.

Un critère de la situation analogue axé sur l'égalité d'application de la loi à ceux qu'elle vise pourrait entraîner des résultats semblables à ce qui s'est produit dans l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. Dans l'affaire *Bliss*, une femme enceinte s'était vu refuser les prestations d'assurance-chômage auxquelles elle aurait eu droit si elle n'avait pas été enceinte. Elle a fait valoir que la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* violait les garanties d'égalité contenues dans la *Déclaration canadienne des droits* pour le motif qu'elle établissait à son détriment une dis-



was no discrimination on the basis of sex, since the class into which she fell under the Act was that of pregnant persons, and within that class, all persons were treated equally. This case, of course, was decided before the advent of the *Charter*.

I would also agree with the following criticism of the similarly situated test made by Kerans J.A. in *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, at p. 244:

... the test accepts an idea of equality which is almost mechanical, with no scope for considering the reason for the distinction. In consequence, subtleties are found to justify a finding of dissimilarity which reduces the test to a categorization game. Moreover, the test is not helpful. After all, most laws are enacted for the specific purpose of offering a benefit or imposing a burden on some persons and not on others. The test catches every conceivable difference in legal treatment.

For the reasons outlined above, the test cannot be accepted as a fixed rule or formula for the resolution of equality questions arising under the *Charter*. Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula.

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s. 15 of the *Charter*. It is, of course, obvious that legislatures may — and to govern effectively — must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern

distinction illicite fondée sur le sexe. Sa demande a été rejetée par cette Cour pour le motif qu'il n'y avait pas de distinction illicite fondée sur le sexe puisque la catégorie dans laquelle elle tombait en vertu de la Loi était celle des personnes enceintes et que toutes les personnes dans cette catégorie étaient traitées également. Il va sans dire que cette affaire a été tranchée avant l'avènement de la *Charte*.

Je suis également d'accord avec la critique suivante que le juge Kerans de la Cour d'appel a formulé à l'égard du critère de la situation analogue dans l'arrêt *Mahe v. Alta. (Gov't)* (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, à la p. 244:

[TRADUCTION] ... le critère adopte une idée d'égalité qui est presque automatique, sans aucune possibilité d'examiner la raison à l'origine de la distinction. Par conséquent, on recourt à des nuances pour justifier une constatation de différence, ce qui réduit le critère à un jeu de classement par catégories. De plus, le critère est sans utilité. Après tout, la plupart des lois sont adoptées dans le but précis de procurer un avantage ou d'imposer une contrainte à certaines personnes et non à d'autres. Le critère décèle toutes les différences imaginables de traitement par la loi.

Pour les motifs qui précèdent, le critère ne peut être accepté comme règle ou formule figée applicable en vue de trancher les questions d'égalité soulevées en vertu de la *Charte*. Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée.

Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d'égalité de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certes évident que les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifica-

society. As noted above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions. What kinds of distinctions will be acceptable under s. 15(1) and what kinds will violate its provisions?

In seeking an answer to these questions, the provisions of the *Charter* must have their full effect. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, this Court emphasized this point at p. 344, where Dickson C.J. stated:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis in original.]

These words are not inconsistent with the view I expressed in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

tions différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne. Comme je l'ai déjà souligné, le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites. Quelles seront les distinctions acceptables en vertu du par. 15(1) et quelles seront celles qui violeront ses dispositions?

<sup>b</sup> Pour tenter de répondre à ces questions, les dispositions de la *Charte* doivent être appliquées intégralement. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, cette Cour insiste sur ce point à la p. 344 où le juge Dickson, maintenant Juge en chef, affirme:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Souligné dans l'original.]

Ces mots ne sont pas incompatibles avec l'opinion que j'ai exprimée dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

The principle of equality before the law has long been recognized as a feature of our constitutional tradition and it found statutory recognition in the *Canadian Bill of Rights*. However, unlike the *Canadian Bill of Rights*, which spoke only of equality before the law, s. 15(1) of the *Charter* provides a much broader protection. Section 15 spells out four basic rights: (1) the right to equality before the law; (2) the right to equality under the law; (3) the right to equal protection of the law; and (4) the right to equal benefit of the law. The inclusion of these last three additional rights in s. 15 of the *Charter* was an attempt to remedy some of the shortcomings of the right to equality in the *Canadian Bill of Rights*. It also reflected the expanded concept of discrimination being developed under the various Human Rights Codes since the enactment of the *Canadian Bill of Rights*. The shortcomings of the *Canadian Bill of Rights* as far as the right to equality is concerned are well known. In *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, for example, this Court upheld s. 12(1)(b) of the *Indian Act* which deprived women, but not men, of their membership in Indian Bands if they married non-Indians. The provision was held not to violate equality before the law although it might, the Court said, violate equality under the law if such were protected. In *Bliss, supra*, this Court held that the denial of unemployment insurance benefits to women because they were pregnant did not violate the guarantee of equality before the law, because any inequality in the protection and benefit of the law was "not created by legislation but by nature" (p. 190). The case was distinguished from the Court's earlier decision in *Drybones, supra*, as not involving (pp. 191-92) the imposition of a penalty on a racial group to which other citizens are not subjected, but as involving rather "a definition of the qualifications required for entitlement to benefits". It is readily apparent that the language of s. 15 was deliberately chosen in order to remedy some of the perceived defects under the *Canadian Bill of Rights*. The antecedent statute is part of the "lin-

Le principe de l'égalité devant la loi est reconnu depuis longtemps comme un élément de notre tradition constitutionnelle et il a été consacré sous forme législative dans la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, contrairement à la *Déclaration canadienne des droits* qui ne parle que de l'égalité devant la loi, le par. 15(1) de la *Charte* offre une protection beaucoup plus large. L'article 15 énonce quatre droits fondamentaux: 1) le droit à ce que la loi s'applique également à tous; 2) le droit à ce que la loi ne fasse acception de personne, ou droit à l'égalité dans la loi; 3) le droit à la même protection de la loi, et 4) le droit au même bénéfice de la loi. L'inclusion de ces trois derniers droits supplémentaires à l'art. 15 de la *Charte* constituait une tentative de remédier à certaines faiblesses du droit à l'égalité contenu dans la *Déclaration canadienne des droits*. Elle reflétait également le concept élargi de discrimination qui s'était développé sous le régime des divers codes des droits de la personne depuis l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*. Les faiblesses de la *Déclaration canadienne des droits*, sur le plan du droit à l'égalité, sont bien connues. Par exemple, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, cette Cour a confirmé la validité de l'al. 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* qui dépouillait les femmes, mais non les hommes, de leur appartenance à une bande indienne si elles épousaient un non-Indien. On a statué que la disposition ne violait pas l'égalité devant la loi quoiqu'elle serait susceptible, d'affirmer la Cour, de violer l'égalité dans la loi, si une telle égalité était protégée. Dans l'arrêt *Bliss*, précité, la Cour a conclu que le refus d'accorder des prestations d'assurance-chômage à des femmes parce qu'elles étaient enceintes ne violait pas la garantie d'égalité devant la loi puisque toute inégalité dans la protection et le bénéfice de la loi n'était «pas le fait de la législation, mais bien de la nature» (p. 190). Cette affaire a été distinguée d'avec l'arrêt *Drybones*, précité, rendu antérieurement par cette Cour, en ce qu'elle n'imposait pas un désavantage à un groupe racial par rapport aux autres citoyens mais ne faisait plutôt que «définir les conditions à remplir pour bénéficier des prestations» (pp. 191 et 192). On constate facilement que l'art. 15 a été délibérément formulé de manière à

guistic, philosophic and historical context” of s. 15 of the *Charter*.

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component. Howland C.J. and Robins J.A. (dissenting in the result but not with respect to this comment) in *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, attempt to articulate the broad range of values embraced by s. 15. They state at p. 554:

In our view, s. 15(1) read as a whole constitutes a compendious expression of a positive right to equality in both the substance and the administration of the law. It is an all-encompassing right governing all legislative action. Like the ideals of “equal justice” and “equal access to the law”, the right to equal protection and equal benefit of the law now enshrined in the *Charter* rests on the moral and ethical principle fundamental to a truly free and democratic society that all persons should be treated by the law on a footing of equality with equal concern and respect.

It must be recognized, however, as well that the promotion of equality under s. 15 has a much more specific goal than the mere elimination of distinctions. If the *Charter* was intended to eliminate all distinctions, then there would be no place for sections such as 27 (multicultural heritage); 2(a) (freedom of conscience and religion); 25 (aboriginal rights and freedoms); and other such provisions designed to safeguard certain distinctions. Moreover, the fact that identical treatment may frequently produce serious inequality is recognized in s. 15(2), which states that the equality rights in s. 15(1) do “not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups . . . .”

remédier à certains défauts perçus dans la *Déclaration canadienne des droits*. La loi antérieure fait partie des «contextes linguistique, philosophique et historique» de l’art. 15 de la *Charte*.

Il est clair que l’art. 15 a pour objet de garantir l’égalité dans la formulation et l’application de la loi. Favoriser l’égalité emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important. Dans l’arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissentent quant au résultat mais non quant à cette observation) tentent d’énoncer la vaste gamme des valeurs englobées par l’art. 15. Voici ce qu’ils affirment, à la p. 554:

[TRADUCTION] À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d’un droit positif à l’égalité sur le plan du fond et de l’application de la loi. C’est un droit général qui régit toute l’action législative. Au même titre que les idéaux de «justice égalitaire» et «d’égalité d’accès à la loi», le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la *Charte*, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d’égalité par la loi et avec le même respect.

Cependant, il faut reconnaître que favoriser l’égalité au sens de l’art. 15 vise un but plus précis que la simple élimination de distinctions. Si la *Charte* avait pour objet d’éliminer toutes les distinctions, des dispositions comme l’art. 27 (maintien du patrimoine multiculturel), l’al. 2a) (liberté de conscience et de religion), l’art. 25 (maintien des droits et libertés des autochtones) et les autres dispositions destinées à sauvegarder certaines distinctions n’auraient plus alors leur place. De plus, le fait qu’un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) qui stipule que les droits à l’égalité contenus au par. 15(1) n’ont «pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés . . . .»

### Discrimination

The right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law contained in s. 15, are granted with the direction contained in s. 15 itself that they be without discrimination. Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality, and discrimination reinforced by law is particularly repugnant. The worst oppression will result from discriminatory measures having the force of law. It is against this evil that s. 15 provides a guarantee.

Discrimination as referred to in s. 15 of the *Charter* must be understood in the context of pre-*Charter* history. Prior to the enactment of s. 15(1), the Legislatures of the various provinces and the federal Parliament had passed during the previous fifty years what may be generally referred to as Human Rights Acts. With the steady increase in population from the earliest days of European emigration into Canada and with the consequential growth of industry, agriculture and commerce and the vast increase in national wealth which followed, many social problems developed. The contact of the European immigrant with the indigenous population, the steady increase in immigration bringing those of neither French nor British background, and in more recent years the greatly expanded role of women in all forms of industrial, commercial and professional activity led to much inequality and many forms of discrimination. In great part these developments, in the absence of any significant legislative protection for the victims of discrimination, called into being the Human Rights Acts. In 1944, the *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, c. 51, was passed, to be followed in 1947 by *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, c. 35, and in 1960 by the *Canadian Bill of Rights*. Since then every jurisdiction in Canada has enacted broad-ranging Human Rights Acts which have attacked most of the more common forms of discrimination found in society. This development has been recorded and discussed by Walter Tarnopolsky,

### La discrimination

L'article 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister indépendamment de toute discrimination. La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi. C'est une garantie contre ce mal que fournit l'art. 15.

La discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte antérieur à la *Charte*. Avant l'adoption de l'art. 15, les législatures des diverses provinces et le Parlement fédéral avaient adopté au cours des cinquante dernières années ce que l'on peut généralement appeler les lois sur les droits de la personne. Avec l'accroissement régulier de la population depuis les tout débuts de l'émigration européenne au Canada et avec l'essor qui en a résulté dans l'industrie, l'agriculture et le commerce ainsi que l'augmentation importante de la richesse nationale qui a suivi, de nombreux problèmes sociaux ont vu le jour. Les rapports entre les immigrants européens et la population autochtone, l'accroissement régulier du nombre d'immigrants d'origine autre que française ou britannique et, plus récemment, la très grande place qu'en sont venues à occuper les femmes au sein de toutes les formes d'activités industrielles, commerciales et professionnelles ont engendré beaucoup d'inégalités et de nombreuses formes de discrimination. Cette évolution est en grande partie à l'origine des lois sur les droits de la personne puisqu'il n'existait alors aucune protection législative réelle offerte aux victimes de discrimination. En 1944, la *Racial Discrimination Act, 1944*, S.O. 1944, chap. 51, était adoptée, suivie en 1947 du *Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, chap. 35, et en 1960, de la *Déclaration canadienne des droits*. Depuis lors, tous les ressorts canadiens ont adopté des lois sur les droits de la personne de vaste portée afin de combattre la plupart des formes plus courantes de discrimination rencontrées dans la société. Walter Tarnopolsky, maintenant juge, fait état de cette évolution et l'analyse dans l'ouvrage

now Tarnopolsky J.A., in *Discrimination and the Law* (2nd ed. 1985).

What does discrimination mean? The question has arisen most commonly in a consideration of the Human Rights Acts and the general concept of discrimination under those enactments has been fairly well settled. There is little difficulty, drawing upon the cases in this Court, in isolating an acceptable definition. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, discrimination (in that case adverse effect discrimination) was described in these terms: "It arises where an employer . . . adopts a rule or standard . . . which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force". It was held in that case, as well, that no intent was required as an element of discrimination, for it is in essence the impact of the discriminatory act or provision upon the person affected which is decisive in considering any complaint. At page 547, this proposition was expressed in these terms:

The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

In *Canadian National Railway Co. v. Canada* (*Canadian Human Rights Commission*), [1987] 1 S.C.R. 1114, better known as the *Action Travail des Femmes* case, where it was alleged that the Canadian National Railway was guilty of discriminatory hiring and promotion practices contrary to s. 10 of the *Canadian Human Rights Act*,

intitulé *Discrimination and the Law* (2nd ed. 1985).

Que signifie le terme discrimination? C'est le plus souvent dans l'examen des lois sur les droits de la personne que cette question s'est posée et le concept général de discrimination en vertu de ces lois a été assez bien circonscrit. Vu les arrêts rendus par cette Cour, identifier une définition acceptable présente peu de difficulté. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551, voici comment est décrit le terme «discrimination» (dans cette affaire, il s'agissait de discrimination par suite d'un effet préjudiciable): «Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte . . . une règle ou une norme . . . qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés». Dans cette affaire, la Cour a également conclu que l'intention n'était pas requise comme élément de la discrimination puisque c'est essentiellement l'effet de la disposition ou de la mesure discriminatoire sur la personne touchée qui est déterminant dans l'examen de toute plainte. À la page 547, cette proposition a été formulée de la façon suivante:

Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada* (*Commission canadienne des droits de la personne*), [1987] 1 R.C.S. 1114, mieux connu sous le nom de l'affaire *Action Travail des Femmes*, où l'on prétendait que la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada s'était rendue coupable d'actes discrimina-

S.C. 1976-77, c. 33, in denying employment to women in certain unskilled positions, Dickson C.J. in giving the judgment of the Court said, at pp. 1138-39:

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

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

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

There are many other statements which have aimed at a short definition of the term discrimination. In general, they are in accord with the statements referred to above. I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those

toires en matière d'embauche et de promotions, contrairement à l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, en refusant aux femmes la possibilité d'occuper certains emplois non spécialisés, le juge en chef Dickson affirme ceci en rendant le jugement de la Cour, aux pp. 1138 et 1139:

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

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

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

Il existe plusieurs autres énoncés où l'on a tenté de définir succinctement le terme «discrimination». Ils sont généralement conformes aux descriptions mentionnées auparavant. J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont

based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

The Court in the case at bar must address the issue of discrimination as the term is used in s. 15(1) of the *Charter*. In general, it may be said that the principles which have been applied under the Human Rights Acts are equally applicable in considering questions of discrimination under s. 15(1). Certain differences arising from the difference between the *Charter* and the Human Rights Acts must, however, be considered. To begin with, discrimination in s. 15(1) is limited to discrimination caused by the application or operation of law, whereas the Human Rights Acts apply also to private activities. Furthermore, and this is a distinction of more importance, all the Human Rights Acts passed in Canada specifically designate a certain limited number of grounds upon which discrimination is forbidden. Section 15(1) of the *Charter* is not so limited. The enumerated grounds in s. 15(1) are not exclusive and the limits, if any, on grounds for discrimination which may be established in future cases await definition. The enumerated grounds do, however, reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination and must, in the words of s. 15(1), receive particular attention. Both the enumerated grounds themselves and other possible grounds of discrimination recognized under s. 15(1) must be interpreted in a broad and generous manner, reflecting the fact that they are constitutional provisions not easily repealed or amended but intended to provide a "continuing framework for the legitimate exercise of governmental power" and, at the same time, for "the unremitting protection" of equality rights: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155.

It should be noted as well that when the Human Rights Acts create exemptions or defences, such as a *bona fide* occupational requirement, an exemption for religious and political organizations, or definitional limits on age discrimination, these

presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

En l'espèce, la Cour doit aborder la question de la discrimination au sens où ce terme est utilisé au par. 15(1) de la *Charte*. De façon générale, on peut affirmer que les principes qui ont été appliqués en vertu des lois sur les droits de la personne s'appliquent également à l'examen des questions de discrimination au sens du par. 15(1). Il faut cependant tenir compte de certaines distinctions qui découlent de la différence entre la *Charte* et les lois sur les droits de la personne. D'abord, la discrimination dont il est question au par. 15(1) est restreinte à celle qui découle de l'application de la loi alors que les lois sur les droits de la personne s'appliquent aussi aux activités de nature privée. De plus, et il s'agit d'une distinction plus importante, toutes les lois sur les droits de la personne adoptées au Canada spécifient un certain nombre restreint de motifs prohibés de discrimination. Il n'en est pas de même au par. 15(1) de la *Charte*. Les motifs énumérés au par. 15(1) ne sont pas exclusifs et les restrictions, le cas échéant, que la jurisprudence pourra apporter aux motifs de discrimination ne sont pas encore précisées. Les motifs énumérés traduisent cependant les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement, et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière. Les motifs énumérés eux-mêmes et les autres motifs possibles de discrimination reconnus au par. 15(1) doivent, dans les deux cas, recevoir une interprétation large et libérale de manière à refléter le fait qu'il s'agit de dispositions constitutionnelles qu'il n'est pas facile d'abroger ou de modifier, mais qui visent à fournir un «cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale» et, par la même occasion, à «la protection constante» des droits à l'égalité: voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155.

Il convient également de souligner que, lorsque des lois sur les droits de la personne créent des exemptions ou des moyens de défense, comme l'exigence professionnelle normale, une exemption relative à des organisations religieuses ou politi-



generally have the effect of completely removing the conduct complained of from the reach of the Act. See, for example, exemptions for special interest organizations contained in the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, c. 186, as am., s. 22; *The Human Rights Act*, S.M. 1974, c. 65, as am., s. 6(7); and the *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 17. "Age" is often restrictively defined in the Human Rights Acts; in British Columbia, it is defined in s. 1 of the Code to mean an age between 45 and 65; in s. 38 of the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, it is defined as eighteen and over. For an example of the application of a *bona fide* occupational requirement, see *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561. Where discrimination is forbidden in the Human Rights Acts it is done in absolute terms, and where a defence or exception is allowed it, too, speaks in absolute terms and the discrimination is excused. There is, in this sense, no middle ground. In the *Charter*, however, while s. 15(1), subject always to subs. (2), expresses its prohibition of discrimination in absolute terms, s. 1 makes allowance for a reasonable limit upon the operation of s. 15(1). A different approach under s. 15(1) is therefore required. While discrimination under s. 15(1) will be of the same nature and in descriptive terms will fit the concept of discrimination developed under the Human Rights Acts, a further step will be required in order to decide whether discriminatory laws can be justified under s. 1. The onus will be on the state to establish this. This is a distinct step called for under the *Charter* which is not found in most Human Rights Acts, because in those Acts justification for or defence to discrimination is generally found in specific exceptions to the substantive rights.

ques, ou des limites définitionnelles applicables à la discrimination fondée sur l'âge, cela a généralement pour effet de soustraire complètement à l'application de la loi la conduite dont on se plaint.

a Voir, par exemple, les exemptions relatives aux organisations visant à servir des intérêts particuliers contenues dans le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 186, art. 22, tel que mod.; *The Human Rights Act*, S.M. 1974, chap. 65, par. 6(7), tel que mod., et le *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, chap. 53, art. 17. L'«âge» est souvent défini de façon restrictive dans les lois sur les droits de la personne; en Colombie-Britannique, il est défini à l'art. 1 du Code comme signifiant entre 45 et 65 ans; à l'art. 38 de l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, chap. I-2, l'âge est défini comme dix-huit ans et plus. Pour un exemple de l'application d'une exigence professionnelle normale, voir l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. Lorsque les lois sur les droits de la personne interdisent la discrimination, elles le font de manière absolue et lorsqu'elles prévoient un moyen de défense ou une exception, c'est également en termes absolus et la discrimination est alors permise. Il n'y a pas de moyen terme à cet égard. Dans la *Charte* toutefois, bien que le par. 15(1), sous réserve du par. (2), interdise la discrimination de manière absolue, l'article premier permet que des limites raisonnables soient apportées à l'application du par. 15(1). Le paragraphe 15(1) exige donc une interprétation différente.

g Bien que la discrimination au sens du par. 15(1) soit de même nature et corresponde sur le plan de sa description au concept de discrimination élaboré sous le régime des lois sur les droits de la personne, une autre étape devra être franchie pour décider si des lois discriminatoires peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. Il appartiendra à l'État d'établir cela. Il s'agit là d'une étape distincte nécessaire en vertu de la *Charte* et que l'on ne trouve pas dans la plupart des lois sur les droits de la personne parce que dans ces lois la justification de la discrimination réside généralement dans des exceptions aux droits fondamentaux.

Relationship Between s. 15(1) and s. 1 of the Charter

In determining the extent of the guarantee of equality in s. 15(1) of the *Charter*, special consideration must be given to the relationship between s. 15(1) and s. 1. It is indeed the presence of s. 1 in the *Charter* and the interaction between these sections which has led to the differing approaches to a definition of the s. 15(1) right, and which has made necessary a judicial approach differing from that employed under the *Canadian Bill of Rights*. Under the *Canadian Bill of Rights*, a test was developed to distinguish between justified and unjustified legislative distinctions within the concept of equality before the law itself in the absence of anything equivalent to the s. 1 limit: see *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, where it was said, at p. 407:

... and whether it is a necessary departure from the general principle of universal application of the law for the attainment of some necessary and desirable social objective. Inequalities created for such purposes may well be acceptable under the *Canadian Bill of Rights*.

It may be noted as well that the 14th Amendment to the American Constitution, which provides that no State shall deny to any person within its jurisdiction the "equal protection of the laws", contains no limiting provisions similar to s. 1 of the *Charter*. As a result, judicial consideration has led to the development of varying standards of scrutiny of alleged violations of the equal protection provision which restrict or limit the equality guarantee within the concept of equal protection itself. Again, article 14 of the *European Convention on Human Rights*, 23 U.N.T.S. 222, which secures the rights guaranteed therein without discrimination, lacks a s. 1 or its equivalent and has also developed a limit within the concept itself. In the *Belgian Linguistic Case (No. 2)* (1968), 1 E.H.R.R. 252, at p. 284, the court enunciated the following test:

Le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier de la Charte

Pour déterminer l'étendue de la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, il faut prêter une attention au rapport entre le par. 15(1) et l'article premier. C'est en effet la présence de l'article premier dans la *Charte* et l'interaction de ces dispositions qui sont à l'origine des différentes façons de définir le droit garanti par le par. 15(1) et qui ont rendu nécessaire une interprétation judiciaire différente de celle utilisée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits*. En vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, en l'absence d'une disposition équivalente à la limite prévue à l'article premier, un critère avait été conçu pour différencier les distinctions législatives justifiées et les distinctions législatives injustifiées au regard de la notion même d'égalité devant la loi: voir l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, où on affirme, à la p. 407:

... et s'il s'agit d'une dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi dans la recherche d'un objectif social nécessaire et souhaitable. Il se peut bien que les inégalités créées à ces fins soient acceptables aux termes de la *Déclaration canadienne des droits*.

On peut souligner également que le Quatorzième amendement de la Constitution américaine, qui prévoit qu'aucun État ne peut refuser à quiconque relève de sa juridiction [TRADUCTION] «l'égal protection des lois», ne comporte aucune disposition limitative semblable à l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, les tribunaux ont fini par élaborer des normes variables pour examiner les allégations de violation de cette disposition portant égale protection, lesquelles normes restreignent ou limitent la garantie d'égalité que comporte la notion même de protection égale. Encore une fois, l'art. 14 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 223, qui garantit les droits qui y sont prévus sans discrimination, ne comporte pas d'article premier ou de disposition équivalente et a également engendré une limite à l'intérieur de la notion elle-même. Dans l'*Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (1968), 11 *Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme* 833, à la p. 867, la cour a formulé le critère suivant:

... the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to principles which normally prevail in democratic societies. A difference in treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

The distinguishing feature of the *Charter*, unlike the other enactments, is that consideration of such limiting factors is made under s. 1. This Court has described the analytical approach to the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, and other cases, the essential feature of which is that the right guaranteeing sections be kept analytically separate from s. 1. In other words, when confronted with a problem under the *Charter*, the first question which must be answered will be whether or not an infringement of a guaranteed right has occurred. Any justification of an infringement which is found to have occurred must be made, if at all, under the broad provisions of s. 1. It must be admitted at once that the relationship between these two sections may well be difficult to determine on a wholly satisfactory basis. It is, however, important to keep them analytically distinct if for no other reason than the different attribution of the burden of proof. It is for the citizen to establish that his or her *Charter* right has been infringed and for the state to justify the infringement.

#### Approaches to s. 15(1)

Three main approaches have been adopted in determining the role of s. 15(1), the meaning of discrimination set out in that section, and the relationship of s. 15(1) and s. 1. The first one, which was advanced by Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985) would treat every distinction drawn by law as discrimination under s. 15(1). There would then follow a consideration of the distinction under the

... l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

L'aspect qui distingue la *Charte* des autres lois est que l'examen de ces facteurs limitatifs est effectué en application de l'article premier. Cette Cour a décrit la façon analytique d'aborder la *Charte* dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, et d'autres arrêts, dont la caractéristique essentielle est que l'analyse des articles qui garantissent les droits doit demeurer distincte de celle de l'article premier. En d'autres termes, la première question à laquelle il faut répondre lorsqu'on est confronté à un problème soulevé en vertu de la *Charte* est de savoir s'il y a eu atteinte à un droit garanti. Toute atteinte dont on conclut à l'existence exige une justification, s'il en est, en vertu des dispositions générales de l'article premier. Il faut reconnaître au départ que le rapport entre ces deux articles pourra fort bien se révéler difficile à établir de façon entièrement satisfaisante. Il est toutefois important de les maintenir analytiquement distincts, ne serait-ce qu'en raison de la différente attribution du fardeau de la preuve. Il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation du droit que lui garantit la *Charte*, et à l'État de justifier cette violation.

#### Les interprétations du par. 15(1)

Trois points de vue principaux ont été adoptés pour déterminer le rôle du par. 15(1), le sens du terme «discrimination» contenu dans cet article et le rapport entre le par. 15(1) et l'article premier. Le premier, proposé par le professeur Peter Hogg dans l'ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), considère que toute distinction établie par la loi est discriminatoire au sens du par. 15(1). Il faudrait alors examiner cette

provisions of s. 1 of the *Charter*. He said, at pp. 800-801:

I conclude that s. 15 should be interpreted as providing for the universal application of every law. When a law draws a distinction between individuals, on any ground, that distinction is sufficient to constitute a breach of s. 15, and to move the constitutional issue to s. 1. The test of validity is that stipulated by s. 1, namely, whether the law comes within the phrase "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

He reached this conclusion on the basis that, where the *Charter* right is expressed in unqualified terms, s. 1 supplies the standard of justification for any abridgment of the right. He argued that the word "discrimination" in s. 15(1) could be read as introducing a qualification in the section itself, but he preferred to read the word in a neutral sense because this reading would immediately send the matter to s. 1, which was included in the *Charter* for this purpose.

The second approach put forward by McLachlin J.A. in the Court of Appeal involved a consideration of the reasonableness and fairness of the impugned legislation under s. 15(1). She stated, as has been noted above, at p. 610:

The ultimate question is whether a fair-minded person, weighing the purposes of legislation against its effects on the individuals adversely affected, and giving due weight to the right of the Legislature to pass laws for the good of all, would conclude that the legislative means adopted are unreasonable or unfair.

She assigned a very minor role to s. 1 which would, it appears, be limited to allowing in times of emergency, war, or other crises the passage of discriminatory legislation which would normally be impermissible.

A third approach, sometimes described as an "enumerated or analogous grounds" approach, adopts the concept that discrimination is generally

distinction en fonction des dispositions de l'article premier de la *Charte*. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 800 et 801:

[TRADUCTION] Je conclus qu'il faudrait considérer que l'art. 15 prévoit l'application universelle de chaque loi. Lorsqu'une loi établit des distinctions entre individus, pour quelque motif que ce soit, cette distinction est suffisante pour constituer une violation de l'art. 15 et pour que la question constitutionnelle tombe dans le champ d'application de l'article premier. Le critère de validité est celui prescrit par l'article premier, c'est-à-dire, si la loi comporte, selon l'expression, «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Il est arrivé à cette conclusion en s'appuyant sur le fait que, lorsque le droit garanti par la *Charte* est exprimé en des termes qui ne comportent aucune restriction, l'article premier fournit la norme de justification pour toute restriction apportée au droit en question. Il a soutenu qu'on pouvait considérer que le terme «discrimination» employé au par. 15(1) introduisait une réserve dans la disposition elle-même, mais il a préféré accorder au terme un sens neutre puisque cette interprétation renverrait l'affaire immédiatement à l'article premier qui a été inclus à cette fin dans la *Charte*.

Le deuxième point de vue, avancé par le juge McLachlin de la Cour d'appel, comporte un examen du caractère raisonnable et juste de la loi attaquée en vertu du par. 15(1). Elle a déclaré, à la p. 610, comme nous l'avons déjà mentionné:

[TRADUCTION] La question ultime est de savoir si une personne impartiale, qui soupèse les objets de la loi en fonction de ses effets sur les personnes lésées et qui accorde l'importance voulue au droit de la législature d'adopter des lois pour le bien de tous, conclurait que les moyens législatifs adoptés sont déraisonnables ou injustes.

Elle n'a accordé qu'un rôle mineur à l'article premier qui semblerait ne permettre l'adoption de mesures législatives discriminatoires, qui seraient généralement inadmissibles, qu'en temps d'urgence, de guerre ou d'autres crises.

Un troisième point de vue, parfois qualifié de méthode des «motifs énumérés ou analogues», adopte la notion selon laquelle la discrimination

expressed by the enumerated grounds. Section 15(1) is designed to prevent discrimination based on these and analogous grounds. The approach is similar to that found in human rights and civil rights statutes which have been enacted throughout Canada in recent times. The following excerpts from the judgment of Hugessen J.A. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at pp. 367-69, illustrate this approach:

The rights which it [s. 15] guarantees are not based on any concept of strict, numerical equality amongst all human beings. If they were, virtually all legislation, whose function it is, after all, to define, distinguish and make categories, would be in *prima facie* breach of section 15 and would require justification under section 1. This would be to turn the exception into the rule. Since courts would be obliged to look for and find section 1 justification for most legislation, the alternative being anarchy, there is a real risk of paradox: the broader the reach given to section 15 the more likely it is that it will be deprived of any real content.

The answer, in my view, is that the text of the section itself contains its own limitations. It only proscribes discrimination amongst the members of categories which are themselves similar. Thus the issue, for each case, will be to know which categories are permissible in determining similarity of situation and which are not. It is only in those cases where the categories themselves are not permissible, where equals are not treated equally, that there will be a breach of equality rights.

As far as the text of section 15 itself is concerned, one may look to whether or not there is "discrimination", in the pejorative sense of that word, and as to whether the categories are based upon the grounds enumerated or grounds analogous to them. The inquiry, in effect, concentrates upon the personal characteristics of those who claim to have been unequally treated. Questions of stereotyping, of historical disadvantage, in a word, of prejudice, are the focus and there may even be a recognition that for some people equality has a different meaning than for others.

The analysis of discrimination in this approach must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them. The words "without discrimination" require more than

est généralement définie par les motifs énumérés. Le paragraphe 15(1) vise à empêcher la discrimination fondée sur ces motifs et des motifs analogues. Ce point de vue est semblable à celui que l'on trouve dans les lois sur les droits de la personne adoptées récemment au Canada. Les extraits suivants des motifs du juge Hugessen dans l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, précité, aux pp. 367 à 369, illustrent cela:

Les droits qu'il [art. 15] garantit ne sont pas fondés sur le concept d'égalité numérique stricte entre tous les êtres humains. Si c'était le cas, pratiquement tous les textes législatifs, dont la fonction est, après tout, de définir, de distinguer et d'établir des catégories, à première vue porteraient atteinte à l'article 15 et devraient être justifiés aux termes de l'article premier. L'exception deviendrait la règle. Étant donné que les tribunaux seraient obligés de chercher et de trouver une justification fondée sur l'article premier pour la plupart des textes législatifs, l'autre choix étant l'anarchie, il existe un risque réel de paradoxe: plus grande sera la portée de l'article 15 plus il sera susceptible d'être privé de tout contenu réel.

À mon avis, la réponse est que le texte de l'article lui-même contient ses propres limites. Il interdit seulement la discrimination parmi les membres de catégories qui sont elles-mêmes analogues. Par conséquent, la question dans chaque cas sera de savoir quelles catégories permettent de déterminer la similitude de situation et quelles ne le permettent pas. C'est seulement dans ces cas où les catégories elles-mêmes ne le permettent pas, où les égaux ne sont pas traités également, qu'il y aura une atteinte aux droits à l'égalité.

Dans la mesure où le texte de l'article 15 lui-même est visé, on peut voir s'il y a ou non de la «discrimination», au sens péjoratif de ce terme et si les catégories sont fondées ou non sur des motifs énumérés ou des motifs analogues à ceux-ci. L'examen porte en fait sur les caractéristiques personnelles de ceux qui prétendent avoir été traités de manière inégale. L'examen porte principalement sur les questions de stéréotype, de désavantage historique, en un mot, de préjudice et l'on peut même reconnaître que pour certaines personnes le terme égalité a un sens différent de ce qu'il a pour d'autres personnes.

Selon ce point de vue, l'analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues. L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige

a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage.

I would accept the criticisms of the first approach made by McLachlin J.A. in the Court of Appeal. She noted that the labelling of every legislative distinction as an infringement of s. 15(1) trivializes the fundamental rights guaranteed by the *Charter* and, secondly, that to interpret "without discrimination" as "without distinction" deprives the notion of discrimination of content. She continued, at p. 607:

Third, it cannot have been the intention of Parliament that the government be put to the requirement of establishing under s. 1 that all laws which draw distinction between people are "demonstrably justified in a free and democratic society". If weighing of the justifiability of unequal treatment is neither required or permitted under s. 15, the result will be that such universally accepted and manifestly desirable legal distinctions as those prohibiting children or drunk persons from driving motor vehicles will be viewed as violations of fundamental rights and be required to run the gauntlet of s. 1.

Finally, it may further be contended that to define discrimination under s. 15 as synonymous with unequal treatment on the basis of personal classification will be to elevate s. 15 to the position of subsuming the other rights and freedoms defined by the *Charter*.

In rejecting the Hogg approach, I would say that it draws a straight line from the finding of a distinction to a determination of its validity under s. 1, but my objection would be that it virtually denies any role for s. 15(1).

I would reject, as well, the approach adopted by McLachlin J.A. She seeks to define discrimination under s. 15(1) as an unjustifiable or unreasonable distinction. In so doing she avoids the mere distinction test but also makes a radical departure from

d'avantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage.

Je suis d'avis d'accepter les critiques formulées par le juge McLachlin à l'égard de la première interprétation. Elle a souligné, premièrement, que qualifier chaque distinction législative de violation du par. 15(1) a pour effet de banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* et, deuxièmement, qu'interpréter l'expression «indépendamment de toute discrimination» comme signifiant «sans distinction» dépouille de tout contenu la notion de discrimination. Elle a poursuivi, à la p. 607.

[TRADUCTION] Troisièmement, le Parlement n'a pu avoir l'intention d'exiger du gouvernement qu'il démontre, en application de l'article premier, que toutes les lois qui établissent des distinctions entre les individus ont une «justification [qui] puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Si l'évaluation du caractère justifiable d'un traitement inégal n'est ni exigée ni permise en vertu de l'art. 15, il s'ensuivra que des distinctions légales universellement acceptées et manifestement souhaitables, comme l'interdiction faite aux enfants et aux personnes en état d'ébriété de conduire un véhicule à moteur, seront considérées comme des violations de droits fondamentaux et devront être soumises à l'épreuve de l'article premier.

Enfin, il est également possible de prétendre que définir la discrimination au sens de l'art. 15 comme synonyme de traitement inégal fondé sur une classification personnelle aura pour effet de donner à l'art. 15 une importance telle qu'il subsumerait les autres droits et libertés définis par la *Charte*.

Rejetant le point de vue de Hogg, je dirais qu'il relie directement la constatation de l'existence d'une distinction à la détermination de sa validité en vertu de l'article premier, mais mon objection résiderait dans le fait qu'il n'accorde pratiquement aucun rôle au par. 15(1).

Je rejetterais également le point de vue adopté par le juge McLachlin. Elle tente de définir la discrimination au sens du par. 15(1) comme une distinction injustifiable ou déraisonnable. Ce faisant, elle esquivé le critère de la simple distinction,

the analytical approach to the *Charter* which has been approved by this Court. In the result, the determination would be made under s. 15(1) and virtually no role would be left for s. 1.

The third or "enumerated and analogous grounds" approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above and leaves questions of justification to s. 1. However, in assessing whether a complainant's rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Once it is accepted that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, then a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction. A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

Where discrimination is found a breach of s. 15(1) has occurred and — where s. 15(2) is not applicable — any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1. This approach would conform with the directions of this Court in earlier decisions concerning the application of s. 1 and at the same time would allow for the screening out of the obviously trivial and vexatious claim. In this, it would provide a workable approach to the problem.

It would seem to me apparent that a legislative distinction has been made by s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act* between citizens and non-citizens with respect to the practice of law. The

mais elle s'éloigne aussi radicalement de la façon analytique d'aborder la *Charte* qui a été approuvée par cette Cour. En définitive, la décision serait prise en vertu du par. 15(1), ce qui aurait pour effet de dépouiller pratiquement de tout rôle l'article premier.

Le troisième point de vue, celui des « motifs énumérés et analogues », correspond davantage aux fins de l'art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant et renvoie à l'article premier les questions de justification. Cependant, pour vérifier s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s'il s'agit d'un motif énuméré ou analogue. L'examen doit également porter sur l'effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu'on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d'une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

Lorsqu'il y a discrimination, il y a violation du par. 15(1) et, lorsque le par. 15(2) ne s'applique pas, toute justification, tout examen du caractère raisonnable de la mesure législative et, en fait, tout examen des facteurs qui pourraient justifier la discrimination et appuyer la constitutionnalité de la mesure législative attaquée devraient se faire en vertu de l'article premier. Ce point de vue serait conforme aux directives données par cette Cour dans des arrêts antérieurs portant sur l'application de l'article premier et permettrait en même temps d'écarter les revendications manifestement futiles et vexatoires. À cet égard, il constituerait une façon pratique d'aborder le problème.

Il me semble évident que l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act* établit une distinction entre ceux qui ont la citoyenneté canadienne et ceux qui ne l'ont pas au regard de la pratique du droit.

# Tab 7



**Robin Susan Eldridge, John Henry Warren  
and Linda Jane Warren** *Appellants*

v.

**The Attorney General of British Columbia  
and the Medical Services  
Commission** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Manitoba, the Attorney General  
of Newfoundland, the Women's Legal  
Education and Action Fund, the Disabled  
Women's Network Canada, the Charter  
Committee on Poverty Issues, the Canadian  
Association of the Deaf, the Canadian  
Hearing Society and the Council of  
Canadians with Disabilities** *Interveners*

INDEXED AS: ELDRIDGE v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY  
GENERAL)

File No.: 24896.

1997: April 24; 1997: October 9.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,  
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and  
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality  
rights — Physical disability — Publicly funded medi-  
care — Medicare not providing for sign language inter-  
preters — Whether, and in what manner, the Charter  
applies to the decision not to provide sign language  
interpreters for the deaf as part of the publicly funded  
scheme for the provision of medical care — Whether not  
providing for this service under Acts establishing medi-  
care and hospitalization infringing s. 15(1) equality  
rights of disabled — If so, whether legislation saved  
under s. 1 — Appropriate remedy if Charter violation  
found — Canadian Charter of Rights and Freedoms,  
ss. 1, 15(1) — Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979,*

**Robin Susan Eldridge, John Henry Warren  
et Linda Jane Warren** *Appellants*

c.

**Le procureur général de la Colombie-  
Britannique et la Medical Services  
Commission** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Manitoba, le  
procureur général de Terre-Neuve, le Fonds  
d'action et d'éducation juridiques pour les  
femmes, le Réseau d'action des femmes  
handicapées du Canada, le Charter  
Committee on Poverty Issues, l'Association  
des sourds du Canada, la Société  
canadienne de l'ouïe et le Conseil des  
Canadiens avec déficiences** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ELDRIDGE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 24896.

1997: 24 avril; 1997: 9 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,  
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,  
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à  
l'égalité — Déficience physique — Soins de santé  
financés sur les deniers publics — Services d'interpréta-  
tion gestuelle non couverts par le régime d'assurance-  
maladie — La Charte s'applique-t-elle à la décision de  
ne pas fournir des services d'interprétation gestuelle  
dans le cadre du régime public de soins de santé et,  
dans l'affirmative, de quelle manière s'y applique-t-  
elle? — Le fait de ne pas fournir de tels services en  
vertu de lois établissant des régimes de soins de santé et  
d'hospitalisation porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité  
garantis par l'art. 15(1) aux personnes handicapées? —  
Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée con-*

c. 180 (now R.S.B.C. 1996, c. 204), ss. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29(b) — *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, c. 76 (now the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286), ss. 1, 4(1)(c), (j), 6, 8.

Medical care in British Columbia is delivered through two primary mechanisms. Hospital services are funded under the *Hospital Insurance Act* by the government which reimburses them for the medically required services provided to the public. Funding for medically required services delivered by doctors and other health care practitioners is provided by the province's Medical Services Plan (established and regulated by the *Medical and Health Care Services Act*). Neither program pays for sign language interpretation for the deaf.

Each of the appellants was born deaf and their preferred means of communication is sign language. They contend that the absence of interpreters impairs their ability to communicate with their doctors and other health care providers, and thus increases the risk of misdiagnosis and ineffective treatment.

The appellants unsuccessfully sought a declaration in the Supreme Court of British Columbia that the failure to provide sign language interpreters as an insured benefit under the Medical Services Plan violates the s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A majority of the Court of Appeal dismissed an appeal from this judgment. The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the definition of "benefits" in s. 1 of the *Medicare Protection Act* infringed s. 15(1) of the *Charter* by failing to include medical interpreter services for the deaf, (2) if so, whether the impugned provision was saved under s. 1 of the *Charter*, (3) whether ss. 3, 5 and 9 of the *Hospital Insurance Act* and the Regulations infringed s. 15(1) by failing to require that hospitals provide medical interpreter services for the deaf, and (4) if the answer to 3 is yes, whether the impugned provisions were saved under s. 1. Also at issue were whether, and in what manner, the *Charter* applies to the decision not to provide sign language interpreters for the deaf as part of the publicly funded scheme for the provision of medical care and, if

formément à l'article premier? — Si une atteinte à la Charte est constatée, quelle est la réparation convenable? — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15(1) — *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 180 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 204), art. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29b) — *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, ch. 76 (maintenant *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286), art. 1, 4(1)c), j), 6, 8.

En Colombie-Britannique, les soins de santé sont fournis par l'entremise de deux mécanismes principaux. Sous le régime de l'*Hospital Insurance Act*, l'État finance les services hospitaliers en remboursant aux hôpitaux les services médicalement nécessaires qu'ils fournissent à la population. Le financement des services médicalement nécessaires fournis par les médecins et d'autres professionnels de la santé vient du *Medical Services Plan* (le régime de services médicaux de la province, établi et régi par la *Medical and Health Care Services Act*). Ni l'un ni l'autre de ces régimes ne pourvoit au paiement de services d'interprétation gestuelle à l'intention des personnes atteintes de surdité.

Chacun des appelants est sourd de naissance. Leur moyen de communication préféré est le langage gestuel. Ils prétendent que l'absence d'interprète diminue leur capacité de communiquer avec leurs médecins et les autres professionnels de la santé qu'ils consultent, et augmente de ce fait le risque de mauvais diagnostics et de traitements inefficaces.

Les appelants ont demandé sans succès à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un jugement déclaratoire portant que le fait de ne pas offrir des services d'interprètes gestuels en tant qu'avantage assuré dans le cadre du régime de services médicaux viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté, à la majorité, l'appel formé contre ce jugement. Les questions constitutionnelles dont était saisie la Cour étaient les suivantes: (1) La définition du mot «benefits» [«avantages»] à l'art. 1 de la *Medicare Protection Act* porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte* du fait qu'elle n'inclut pas la prestation de services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité? (2) Dans l'affirmative, la disposition contestée est-elle justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*? (3) Les articles 3, 5 et 9 de l'*Hospital Insurance Act* et le règlement portent-ils atteinte au par. 15(1) du fait qu'ils n'obligent pas les hôpitaux à fournir des services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité? (4) En cas de réponse affirmative à la question 3, les dispositions contestées sont-elles justifiées conformément à l'article premier? En outre, il fallait décider si la *Charte* s'applique

a *Charter* violation were found, what the appropriate remedy would be.

*Held:* The appeal should be allowed. The first and third constitutional questions were answered in the negative. It was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.

The *Charter* applies to provincial legislation in two ways. Firstly, legislation may be found to be unconstitutional on its face because it violates a *Charter* right and is not saved by s. 1. Secondly, the *Charter* may be infringed, not by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it. The legislation remains valid but a remedy for the unconstitutional action may be sought pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

In the present case the question whether the alleged breach of s. 15(1) arises from the impugned legislation itself or from the action of entities exercising decision-making authority pursuant to that legislation must be explored. The failure of the *Medical and Health Care Services Act* to provide expressly for sign language interpretation as a medically required service does not violate s. 15(1) of the *Charter*. The legislation simply does not, either expressly or by necessary implication, prohibit the Medical Services Commission from determining that sign language interpretation is a “medically required” service and hence a benefit under the Act. It is the decision of the authority which has been delegated the power to determine whether a service qualifies as a benefit that is constitutionally suspect, not the statute itself. The discretion accorded to the Medical Services Commission does not necessarily or typically threaten the equality rights set out in s. 15(1) of the *Charter*. This possibility that the Commission can infringe these rights in the exercise of its authority is, however, incidental to the purpose of discretion, which is to ensure that all medically required services are paid for by the government.

The *Hospital Insurance Act* should be read in conformity with s. 15(1). Hospitals are left with substantial discretion as to how to provide the services listed in the legislation. No individual hospital is required to offer all of the services set out in s. 5(1) of the Act. Further, indi-

à la décision de ne pas fournir des services d’interprètes gestuels aux personnes atteintes de surdité dans le cadre du régime public de soins de santé et, dans l’affirmative, de quelle manière elle s’y applique. Et, enfin, si une atteinte à la *Charte*  tait constatée, il fallait élaborer la réparation convenable.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli. La première et la troisième questions constitutionnelles ont reçu une réponse négative. Il n’a pas été nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.

La *Charte* s’applique aux lois provinciales de deux manières. Premièrement, une loi peut être jugée inconstitutionnelle suivant son texte même parce qu’elle porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* et que sa validité n’est pas sauvegard e par l’article premier. Deuxièmement, il est possible que la *Charte* soit violée non pas par la loi elle-même, mais par les actes d’un décideur à qui on a délégué son application. La loi reste valide, mais une réparation peut être demandée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*   l’égard de l’acte inconstitutionnel.

En l’espèce, il faut se demander si la violation du par. 15(1) qui est alléguée découle des textes de loi contestés eux-mêmes ou des actes d’entités qui exercent un pouvoir de décision en vertu de ces textes. Le fait que la *Medical and Health Care Services Act* ne pourvoit pas expressément à la fourniture de l’interprétation gestuelle en tant que service médicalement nécessaire ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. Cette loi n’interdit tout simplement pas à la Medical Services Commission, ni expressément ni par implication nécessaire, de décider que l’interprétation gestuelle est un service «médicalement nécessaire» et donc un avantage visé par la Loi. C’est la décision de l’organisme auquel a été délégué le pouvoir discrétionnaire de décider si un service constitue un avantage qui est constitutionnellement suspecte, et non la loi elle-même. Le pouvoir discrétionnaire qui est accordé à la commission des services médicaux ne menace pas nécessairement ou généralement les droits à l’égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte*. La possibilité que la commission viole ces droits dans l’exercice de son pouvoir est cependant une conséquence de l’objet du pouvoir discrétionnaire, qui est de faire en sorte que tous les services médicalement nécessaires soient pay s par le gouvernement.

L’*Hospital Insurance Act* doit être interprétée d’une manière conforme avec le par. 15(1). Les hôpitaux jouissent d’un pouvoir discrétionnaire considérable quant à la manière de fournir les services qui y sont  num r s. Aucun hôpital n’est tenu d’offrir tous les services

vidual hospitals are given considerable discretion by the Act as to how the services they decide to provide are delivered and they are not precluded from supplying sign language interpreters. The fact that this Act does not expressly mandate the provision of sign language interpretation does not render it constitutionally vulnerable. The potential violation of s. 15(1) inheres in the discretion wielded by a subordinate authority, not the legislation itself.

Legislatures may not enact laws that infringe the *Charter* and they cannot authorize or empower another person or entity to do so. Even though a legislature may give authority to a body that is not subject to the *Charter*, the *Charter* applies to all the activities of government whether or not they may be otherwise characterized as “private” and it may apply to non-governmental entities in respect of certain inherently governmental actions. Governments, just as they are not permitted to escape *Charter* scrutiny by entering into commercial contracts or other “private” arrangements, should not be allowed to evade their constitutional responsibilities by delegating the implementation of their policies and programs to private entities.

Two important points must be made with respect to this principle. First, the mere fact that an entity performs what may loosely be termed a “public function”, or the fact that a particular activity may be described as “public” in nature, will not be sufficient to bring it within the purview of “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*. In order for the *Charter* to apply to a private entity, it must be found to be implementing a specific governmental policy or program.

The second important point concerns the precise manner in which the *Charter* may be held to apply to a private entity. First, it may be determined that the entity is itself “government” for the purposes of s. 32. This involves an inquiry into whether the entity whose actions have given rise to the alleged *Charter* breach can, either by its very nature or in virtue of the degree of governmental control exercised over it, properly be characterized as “government” within the meaning of s. 32(1). In such cases, all of the activities of the entity will be subject to the *Charter*, regardless of whether the activity in which it is engaged could, if performed by a non-governmental actor, correctly be described as “private”. Second, an entity may be found to attract *Charter*

mentionnés au par. 5(1) de la Loi. En outre, la Loi accorde à chaque hôpital un large pouvoir discrétionnaire quant aux modalités de la prestation des services qu’il décide de fournir et elle ne l’empêche pas de fournir les services d’interprètes gestuels. Le fait que la Loi n’exige pas expressément que l’interprétation gestuelle soit fournie ne rend pas cette loi vulnérable sur le plan constitutionnel. La violation potentielle du par. 15(1) découle intrinsèquement du pouvoir discrétionnaire exercé par un organisme subordonné, et non de la loi elle-même.

Les législatures ne peuvent pas édicter de lois qui portent atteinte à la *Charte* et elles ne peuvent pas autoriser ou habilitier quelque personne ou entité à le faire. Même s’il est possible à une législature de conférer des pouvoirs à un organisme qui n’est pas assujéti à la *Charte*, celle-ci s’applique à toutes les activités du gouvernement, qu’elles puissent ou non être par ailleurs qualifiées de «privées», et elle peut s’appliquer à des entités non gouvernementales à l’égard de certains actes de nature intrinsèquement gouvernementale. Tout comme il est interdit aux gouvernements de se soustraire à l’examen fondé sur la *Charte* en concluant des contrats commerciaux ou d’autres accords «privés», ils ne devraient pas être autorisés à échapper à leurs obligations constitutionnelles en déléguant la mise en œuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées.

Deux remarques importantes s’imposent au sujet de ce principe. Premièrement, le seul fait qu’une entité exerce ce qu’on peut librement appeler une «fonction publique» ou le fait qu’une activité particulière puisse être dite de nature «publique» n’est pas suffisant pour que cette entité soit assimilée au «gouvernement» pour l’application de l’art. 32 de la *Charte*. Pour que la *Charte* s’applique à une entité privée, il doit être établi que celle-ci met en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé.

L’autre remarque importante concerne la manière précise dont le tribunal peut décider que la *Charte* s’applique à une entité privée. Premièrement, il peut être décidé que l’entité elle-même fait partie du «gouvernement» au sens de l’art. 32. Une telle conclusion requiert l’examen de la question de savoir si l’entité dont les actes ont suscité l’allégation d’atteinte à la *Charte* peut — soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle — être à juste titre considérée comme faisant partie du «gouvernement» au sens du par. 32(1). En pareil cas, toutes les activités de l’entité sont assujéties à la *Charte*, indépendamment du fait que l’activité en cause pourrait être qualifiée de «privée» si elle était exercée par un acteur

scrutiny with respect to a particular activity that can be ascribed to government. This demands an investigation not into the nature of the entity whose activity is impugned but rather into the nature of the activity itself. In such cases, the quality of the act at issue, rather than the quality of the actor, must be scrutinized.

Hospitals, in providing medically necessary services, carry out a specific governmental objective. The *Hospital Insurance Act* is not simply a mechanism to prevent hospitals from charging for their services. Rather, it provides for the delivery of a comprehensive social program. Hospitals are merely the vehicles the legislature has chosen to deliver this program.

A direct and precisely defined connection exists between a specific government policy and the hospital's impugned conduct. The alleged discrimination — the failure to provide sign language interpretation — is intimately connected to the medical service delivery system instituted by the legislation. The provision of these services is not simply a matter of internal hospital management; it is an expression of government policy. The Legislature, upon defining its objective as guaranteeing access to a range of medical services, cannot evade its obligations under s. 15(1) of the *Charter* to provide those services without discrimination by appointing hospitals to carry out that objective. In so far as they do so, hospitals must conform with the *Charter*.

As well, the Medical Services Commission, in determining whether a service is a benefit under the *Medical and Health Care Services Act*, implements a government policy, namely, to ensure that all residents receive medically required services without charge. There is no doubt that in exercising this discretion the Commission acts in governmental capacity and is subject to the *Charter*.

As deaf persons, the appellants belong to an enumerated group under s. 15(1) — the physically disabled. There is also no question that the distinction drawn between the appellants and others is based on a personal characteristic that is irrelevant to the functional values underlying the health care system — the promotion of health, the prevention and treatment of illness and dis-

non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d'une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d'examiner non pas la nature de l'entité dont l'activité est contestée, mais plutôt la nature de l'activité elle-même. Il faut, en pareil cas, s'interroger sur la qualité de l'acte en cause plutôt que sur la qualité de l'acteur.

En fournissant les services médicalement nécessaires, les hôpitaux remplissent un objectif gouvernemental déterminé. L'*Hospital Insurance Act* n'est pas un simple mécanisme destiné à empêcher les hôpitaux de facturer leurs services aux patients. Au contraire, elle pourvoit plutôt à la prestation d'un programme social complet. Les hôpitaux sont simplement le mécanisme choisi par la législature pour l'exécution de ce programme.

Il y a un lien direct et défini entre une politique gouvernementale donnée et la conduite contestée de l'hôpital. La discrimination alléguée — le fait de ne pas fournir d'interprétation gestuelle — est intimement liée au régime de prestation de services médicaux établi par la loi. La fourniture de ces services n'est pas simplement une question de régie interne de l'hôpital, elle est l'expression d'une politique du gouvernement. La législature, lorsqu'elle définit son objectif comme étant celui de garantir l'accès à un éventail de services médicaux, ne peut pas se soustraire à l'obligation que lui fait le par. 15(1) de la *Charte* de fournir ces services sans discrimination en confiant aux hôpitaux la charge de réaliser cet objectif. Dans l'exécution de cette responsabilité, les hôpitaux doivent se conformer à la *Charte*.

De même, lorsqu'elle décide si un service est un avantage au sens de la *Medical Health Care Services Act*, la commission des services médicaux met en œuvre une politique gouvernementale, savoir veiller à ce que tous les résidents reçoivent gratuitement les services médicalement nécessaires. Il ne fait donc aucun doute que lorsqu'elle exerce ce pouvoir discrétionnaire la commission remplit une fonction gouvernementale et qu'elle est assujettie à la *Charte*.

En tant que personnes atteintes de surdité, les appelants appartiennent à un groupe énuméré au par. 15(1) — les personnes atteintes de déficiences physiques. De plus, il ne fait aucun doute que la distinction en cause est fondée sur une caractéristique personnelle sans rapport avec les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent le régime de soins de santé. Ces valeurs sont la promotion de la santé, la prévention et le traitement des maladies et affections et la matérialisation de ces valeurs par le tru-

ease, and the realization of those values through a publicly funded health care system.

The only question in this case is whether the appellants have been afforded “equal benefit of the law without discrimination” within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. On its face, the medicare system applies equally to the deaf and hearing populations. The appellants’ claim, nevertheless, is one of “adverse effects” discrimination, protection against which is provided by s. 15(1) of the *Charter*.

A discriminatory purpose or intention is not a necessary condition of a s. 15(1) violation. A legal distinction need not be motivated by a desire to disadvantage an individual or group in order to violate s. 15(1). It is sufficient if the effect of the legislation is to deny someone the equal protection or benefit of the law.

Adverse effects discrimination is especially relevant in the case of disability. In the present case the adverse effects suffered by deaf persons stem not from the imposition of a burden not faced by the mainstream population, but rather from a failure to ensure that deaf persons benefit equally from a service offered to everyone. Once it is accepted that effective communication is an indispensable component of the delivery of a medical service, it is much more difficult to assert that the failure to ensure that deaf persons communicate effectively with their health care providers is not discriminatory. To argue that governments should be entitled to provide benefits to the general population without ensuring that disadvantaged members of society have the resources to take full advantage of those benefits bespeaks a thin and impoverished vision of s. 15(1). It is belied, more importantly, by the thrust of this Court’s equality jurisprudence.

Section 15(1) makes no distinction between laws that impose unequal burdens and those that deny equal benefits. The government will be required (at least at the s. 15(1) stage of analysis) to take special measures to ensure that disadvantaged groups are able to benefit equally from government services. If there are policy reasons in favour of limiting the government’s responsibility to ameliorate disadvantage in the provision of

chement d’un régime de soins de santé financé sur les deniers publics.

La seule question à trancher en l’espèce est de savoir si les appelants ont droit au «même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination» aux termes du par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, le régime d’assurance-maladie s’applique d’une manière égale aux entendants et aux personnes atteintes de surdité. Néanmoins, les appelants invoquent la discrimination découlant d’«effets préjudiciables», type de discrimination contre lequel le par. 15(1) de la *Charte* accorde une protection.

L’existence d’un but ou d’une intention discriminatoire n’est pas une condition nécessaire à l’existence d’une atteinte au par. 15(1). Il n’est pas nécessaire qu’une distinction établie par la loi soit motivée par le désir de défavoriser un individu ou un groupe pour constituer une atteinte au par. 15(1). Il suffit que l’effet de la loi prive une personne de l’égalité de protection ou de bénéfice de la loi.

La discrimination découlant d’effets préjudiciables est particulièrement pertinente dans le cas des déficiences. Dans le présent cas, l’effet préjudiciable subi par les personnes atteintes de surdité découle non pas du fait qu’on leur impose un fardeau que n’a pas à supporter la population en général, mais plutôt du fait qu’on ne fait pas en sorte qu’elles bénéficient d’une manière égale d’un service offert à tous. Une fois qu’il est admis que des communications efficaces constituent un élément indispensable à la prestation des services médicaux, il devient beaucoup plus difficile d’affirmer que l’omission de faire en sorte que les personnes atteintes de surdité puissent communiquer efficacement avec les professionnels de la santé qu’elles consultent n’est pas discriminatoire. Affirmer que les gouvernements devraient être autorisés à accorder des avantages à la population en général sans devoir faire en sorte que les membres défavorisés de la société aient les ressources pour bénéficier pleinement de ces avantages témoigne d’une vision étroite et peu généreuse du par. 15(1). Fait plus important encore, elle va à contre-courant de la jurisprudence de notre Cour sur l’égalité.

Le paragraphe 15(1) ne fait pas distinction entre les lois qui imposent des fardeaux inégaux et celles qui n’accordent pas des avantages égaux. Le gouvernement sera tenu (du moins à l’étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1)) de prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient capables de bénéficier d’une manière égale des services gouvernementaux. S’il existe des raisons de principe en

benefits and services, those policies are more appropriately considered in determining whether any violation of s. 15(1) is saved by s. 1 of the *Charter*.

The principle that discrimination can accrue from a failure to take positive steps to ensure that disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is widely accepted in the human rights field. It is also a cornerstone of human rights jurisprudence that the duty to take positive action to ensure that members of disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is subject to the principle of reasonable accommodation. In s. 15(1) cases this principle is best addressed as a component of the s. 1 analysis. Reasonable accommodation, in this context, is generally equivalent to the concept of “reasonable limits”. It should not be employed to restrict the ambit of s. 15(1).

The failure of the Medical Services Commission and hospitals to provide sign language interpretation where it is necessary for effective communication constitutes a *prima facie* violation of the s. 15(1) rights of deaf persons. This failure denies them the equal benefit of the law and discriminates against them in comparison with hearing persons. Although the standard set is broad, this is not to say that sign language interpretation will have to be provided in every medical situation. The “effective communication” standard is a flexible one, and will take into consideration such factors as the complexity and importance of the information to be communicated, the context in which the communications will take place and the number of people involved. For deaf persons with limited literacy skills, sign language interpretation can be surmised to be required in most cases.

The application of the *Oakes* test requires close attention to the context in which the impugned legislation operates. In the present case, the failure to provide sign language interpreters would fail the minimal impairment branch of the *Oakes* test under a deferential approach. It was, therefore, unnecessary to decide whether in this “social benefits” context, where the

faveur de la limitation de l’obligation du gouvernement de remédier au désavantage découlant de la fourniture d’avantages et de services, il convient davantage d’étudier ces principes au moment de trancher la question de savoir si la violation du par. 15(1) est justifiée conformément à l’article premier de la *Charte*.

Le principe selon lequel la discrimination peut découler du fait de ne pas prendre de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d’une manière égale des services offerts à la population en général est largement accepté dans le domaine des droits de la personne. Une autre pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne est le fait que l’obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d’un groupe défavorisé bénéficient d’une manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables. Dans les affaires concernant le par. 15(1), il est préférable d’appliquer ce principe dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier. Dans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des «limites raisonnables». Il ne devrait pas être utilisé pour restreindre la portée du par. 15(1).

Le fait pour la commission des services médicaux et les hôpitaux de ne pas fournir de services d’interprétation gestuelle lorsque ces services sont nécessaires pour permettre des communications efficaces constitue une violation à première vue des droits garantis par le par. 15(1) aux personnes atteintes de surdité. Cette omission prive ces personnes de l’égalité de bénéfice de la loi et crée de la discrimination à leur endroit par comparaison avec les entendants. Même si la norme énoncée a une large portée, cela ne veut pas dire que l’interprétation gestuelle doit être fournie dans tous les cas où un patient reçoit des soins de santé. La norme des «communications efficaces» est une norme souple, qui tient compte de facteurs tels que la complexité et l’importance de l’information à communiquer, le contexte dans lequel les communications auront lieu et le nombre de participants. Dans le cas des personnes atteintes de surdité dont la capacité de lire et d’écrire est limitée, il est permis de supposer que l’interprétation gestuelle sera requise dans la plupart des cas.

L’application du critère de l’arrêt *Oakes* commande un examen attentif du contexte dans lequel s’inscrit le texte de loi attaqué. En l’espèce le fait de ne pas fournir des services d’interprètes gestuels ne satisfierait pas au volet de l’atteinte minimale du critère de l’arrêt *Oakes*, si on faisait montre de retenue. Par conséquent, il n’était pas nécessaire, dans le présent contexte o  des «avan-

choice is between the needs of the general population and those of a disadvantaged group, a deferential approach should be adopted. At the same time, the leeway to be granted to the state is not infinite. Governments must demonstrate that their actions infringe the rights in question no more than is reasonably necessary to achieve their goals. In the present case, the government has manifestly failed to demonstrate that it had a reasonable basis for concluding that a total denial of medical interpretation services for the deaf constituted a minimum impairment of their rights.

Moreover, it is purely speculative to argue that the government, if required to provide interpreters for deaf persons, will also have to do so for other non-official language speakers, thereby increasing the expense of the program dramatically. The possibility that a s. 15(1) claim might be made by members of the latter group cannot justify the infringement of the constitutional rights of the deaf. The appellants ask only for equal access to services that are available to all. The respondents have presented no evidence that this type of accommodation, if extended to other government services, will unduly strain the fiscal resources of the state. The government has not made a "reasonable accommodation" of the appellants' disability nor has it accommodated the appellants' need to the point of undue hardship.

The appropriate and just remedy was to grant a declaration that this failure is unconstitutional and to direct the government of British Columbia to administer the *Medical and Health Care Services Act* and the *Hospital Insurance Act* in a manner consistent with the requirements of s. 15(1). A declaration, as opposed to some kind of injunctive relief, was the appropriate remedy because there are myriad options available to the government that may rectify the unconstitutionality of the current system. It was appropriate to suspend the effectiveness of the declaration for six months to enable the government to explore its options and formulate an appropriate response.

tages sociaux» sont en cause et où il faut choisir entre les besoins de la population en général et ceux d'un groupe défavorisé, de décider s'il convient de faire montre de retenue. Cependant, la liberté d'action qui doit être accordée à l'État n'est pas infinie. Les gouvernements doivent démontrer que leurs actions ne portent pas atteinte aux droits en question plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire pour réaliser leurs objectifs. Dans la présente espèce, le gouvernement n'a manifestement pas démontré qu'il était raisonnablement fondé à conclure que le refus complet de fournir des services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité constituait une atteinte minimale aux droits de celles-ci.

Qui plus est, ce n'est que pure spéculation que de prétendre que le gouvernement, si on l'oblige à fournir des interprètes aux personnes atteintes de surdité, devra également en fournir aux autres personnes qui ne parlent pas l'une ou l'autre des langues officielles, augmentant ainsi de façon marquée le coût du programme. La possibilité qu'une action fondée sur le par. 15(1) puisse être présentée par les membres de ce dernier groupe ne saurait justifier l'atteinte aux droits constitutionnels des personnes atteintes de surdité. Les appelants ne réclament que l'égalité d'accès à des services qui sont disponibles à tous. Les intimés n'ont présenté aucune preuve que ce type d'accommodement, s'il était étendu à d'autres services gouvernementaux, grèverait de manière excessive le budget de l'État. Le gouvernement n'a fait aucun «accommodement raisonnable» pour tenir compte de la déficience des appelants et il n'a pas pris, à l'égard de leurs besoins, des mesures d'accommodement au point d'en subir des contraintes excessives.

La réparation convenable et juste consiste à déclarer que cette omission est inconstitutionnelle et à ordonner au gouvernement de la Colombie-Britannique d'appliquer la *Medical and Health Care Services Act* et l'*Hospital Insurance Act* d'une manière compatible avec les exigences du par. 15(1). Le jugement déclaratoire, par opposition à l'injonction, est la réparation convenable en l'espèce parce que le gouvernement dispose d'une myriade de solutions susceptibles de remédier à l'inconstitutionnalité du régime actuel. Il convient de suspendre l'effet du jugement déclaratoire pendant six mois afin de permettre au gouvernement d'examiner les possibilités qui s'offrent à lui et d'élaborer une solution appropriée.



sidered in determining whether any violation of s. 15(1) is saved by s. 1 of the *Charter*.

The principle that discrimination can accrue from a failure to take positive steps to ensure that disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is widely accepted in the human rights field. In *Re Saskatchewan Human Rights Commission and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93 (Sask. C.A.), leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. vi, the court found that the failure of a theatre to provide a disabled person a choice of place from which to view a film comparable to that offered to the general public was discriminatory. Similarly, in *Howard v. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353, it was held that the university was obligated to provide a deaf student with a sign language interpreter for his classes. “[W]ithout interpreters”, the Human Rights Council held, at p. D/358, “the complainant did not have meaningful access to the service”. And in *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. v. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776, the Quebec Tribunal des droits de la personne determined that a rent review tribunal must accommodate a deaf litigant by providing sign language interpretation. Moreover, the principle underlying all of these cases was affirmed in *Haig, supra*, where a majority of this Court wrote, at p. 1041, that “a government may be required to take positive steps to ensure the equality of people or groups who come within the scope of s. 15”.

It is also a cornerstone of human rights jurisprudence, of course, that the duty to take positive action to ensure that members of disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is subject to the principle of reasonable accommodation. The obligation to make reasonable accommodation for those adversely affected by a facially neutral policy or rule extends only to the point of “undue hardship”; see *Simpsons-Sears, supra*, and *Central Alberta Dairy*

la question de savoir si la violation du par. 15(1) est justifiée conformément à l’article premier de la *Charte*.

Le principe selon lequel la discrimination peut découler du fait de ne pas prendre de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d’une manière égale des services offerts à la population en général est largement accepté dans le domaine des droits de la personne. Dans *Re Saskatchewan Human Rights Commission and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. vi, la cour a décidé que le fait, dans une salle de cinéma, de ne pas offrir à une personne handicapée le choix d’une place lui permettant de voir aussi bien que le reste de l’auditoire était discriminatoire. De même, dans *Howard c. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353, il a été jugé que l’université était obligée de fournir à un étudiant atteint de surdité les services d’un interprète gestuel pour ses cours. [TRADUCTION] «[S]ans interprète», a statué le Human Rights Council, à la p. D/358, «le plaignant n’avait pas un accès utile au service». Et, dans *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776, le Tribunal des droits de la personne du Québec a décidé qu’un tribunal de révision des loyers devait fournir à un plaideur atteint de surdité des services d’interprétation gestuelle. Qui plus est, le principe sous-jacent de toutes ces affaires a été confirmé dans l’arrêt *Haig*, précité, où notre Cour à la majorité a écrit, à la p. 1041, qu’«un gouvernement peut se voir obligé de prendre des mesures positives afin d’assurer l’égalité de personnes ou groupes visés à l’art. 15».

Il va de soi qu’une autre pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne est que l’obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d’un groupe défavorisé bénéficient d’une manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables. L’obligation de prendre des mesures d’accommodement raisonnables en faveur des personnes subissant les effets préjudiciables d’une

# Tab 8

**Her Majesty The Queen as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs Canada and the Attorney General of Canada** *Appellant*

and

**Batchewana Indian Band** *Appellant*

v.

**John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson and Frank Nolan, each on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Band** *Respondents*

and

**Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Congress of Aboriginal Peoples, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Native Women's Association of Canada and United Native Nations Society of British Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: CORBIERE v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS)

File No.: 25708.

1998: October 13; 1999: May 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian bands — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members “ordinarily resident on the reserve” entitled to vote in band elections — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of*

**Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le procureur général du Canada** *Appelante*

et

**La bande indienne de Batchewana** *Appelante*

c.

**John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson et Frank Nolan, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non résidents de la bande de Batchewana** *Intimés*

et

**Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Congrès des peuples autochtones, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Association des femmes autochtones du Canada et United Native Nations Society of British Columbia** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CORBIERE c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)

N° du greffe: 25708.

1998: 13 octobre; 1999: 20 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Bandes indiennes — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative porte-t-elle atteinte aux droits garantis par l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article*

*Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Indian Act voter eligibility provisions violating Charter equality rights — Whether declaration of invalidity and suspension of effect of declaration appropriate remedy — Whether Indian band which brought Charter challenge should be exempted from suspension of effect of declaration.*

*Indians — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members “ordinarily resident on the reserve” entitled to vote in band elections — Whether legislation violating Charter equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).*

*Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Constitutional questions — Court’s jurisdiction to restate constitutional questions or make declaration of invalidity broader than that contained within questions.*

The respondents, on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Indian Band, sought a declaration that s. 77(1) of the *Indian Act*, which requires that band members be “ordinarily resident” on the reserve in order to vote in band elections, violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Fewer than one third of the registered members of the band lived on the reserve. The Federal Court, Trial Division found that as it related to the disposition of reserve lands or Indian monies held for the band as a whole, s. 77(1) infringed the rights guaranteed by s. 15(1) and that the infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The court granted a declaration of invalidity of s. 77(1) in its entirety and suspended the declaration for a period of 10 months. The court noted that the declaration was confined to the Batchewana Band because the pleadings and the evidence related only to that band. The Federal Court of Appeal affirmed the judgment but modified the remedy granted at trial. The court determined that the appropriate remedy was a constitutional exemption because other bands might be able to demonstrate an Aboriginal right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to exclude non-residents from voting. The court declared

*premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Droits à l’égalité garantis par la Charte violés par les dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à l’admissibilité à voter — La déclaration d’invalidité et la suspension de la prise d’effet de cette déclaration sont-elles la réparation qui convient? — La bande indienne qui a présenté la contestation fondée sur la Charte devrait-elle être exemptée de la suspension de la prise d’effet de la déclaration?*

*Indiens — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative viole-t-elle les droits à l’égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).*

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Questions constitutionnelles — Pouvoir de la Cour de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions.*

Les intimés, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non résidents de la bande indienne de Batchewana, ont sollicité un jugement déclaratoire portant que le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* — qui exige que les membres d’une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter à l’élection du conseil de la bande — contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Moins du tiers des membres inscrits de la bande vivaient dans les réserves. La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que, dans la mesure où il concerne la façon de disposer des terres de la réserve ou de sommes d’argent des Indiens détenues au profit de l’ensemble de la bande, le par. 77(1) violait les droits garantis par le par. 15(1) et que cette violation n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Le tribunal a déclaré le par. 77(1) invalide en totalité et a suspendu la prise d’effet de cette déclaration pour une période de 10 mois. Le tribunal a souligné que le jugement déclaratoire ne s’appliquait qu’à la bande de Batchewana, étant donné que les actes de procédure et les éléments de preuve présentés ne se rapportaient qu’à cette dernière. La Cour d’appel fédérale a confirmé le jugement, mais a modifié la réparation accordée en

that the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) contravened s. 15(1) of the *Charter* only in relation to the Batchewana Band. The declaration of invalidity was not suspended.

*Held:* The appeal should be dismissed but the remedy designed by the Court of Appeal should be modified.

Before any question of constitutional exemption is considered, the legislation in its general application should be examined. In this case, because the general issues were addressed in the plaintiffs’ statement of claim, and were argued before this Court and the Federal Court of Appeal, such an analysis will not take any parties by surprise. The constitutional questions, as formulated, address only the situation of the members of the Batchewana Band. The Court’s jurisdiction to restate constitutional questions, or make a declaration of invalidity broader than that contained within them is appropriately exercised when, as in this case, doing so does not, in substance, deprive attorneys general of their right to notice of the fact that a given legislative provision is at issue in this Court, or deprive those who have a stake in the outcome of the opportunity to argue the substantive issues relating to this question.

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Major and Bastarache JJ.: The test applicable to a s. 15(1) analysis has been described in *Law*. The first step is to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden. The s. 77(1)’s exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies this requirement. The second step is to determine whether the distinction is discriminatory. It is the first inquiry under this step that poses a problem, i.e. that of establishing whether the distinction is made on the basis of an enumerated ground or a ground analogous to it. The answer to this question will be found in considering the general purpose of s. 15(1) to prevent the violation of human dignity through the imposition of disadvantage based on stereotyping and social prejudice, and to promote a society where all persons are considered worthy

première instance. Elle a statué que la réparation convenable était une exemption constitutionnelle, puisqu’il était possible que d’autres bandes soient en mesure d’établir l’existence d’un droit ancestral visé à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* leur permettant d’interdire aux membres non résidents de voter. La cour a déclaré que les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1) contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* uniquement en ce qui concerne la bande de Batchewana. La prise d’effet de la déclaration d’invalidité n’a pas été suspendue.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté, mais la réparation fixée par la Cour d’appel est modifiée.

Avant d’amorcer l’analyse de la question de l’exemption constitutionnelle, il faut examiner l’application générale de la disposition législative. Dans la présente affaire, étant donné que les questions générales ont été abordées dans la déclaration des appelants et plaidées devant notre Cour et devant la Cour d’appel fédérale, les parties ne sont pas prises au dépourvu par une telle analyse. Les questions constitutionnelles, telles qu’elles ont été formulées, ne visent que la situation des membres de la bande de Batchewana. La Cour exerce de façon appropriée son pouvoir de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions lorsque, comme dans la présente affaire, l’exercice de ce pouvoir ne prive pas les procureurs généraux de leur droit d’être avisés du fait que la constitutionnalité d’une disposition législative donnée est contestée devant notre Cour, et ne prive pas ceux qui sont concernés par l’issue du litige de la possibilité de se faire entendre sur les questions de fond se rapportant à cette question.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Major et Bastarache: Le critère applicable pour l’analyse fondée sur le par. 15(1) a été décrit dans *Law*. La première étape consiste à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l’égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal. Le fait que le par. 77(1) dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l’égard de l’administration de leur bande respective respecte cette exigence. La deuxième étape consiste à déterminer si la distinction est discriminatoire. C’est la première question de cette étape qui pose problème, c.-à-d. celle de savoir si la distinction contestée est fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l’objectif général du par. 15(1), qui est, d’une part, d’empêcher que l’on porte atteinte à la dignité humaine en imposant à des

of respect and consideration. The enumerated and analogous grounds stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination. These markers of discrimination do not change from case to case, depending on the government action challenged. What varies is whether the enumerated and analogous grounds amount to discrimination in the particular circumstances of the case. Once a distinction on an enumerated or analogous ground is established, the contextual and fact-specific inquiry proceeds to whether the distinction amounts to discrimination in the context of the particular case. To identify a ground of distinction as analogous, one must look for grounds of distinction that are like the grounds enumerated in s. 15. These grounds have in common the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second step of the analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. The conflation of the inquiry into the basis of the distinction and the inquiry into whether, on the facts of the case, that distinction affronts s. 15 is to be avoided.

In this case, the exclusion of off-reserve members of an Indian band from the right to vote in band elections, pursuant to s. 77(1) of the *Indian Act*, is inconsistent with s. 15 of the *Charter*. Section 77(1) excludes off-reserve band members from voting privileges on band governance, and this exclusion is based on Aboriginality-residence (off-reserve band member status). “Aboriginality-residence” as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is a ground analogous to those enumerated in s. 15. The distinction goes to a personal characteristic essential to a band member’s personal identity. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve Aboriginals only at great cost, if at all. The situation of off-reserve Aboriginal band members is therefore unique and immutable. Lastly, when the relevant *Law* factors are applied, the impugned distinction amounts to

individus un désavantage fondé sur des stéréotypes et des préjugés sociaux, et, d’autre part, de contribuer à l’établissement d’une société où tous les individus sont jugés dignes de respect et de considération. Les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. Ces indicateurs de discrimination ne varient pas d’une affaire à l’autre, selon la mesure gouvernementale qui est contestée. La variable est la réponse à la question de savoir si les motifs énumérés et les motifs analogues sont source de discrimination dans les circonstances particulières d’une affaire donnée. Une fois établie la présence d’une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le tribunal amorce l’examen du contexte et des faits propres à l’affaire dont il est saisi pour déterminer si la distinction constitue de la discrimination dans ce cas particulier. Pour qualifier d’analogue un motif de distinction, il faut chercher des motifs de distinction semblables aux motifs énumérés à l’art. 15. Le point commun entre ces motifs est le fait qu’ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l’individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l’objet de l’identification de motifs analogues à la deuxième étape de l’analyse est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu’il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s’attendre que nous changions pour avoir droit à l’égalité de traitement garantie par la loi. Il faut éviter de fusionner l’analyse du fondement de la distinction et celle de la question de savoir si, à la lumière des faits de l’affaire, cette distinction contrevient à l’art. 15.

Dans la présente affaire, le fait de dénier aux membres des bandes indiennes résidant hors des réserves le droit de voter aux élections des bandes conformément au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est incompatible avec l’art. 15 de la *Charte*. Le paragraphe 77(1) dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l’égard de l’administration de leur bande respective, pour le motif fondé sur l’autochtonité-lieu de résidence (la qualité de membre hors réserve d’une bande indienne). Le facteur de l’«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15 lorsqu’il se rapporte à la question de savoir si un membre d’une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. La distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l’identité personnelle des membres des bandes indiennes. Les membres hors réserve d’une

discrimination. Off-reserve band members have important interests in band governance. By denying them the right to vote and participate in their band's governance, s. 77(1) perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members. The complete denial of that right treats them as less worthy and entitled, not on the merits of their situation, but simply because they live off the reserve. Section 77(1) reaches the cultural identity of off-reserve Aboriginals in a stereotypical way. This engages the dignity aspect of the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality. The conclusion that discrimination exists at the third step of the *Law* test does not depend on the composition of the off-reserve band members group, its relative homogeneity or the particular historical discrimination it may have suffered. It is the present situation of the group relative to that of the comparator group, on-reserve band members, that is relevant.

No case has been made for the application of s. 25 of the *Charter*. Furthermore, the infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. While the restriction on voting in s. 77(1) is rationally connected to the aim of the legislation, which is to give a voice in the affairs of the reserve only to the persons most directly affected by the decisions of the band council, s. 77(1) does not minimally impair the s. 15 rights. Even if it is accepted that some distinction may be justified in order to protect legitimate interests of band members living on the reserve, it has not been demonstrated that a complete denial of the right of band members living off-reserve to participate in the affairs of the band through the democratic process of elections is necessary. As an appropriate remedy, the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) of the *Indian Act* are declared to be inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* but the implementation of the declaration of invalidity is suspended for 18 months. No constitutional exemption is granted to the Batchewana Band during the period of suspension because, in the particular circumstances of this case, it would appear to be preferable to develop an electoral

bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent. La situation des membres hors réserve d'une bande autochtone est, en conséquence, unique et immuable. En dernier lieu, lorsqu'on applique les facteurs pertinents énoncés dans *Law*, la distinction reprochée constitue de la discrimination. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande. En les privant de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande, le par. 77(1) perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes. La privation complète de ce droit a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve. Le paragraphe 77(1) touche à l'identité culturelle des Autochtones hors réserve par l'effet de stéréotypes. Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle. À la troisième étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Law*, la conclusion qu'il y a discrimination ne dépend pas de la composition du groupe des membres hors réserve des bandes indiennes, de sa relative homogénéité ou de la discrimination particulière dont il a pu faire l'objet dans le passé. C'est la situation actuelle du groupe par rapport à celle du groupe témoin qui est pertinente.

On n'a pas démontré l'application de l'art. 25 de la *Charte*. En outre, l'atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que la restriction du droit de vote prévue au par. 77(1) ait un lien rationnel avec l'objectif de la loi, qui est de donner voix au chapitre, en ce qui concerne les affaires de la réserve, seulement aux personnes les plus directement touchées par les décisions du conseil de la bande, le par. 77(1) ne porte pas le moins possible atteinte aux droits garantis par l'art. 15. Même en admettant qu'une certaine distinction puisse être justifiée pour protéger des intérêts légitimes des membres des bandes indiennes qui vivent dans les réserves, il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire de nier complètement aux membres hors réserve de ces bandes le droit de participer aux affaires de leur bande respective par le processus démocratique des élections. À titre de réparation convenable, les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* sont déclarés incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte*, mais la prise d'effet de cette déclaration d'invalidité est suspendue pour 18 mois. Aucune exemption constitutionnelle n'est

process that will balance the rights of off-reserve and on-reserve band members.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Binnie JJ.: The framework for a s. 15(1) analysis was set out in *Law*. At all three stages, the focus of the inquiry is purposive and contextual. A court considering a discrimination claim must examine the legislative, historical, and social context of the distinction, the reality and experiences of the individuals affected by it, and the purposes of s. 15(1). In this case, s. 77(1) infringes the right to equality without discrimination of the off-reserve members of bands affected by it.

The first stage of the s. 15(1) inquiry is satisfied. Section 77(1) of the *Indian Act* draws a distinction between band members who live on-reserve and those who live off-reserve, by excluding the latter from the definition of "elector" within the band. This constitutes differential treatment.

The second stage of inquiry is also met. The differential treatment is based on the status of holding membership in an *Indian Act* band, but living off that band's reserve. The fundamental consideration at the second stage, if the ground is not enumerated or already recognized as analogous, is whether recognition of the basis of differential treatment as an analogous ground would further the purposes of s. 15(1). The analysis at the analogous grounds stage involves considering whether differential treatment of those defined by that characteristic or combination of traits has the potential to violate human dignity in the sense underlying s. 15(1). Various contextual factors may demonstrate discriminatory potential. If the indicia of an analogous ground are not present in general, or among a certain group in Canadian society, they may nevertheless be present in another social or legislative context, within a different group in Canadian society, or in a given geographic area. The second stage must be flexible enough to adapt to stereotyping, prejudice, or denials of human dignity and worth that might occur in specific ways for specific groups of people, to recognize that personal characteristics may overlap or intersect, and to reflect changing

accordée à la bande de Batchewana pendant la durée de la suspension de la prise d'effet, parce que, eu égard aux circonstances particulières du présent cas, il semble préférable d'élaborer un système électoral qui mettra en équilibre les droits des membres vivant hors des réserves et ceux des membres qui y résident.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie: Le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1) a été élaboré dans *Law*. À chacune des trois étapes, l'examen est axé sur l'objet et sur le contexte. Le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du par. 15(1). Dans la présente affaire, le par. 77(1) porte atteinte au droit à l'égalité, sans discrimination, des membres hors réserve des bandes visées par cette disposition.

La première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) est franchie. Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* établit une distinction entre les membres des bandes qui vivent dans les réserves et ceux qui vivent en dehors de celles-ci, en excluant ces derniers de la définition d'«électeur» pour les élections de la bande. Cette distinction constitue une différence de traitement.

La deuxième étape de l'analyse est également franchie. La différence de traitement est celle à laquelle sont soumises les personnes qui ont la qualité de membres d'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, mais qui vivent en dehors de la réserve de cette bande. Si l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue déjà reconnu, la considération fondamentale à la deuxième étape est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1). Dans le cadre de l'analyse à l'étape des motifs analogues, il faut se demander si la différence de traitement à laquelle sont soumises les personnes définies par la caractéristique ou combinaison de caractéristiques est susceptible de porter atteinte au droit à la dignité humaine qui sous-tend le par. 15(1). Divers facteurs contextuels sont susceptibles de démontrer l'existence d'une source de discrimination potentielle. Si certains indices de l'existence d'un motif analogue ne sont pas présents de façon générale, au sein d'un certain groupe de la société canadienne, ils peuvent néanmoins l'être dans un contexte social ou législatif différent, à l'intérieur d'un groupe différent de la société canadienne, ou dans une région donnée. La deuxième étape doit être suffisamment souple pour tenir compte des stéréotypes, des préjugés et des dénis de la dignité humaine



social phenomena or new or different forms of stereotyping or prejudice.

Off-reserve band member status should be recognized as an analogous ground. From the perspective of off-reserve band members, the choice of whether to live on- or off-reserve, if it is available to them, is an important one to their identity and personhood, and is therefore fundamental. Also critical is the fact that band members living off-reserve have generally experienced disadvantage and prejudice, and form part of a “discrete and insular minority” defined by race and place of residence. In addition, because of the lack of opportunities and housing on many reserves, and the fact that the *Indian Act*'s rules formerly removed band membership from various categories of band members, residence off the reserve has often been forced upon them, or constitutes a choice made reluctantly or at high personal cost.

At the third stage, the appropriate focus is on how the particular differential treatment impacts upon the people affected by it. The perspective that must be adopted is subjective and objective. All band members affected by this legislation, whether on-reserve or off-reserve, have been affected by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples. When analysing a claim that involves possibly conflicting interests of minority groups, one must be especially sensitive to their realities and experiences, and to their values, history, and identity. Thus, in the case of equality rights affecting Aboriginal people and communities, the legislation in question must be evaluated with special attention to the rights of Aboriginal peoples, the protection of the Aboriginal and treaty rights guaranteed in the Constitution, and with respect for and consideration of the cultural attachment and background of all Aboriginal women and men.

A contextual view of the people affected and the differential treatment in question leads to the conclusion that this legislative distinction conflicts with the

et de l'égalité de valeur des individus dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, ainsi que du fait que des caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser, et pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà.

La qualité de membre hors réserve d'une bande indienne devrait être reconnue comme un motif analogue. Du point de vue des membres hors réserve des bandes indiennes, la décision de vivre dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci, si ce choix leur est ouvert, est importante pour leur identité et leur personnalité et revêt donc un caractère fondamental. Constitue également un facteur crucial, le fait que les membres hors réserve des bandes indiennes ont généralement souffert de désavantages et de préjugés, et qu'ils font partie d'une «minorité discrète et isolée», définie par la race et le lieu de résidence. En outre, en raison du manque de débouchés et de logements qui sévit dans de nombreuses réserves et du fait que, auparavant, la *Loi sur les Indiens* retirait à diverses catégories de membres la qualité de membre d'une bande indienne, les personnes qui vivent à l'extérieur de la réserve n'ont bien souvent pas eu le choix à cet égard ou, si elles l'ont eu, elles n'ont pris leur décision qu'à contrecœur ou qu'à un prix très élevé sur le plan personnel.

À la troisième étape, il convient de mettre l'accent sur l'effet qu'a la différence de traitement particulière sur les personnes touchées. Il faut adopter un point de vue subjectif et objectif. Tous les membres de la bande touchés par cette mesure législative, qu'ils résident ou non dans les réserves, subissent les effets de l'héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones. Dans l'analyse d'une demande mettant en cause des intérêts potentiellement opposés de groupes minoritaires, il faut être particulièrement sensible à leurs réalités et à leurs expériences, ainsi qu'à leurs valeurs, à leur histoire et à leur identité. Ainsi, en ce qui concerne les droits à l'égalité qui touchent les peuples et les communautés autochtones, il faut évaluer la mesure législative contestée en accordant une attention spéciale aux droits des peuples autochtones, à la protection des droits ancestraux ou issus de traités garantis par la Constitution, et en faisant montre de respect et de considération à l'égard de la culture de tous les autochtones — hommes et femmes — et de leur attachement à cette culture.

L'analyse contextuelle des personnes touchées et de la différence de traitement en question amène à conclure que la distinction établie par la loi est incompatible avec

purposes of s. 15(1). Band members living off-reserve form part of a “discrete and insular minority”, defined by both race and residence, which is vulnerable and has at times not been given equal consideration or respect by the government or by others in Canadian and Aboriginal society. They experience stereotyping and disadvantage in particular ways compared to those living on-reserve. Aboriginal women, who can be said to be doubly disadvantaged on the basis of both sex and race, are particularly affected by differential treatment of off-reserve band members.

Second, the differential treatment does not correspond with the needs, characteristics or circumstances of the claimants in a manner which respects and values their dignity and difference. The powers conferred by the *Indian Act* to the band council affect interests and needs that are shared by band members living on and off the reserve.

Third, the interests affected are fundamental, and have important societal significance from the perspective of those affected. The functions and powers of the band council affect their financial interests, the ability to return and live on the reserve, services that may be important to them, and their cultural interests. The interests affected are also significant because of the ways in which, in the past, ties between band members and the band or reserve have been involuntarily or reluctantly severed. Those affected or their parents may have left the reserve for many reasons that do not signal a lack of interest in the reserve given historical circumstances such as an often inadequate land base, a serious lack of economic opportunities and housing, and the operation of past Indian status and band membership rules imposed by Parliament. This history helps show why the interest in feeling and maintaining a sense of belonging to the band free from barriers imposed by Parliament is an important one for all band members, especially for those who are now living away from the reserve, in part, because of these policies. This analysis does not suggest that any distinction between on-reserve and off-reserve band members would conflict with the purposes of s. 15(1). The principles of substantive equality do not require that non-residents have identical voting rights to residents, but rather a system that gives non-residents

les objectifs du par. 15(1). Les membres hors réserve des bandes indiennes font partie d’une «minorité discrète et isolée», qui est définie tant par sa race que par son lieu de résidence, qui est vulnérable et qui, à l’occasion, ne s’est pas vu accorder l’égalité de respect ou de considération par le gouvernement ou par d’autres personnes au sein des sociétés canadienne et autochtone. Ils font l’objet de stéréotypes et souffrent de désavantages particuliers comparativement aux membres habitant les réserves. Les femmes autochtones, que l’on peut dire doublement défavorisées en raison de leur sexe et de leur race, sont particulièrement touchées par la différence de traitement visant les membres hors réserve des bandes indiennes.

Deuxièmement, la différence de traitement ne correspond ni aux besoins, ni aux caractéristiques ni à la situation des demandeurs d’une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence. Les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens* aux conseils de bande ont une incidence sur des droits et des besoins que partagent les membres qui habitent les réserves et ceux qui vivent à l’extérieur de celles-ci.

Troisièmement, les droits touchés sont fondamentaux et, du point de vue des personnes touchées, ils revêtent de l’importance sur le plan social. Les fonctions et pouvoirs du conseil de bande ont une incidence sur leurs droits économiques, leur capacité de revenir vivre dans la réserve, des services qui peuvent être importants pour eux, et leurs droits culturels. Les droits touchés sont également importants en raison des diverses façons par lesquelles les liens qui unissaient des membres d’une bande à celle-ci ou à la réserve ont, volontairement ou à contrecœur, été rompus dans le passé. Il est possible que les personnes touchées ou leurs parents aient quitté la réserve pour des raisons qui ne témoignent pas d’un manque d’intérêt envers la réserve, compte tenu des diverses circonstances historiques, telles des assises territoriales souvent insuffisantes, de graves pénuries de logement et de possibilités de développement économique et l’application des anciennes règles imposées par le Parlement qui régissaient le statut Indien et l’appartenance aux bandes. Cet historique aide à démontrer pourquoi le droit d’éprouver et de maintenir un sentiment d’appartenance à leur bande, libre de tout obstacle imposé par le Parlement, est particulièrement important pour tous les membres des bandes, spécialement pour ceux qui, aujourd’hui, vivent en dehors des réserves, en partie à cause de ces politiques. Cette analyse n’indique pas que toute distinction entre les membres hors réserve des bandes indiennes et les membres habitant les réserves serait incompatible avec les objectifs visés par le par. 15(1). Les principes de l’égalité réelle ne

meaningful and effective participation in the voting regime of the band.

The infringement of s. 15(1) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of the restriction of voting rights to band members ordinarily resident on the reserve is to ensure that those with the most immediate and direct connection with the reserve have a special ability to control its future. This objective is pressing and substantial but the restriction fails to meet the proportionality test. While restricting the vote to those living on the reserve is rationally connected to Parliament's objective, a complete exclusion of non-residents from the right to vote, does not constitute a minimal impairment of these rights. The appellants have not shown why other solutions that would not violate s. 15(1) could not accomplish the objective.

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature. The finding of invalidity relates to the legislation as it applies to all bands, and, in principle, there is no reason that the remedy should be confined to the Batchewana Band. The fact that other bands may be able to demonstrate an Aboriginal right to control voting does not justify confining the remedy to the Batchewana Band. The principle of democracy underlies the Constitution and the *Charter*, and is one of the important factors governing the exercise of a court's remedial discretion. It encourages remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur. Constitutional remedies should encourage the government to take into account the interests, and views, of minorities. The appropriate remedy is a declaration that the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) are invalid. The effect of this declaration should be suspended for 18 months to give Parliament the time necessary to carry out extensive consultations and respond to the needs of the different groups affected. While, in general, litigants who have brought forward a *Charter* challenge should receive the immediate benefits of the ruling, even if the effect of the declaration is suspended, this is one of the exceptional cases where immediate relief should not be given to those who brought the action. If Parliament chooses either not to act, or to change the legislation to conform with this ruling, the respondents will receive a remedy after the period of suspension expires or when the new legislation comes

demandent pas que les non-résidents jouissent exactement des mêmes droits de vote que les résidents, mais plutôt un système qui accorderait aux non-résidents une participation concrète et efficace au régime électoral de la bande.

L'atteinte au par. 15(1) n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. L'objectif recherché par la restriction du droit de vote aux membres des bandes qui résident ordinairement dans la réserve est de faire en sorte que ceux qui possèdent les liens les plus directs et les plus immédiats avec la réserve soient habilités de façon particulière à décider de son avenir. Il s'agit d'un objectif urgent et réel, mais la restriction ne respecte pas le critère de la proportionnalité. Bien que la restriction du droit de vote aux résidents de la réserve ait un lien rationnel avec l'objectif du Parlement, le fait de priver complètement les non-résidents de leur droit de vote ne constitue pas une atteinte minimale à ces droits. Les appelantes n'ont pas établi en quoi d'autres solutions qui n'auraient pas pour effet de porter atteinte au par. 15(1) ne permettraient pas de réaliser cet objectif.

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur. La conclusion d'invalidité vise la mesure législative dans son application à toutes les bandes, et il n'y a en principe aucune raison de limiter la réparation à la bande de Batchewana. Le fait que d'autres bandes pourraient être en mesure de démontrer l'existence d'un droit ancestral les habilitant à décider de leur procédure de scrutin ne justifie pas de limiter l'application de la réparation à la bande de Batchewana. Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la *Charte*, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. La réparation convenable consiste à déclarer invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1). L'effet de cette déclaration devrait être suspendu pour 18 mois pour donner au Parlement le temps nécessaire pour tenir de vastes consultations et répondre aux besoins des différents groupes touchés. Bien que, en général, les plaideurs qui ont présenté une contestation fondée sur la *Charte* doivent profiter des avantages immédiats de la décision, même si la prise d'effet de la déclaration est suspendue, la présente affaire est l'un de ces cas exceptionnels où une réparation immédiate ne devrait pas être accordée à ceux qui

into effect. In this case, there are strong administrative reasons not to grant immediate relief to the members of the Batchewana Band.

Section 25 of the *Charter* is triggered when Aboriginal or treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are in question, or when the relief requested under a *Charter* challenge could abrogate or derogate from “other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”. This latter phrase indicates that the rights included in s. 25 are broader than those in s. 35, and may include statutory rights. However, the fact that legislation relates to Aboriginal people cannot alone bring it within the scope of the “other rights or freedoms” included in s. 25. Because it has not been shown that s. 25 of the *Charter* applies to this case, and argument on this question was extremely limited, it would be inappropriate to articulate a general approach to s. 25.

#### Cases Cited

By McLachlin and Bastarache JJ.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

By L’Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 3 S.C.R. 389; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877;

ont intenté l’action. Si le Parlement décide de ne pas agir ou encore de modifier la loi pour se conformer à la présente décision, les intimés obtiendront une réparation après l’expiration du délai de suspension ou lorsque les nouvelles mesures législatives entreront en vigueur. Il existe en l’espèce de solides raisons administratives justifiant de ne pas accorder de réparation immédiate aux membres de la bande de Batchewana.

L’article 25 de la *Charte* s’applique lorsque des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont en litige, ou quand la réparation demandée dans le cadre d’une contestation fondée sur la *Charte* pourrait porter atteinte à d’«autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce passage montre que les droits visés à l’art. 25 sont plus étendus que ceux visés à l’art. 35, et qu’il peut s’agir de droits d’origine législative. Cependant, le seul fait qu’une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d’application des «autres» droits ou libertés visés à l’art. 25. Étant donné qu’on n’a pas fait la preuve que l’art. 25 de la *Charte* s’applique à la présente affaire, et que l’argumentation sur cette question a été extrêmement limitée, il ne conviendrait pas d’énoncer une approche générale à l’égard de l’art. 25.

#### Jurisprudence

Citée par les juges McLachlin et Bastarache

**Arrêt appliqué:** *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

Citée par le juge L’Heureux-Dubé

**Arrêt appliqué:** *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 3 R.C.S. 389; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur*

*of Employment and Immigration*), [1999] 1 S.C.R. 497.

*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

4 The first step is to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden. The *Indian Act's* exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies this requirement.

La première étape consiste à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l'égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal. Le fait que la *Loi sur les Indiens* dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l'égard de l'administration de leur bande respective respecte cette exigence.

5 The next step is to determine whether the distinction is discriminatory. The first inquiry is whether the distinction is made on the basis of an enumerated ground or a ground analogous to it. The answer to this question will be found in considering the general purpose of s. 15(1), i.e. to prevent the violation of human dignity through the imposition of disadvantage based on stereotyping and social prejudice, and to promote a society where all persons are considered worthy of respect and consideration.

L'étape suivante consiste à déterminer si la distinction est discriminatoire. La première question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la distinction contestée est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l'objectif général du par. 15(1), qui est, d'une part, d'empêcher que l'on porte atteinte à la dignité humaine en imposant à des individus un désavantage fondé sur des stéréotypes et des préjugés sociaux, et, d'autre part, de contribuer à l'établissement d'une société où tous les individus sont jugés dignes de respect et de considération.

6 We agree with L'Heureux-Dubé J. that Aboriginality-residence (off-reserve band member status) constitutes a ground of discrimination analogous to the enumerated grounds. However, we wish to comment on two matters: (1) the suggestion by some that the same ground may or may not be analogous depending on the circumstances; and (2) the criteria that identify an analogous ground.

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que l'autochtonité-lieu de résidence (la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne) est un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés. Toutefois, nous désirons faire des commentaires sur deux points: (1) la suggestion faite par certains qu'un même motif peut, selon les circonstances, être analogue ou non; (2) les critères d'identification des motifs analogues.

7 The enumerated grounds function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making. They are a legal expression of a general characteristic, not a contextual, fact-based conclusion about whether discrimination exists in a particular case. As such, the enumerated grounds must be distinguished from a finding that discrimination exists in a particular case. Since the enumerated grounds are only indicators of suspect grounds of distinction, it follows that decisions on these grounds are not always discriminatory; if this were otherwise, it

Les motifs énumérés sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes. Ils sont l'expression, dans la loi, d'une caractéristique générale, et non une conclusion, fondée sur le contexte et les faits pertinents, relativement à l'existence ou à l'absence de discrimination dans une affaire donnée. En tant que tels, les motifs énumérés doivent être distingués d'une conclusion portant qu'il y a discrimination dans une affaire donnée. Puisque les motifs énumérés ne constituent que des indicateurs

would be unnecessary to proceed to the separate examination of discrimination at the third stage of our analysis discussed in *Law, supra, per* Iacobucci J.

The same applies to the grounds recognized by the courts as “analogous” to the grounds enumerated in s. 15. To say that a ground of distinction is an analogous ground is merely to identify a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality. Like distinctions made on enumerated grounds, distinctions made on analogous grounds may well not be discriminatory. But this does not mean that they are not analogous grounds or that they are analogous grounds only in some circumstances. Just as we do not speak of enumerated grounds existing in one circumstance and not another, we should not speak of analogous grounds existing in one circumstance and not another. The enumerated and analogous grounds stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination. What varies is whether they amount to discrimination in the particular circumstances of the case.

We therefore disagree with the view that a marker of discrimination can change from case to case, depending on the government action challenged. It seems to us that it is not the ground that varies from case to case, but the determination of whether a distinction on the basis of a constitutionally cognizable ground is discriminatory. Sex will always be a ground, although sex-based legislative distinctions may not always be discriminatory. To be sure, *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, suggested that residence might be an analogous ground in certain contexts. But in view of the synthesis of previous cases suggested in *Law, supra*, it is more likely that today the same result, dismissal of the claim, would be achieved either by finding

de l’existence de motifs de distinction suspects, il s’ensuit que les décisions fondées sur ces motifs ne sont pas toujours discriminatoires; s’il en était autrement, il serait inutile de procéder à l’examen distinct de la discrimination à la troisième étape de l’analyse exposée par notre Cour dans l’arrêt *Law*, précité, motifs du juge Iacobucci.

La même observation s’applique à l’égard des motifs qui ont été reconnus par notre Cour comme «analogues» à ceux énumérés à l’art. 15. Affirmer qu’un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu’indiquer qu’un certain processus décisionnel est suspect parce qu’il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l’égalité réelle. Tout comme les distinctions fondées sur des motifs énumérés, celles qui reposent sur des motifs analogues peuvent fort bien ne pas être discriminatoires. Toutefois, cela ne veut pas dire pour autant que ces motifs ne sont pas analogues ou qu’ils ne le sont que dans certaines circonstances. De la même manière que nous ne disons pas d’un motif énuméré qu’il existe dans une situation et non dans une autre, nous ne devrions pas dire d’un motif analogue qu’il existe dans certaines circonstances et non dans d’autres. Les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. La variable est la réponse à la question de savoir s’ils sont source de discrimination dans les circonstances particulières d’une affaire donnée.

En conséquence, nous ne partageons pas l’opinion selon laquelle un motif donné peut constituer un indicateur de discrimination dans une affaire mais ne pas l’être dans une autre, selon la mesure gouvernementale qui est contestée. Il nous semble que ce n’est pas le motif en tant que tel qui varie d’une affaire à l’autre, mais plutôt la réponse à la question de savoir si une distinction fondée sur un motif susceptible de reconnaissance sur le plan constitutionnel est discriminatoire. Le sexe sera toujours un motif, même si les distinctions fondées sur ce motif dans les lois ne sont pas toujours discriminatoires. Certes, il a été suggéré dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, que le lieu de résidence pourrait constituer un motif analogue

8

9

no analogous ground or no discrimination in fact going to essential human dignity.

dans certains cas. Toutefois, à la lumière de la synthèse de la jurisprudence proposée dans l'arrêt *Law*, précité, il est vraisemblable qu'on arriverait aujourd'hui au même résultat — le rejet de la demande — en concluant soit à l'absence de motif analogue, soit à l'absence de discrimination portant atteinte dans les faits à la dignité humaine essentielle.

10 If it is the intention of L'Heureux-Dubé J.'s reasons to affirm contextual dependency of the enumerated and analogous grounds, we must respectfully disagree. If "Aboriginality-residence" is to be an analogous ground (and we agree with L'Heureux-Dubé J. that it should), then it must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination, whether the challenge is to a governmental tax credit, a voting right, or a pension scheme. This established, the analysis moves to the third stage: whether the distinction amounts, in purpose or effect, to discrimination on the facts of the case.

Si les motifs du juge L'Heureux-Dubé visent à faire dépendre du contexte l'existence même des motifs énumérés et des motifs analogues, nous devons, avec égards, exprimer notre désaccord. Si le motif de l'«autochtonité-lieu de résidence» doit constituer un motif analogue (et nous convenons avec le juge L'Heureux-Dubé que ce devrait être le cas), il doit alors constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle, que la contestation vise un crédit d'impôt gouvernemental, un droit de vote ou un régime de pension. Ceci étant établi, nous passons maintenant à la troisième étape de l'analyse, soit la question de savoir si, de par son objet ou ses effets, la distinction est source de discrimination à la lumière des faits de l'espèce.

11 Maintaining the distinction in *Law*, *supra*, between the enumerated or analogous ground analysis and the third-stage contextual discrimination analysis, offers several advantages. Both stages are concerned with discrimination and the violation of the presumption of the equal dignity and worth of every human being. But they approach it from different perspectives. The analogous grounds serve as jurisprudential markers for suspect distinctions. They function conceptually to identify the sorts of claims that properly fall under s. 15. By screening out other cases, they avoid trivializing the s. 15 equality guarantee and promote the efficient use of judicial resources. And they permit the development over time of a conceptual jurisprudence of the sorts of distinctions that fall under the s. 15 guarantee, without foreclosing new cases of discrimination. A distinction on an enumerated or analogous ground established, the contextual and fact-specific inquiry proceeds to

Il y a plusieurs avantages à maintenir la distinction qui a été établie dans l'arrêt *Law*, précité, entre l'analyse relative à l'existence d'un motif énuméré ou analogue et la troisième étape, savoir l'analyse de la présence de discrimination eu égard au contexte. Ces deux étapes concernent la discrimination et la violation de la présomption d'égalité de dignité et de valeur de chaque être humain, qu'elles abordent toutefois à partir de points de vue différents. Les motifs analogues servent d'indicateurs jurisprudentiels de l'existence de distinctions suspectes. Ils permettent d'identifier, sur le plan conceptuel, le genre de demandes visées par l'art. 15. En écartant les autres affaires, ils évitent la banalisation de la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15 et ils contribuent à l'utilisation efficiente des ressources des tribunaux. Ils permettent aussi l'élaboration, au fil du temps, d'une jurisprudence qui conceptualise les types de distinctions relevant de la garantie de l'art. 15, sans faire obstacle à la reconnaissance de nouveaux cas de discrimination. Une fois établie la présence d'une distinction

whether the distinction amounts to discrimination in the context of the particular case.

Our second concern relates to the manner in which a new analogous ground may be identified. In our view, conflation of the second and third stages of the *Law* framework is to be avoided. To be sure, *Law* is meant to provide a set of guidelines and not a formalistic straitjacket, but the second and third stages are unquestionably distinct: the former asks whether the distinction is on the basis of an enumerated or analogous ground, the latter whether that distinction on the facts of the case affronts s. 15. Affirmative answers to both inquiries are a precondition to establishing a constitutional claim.

What then are the criteria by which we identify a ground of distinction as analogous? The obvious answer is that we look for grounds of distinction that are analogous or like the grounds enumerated in s. 15 — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It seems to us that what these grounds have in common is the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second stage of the *Law* analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. To put it another way, s. 15 targets the denial of equal treatment on grounds that are actually immutable, like race, or constructively immutable, like religion. Other factors identified in the cases as associated with the enumerated and analogous grounds, like the fact that the decision adversely impacts on a discrete and insular minority or a group that has been

fondée sur un motif énuméré ou analogue, le tribunal amorce l'examen du contexte et des faits propres à l'affaire dont il est saisi pour déterminer si la distinction constitue de la discrimination dans ce cas particulier.

Notre deuxième préoccupation concerne la manière d'identifier les nouveaux motifs analogues. À notre avis, il faut éviter de fusionner les deuxième et troisième étapes du cadre établi dans *Law*. Certes, cet arrêt vise à établir un ensemble de lignes directrices, et non un carcan formaliste, mais il n'en demeure pas moins que la deuxième et la troisième étape sont incontestablement distinctes: à la deuxième étape, le tribunal détermine si la distinction est fondée sur un motif énuméré ou analogue, alors qu'à la troisième il se demande si, à la lumière des faits de l'affaire, cette distinction contrevient à l'art. 15. Une réponse affirmative à ces deux questions est un préalable à l'établissement du bien-fondé d'une demande sur le plan constitutionnel.

En conséquence, quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 — la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l'objet de l'identification de motifs analogues à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Law* est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. Autrement dit, l'art. 15 vise le déni du droit à l'égalité de traitement pour des motifs qui sont immuables dans les faits, par exemple la race, ou qui sont considérés immuables, par exemple la

12

13



historically discriminated against, may be seen to flow from the central concept of immutable or constructively immutable personal characteristics, which too often have served as illegitimate and demeaning proxies for merit-based decision making.

religion. D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus.

14 L'Heureux-Dubé J. ultimately concludes that "Aboriginality-residence" as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is an analogous ground. We agree. L'Heureux-Dubé J.'s discussion makes clear that the distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity, which is no less constructively immutable than religion or citizenship. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve band members only at great cost, if at all.

Le juge L'Heureux-Dubé conclut, en dernière analyse, que le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il ressort clairement des propos du juge L'Heureux-Dubé que la distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes, caractéristique qui est considérée immuable au même titre que la religion ou la citoyenneté. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

15 Two brief comments on this new analogous ground are warranted. First, reserve status should not be confused with residence. The ordinary "residence" decisions faced by the average Canadians should not be confused with the profound decisions Aboriginal band members make to live on or off their reserves, assuming choice is possible. The reality of their situation is unique and complex. Thus no new water is charted, in the sense of finding residence, in the generalized abstract, to be an analogous ground. Second, we note that the analogous ground of off-reserve status or Aboriginality-residence is limited to a subset of the Canadian population, while s. 15 is directed to everyone. In our view, this is no impediment to its inclusion as an analogous ground under s. 15. Its demographic limitation is no different, for example, from pregnancy, which is a distinct, but fundamentally inter-related form of discrimination from gender.

Deux brefs commentaires s'imposent au sujet de ce nouveau motif analogue. Premièrement, il ne faut pas confondre qualité de membre hors réserve et lieu de résidence. Les décisions que sont appelés à prendre les Canadiens en général relativement à leur «lieu de résidence» ne sauraient être comparées aux décisions lourdes de conséquences que prennent les membres des bandes autochtones lorsqu'ils choisissent de vivre dans les réserves ou à l'extérieur de celles-ci, à supposer que ce choix soit possible. La réalité de ces personnes est unique et complexe. Par conséquent le fait de conclure, sur le plan des principes généraux, que le lieu de résidence est un motif analogue n'établit rien de nouveau. Deuxièmement, nous soulignons que le motif analogue que constitue la qualité de membre hors réserve ou l'autochtonité-lieu de résidence ne s'applique qu'à un groupe au sein de la population canadienne, tandis que l'art. 15 vise

# Tab 9

ONTARIO  
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

DIVISIONAL COURT

KITELEY, CUMMING, AND SWINTON JJ.

**B E T W E E N:**

ADVOCACY CENTRE FOR TENANTS-  
ONTARIO and INCOME SECURITY  
ADVOCACY CENTRE on behalf of LOW-  
INCOME ENERGY NETWORK

Appellant

- and -

ONTARIO ENERGY BOARD

Respondent

)  
)  
) *Paul Manning* and *Mary Truemner*, for  
) the Appellant  
)  
)  
)

)  
) *Michael Millar*, for Ontario Energy Board  
)

) *Fred Cass* and *David Stevens*, for  
) Enbridge Gas Distribution Inc.  
)

) *Robert Warren*, for Consumers Council of  
) Canada  
)

) **HEARD at Toronto:** February 25, 2008

**KITELEY and CUMMING JJ.**

**The Appeal**

[1] The Respondent Ontario Energy Board (the “Board”) is the provincial economic regulator for the natural gas and electricity sectors. The Board exercises its jurisdiction within the statutory authority established by the Legislature, being the *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Schedule B (the “Act”).

shareholders) would be in a position to extract monopolistic rents from consumers, in particular, given a relatively inelastic demand curve for their commodity. Clearly, a prime purpose of the *Act* and the Board is to balance the interests of consumers of natural gas with those of the natural gas suppliers. The Board's mandate through economic regulation is directed primarily at avoiding the potential problem of excessive prices resulting because of a monopoly distributor of an essential service.

[40] In performing this regulatory function, it is consistent for the Board to seek to protect the interests of *all* consumers vis-a-vis the reality of a monopoly. The Board must balance the respective interests of the utility and the collective interest of all consumers in rate setting. *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board et al.* (1983), 1 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 698 (Div. Ct.), (1983) 43 O.R. (2d) 489 at 501. The Board's regulatory power is primarily a proxy for competition rather than an instrument of social policy. *Dalhousie Legal Aid Service v. Nova Scotia Power Inc.*, (2006), 268 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 408 at para. 33 [*Dalhousie*].

[41] *Dalhousie* dealt with a request for a low income affordability program like that advanced by LIEN. However, it involved a consideration of rate setting under s. 67 (1) of the Nova Scotia *Public Utilities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 380, which is very different in wording with respect to jurisdiction to that seen in s. 36 of the *Act* at hand. The Nova Scotia provision expressly provides that "rates shall always, under substantially similar circumstances and conditions in respect of service of the same description, be charged equally to all persons and at the same rate ...." Hence, the Nova Scotia Utility and Review Board found that it did not have jurisdiction to order low income affordability programs.

[42] Section 36 of the *Act* has broad language, empowering the Board to set "just and reasonable" rates for the distribution of natural gas. The supply of natural gas can be considered a necessity that is available from a single source with prices set by the Board in the public interest. The Board has traditionally set rates on a "cost of service" basis, that is, on the basis of cost causality and employing a complex cost allocation exercise. In brief, this approach first looks to the utility's capital investments and maintenance costs including a fair rate of return to determine revenues required. The revenue requirement is then divided amongst the utility's rate paying consumers on a rate class basis (i.e., residential, commercial, industrial, etc.).

[43] The rates have been traditionally designed with the principled objective of having each rate class pay for the actual costs that class imposes upon the utility. That is, the Board has sought to avoid inter-class and intra class subsidies. See RP-2003-0063 (2005) at 5. Consistent with this approach, the Board has refused the establishment of a special rate class to provide redress for aboriginal consumers. *Decision with Reasons EBRO493* (1997) (O.E.B.). In that case, the Ontario Native Alliance ("ONA") requested the Board to order a utility to evaluate the establishment of a rate class for the purpose of providing a special rate class for aboriginal peoples. At 316-17, the Board stated:

The Board is required by the legislation to "fix just and reasonable rates", and in doing so it attempts to ensure that no undue discrimination occurs between rate classes, and that

the principles of cost causality are followed in allocating the underlying rates. While the board recognizes ONA's concerns, the Board finds that the establishment of a special rate class to provide redress for aboriginal consumers of Centra does not meet the above criteria and it is not prepared to order the studies requested by ONA.

[44] This decision would be within the Board's jurisdiction and a like response to LIEN in the case at hand would arguably be consistent and reasonable. However, the Board in dealing with the ONA request did not decline on the basis of jurisdiction. Rather, it said that it should not exercise its jurisdiction as requested by ONA for the reasons given.

[45] A low income rate affordability program would necessarily lead to treating consumer groups on a differentiated basis with higher prices for a majority of residential consumers and subsidization of the low-income subset by the majority group and/or other classes of consumers.

[46] If the Board were to reduce the rates for one class of consumers based upon an income determinant, the Board would have to increase the rates for another class or classes of consumers. In effect, such a rate reduction would impose a regressive indirect tax upon those required to pick up the shortfall. Such an approach would arguably be a dramatic departure from the Board's regulatory function as implemented to date, which has been to protect the collective interest of consumers dealing with a monopoly supplier through a "cost of service" calculation and then to treat consumers equally through determining rates to pay for the "cost of service" on a cost causality basis for classes of consumers.

[47] The Board's mandate has not been directed to the public interest in social or distributive justice through a differentiation of rates on the basis of income. That need is seen to be met through other mechanisms and programs legislated by the provincial Legislature and/or Parliament, for example, by refundable tax credits and social assistance.

[48] Indeed, the provincial income tax legislation previously provided for public tax expenditures to assist low income consumers with rising electricity costs. This was done through an "Ontario home electricity payment" by reference to income levels. *Income Tax Act*, R.S.O. 1990, c.1.2, s. 8.6.1, as rep. by *Income Tax Amendment Act (Ontario Home Electricity Relief)*, 2006, S.O. 2006, c. 18, s. 1. As well, Parliament has provided a one-time relief for energy costs to low income families and seniors in Canada through the *Energy Costs Assistance Measures Act*, S.C. 2005, c. 49.

[49] The Board is an economic regulator, rather than a formulator of social policy. While no doubt the Board must take into account broad policy considerations, rate-setting is at the core of the Board's jurisdiction. *Garland v. Consumers' Gas Company* (2000), 185 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 536 at paras. 17, 45-46 (Ont. S.C.J.). Special rates for low income consumers would not be based upon economic principles of regulation but rather on the social principle of ability to pay. Any program to subsidize low income consumers would require a source of funding which is a matter of public policy. See generally *Re Rate Concessions to Poor Persons and Senior Citizens*, 14 Pub. Util. Rep. 4<sup>th</sup> 87 at 94 (Or. 1976).

# Tab 10

**Gilles Doré** *Appellant*

v.

**Pierre Bernard, in his capacity as Assistant  
Syndic of the Barreau du Québec, Tribunal  
des professions and Attorney General of  
Quebec** *Respondents*

and

**Federation of Law Societies of Canada,  
Canadian Civil Liberties Association  
and Young Bar Association of  
Montreal** *Interveners*

**INDEXED AS: DORÉ v. BARREAU DU QUÉBEC**

**2012 SCC 12**

File No.: 33594.

2011: January 26; 2012: March 22.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish,  
Abella, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Administrative law — Judicial review — Standard  
of review — Disciplinary council — Lawyer challeng-  
ing constitutionality of council's decision — Proper  
approach to judicial review of discretionary administra-  
tive decisions engaging Charter protections — Whether  
framework developed in R. v. Oakes appropriate to deter-  
mine if discretionary administrative decisions comply  
with Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Law of professions — Discipline — Barristers and  
solicitors — Lawyer writing private letter to judge and  
criticizing him — Disciplinary council finding lawyer  
in breach of duty to behave with objectivity, moderation  
and dignity and reprimanding him — Whether council  
properly balanced relevant Charter values with statu-  
tory objectives — Whether decision reasonable — Code  
of ethics of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 1, art. 2.03.*

**Gilles Doré** *Appellant*

c.

**Pierre Bernard, ès qualités de syndic  
adjoint du Barreau du Québec, Tribunal  
des professions et procureur général du  
Québec** *Intimés*

et

**Fédération des ordres professionnels de  
juristes du Canada, Association canadienne  
des libertés civiles et Association du Jeune  
Barreau de Montréal** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : DORÉ c. BARREAU DU QUÉBEC**

**2012 CSC 12**

N<sup>o</sup> du greffe : 33594.

2011 : 26 janvier; 2012 : 22 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Binnie, LeBel, Fish, Abella, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme  
de contrôle — Comité de discipline — Contestation  
par un avocat de la constitutionnalité de la décision du  
Comité — Approche correcte du contrôle judiciaire des  
décisions administratives de nature discrétionnaire met-  
tant en cause les protections conférées par la Charte —  
Le cadre d'analyse élaboré dans R. c. Oakes convient-il  
pour apprécier la conformité à la Charte canadienne des  
droits et libertés de décisions administratives de nature  
discrétionnaire?*

*Droit des professions — Discipline — Avocats et  
procureurs — Lettre privée adressée par un avocat à un  
juge dans laquelle il critique ce dernier — Décision du  
Comité de discipline de réprimander l'avocat pour avoir  
manqué à son obligation de faire preuve d'objectivité,  
de modération et de dignité — Le Comité a-t-il correcte-  
ment mis en balance les valeurs pertinentes consacrées  
par la Charte et les objectifs visés par la loi? — La déci-  
sion était-elle raisonnable? — Code de déontologie des  
avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 1, art. 2.03.*

D appeared before a judge of the Superior Court of Quebec on behalf of a client. In the course of D's argument, the judge criticized D. In his written reasons rejecting D's application, the judge levied further criticism, accusing D of using bombastic rhetoric and hyperbole, of engaging in idle quibbling, of being impudent and of doing nothing to help his client discharge his burden. D then wrote a private letter to the judge calling him loathsome, arrogant and fundamentally unjust, and accusing him of hiding behind his status like a coward, of having a chronic inability to master any social skills, of being pedantic, aggressive and petty, and of having a propensity to use his court to launch ugly, vulgar and mean personal attacks.

The Assistant Syndic of the Barreau du Québec filed a complaint against D based on that letter alleging that D had violated art. 2.03 of the *Code of ethics of advocates*, which states that the conduct of advocates "must bear the stamp of objectivity, moderation and dignity". The Disciplinary Council of the Barreau du Québec found that the letter was likely to offend, rude and insulting, that the statements had little expressive value, and that the judge's conduct, which resulted in a reprimand from the Canadian Judicial Council, could not be relied on as justification for it. The Council rejected D's argument that art. 2.03 violated s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, finding that the limitation on freedom of expression was reasonable. Based on the seriousness of D's conduct, the Council reprimanded D and suspended his ability to practice law for 21 days. On appeal to the Tribunal des professions, D abandoned his constitutional challenge to the specific provision, arguing instead that the sanction itself violated his freedom of expression. The Tribunal found that D had exceeded the objectivity, moderation and dignity expected of him and that the decision to sanction D was a minimal restriction on his freedom of expression. On judicial review, the Superior Court of Quebec upheld the decision of the Tribunal.

Before the Quebec Court of Appeal, D no longer appealed the actual sanction of 21 days, challenging only the decision to reprimand him as a violation of the *Charter*. The Court of Appeal applied a full *Oakes* analysis under s. 1 of the *Charter* and upheld the

D a comparu devant un juge de la Cour supérieure du Québec pour le compte de son client. Au cours de la plaidoirie de D, le juge a formulé des critiques à l'égard de ce dernier. Dans les motifs écrits par lesquels il a rejeté la requête présentée par D, le juge a formulé d'autres critiques à l'égard de D, l'accusant de faire de la rhétorique ronflante et de l'hyperbole, de se perdre en arguties sans fondement, de faire preuve d'outrecuidance et de n'avoir rien fait pour assister son client à se décharger de son fardeau. D a adressé une lettre privée au juge, dans laquelle il le décrit comme un être exécrationnable, arrogant et foncièrement injuste et l'accuse de se cacher lâchement derrière son statut, d'être chroniquement incapable de maîtriser quelque aptitude sociale, d'adopter un comportement pédant, hargneux et mesquin et de démontrer une propension à se servir de sa tribune pour s'adonner à des attaques personnelles mesquines, repoussantes et vulgaires.

Le syndic adjoint du Barreau du Québec a formulé une plainte contre D fondée sur cette lettre. Selon la plainte, D avait contrevenu à l'art. 2.03 du *Code de déontologie des avocats*, qui énonce que la conduite de l'avocat « doit être empreinte d'objectivité, de modération et de dignité ». Le Comité de discipline du Barreau du Québec a conclu que la lettre de D était de nature à choquer et constituait des propos grossiers et injurieux, que les propos de l'avocat n'avaient que peu de valeur sur le plan expressif et que D ne pouvait invoquer la conduite du juge — qui avait écopé pour sa part d'une réprimande du Conseil canadien de la magistrature — pour justifier la lettre. Le Comité de discipline a rejeté l'argument de D selon lequel l'art. 2.03 violerait l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, concluant que la restriction à la liberté d'expression était raisonnable. Estimant que le manquement de D à son obligation était grave, le Comité de discipline a réprimandé ce dernier et a suspendu son droit de pratique durant 21 jours. Dans l'appel interjeté devant le Tribunal des professions, D a abandonné la contestation constitutionnelle de la disposition pertinente, faisant plutôt valoir que sa liberté d'expression était brimée par la réprimande elle-même. Le Tribunal était d'avis que D n'avait pas fait preuve de l'objectivité, de la modération et de la dignité qu'on attendait de lui et que la décision de lui infliger une sanction constituait une restriction minimale à la liberté d'expression de D. À l'issue d'une révision judiciaire, la Cour supérieure du Québec a maintenu la décision du Tribunal.

Devant la Cour d'appel du Québec, D appelait, non plus de la suspension de son droit de pratique durant 21 jours, mais de la décision de le réprimander, qu'il considérait comme une violation de la *Charte*. Au terme d'une analyse complète fondée sur l'article premier de



reprimand. It found that D's letter had limited importance compared to the values underlying freedom of expression, that the Council's decision had a rational connection to the important objective of protecting the public and that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

*Held:* The appeal from the result should be dismissed.

To determine whether administrative decision-makers have exercised their statutory discretion in accordance with *Charter* protections, the review should be in accordance with an administrative law approach, not a s. 1 *Oakes* analysis. The standard of review is reasonableness.

In assessing whether a law violates the *Charter*, we are balancing the government's pressing and substantial objectives against the extent to which they interfere with the *Charter* right at issue. If the law interferes with the right no more than is reasonably necessary to achieve the objectives, it will be found to be proportionate, and, therefore, a reasonable limit under s. 1. But in assessing whether an adjudicated decision violates the *Charter*, we are engaged in balancing somewhat different but related considerations, namely, has the decision-maker disproportionately, and therefore unreasonably, limited a *Charter* right. In both cases, we are looking for whether there is an appropriate balance between rights and objectives, and the purpose of both exercises is to ensure that the rights at issue are not unreasonably limited.

There is nothing in the administrative law approach which is inherently inconsistent with the strong protection of the *Charter's* guarantees and values. An administrative law approach recognizes that administrative decision-makers are both bound by fundamental values and empowered to adjudicate them, and that administrative discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect. An administrative decision-maker exercising a discretionary power under his or her home statute, has, by virtue of expertise and specialization, particular familiarity with the competing considerations at play in weighing *Charter* values and will generally be in the best position to consider the impact of the relevant *Charter* guarantee on the specific facts of the case. Under a robust conception

cette dernière et exécutée suivant le modèle énoncé dans l'arrêt *Oakes*, la Cour d'appel a confirmé la réprimande. Elle a conclu que la lettre de D revêtait une importance limitée par rapport aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, que la décision du Comité avait un lien rationnel avec l'important objectif que constitue la protection du public et que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

*Arrêt :* Le pourvoi quant à l'issue est rejeté.

Pour déterminer si les décideurs administratifs ont exercé le pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi en s'assurant de protéger les droits visés par la *Charte*, il faut effectuer la révision selon la démarche ressortissant au droit administratif, et non selon l'analyse fondée sur l'article premier, élaborée dans *Oakes*. La norme de contrôle est celle du caractère raisonnable.

Lorsque nous cherchons à déterminer si une loi viole la *Charte*, nous mettons en balance les objectifs urgents et réels du gouvernement, d'une part, et le degré d'atteinte au droit en cause protégé par la *Charte*, d'autre part. Si la loi ne restreint pas plus le droit qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs visés, la violation sera jugée proportionnelle et, de ce fait, la restriction raisonnable au sens de l'article premier. Toutefois, lorsque nous nous demandons si une décision en matière contentieuse viole la *Charte*, nous sommes appelés à mettre en balance des considérations quelque peu différentes, bien que liées. En effet, il s'agit alors de déterminer si le décideur a restreint le droit protégé par la *Charte* de manière disproportionnée et donc déraisonnable. Dans les deux cas, nous cherchons à savoir si un juste équilibre a été atteint entre les droits et les objectifs et, dans les deux cas aussi, les exercices visent à garantir que les droits en cause ne sont pas restreints de manière déraisonnable.

Rien dans l'approche du droit administratif n'est intrinsèquement incompatible avec la solide protection conférée par la *Charte* des garanties qui y sont énoncées et des valeurs qui y sont consacrées. L'approche du droit administratif reconnaît que les décideurs administratifs sont à la fois liés par des valeurs fondamentales et habilités à statuer sur elles et que le pouvoir discrétionnaire de nature administrative est exercé à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu'elles comportent. Le décideur administratif exerçant un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive est, de par son expertise et sa spécialisation, particulièrement au fait des considérations opposées en jeu dans la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte* et est généralement le mieux placé pour juger de

of administrative law, discretion is exercised in light of constitutional guarantees and the values they reflect.

When applying *Charter* values in the exercise of statutory discretion, an administrative decision-maker must balance *Charter* values with the statutory objectives by asking how the *Charter* value at issue will best be protected in light of those objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives.

On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* rights and values at play. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a “margin of appreciation”, or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives. In the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives. If the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one. But both decision-makers and reviewing courts must remain conscious of the fundamental importance of *Charter* values in the analysis.

Here, the decision to suspend D for 21 days was not before the Court. The only issue was whether the Council’s decision to reprimand D reflected a proportionate balancing of the lawyer’s expressive rights with its statutory mandate to ensure that lawyers behave with “objectivity, moderation and dignity” in accordance with art. 2.03 of the *Code of ethics*. In dealing

l’incidence de la protection conférée par la *Charte* au regard des faits précis de l’affaire. Selon une conception plus riche du droit administratif, le pouvoir discrétionnaire est exercé à l’aune des garanties constitutionnelles et des valeurs qu’elles comportent.

En appliquant les valeurs de la *Charte* dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire conféré par la loi, le décideur administratif doit mettre en balance les valeurs consacrées par la *Charte* et les objectifs visés par la loi et se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu compte tenu des objectifs en question. Cette réflexion constitue l’essence même de l’analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l’atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d’une part, et les objectifs que vise la loi, d’autre part.

Dans le contexte d’une révision judiciaire, il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits et des valeurs en cause protégés par la *Charte*. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d’analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l’examen du caractère raisonnable et le cadre d’analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une marge d’appréciation aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d’une part, et les objectifs plus larges, d’autre part. Dans le contexte de la *Charte*, l’analyse du caractère raisonnable porte avant tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d’assurer que la décision n’interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu’il n’est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Si la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable. Cela étant dit, tant les décideurs que les tribunaux qui procèdent à la révision de leurs décisions doivent analyser les questions qui leur sont soumises en gardant à l’esprit l’importance fondamentale des valeurs consacrées par la *Charte*.

La Cour n’était pas appelée en l’espèce à se prononcer sur la décision de suspendre le droit de pratique de D durant 21 jours. La seule question à trancher était celle de savoir si la décision du Comité de réprimander l’avocat a établi un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de l’avocat à la libre expression et le mandat légal du Comité — qui consiste à garantir

with the appropriate boundaries of civility for a lawyer, the severity of the conduct must be interpreted in light of the expressive rights guaranteed by the *Charter*, and, in particular, the public benefit in ensuring the right of lawyers to express themselves about the justice system in general and judges in particular. We are, in other words, balancing the fundamental importance of open, and even forceful, criticism of our public institutions with the need to ensure civility in the profession. Disciplinary bodies must therefore demonstrate that they have given due regard to the importance of the expressive rights at issue, both in light of an individual lawyer's right to expression and the public's interest in open discussion. As with all disciplinary decisions, this balancing is a fact-dependent and discretionary exercise.

Proper respect for these expressive rights may involve disciplinary bodies tolerating a degree of discordant criticism. The fact that a lawyer is criticizing a judge, a tenured and independent participant in the justice system, may raise, not lower, the threshold for limiting a lawyer's expressive rights under the *Charter*. This does not, however, argue for an unlimited right on the part of lawyers to breach the legitimate public expectation that they will behave with civility. Lawyers potentially face criticisms and pressures on a daily basis. They are expected by the public, on whose behalf they serve, to endure them with civility and dignity. This is not always easy where the lawyer feels he or she has been unfairly provoked, as in this case. But it is precisely when a lawyer's equilibrium is unduly tested that he or she is particularly called upon to behave with transcendent civility. On the other hand, lawyers should not be expected to behave like verbal eunuchs. They not only have a right to speak their minds freely, they arguably have a duty to do so. But they are constrained by their profession to do so with dignified restraint.

A reprimand for a lawyer does not automatically flow from criticizing a judge or the judicial system. Such criticism, even when it is expressed vigorously, can be constructive. However in the context of disciplinary hearings, such criticism will be measured against

que les avocats agissent avec « objectivité, [. . .] modération et [. . .] dignité », conformément à l'art. 2.03 du *Code de déontologie*. Lorsqu'il s'agit de déterminer quand le comportement d'un avocat passe les bornes de la civilité, il faut tenir compte du droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* et, plus particulièrement, des avantages que procure à l'ensemble de la population l'exercice par les avocats du droit de s'exprimer au sujet du système de justice en général et au sujet des juges en particulier. Autrement dit, les valeurs mises en balance sont, d'une part, l'importance fondamentale d'une critique ouverte et même vigoureuse de nos institutions publiques et, d'autre part, la nécessité d'assurer la civilité dans l'exercice de la profession juridique. Les organes disciplinaires doivent donc démontrer qu'ils ont dûment tenu compte de l'importance du droit à la liberté d'expression en cause, tant dans la perspective du droit d'expression individuel des avocats que dans celle de l'intérêt public à l'ouverture des débats. Comme pour toutes les décisions disciplinaires, cette mise en balance dépend des faits et suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

Il peut découler du respect qui est dû à ce droit à la liberté d'expression que des organismes disciplinaires tolèrent certaines critiques acérées. Le fait qu'un avocat critique un juge, un acteur indépendant et nommé à titre inamovible du système de justice, pourrait hausser, et non abaisser, le seuil au-delà duquel il convient de limiter l'exercice par un avocat du droit à la liberté d'expression que lui garantit la *Charte*. Cela étant dit, il ne faut surtout pas voir là d'argument pour un droit illimité des avocats de faire fi de la civilité que la société est en droit d'attendre d'eux. Les avocats sont susceptibles d'être critiqués et de subir des pressions quotidiennement. Le public, au nom de qui ils exercent, s'attend à ce que ces officiers de justice encaissent les coups avec civilité et dignité. Ce n'est pas toujours facile lorsque l'avocat a le sentiment qu'il a été injustement provoqué comme en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que c'est précisément dans les situations où le sang-froid de l'avocat est indûment testé qu'il est tout particulièrement appelé à adopter un comportement d'une civilité transcendante. Cela étant dit, on ne peut s'attendre à ce que les avocats se comportent comme des eunuques de la parole. Ils ont non seulement le droit d'exprimer leurs opinions librement, mais possiblement le devoir de le faire. Ils sont toutefois tenus par leur profession de s'exécuter avec une retenue pleine de dignité.

Un avocat qui critique un juge ou le système judiciaire n'est pas automatiquement passible d'une réprimande. Une telle critique, même exprimée vigoureusement, peut être constructive. Cependant, dans le contexte d'audiences disciplinaires, une telle critique

the public's reasonable expectations of a lawyer's professionalism. As the Disciplinary Council found, D's letter was outside those expectations. His displeasure with the judge was justifiable, but the extent of the response was not.

In light of the excessive degree of vituperation in the letter's context and tone, the Council's decision that D's letter warranted a reprimand represented a proportional balancing of D's expressive rights with the statutory objective of ensuring that lawyers behave with "objectivity, moderation and dignity". The decision is, as a result, a reasonable one.

### Cases Cited

**Discussed:** *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 2, [2002] 1 S.C.R. 72; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; **referred to:** *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *R. v. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

sera évaluée à la lumière des attentes raisonnables du public quant au professionnalisme dont un avocat doit faire preuve. Comme l'a conclu le Comité de discipline, la lettre de D ne satisfait pas à ces attentes. Son mécontentement à l'égard du juge était légitime, mais la teneur de sa réponse ne l'était pas.

À la lumière du degré excessif de vitupération dans le contenu de la lettre et de son ton, la conclusion du Comité selon lequel la lettre de D justifiait qu'il soit réprimandé repose sur un juste équilibre, soit un équilibre proportionné, entre le droit de D à la libre expression et l'objectif de la loi qui consiste à garantir que les avocats agissent avec « objectivité, modération et dignité ». Par conséquent, cette décision est raisonnable.

### Jurisprudence

**Arrêts analysés :** *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; **arrêts mentionnés :** *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *R. c. Lanthier*, 2001 CanLII 9351; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37,

application of section 2.03 of the *Code of ethics*. The sanction is significant (suspension of the right to practice for twenty-one days). It also involves the stigma attached to disciplinary guilt. It is not, however, unreasonable. In my view, it is a measured sanction of a lawyer who has been found guilty of a serious ethical offence. [para. 47]

It concluded by finding that the effects of the decision were proportionate to its objectives.

### Analysis

[22] Mr. Doré's argument rests on his assertion that the finding of a breach of the *Code of ethics* violates the expressive rights protected by s. 2(b) of the *Charter*. Because the 21-day suspension had already been served when he was before the Court of Appeal, he did not appeal the penalty. The reasonableness of its length, therefore, is not before us.

[23] It is clear from the decisions of the Tribunal and the reviewing courts in this case that there is some confusion about the appropriate framework to be applied in reviewing administrative decisions for compliance with *Charter* values. Some courts have used the same s. 1 *Oakes* analysis used for determining whether a law complies with the *Charter*; others have used a classic judicial review approach.

[24] It goes without saying that administrative decision-makers must act consistently with the values underlying the grant of discretion, including *Charter* values (see *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 71; *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528, at paras. 19-23; and *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at paras. 62-75). The question then is what framework should be used to scrutinize how those values were applied?

[25] In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, Lamer J., in his concurring

d[u] *Code de déontologie*. La sanction est importante (suspension du droit de pratique durant 21 jours). Elle comporte également le stigmate attaché à la culpabilité disciplinaire. Elle n'est toutefois pas déraisonnable. Elle m'apparaît empreinte de retenue à l'égard d'un avocat qui a commis une faute déontologique grave. [par. 47]

La Cour d'appel a conclu que la décision avait des effets proportionnels aux objectifs qu'elle visait.

### Analyse

[22] M<sup>c</sup> Doré fonde sa thèse sur sa prétention que le fait de conclure à une violation du *Code de déontologie* enfreint la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Puisque la radiation avait déjà pris fin lorsqu'il a été entendu par la Cour d'appel, M<sup>c</sup> Doré n'a pas interjeté appel de la sanction. Nous n'avons donc pas à nous prononcer sur le caractère raisonnable de sa durée.

[23] Il ressort clairement des décisions du Tribunal et des cours qui ont procédé à la révision judiciaire en l'espèce qu'une certaine confusion entoure la question du cadre d'analyse applicable pour examiner la conformité des décisions administratives aux valeurs consacrées par la *Charte*. Certaines cours de justice ont eu recours au cadre d'analyse fondé sur l'article premier élaboré dans *Oakes*, qui sert à juger de la conformité des lois à la *Charte*, tandis que d'autres ont appliqué l'approche classique de la révision judiciaire.

[24] Il va sans dire que les décideurs administratifs doivent agir de manière compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire, y compris les valeurs consacrées par la *Charte* (voir *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 71; *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528, par. 19-23; et *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 62-75). La question est donc celle de savoir quel cadre d'analyse il faut utiliser pour examiner l'application de ces valeurs.

[25] Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer a



at p. 161). Today, the Court has two options for reviewing discretionary administrative decisions that implicate *Charter* values. The first is to adopt the *Oakes* framework, developed for reviewing laws for compliance with the Constitution. This undoubtedly protects *Charter* rights, but it does so at the risk of undermining a more robust conception of administrative law. In the words of Prof. Evans, if administrative law is bypassed for the *Charter*, “a rich source of thought and experience about law and government will be overlooked” (p. 73).

[35] The alternative is for the Court to embrace a richer conception of administrative law, under which discretion is exercised “in light of constitutional guarantees and the values they reflect” (*Multani*, at para. 152, *per* LeBel J.). Under this approach, it is unnecessary to retreat to a s. 1 *Oakes* analysis in order to protect *Charter* values. Rather, administrative decisions are *always* required to consider fundamental values. The *Charter* simply acts as “a reminder that some values are clearly fundamental and . . . cannot be violated lightly” (*Cartier*, at p. 86). The administrative law approach also recognizes the legitimacy that this Court has given to administrative decision-making in cases such as *Dunsmuir* and *Conway*. These cases emphasize that administrative bodies are empowered, and indeed required, to consider *Charter* values within their scope of expertise. Integrating *Charter* values into the administrative approach, and recognizing the expertise of these decision-makers, opens “an institutional dialogue about the appropriate use and control of discretion, rather than the older command-and-control relationship” (*Liston*, at p. 100).

nouvelle cohérence en droit public » (*Gratton et Sossin*, p. 161). Aujourd’hui, la Cour a deux options quant à la révision des décisions administratives de nature discrétionnaire qui soulèvent des questions relatives aux valeurs consacrées par la *Charte*. La première consiste à adopter le cadre d’analyse décrit dans *Oakes* et élaboré pour examiner la constitutionnalité des lois. Cette approche protège indéniablement les droits visés par la *Charte*, mais elle le fait au détriment d’une conception plus riche du droit administratif. Comme l’exprime le professeur Evans, si les tribunaux étaient trop prompts à esquiver le droit administratif au profit de la *Charte*, [TRADUCTION] « une source précieuse de connaissances et d’expériences en matière de droit et de gouvernance ne sera pas prise en compte ou sera complètement perdue » (p. 73).

[35] En choisissant plutôt la seconde option, la Cour donnerait son aval à cette conception plus riche du droit administratif en vertu de laquelle le pouvoir discrétionnaire est exercé « à l’aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci » (*Multani*, par. 152, le juge LeBel). Cette approche n’exige pas de se rabattre sur l’analyse requise par l’article premier telle qu’elle a été établie dans *Oakes* pour protéger les valeurs consacrées par la *Charte*; elle suppose plutôt que les décisions administratives prennent *toujours* en considération les valeurs fondamentales. La *Charte* n’agit alors que comme [TRADUCTION] « un rappel que certaines valeurs sont manifestement fondamentales et [. . .] ne peuvent être violées à la légère » (*Cartier*, p. 86). L’approche du droit administratif reconnaît, en outre, la légitimité que la Cour a donnée à la prise de décisions administratives dans des arrêts tels *Dunsmuir* et *Conway*. Ces derniers soulignent que les organismes administratifs ont le pouvoir, et même le devoir, de tenir compte des valeurs consacrées par la *Charte* dans leur domaine d’expertise. Intégrer ces valeurs dans l’approche qui préconise l’application des règles de droit administratif et reconnaître l’expertise des décideurs administratifs instaure [TRADUCTION] « un dialogue institutionnel quant à l’utilisation qui doit être faite du pouvoir discrétionnaire et quant à la révision appropriée de son exercice plutôt que de faire appel à la relation plus ancienne d’autorité et de contrôle » (*Liston*, p. 100).

[55] How then does an administrative decision-maker apply *Charter* values in the exercise of statutory discretion? He or she balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, the decision-maker should first consider the statutory objectives. In *Lake*, for instance, the importance of Canada's international obligations, its relationships with foreign governments, and the investigation, prosecution and suppression of international crime justified the *prima facie* infringement of mobility rights under s. 6(1) (para. 27). In *Pinet*, the twin goals of public safety and fair treatment grounded the assessment of whether an infringement of an individual's liberty interest was justified (para. 19).

[56] Then the decision-maker should ask how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives. This is where the role of judicial review for reasonableness aligns with the one applied in the *Oakes* context. As this Court recognized in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, "courts must accord some leeway to the legislator" in the *Charter* balancing exercise, and the proportionality test will be satisfied if the measure "falls within a range of reasonable alternatives". The same is true in the context of a review of an administrative decision for reasonableness, where decision-makers are entitled to a measure of deference so long as the decision, in the words of *Dunsmuir*, "falls within a range of possible, acceptable outcomes" (para. 47).

[57] On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the

[55] Comment un décideur administratif applique-t-il donc les valeurs consacrées par la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi? Il ou elle met en balance ces valeurs et les objectifs de la loi. Lorsqu'il procède à cette mise en balance, le décideur doit d'abord se pencher sur les objectifs en question. Dans *Lake*, par exemple, l'importance des obligations internationales du Canada, ses relations avec les gouvernements étrangers ainsi que l'enquête, la poursuite et la répression du crime à l'échelle internationale justifiait, *prima facie*, la violation de la liberté de circulation visée au par. 6(1) (par. 27). Dans *Pinet*, c'est le double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement équitable qui a fondé l'évaluation de la violation du droit à la liberté pour déterminer si elle était justifiée (par. 19).

[56] Ensuite, le décideur doit se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part. C'est à cette étape que le rôle de la révision judiciaire visant à juger du caractère raisonnable de la décision s'apparente à celui de l'analyse effectuée dans le contexte de l'application du test de l'arrêt *Oakes*. Comme la Cour l'a reconnu dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, « les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur » lorsqu'ils procèdent à une mise en balance au regard de la *Charte* et il sera satisfait au test de proportionnalité si la mesure « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables ». Il en est de même dans le contexte de la révision d'une décision administrative pour en évaluer le caractère raisonnable où il convient de faire preuve d'une certaine déférence à l'endroit des décideurs à condition que la décision, comme l'affirme la Cour dans *Dunsmuir*, « [appartienne] aux issues possibles acceptables » (par. 47).

[57] Dans le contexte d'une révision judiciaire, il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la

# Tab 11



**Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**A** *Respondent*

- and -

**B** *Appellant*

v.

**A** *Respondent*

- and -

**A** *Appellant*

v.

**B and  
Attorney General of Quebec** *Respondents*

and

**Attorney General of New Brunswick,  
Attorney General of Alberta,  
Fédération des associations de familles  
monoparentales et recomposées du Québec  
and Women's Legal Education and  
Action Fund** *Intervenors*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. A  
2013 SCC 5**

File No.: 33990.

2012: January 18; 2013: January 25.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and  
Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Constitutional law — Charter of rights — Right to  
equality — Discrimination based on marital status —*

**Procureur général du Québec** *Appelant*

c.

**A** *Intimée*

- et -

**B** *Appelant*

c.

**A** *Intimée*

- et -

**A** *Appelante*

c.

**B et  
Procureur général du Québec** *Intimés*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,  
Procureur général de l'Alberta,  
Fédération des associations de familles  
monoparentales et recomposées du Québec  
et Fonds d'action et d'éducation juridiques  
pour les femmes** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. A  
2013 CSC 5**

N° du greffe : 33990.

2012 : 18 janvier; 2013 : 25 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell,  
Moldaver et Karakatsanis.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à  
l'égalité — Discrimination fondée sur l'état matrimonial*

*De facto spouses — Whether provisions of Civil Code of Québec dealing with family residence, family patrimony, compensatory allowance, partnership of acquests and obligation of spousal support infringe guaranteed right to equality because their application is limited to private legal relationships between married spouses and civil union spouses — If so, whether infringement justified — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484, 585 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1).*

*Constitutional law — Charter of rights — Right to equality — Analytical framework applicable to claim under s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether prejudice and stereotyping are separate elements into which claim of discrimination must fit — Distinction between two stages of analysis on right to equality, namely stage of review under s. 15 and that of justification under s. 1 — Stage of analysis at which freedom of choice and autonomy of spouses should be considered in relation to partition of property and support.*

*Family law — De facto spouses — Separation — Support — Spousal support — Family assets — De facto spouses not being covered by protections granted in Civil Code of Québec to married and civil union spouses in relation to support and partition of property — Whether failure to grant same rights to de facto spouses infringes right to equality guaranteed by s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484, 585.*

A and B met in A's home country in 1992. A, who was 17 years old at the time, was living with her parents and attending school. B, who was 32, was the owner of a lucrative business. From 1992 to 1994, they travelled the world together several times a year. B provided A with financial support so that she could continue her schooling. In early 1995, the couple agreed that A would come to live in Quebec, where B lived. They broke up soon after, but saw each other during the holiday season and in early 1996. A then became pregnant with their first child. She gave birth to two other children with B, in 1999 and 2001. During the time they lived together, A attempted to start a career as a model, but she largely did not work outside of the home and often accompanied B on his travels. B provided for all of A's needs and for those of the children. A wanted to get married, but B told

*— Conjoint de fait — Les dispositions du Code civil du Québec portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire, la société d'acquêts et l'obligation alimentaire entre conjoints portent-elles atteinte à la garantie d'égalité parce que leur application est limitée aux rapports juridiques privés des conjoints mariés et des conjoints unis civilement? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484, 585 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Cadre d'analyse applicable à une demande fondée sur l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les préjugés et les stéréotypes représentent-ils des éléments particuliers nécessaires auxquels doit se rattacher une plainte de discrimination? — Distinction entre les deux étapes de l'analyse relative au droit à l'égalité, soit l'étape de l'examen fondé sur l'art. 15 et celle de la justification suivant l'article premier — À quelle étape de l'analyse convient-il d'examiner le libre choix et l'autonomie des conjoints en ce qui a trait au partage des biens et au soutien alimentaire?*

*Droit de la famille — Conjoint de fait — Séparation — Aliments — Pension alimentaire pour le conjoint — Biens familiaux — Conjoint de fait ne bénéficiant pas des mesures de protection reconnues par le Code civil du Québec aux conjoints mariés ou unis civilement en matière de soutien alimentaire et de partage des biens — L'omission de conférer les mêmes droits aux conjoints de fait porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484, 585.*

A et B se rencontrent en 1992 dans le pays d'origine de A. Cette dernière, alors âgée de 17 ans, vit chez ses parents et poursuit ses études. B, âgé de 32 ans, est propriétaire d'une entreprise prospère. De 1992 à 1994, ils voyagent ensemble autour du monde plusieurs fois par année. B soutient A financièrement pour la poursuite de ses études. Au début de 1995, le couple convient que A viendra vivre au Québec, où B demeure. Ils rompent peu de temps après, mais ils se revoient à la période des Fêtes et au début de 1996. A devient alors enceinte de leur premier enfant. Elle a par la suite deux autres enfants avec B, en 1999 et en 2001. Pendant la vie commune, A tente d'amorcer une carrière de mannequin, mais essentiellement elle ne travaille pas à l'extérieur du foyer et elle accompagne souvent B lors de ses voyages. B pourvoit à tous les besoins de A et des enfants. A

her that he did not believe in the institution of marriage. He said that he could possibly envision getting married someday, but only to make a long-standing relationship official. The parties separated in 2002 after living together for seven years.

In February 2002, A filed a motion in court seeking custody of the children. The motion was accompanied by a notice to the Attorney General of Quebec stating that A intended to challenge the constitutionality of several provisions of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”) in order to obtain the same legal regime for *de facto* spouses that existed for married spouses. A thus claimed support for herself, a lump sum, partition of the family patrimony and the legal matrimonial regime of partnership of acquests. She also sought to reserve her right to claim a compensatory allowance. A’s claim concerning the use of the family residence was settled in an agreement between A and B. These appeals relate solely to the constitutional aspect of the case. The Quebec Superior Court rejected A’s constitutional arguments and found that the impugned provisions did not violate the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*. A appealed to the Quebec Court of Appeal, which allowed A’s appeal in part and declared the provision that provides for the obligation of spousal support to be of no force or effect. However, the Court of Appeal upheld the Superior Court’s decision as regards the constitutionality of the provisions concerning the family residence, the family patrimony, the compensatory allowance and the partnership of acquests. The majority of the court suspended the declaration of constitutional invalidity of art. 585 C.C.Q. for 12 months. B and the Attorney General of Quebec are appealing the Court of Appeal’s decision to strike down art. 585. A appeals the conclusion that the provisions concerning the partition of property are constitutionally valid.

*Held* (Deschamps, Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting in part in the result and Abella J. dissenting in the result): The appeals of the Attorney General of Quebec and B should be allowed, and the appeal of A should be dismissed. Articles 401 to 430, 432, 433, 448 to 484 and 585 of the *Civil Code of Québec* are constitutional.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Do arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484 and 585 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

souhaite se marier, mais B lui répond qu’il ne croit pas à l’institution du mariage. Il dit qu’il pourrait envisager de se marier un jour, mais uniquement afin d’officialiser une longue relation. Les parties se séparent en 2002, après une cohabitation qui a duré sept ans.

En février 2002, A dépose en cour une requête sollicitant la garde des enfants. Elle joint à cette procédure un avis au procureur général du Québec de son intention de contester la constitutionnalité de plusieurs dispositions du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») afin d’obtenir, pour les conjoints de fait, le même régime juridique que celui prévu pour les conjoints mariés. A réclame ainsi une pension alimentaire pour elle-même, une somme globale, le partage du patrimoine familial et du régime matrimonial légal de la société d’acquêts ainsi que la réserve de ses droits pour demander une prestation compensatoire. Une réclamation relativement à l’usage de la résidence familiale a été réglée par entente entre A et B. Les présents pourvois portent uniquement sur le volet constitutionnel du dossier. La Cour supérieure du Québec rejette les arguments constitutionnels de A et conclut que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l’égalité garanti par l’art. 15 de la *Charte*. A se pourvoit devant la Cour d’appel du Québec, qui accueille en partie son appel et déclare inopérante la disposition relative à l’obligation alimentaire entre conjoints. La cour confirme toutefois la décision de première instance quant à la constitutionnalité des dispositions portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire et la société d’acquêts. À la majorité, la cour suspend la déclaration d’invalidité constitutionnelle de l’art. 585 C.c.Q. pour une période de 12 mois. B et le procureur général du Québec interjetent appel de la décision de la Cour d’appel à l’égard de l’invalidation de l’art. 585. A pour sa part se pourvoit contre la confirmation de la validité constitutionnelle des dispositions sur le partage des biens.

*Arrêt* (les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents en partie quant au résultat et la juge Abella est dissidente quant au résultat) : Les pourvois du procureur général du Québec et de B sont accueillis et le pourvoi de A est rejeté. Les articles 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec* sont constitutionnels.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

1. Les articles 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answers: McLachlin C.J. and Deschamps, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. would answer yes. LeBel, Fish, Rothstein and Moldaver JJ. would answer no.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answers: LeBel, Fish, Rothstein and Moldaver JJ. would answer that it is not necessary to answer this question. McLachlin C.J. would answer yes. Deschamps, Cromwell and Karakatsanis JJ. would answer that only art. 585 is not justified under s. 1. Abella J. would answer no.

Réponses : La juge en chef McLachlin et les juges Deschamps, Abella, Cromwell et Karakatsanis répondraient oui. Les juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver répondraient non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponses : Les juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver sont d'avis qu'il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. La juge en chef McLachlin répondrait oui. Les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis répondraient que seul l'art. 585 n'est pas justifié au sens de l'article premier. La juge Abella répondrait non.

(1) *Section 15(1) of the Charter*

*Per* LeBel, Fish, Rothstein and Moldaver JJ. (minority on s. 15(1)): The *Civil Code of Québec* establishes a mandatory primary regime in a chapter that defines the fundamental effects of marriage. This regime creates mutual rights, duties and obligations and radically alters each spouse's patrimonial rights. More specifically, the primary regime results in the formation of a partial economic union between the spouses. Aside from the primary regime, where there is no marriage contract providing for separation as to property or for changes to the legal regime, the legal matrimonial regime of partnership of acquests applies to the spouses as a result of their marriage. Like the primary regime, the regime of partnership of acquests significantly changes the rights of both spouses in relation to their patrimony. The Quebec legislature has imposed these regimes only on those who, by agreement with another person, have demonstrated that they wish to adhere to them. Their consent must be explicit, and must take the form of marriage or a civil union. The *Civil Code of Québec* does not lay down the terms of the union of *de facto* spouses. Since the *de facto* union is not subject to the mandatory legislative framework that applies to marriage and the civil union, *de facto* spouses are free to shape their relationships as they wish, having proper regard for public order. They can enter into agreements to organize their patrimonial relationships while they live together and to provide for the consequences of a possible breakdown.

(1) *Paragraphe 15(1) de la Charte*

*Les juges* LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver (opinion minoritaire quant au par. 15(1)) : Le *Code civil du Québec* établit un régime primaire impératif qui définit les effets fondamentaux du mariage. Ce régime impose des droits, des devoirs et des obligations mutuels et il altère radicalement les droits patrimoniaux de chacun des époux. Spécifiquement, ce régime impose la formation d'une union économique partielle entre les époux. Outre le régime primaire, en l'absence de contrat de mariage prévoyant la séparation de biens ou des modifications au régime légal, le mariage emporte l'assujettissement des époux au régime matrimonial légal de la société d'acquêts. Comme le régime primaire, la société d'acquêts modifie significativement les droits de chacun des époux à l'égard de leur patrimoine. Le législateur québécois n'impose ces régimes qu'à ceux et celles qui, d'un commun accord avec une autre personne, ont manifesté leur volonté d'y adhérer. Ce consentement doit être explicite et prendre la forme du mariage ou de l'union civile. Le *Code civil du Québec* n'encadre pas les termes de l'union entre conjoints de fait. Puisque l'union de fait échappe au cadre législatif impératif propre au mariage et à l'union civile, les conjoints de fait demeurent libres de modeler leur relation à leur gré dans le respect de l'ordre public. À cet effet, ils peuvent conclure des ententes organisant leurs relations patrimoniales pendant la vie commune et prévoyant les conséquences d'une possible rupture.

By arguing that arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484 and 585 of the *Civil Code of Québec* are contrary to s. 15(1) of the *Charter* and not justified under s. 1, A is claiming the benefit of certain aspects of the primary regime that applies in cases of separation from bed and board, divorce, or dissolution of a civil union. She is also seeking the automatic and mandatory application of the legal matrimonial regime of partnership of acquests. In *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, and *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, the Court reworked and provided important clarifications to the analytical framework for applying the equality guarantee provided for in s. 15(1) of the *Charter*. As can be seen from this framework, a discriminatory distinction is as a general rule an adverse distinction that perpetuates prejudice or that stereotypes. The existence of a pre-existing or historical disadvantage will make it easier to prove prejudice or a stereotype. However, the existence or perpetuation of a disadvantage cannot in itself make a distinction discriminatory. Substantive equality is not denied solely because a disadvantage is imposed. Rather, it is denied by the imposition of a disadvantage that is unfair or objectionable, which is most often the case if the disadvantage perpetuates prejudice or stereotypes. Thus, according to the established analytical framework, a court analyzing the validity of an allegation that s. 15(1) has been infringed must address the following questions: (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? The claimant can show that the impugned law creates a distinction expressly or that it creates one indirectly.

The majority of the Court would have reached the same conclusion in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325, if its analysis had been based on the reworked analytical framework from *Kapp* and *Withler*. Although the statute at issue in *Walsh* imposed differential treatment based on marital status by limiting the presumption of equal division of matrimonial property to married couples and excluding persons in common law relationships, that distinction did not create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. The majority's analysis was thus based on the wish to promote substantive equality. *Walsh* was based on a principle of freedom to choose between different marital statuses that had different consequences for spouses, and that principle did not in that context infringe the constitutional equality guarantee. The principle in question continues to be valid in the circumstances of the

En plaçant que les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec* contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* et ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, A réclame l'application de certains attributs du régime primaire applicable en cas de séparation de corps, de divorce ou de dissolution de l'union civile. Elle réclame aussi l'application automatique et obligatoire du régime matrimonial légal de la société d'acquêts. Les arrêts *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, et *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, ont remanié et apporté d'importantes précisions au cadre analytique régissant la mise en œuvre de la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*. Comme le prévoit ce cadre d'analyse, en règle générale, une distinction discriminatoire est une distinction désavantageuse qui perpétue un préjugé ou applique un stéréotype. L'existence d'un désavantage préexistant ou historique facilitera la preuve éventuelle d'un préjugé ou d'un stéréotype. Cependant, l'existence ou la perpétuation d'un désavantage ne saura, à elle seule, rendre une distinction discriminatoire. L'égalité réelle n'est pas violée par la seule imposition d'un désavantage. Elle est niée par l'imposition d'un désavantage injuste ou répréhensible, ce qui se produit, le plus souvent, lorsque ce désavantage perpétue un préjugé ou applique un stéréotype. Ainsi, selon le cadre d'analyse établi, une cour analysant la validité d'une allégation d'atteinte au par. 15(1) devra traiter des questions suivantes : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? Le demandeur peut démontrer que la mesure contestée crée une distinction explicite ou qu'elle crée une distinction par effet indirect.

La conclusion de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, aurait été la même si elle avait résulté d'une analyse effectuée sous le cadre juridique remanié par *Kapp* et *Withler*. En effet, bien que la loi en cause ait créé une différence de traitement fondée sur l'état matrimonial en ne réservant l'application de la présomption de partage égal des biens matrimoniaux qu'aux seuls couples mariés à l'exclusion des conjoints de fait, cette distinction n'entraînait pas de désavantage causé par la perpétuation d'un préjugé ou par l'application de stéréotypes. L'analyse de la majorité s'inscrivait ainsi dans la volonté de recherche de l'égalité réelle. L'arrêt *Walsh* repose sur un principe de libre choix entre différents statuts matrimoniaux qui ont des conséquences diverses pour les conjoints, principe qui ne viole pas dans ce contexte la garantie constitutionnelle d'égalité.

case at bar despite the subsequent developments in the case law. Although *Walsh* concerned not the obligation of support, but the equal division of family assets, the majority's comments on the sources of the distinctions between the various forms of relationships and the consequences of those distinctions remain relevant.

To dispose of these appeals, it would be inappropriate to distinguish the partition of property from the obligation of support. Such a distinction disregards the character of an "economic partnership" that the Quebec legislature has established for marriage and the civil union. It also disregards the fact that this partnership is structured around a mandatory primary regime that has both patrimonial and extrapatrimonial aspects and that the primary regime establishes the obligation of support as an effect of marriage and of the civil union. In this sense, the obligation of support is tied to the other effects of marriage and of the civil union, such as the obligation to contribute to household expenses, rights and obligations with respect to the family residence, and the creation of a family patrimony. It forms an integral and indissociable part of the set of measures that constitute Quebec's primary regime. What must therefore be determined in these appeals is not whether the exclusion of *de facto* spouses from the obligation of support is discriminatory, but whether their exclusion from the entire statutory framework imposed on married and civil union spouses is discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*.

To prove that she has been discriminated against, A must show on a balance of probabilities that the provisions of the *Civil Code of Québec* at issue create an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground and that the disadvantage is discriminatory because it perpetuates prejudice or stereotypes. The provisions relating to the family patrimony, the family residence, the compensatory allowance, the partnership of acquests and the obligation of support apply only to persons who are married or in a civil union, and do not apply to *de facto* spouses. These provisions therefore have the effect of creating a distinction based on the analogous ground of marital status. That distinction may result in disadvantages for those who are excluded from the statutory framework applicable to a marriage or a civil union. Generally speaking, when *de facto* spouses separate, one of them will likely end up in a more precarious patrimonial situation than if the couple had been married or in a civil union. As a result, unless these *de facto* spouses have exactly the same earning capacity and exactly the same patrimony, one of them will be in

Ce principe conserve sa validité dans le cadre du présent litige, malgré l'évolution jurisprudentielle ultérieure. Bien que *Walsh* ne portait pas sur l'obligation alimentaire, mais sur le partage égal de biens familiaux, les réflexions de la majorité sur les sources des distinctions établies entre les différentes formes d'union et leurs conséquences demeurent pertinentes.

Pour régler le sort des présents pourvois, il n'y a pas lieu de distinguer le partage des biens de l'obligation alimentaire. Une telle distinction occulte le caractère d'« association économique » que le législateur québécois impose au mariage et à l'union civile. Elle néglige également le fait que cette association s'organise autour d'un régime primaire impératif de nature à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale, et que ce régime institue l'obligation alimentaire à titre d'effet du mariage et de l'union civile. À ce titre, l'obligation alimentaire demeure liée aux autres effets du mariage et de l'union civile, comme l'obligation au partage des charges du ménage, le sort de la résidence familiale et la création d'un patrimoine familial. Elle constitue une partie intégrale et indissociable de l'ensemble des mesures qui forment le régime primaire québécois. Il ne s'agit donc pas de déterminer en l'espèce si l'exclusion des conjoints de fait de l'obligation alimentaire est discriminatoire, mais plutôt de déterminer si leur exclusion de l'ensemble de l'encadrement légal imposé aux époux et aux conjoints unis civilement est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Afin d'établir l'existence d'une situation de discrimination, A doit démontrer, par prépondérance des probabilités, que les dispositions du *Code civil du Québec* en litige créent une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue, et que ce désavantage est discriminatoire parce qu'il perpétue un préjugé ou qu'il applique un stéréotype. Les dispositions portant sur le patrimoine familial, la résidence familiale, la prestation compensatoire, la société d'acquêts et l'obligation alimentaire ne s'appliquent qu'aux personnes mariées ou unies civilement, à l'exclusion des conjoints de fait. Ces dispositions comportent donc, dans leur effet, une distinction fondée sur le motif analogue qu'est l'état matrimonial. Cette distinction peut entraîner des désavantages pour les personnes se trouvant exclues de l'encadrement légal découlant du mariage ou de l'union civile. Dans la plupart des cas de séparation de conjoints de fait, un des conjoints sera vraisemblablement placé dans une situation patrimoniale plus précaire que si le couple avait été composé de personnes mariées ou unies civilement. Dès lors, à moins que les conjoints de fait ne bénéficient

a worse position after the relationship ends than would a married or civil union spouse in a similar patrimonial situation.

However, the distinction is not discriminatory, because it does not create a disadvantage by expressing or perpetuating prejudice or by stereotyping. Although there was a period of Quebec history during which *de facto* spouses were subjected to both legislative hostility and social ostracism, nothing in the evidence suggests that *de facto* spouses are now subject to public opprobrium. The expert reports filed by the parties tend to show the contrary. According to them, the *de facto* union has become a respected type of conjugality and is not judged unfavourably by Quebec society as a whole. Likewise, the legislature's traditional hostility generally seems to have changed into acceptance of the *de facto* union. In this regard, Quebec social legislation no longer draws distinctions between the various types of conjugality either in granting benefits to or imposing obligations on spouses where their relations with government institutions are concerned. The distinction continues to exist in the context of relations between the spouses themselves, within their conjugal relationship, where there is still a will to preserve the possibility of choosing between various types of conjugality.

Nor is the exclusion of *de facto* spouses from the application of the impugned provisions discriminatory on the basis of an expression of prejudice. The legislature has not established a hierarchy between the various forms of conjugality, nor has it expressed a preference for marriage and the civil union at the expense of the *de facto* union. It has merely defined the legal content of the different forms of conjugal relationships. It has made consent the key to changing the spouses' mutual patrimonial relationship. In this way, it has preserved the freedom of those who wish to organize their patrimonial relationships outside the mandatory statutory framework. Express, and not deemed, consent is the source of the obligation of support and of that of partition of spouses' patrimonial interests. This consent is given in Quebec law by contracting marriage or a civil union, or entering into a cohabitation agreement. Participation in the protective regimes provided for by law depends necessarily on mutual consent. In this regard, the conclusion of a cohabitation agreement enables *de facto* spouses to create for themselves the legal relationship they consider necessary

d'une capacité de gain et d'un patrimoine identiques, un des conjoints se trouvera dans une situation moins favorable après la rupture que ne l'aurait été le conjoint marié ou uni civilement, placé dans une situation patrimoniale similaire.

La distinction n'est cependant pas discriminatoire puisqu'elle ne crée pas de désavantage par l'expression ou la perpétuation d'un préjugé ou par l'application de stéréotypes. Bien que durant une période de l'histoire du Québec, les conjoints de fait aient été victimes d'une hostilité législative accompagnée d'ostracisme social, rien dans la preuve ne permet de conclure que l'union de fait fasse aujourd'hui l'objet de l'opprobre populaire. Les rapports d'expertise déposés par les parties tendent plutôt à démontrer le contraire. L'union de fait serait devenue un mode de conjugalité respecté n'entraînant aucun jugement péjoratif de la part de l'ensemble de la société québécoise. De même, l'hostilité législative traditionnelle semble s'être généralement muée en acceptation du phénomène de l'union de fait. À cet effet, les lois sociales québécoises n'entretiennent plus de distinctions entre les divers modes de conjugalité tant sur le plan des bénéfices accordés que sur celui des obligations imposées aux conjoints lorsqu'il s'agit de leurs rapports avec les institutions publiques. La distinction subsiste dans le cas des rapports des conjoints entre eux, au sein de leur union conjugale où subsiste une volonté de préserver une possibilité de choix entre des modes de conjugalité divers.

L'exclusion des conjoints de fait de l'application des dispositions contestées n'est pas non plus discriminatoire par l'expression d'un préjugé. Le législateur ne crée pas une hiérarchie entre les diverses formes de conjugalité et ne manifeste pas une préférence pour le mariage et l'union civile au détriment de l'union de fait. Il ne procède qu'à la définition du contenu juridique des différentes formes d'union conjugale. Il fait du consentement la clé de la modification des rapports patrimoniaux mutuels des conjoints. Il préserve dès lors la liberté de ceux qui désirent organiser leurs rapports patrimoniaux hors du cadre impératif légal. Le consentement explicite et non présumé constitue la source des obligations de soutien alimentaire et de partage des intérêts patrimoniaux entre conjoints. Ce consentement s'exprime en droit québécois par la conclusion d'un mariage, d'une union civile ou d'une entente de vie commune. L'entrée dans les régimes de protection prévus par la loi repose, nécessairement, sur un consentement mutuel. À cet égard, la conclusion de contrats de vie commune permet aux conjoints de fait de créer entre eux les rapports juridiques qu'ils

without having to modify the form of conjugality they have chosen for their life together. In this context in which the existence of a set of rights and obligations depends on mutual consent in one of a variety of forms, it is hard to speak of discrimination against *de facto* spouses. The resulting choice has become a key factor in the determination of the scope of the right at issue, and not only in the justification of a limit on that right. It is not imperative that there be an identical framework for each form of union in order to remain true to the purpose of s. 15(1). In the instant case, the fact that there are different frameworks for private relationships between spouses does not indicate that prejudice is being expressed or perpetuated, but, rather, connotes respect for the various conceptions of conjugality. Thus, no hierarchy of worth is established between the different types of couples.

The articles of the *Civil Code of Québec* whose constitutional validity is being challenged by A therefore do not express or perpetuate prejudice against *de facto* spouses. On the contrary, it appears that, by respecting personal autonomy and the freedom of *de facto* spouses to organize their relationships on the basis of their needs, those provisions are consistent with two of the values underlying s. 15(1) of the *Charter*. They were enacted as part of a long and complex legislative process during which the Quebec National Assembly was concerned about keeping step with changes in society and about adapting family law to new types of conjugal relationships in a manner compatible with the freedom of spouses.

Furthermore, there is no evidence in the Court's record that would justify finding that the exclusion of *de facto* spouses from the primary regime and the regime of partnership of acquests is based on a stereotypical characterization of the actual circumstances of such spouses. More specifically, none of A's evidence tends to show that the policy of freedom of choice, consensualism and autonomy of the will does not correspond to the reality of the persons in question. Nor can judicial notice be taken of the fact that the choice of type of conjugality is not a deliberate and genuine choice that should have patrimonial consequences but necessarily results from the spouses' ignorance of the consequences of their status. Such a fact is clearly controversial and not beyond reasonable dispute. It is not unreasonable to believe that, in theory, individuals sometimes make uninformed choices and that some individuals may be unaware of the consequences of their choice of conjugal lifestyle. Nevertheless, to take judicial notice of the fact

estiment nécessaires sans devoir modifier la forme de conjugalité dans laquelle ils ont situé leur vie commune. Dans ce contexte où le consentement mutuel sous différentes formes constitue la source d'un ensemble de droits et d'obligations, il devient difficile de parler de discrimination envers les époux de fait. La possibilité de choix qui s'est ainsi offerte est devenue un élément clé de l'analyse pour déterminer l'étendue du droit en cause et non uniquement pour justifier une limitation à ce droit. Pour respecter l'objet du par. 15(1), il n'est pas impératif de prescrire un encadrement identique pour chaque forme d'union. En l'espèce, un encadrement différent des rapports privés entre conjoints ne trahit pas l'expression ou la perpétuation d'un préjugé, mais implique plutôt un respect pour les manières différentes de concevoir la conjugalité. Aucune hiérarchie de valeur n'est ainsi établie entre les différents couples.

Par conséquent, les articles du *Code civil du Québec* dont A conteste la validité constitutionnelle n'expriment ni ne perpétuent un préjugé à l'égard des conjoints de fait. Il apparaît au contraire que ces dispositions, en ce qu'elles respectent l'autonomie des personnes et la liberté des conjoints de fait d'aménager leurs rapports en fonction de leurs besoins, reconnaissent deux des valeurs sous-jacentes au par. 15(1) de la *Charte*. Elles se situent dans le cadre d'une évolution législative longue et complexe, au cours de laquelle l'Assemblée nationale du Québec a eu le souci d'accompagner les mouvements de la société et d'adapter le droit de la famille à de nouveaux modes de rapports conjugaux dans le respect de la liberté des conjoints.

De plus, aucune preuve au dossier de la Cour ne permet de conclure que l'exclusion des conjoints de fait du régime primaire et de la société d'acquêts repose sur une caractérisation stéréotypée de leur situation réelle. Spécifiquement, aucun élément de preuve mis de l'avant par A ne tend à démontrer que la politique du libre choix, du consensualisme et de l'autonomie de la volonté ne correspond pas à la réalité vécue par les personnes visées. Il n'est pas possible de prendre connaissance d'office du fait que le choix du mode de conjugalité n'est pas un choix délibéré et véritable qui devrait entraîner des conséquences patrimoniales et qu'il découlerait nécessairement de l'ignorance des conjoints à l'égard des conséquences de leur statut. Un tel fait prête clairement à controverse et n'est pas à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Il n'est pas déraisonnable de considérer qu'en théorie, des individus font parfois des choix peu éclairés et que certaines personnes peuvent ne pas être conscientes des



that the voluntary choice not to marry does not reflect an autonomous decision to avoid the legal regimes would be to exceed the limits of legitimate judicial notice, especially in relation to an issue at the centre of the controversy. In this case, A has not established that it is stereotypical to believe that couples in a *de facto* union have chosen not to be bound by the regimes applicable to marriage and civil unions. The Quebec scheme, the effect of which is to respect each person's freedom of choice to establish his or her own form of conjugality, and thus to participate or not to participate in the legislative regime of marriage or civil union with its distinct legal consequences, is not based on a stereotype. In this sense, recognition of the principle of autonomy of the will, which is one of the values underlying the equality guarantee in s. 15 of the *Charter*, means that the courts must respect choices made by individuals in the exercise of that autonomy. In this context, it will be up to the legislature to intervene if it believes that the consequences of such autonomous choices give rise to social problems that need to be remedied.

In conclusion, although arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484 and 585 of the *Civil Code of Québec* draw a distinction based on marital status between *de facto* spouses and married or civil union spouses, they do not create a disadvantage by expressing or perpetuating prejudice or by stereotyping. These provisions accordingly do not violate the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*.

*Per* Abella J. (majority on s. 15(1)): The total exclusion of *de facto* spouses — the term used in Quebec for those who are neither married nor in a civil union — from the legal protections for both support and property given to spouses in formal unions is a violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. When spouses who are married or in civil unions separate or divorce in Quebec, they are guaranteed certain legal protections. They have the right to claim support from each other and an equal division of the family property. The spousal support and family property provisions in Quebec are aimed at recognizing and compensating spouses for the roles assumed within the relationship and any resulting interdependence and vulnerability on its dissolution. Many *de facto* spouses share the characteristics that led to the protections for spouses in formal relationships. They form long-standing unions; they divide household responsibilities and develop a high

conséquences de leur choix de mode de vie conjugale. Néanmoins, prendre connaissance d'office du fait que le choix volontaire de ne pas se marier n'exprime pas une décision autonome de se soustraire aux régimes légaux pousserait les limites de la connaissance d'office au-delà de ce qui est légitime, particulièrement à l'égard d'une question située au cœur de ce litige. A n'a pas établi, en l'espèce, que c'est un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de ne pas s'assujettir aux régimes du mariage ou de l'union civile. Le régime québécois, dont l'effet est de respecter la liberté de choix de chaque personne d'établir sa propre forme de conjugalité et, par le fait même, d'adhérer ou non au régime législatif du mariage ou de l'union civile avec leurs conséquences juridiques distinctes, ne repose pas sur un stéréotype. En ce sens, une fois reconnu le principe de l'autonomie de la volonté, qui par ailleurs est une des valeurs sous-tendant la garantie d'égalité prévue à l'art. 15 de la *Charte*, les choix qu'effectuent les individus en exerçant cette autonomie méritent d'être respectés par les tribunaux. Dans ce contexte, il appartiendra au législateur d'intervenir s'il considère que les conséquences de ces choix autonomes engendrent des difficultés sociales auxquelles il importe de remédier.

En conclusion, les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 du *Code civil du Québec*, bien qu'ils établissent une distinction fondée sur l'état matrimonial entre les conjoints de fait et les époux ou les conjoints unis civilement, ne créent pas de désavantage par l'expression ou la perpétuation d'un préjugé ou par l'application de stéréotypes. Ces dispositions ne portent donc pas atteinte à la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*.

*La* juge Abella (opinion majoritaire quant au par. 15(1)) : L'exclusion totale des conjoints de fait — expression utilisée au Québec pour désigner les personnes qui vivent en couples mais ne sont ni mariées ni unies civilement — du bénéfice des mesures de protection juridiques reconnues aux conjoints unis formellement en matière de soutien alimentaire et de partage des biens constitue une violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Au Québec, les conjoints mariés ou unis civilement qui, selon le cas, divorcent ou se séparent disposent de certaines mesures de protection juridiques. Chacun des conjoints a le droit de demander à l'autre de lui verser un soutien alimentaire, et de réclamer le partage égal des biens familiaux. Les dispositions législatives québécoises régissant le soutien alimentaire en faveur du conjoint et les biens familiaux visent à reconnaître les rôles assumés par les conjoints au sein de la relation ainsi que toute situation de

degree of interdependence; and, critically, the economically dependent, and therefore vulnerable, spouse is faced with the same disadvantages when the relationship is dissolved. Yet *de facto* dependent spouses in Quebec have no right to claim support, no right to divide the family patrimony, and are not governed by any matrimonial regime.

As the history of modern family law demonstrates, fairness requires that we look at the content of the relationship's social package, not at how it is wrapped. In Quebec and throughout the rest of Canada, the right to support does not rest on the legal status of either husband or wife, but on the reality of the dependence or vulnerability that the spousal relationship creates. The law dealing with division of family property also rests on a protective basis rather than a contractual one. The provisions in Quebec on compensatory allowance and the family patrimony regime are part of public order, applying mandatorily to all married spouses and those in civil unions. The mandatory nature of both the compensatory allowance and family patrimony regimes highlights the preeminent significance Quebec has given to concerns for the protection of vulnerable spouses over other values such as contractual freedom or choice.

Historically, unmarried spouses in Canada were stigmatized; but as social attitudes changed, so did the approaches of legislatures and courts, which came to accept conjugal relationships outside a formal marital framework. This change reflected an enhanced understanding of what constitutes a "family". As attitudes shifted and the functional similarity between many unmarried relationships and marriages was accepted, this Court expanded protection for unmarried spouses. In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, for example, the Court found that "marital status" was an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter* because of the historic disadvantage of unmarried spouses. Notably too, the Court observed that while in theory an individual is free to choose whether to marry, there are, in reality, a

dépendance et de vulnérabilité qui en résulte à la dissolution de celle-ci, et à les indemniser en conséquence. Bien des conjoints de fait présentent les caractéristiques qui ont entraîné l'établissement des garanties accordées aux conjoints unis formellement. Ils forment des unions de longue durée; ils se partagent les tâches ménagères et il s'établit entre eux une grande interdépendance; et, fait crucial, le conjoint financièrement dépendant, et par conséquent vulnérable, subit, au moment de la dissolution de la relation, les mêmes inconvénients que les conjoints mariés ou unis civilement. Pourtant, au Québec, ces conjoints de fait dépendants n'ont pas le droit de demander des aliments, ils n'ont pas droit au partage du patrimoine familial et ils ne sont assujettis à aucun régime matrimonial.

Comme le démontre l'histoire du droit de la famille actuel, l'équité requiert que nous nous attachions au contenu réel de la structure sociale de la relation. Au Québec et dans le reste du Canada, le droit au soutien ne repose pas sur le statut juridique de l'époux ou de l'épouse, mais sur l'état concret de dépendance ou de vulnérabilité que crée la relation conjugale. Le droit relatif au partage des biens familiaux repose lui aussi sur un ensemble de règles possédant une vocation protectrice plutôt qu'un caractère contractuel. Au Québec, les dispositions ayant créé le mécanisme de la prestation compensatoire et celui du patrimoine familial ont été désignées mesures d'ordre public, applicables impérativement aux conjoints mariés et aux conjoints unis civilement. Le caractère impératif du régime de la prestation compensatoire et de celui du patrimoine familial fait bien ressortir la priorité qu'a accordée le Québec aux préoccupations relatives à la protection des conjoints vulnérables par rapport à d'autres valeurs comme la liberté de choix en matière contractuelle.

Au Canada, les conjoints non mariés ont longtemps été stigmatisés; cependant, à mesure que les attitudes de la société ont changé à leur égard, la façon de voir des législateurs et des tribunaux a elle aussi évolué et ils en sont venus à accepter l'existence de rapports conjugaux en dehors du cadre matrimonial formel. Ce changement reflétait une conception plus large de la notion de « famille ». À la suite du changement des attitudes et de l'acceptation de la similitude fonctionnelle entre le mariage et de nombreuses relations unissant des personnes non mariées, la Cour a étendu les mesures de protection à ces dernières. Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par exemple, la Cour a conclu que l'« état matrimonial » était un motif analogue pour l'application du par. 15(1) de la *Charte* en raison du désavantage

number of factors that may place the decision beyond his or her effective control. This was a recognition of the complex and mutual nature of the decision to marry and the myriad factors at play in that decision. It was also an acknowledgment that the decision to live together as unmarried spouses may, for some, not in fact be a choice at all.

The purpose of the s. 15 equality provision is to eliminate the exclusionary barriers faced by individuals in the enumerated or analogous groups in gaining meaningful access to what is generally available. In *Kapp*, this Court reaffirmed its commitment to the test that was set out in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, whereby s. 15 was seen as an anti-discrimination provision. The claimant's burden under the *Andrews* test is to show that the government has made a distinction based on an enumerated or analogous ground and that the distinction's impact on the individual or group perpetuates disadvantage. If this has been demonstrated, the burden shifts to the government to justify the reasonableness of the distinction under s. 1. *Kapp*, and later *Withler* restated these principles as follows: (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?

In referring to prejudice and stereotyping in the second step of the *Kapp* reformulation of the *Andrews* test, the Court was not purporting to create a new s. 15 test. Prejudice and stereotyping are not discrete elements of the test which a claimant is obliged to demonstrate. Prejudice is the holding of pejorative attitudes based on strongly held views about the appropriate capacities or limits of individuals or the groups of which they are a member. Stereotyping, like prejudice, is a disadvantaging attitude, but one that attributes characteristics to members of a group regardless of their actual capacities. Attitudes of prejudice and stereotyping can undoubtedly lead to discriminatory conduct, and discriminatory conduct in turn can reinforce these negative attitudes. But *Kapp* and *Withler* should not be seen as establishing an additional requirement on s. 15 claimants to prove that a distinction will perpetuate prejudicial or stereotypical

historique subi par les conjoints non mariés. Fait important, la Cour a également fait remarquer que, bien qu'une personne soit en théorie libre de choisir de se marier ou non, il existe en réalité un certain nombre de facteurs, indépendants de sa volonté, qui pourraient faire en sorte que cette décision lui échappe effectivement. La Cour reconnaissait ainsi la nature complexe et réciproque de la décision de se marier, ainsi que la myriade de facteurs qui influent sur cette décision. Elle reconnaissait également que la décision de vivre ensemble en tant que conjoints non mariés, pour certains, ne constitue peut-être pas du tout un choix dans les faits.

La disposition sur l'égalité, l'art. 15, a pour objet d'éliminer les obstacles qui empêchent les membres d'un groupe énuméré ou analogue d'avoir accès concrètement à des mesures dont dispose la population en général. Dans *Kapp*, la Cour a réitéré son attachement au critère établi dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, où l'art. 15 avait été considéré comme une mesure antidiscrimination. Le critère élaboré dans l'arrêt *Andrews* impose au demandeur le fardeau de démontrer que le gouvernement a établi une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et que l'effet de cette distinction sur l'individu ou le groupe perpétue un désavantage. Si le demandeur fait cette démonstration, il incombe alors au gouvernement de justifier le caractère raisonnable de la distinction conformément à l'article premier. Ces principes ont été reformulés ainsi dans l'arrêt *Kapp* et, plus tard, dans *Withler* : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) Cette distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes?

Lorsqu'elle a mentionné les notions de préjugé et d'application de stéréotypes en reformulant, dans *Kapp*, le deuxième volet du critère de l'arrêt *Andrews*, la Cour n'entendait pas créer une nouvelle analyse pour l'application de l'art. 15. Les préjugés et l'application de stéréotypes ne sont pas des éléments distincts du critère auquel doit satisfaire le demandeur. Les préjugés sont des attitudes péjoratives reposant sur des opinions bien arrêtées quant aux capacités ou limites propres de personnes ou des groupes auxquels celles-ci appartiennent. L'application d'un stéréotype est une attitude qui, tout comme un préjugé, tend à désavantager autrui, mais c'est aussi une attitude qui attribue certaines caractéristiques aux membres d'un groupe, sans égard à leurs capacités réelles. Une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes peut indubitablement entraîner une conduite discriminatoire, conduite qui peut à son tour

attitudes towards them. Such an approach improperly focuses attention on whether a discriminatory attitude exists, not a discriminatory impact, contrary to *Andrews*, *Kapp* and *Withler*. It is the discriminatory conduct that s. 15 seeks to prevent, not the underlying attitude or motive. Requiring claimants, therefore, to prove that a distinction perpetuates negative attitudes about them imposes a largely irrelevant, not to mention ineffable burden.

The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. The key is whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group. If the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory.

Assessment of legislative purpose is an important part of a *Charter* analysis, but it is conducted under s. 1 once the burden has shifted to the state to justify the reasonableness of the infringement. To focus on the legislative purpose — freedom of choice — at the s. 15(1) stage is not only contrary to the approach in *Andrews*, it is also completely inconsistent with *Miron* and undermines the recognition of marital status as an analogous ground. Having accepted marital status as an analogous ground, it is contradictory to find not only that *de facto* spouses have a choice about their marital status, but that it is that very choice that excludes them from the protection of s. 15(1) to which *Miron* said they were entitled. Moreover, this Court has repeatedly rejected arguments that choice protects a distinction from a finding of discrimination.

Because the equality analysis under s. 15(1) of the *Charter* has evolved substantially in the decade since *Walsh* was decided, *Walsh* need not be followed. In particular, the majority in *Walsh* relied on the dignity test

renforcer cette attitude négative. Or, les arrêts *Kapp* et *Withler* n'ont pas pour effet d'imposer aux demandeurs invoquant l'art. 15 l'obligation additionnelle de prouver qu'une distinction perpétue une attitude imbue de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s'attache à tort à la question de savoir s'il existe une attitude, plutôt qu'un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*. 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. Par conséquent, exiger d'un demandeur qu'il prouve qu'une distinction perpétue une attitude négative à son endroit serait lui imposer un fardeau dans une large mesure non pertinent, pour ne pas dire indéfinissable.

À la base, l'art. 15 résulte d'une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu'il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Ce qu'il faut, c'est déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Les actes de l'État qui ont pour effet d'élargir, au lieu de rétrécir, l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires.

L'évaluation de l'objectif de la loi contestée constitue certes un aspect important de l'analyse fondée sur la *Charte*, mais elle est réalisée à l'étape de l'article premier, une fois que le fardeau de la preuve est passé à l'État, qui doit établir le caractère raisonnable de la violation. Le fait de se pencher sur l'objectif de la loi — la liberté de choisir — à l'étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) serait non seulement contraire à l'approche établie dans *Andrews*, mais elle serait également tout à fait incompatible avec l'arrêt *Miron* et compromettrait la qualité de motif analogue reconnue à l'état matrimonial. La Cour ayant reconnu l'état matrimonial comme motif analogue, il est contradictoire de conclure non seulement que les conjoints de fait ont le choix de décider de leur état matrimonial, mais également que ce même choix a pour effet de les exclure du bénéfice de la protection du par. 15(1), à laquelle ils ont droit suivant l'arrêt *Miron*. Qui plus est, la Cour a maintes fois rejeté des arguments voulant que l'existence d'un choix empêche de conclure qu'une distinction constitue de la discrimination.

Comme l'analyse relative à l'égalité que commande le par. 15(1) de la *Charte* a évolué de manière appréciable au cours des dix années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Walsh*, point n'est besoin de suivre cette décision. En

and on comparator groups, neither of which is any longer required as part of the s. 15(1) analysis.

The exclusion of *de facto* spouses from the economic protections available to formal spousal relationships is a distinction based on marital status, an analogous ground. That it imposes a disadvantage is clear: the law excludes vulnerable and economically dependent *de facto* spouses from protections considered so fundamental to the welfare of vulnerable married or civil union spouses that one of those protections is presumptive, and the rest are of public order, explicitly overriding freedom of contract or choice for those spouses. The disadvantage this exclusion perpetuates is an historic one: it continues to deny *de facto* spouses access to economic remedies of which they have always been deprived, remedies Quebec considered indispensable for the protection of married and civil union spouses. There is little doubt that some *de facto* couples are in relationships that are functionally similar to formally recognized spousal relationships. Since many spouses in *de facto* couples exhibit the same functional characteristics as spouses in formal unions, with the same potential for one partner to be left economically vulnerable or disadvantaged when the relationship ends, their exclusion from similar protections perpetuates historic disadvantage against them based on their marital status. There is no need to look for an attitude of prejudice motivating or created by the exclusion of *de facto* couples from the presumptive statutory protections. There is no doubt that attitudes have changed towards *de facto* unions in Quebec, but what is relevant is not the attitudinal progress towards them, but the continuation of their discriminatory treatment.

*Per* Deschamps, Cromwell and Karakatsanis JJ. (concurring with Abella J. on s. 15(1)): There is agreement with Abella J.'s analysis of s. 15 of the *Charter* and with her conclusion that the right protected by that section has been infringed. The Quebec legislature has infringed the guaranteed right to equality by excluding *de facto* spouses from all the measures adopted to protect persons who are married or in civil unions should their family relationships break down. The Court has recognized the fact of being unmarried as an analogous ground because, historically, unmarried persons were

particulier, dans cet arrêt les juges majoritaires s'étaient appuyés sur le critère de la dignité et sur des groupes de comparaison, deux éléments qui ne sont plus requis dans l'analyse fondée sur le par. 15(1).

L'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des protections de nature économique dont jouissent les relations conjugales formelles constitue une distinction basée sur l'état matrimonial, un motif analogue. Le fait qu'elle impose un désavantage est clair : la loi exclut les conjoints de fait vulnérables et financièrement dépendants du bénéfice de mesures de protection considérées si essentielles au bien-être des conjoints vulnérables mariés ou unis civilement que l'une d'elles s'applique de manière présumée et que les autres sont d'ordre public, écartant ainsi explicitement la liberté de contracter ou de choisir de ces couples. Le désavantage perpétué par cette exclusion a un caractère historique : elle continue de nier aux conjoints de fait des mesures de soutien financier qui leur ont toujours été refusées, des mesures que le Québec a jugé indispensables pour protéger les conjoints mariés ou unis civilement. Il fait peu de doute que certaines unions de fait sont fonctionnellement similaires aux unions formellement reconnues. Comme bon nombre de conjoints vivant au sein d'unions de fait présentent les mêmes caractéristiques fonctionnelles que les conjoints vivant dans des unions formelles, y compris le même risque qu'un des conjoints se retrouve financièrement vulnérable et désavantagé en cas de rupture, l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de telles mesures de protection perpétue le désavantage historique dont ils sont victimes, et ce, sur la base de leur état matrimonial. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'une attitude imbue de préjugés motivant l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection prévues par la loi et dont l'application est présumée, ou créée par cette exclusion. Les attitudes ont certes changé envers les unions de fait au Québec; mais ce qui importe n'est pas l'évolution des mentalités à leur égard, mais le fait que le traitement discriminatoire qu'on leur réserve se poursuit.

*Les* juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis (opinion concordante avec celle de la juge Abella quant au par. 15(1)) : Il y a accord avec l'analyse que fait la juge Abella de l'art. 15 de la *Charte* et avec sa conclusion qu'il y a atteinte au droit protégé par cette disposition. Le législateur québécois enfreint la garantie d'égalité en écartant les conjoints de fait de toutes les mesures de protection accordées en cas de rupture de la relation familiale aux personnes mariées ou unies civilement. La Cour a reconnu que le statut de personne non mariée constitue un motif analogue, parce que, historiquement,

considered to have adopted a lifestyle less worthy of respect than that of married persons. For this reason, they were excluded from the social protections. Even though society's perception of *de facto* spouses has changed in recent decades and there is no indication that the Quebec legislature intended to stigmatize them, the denial of the benefits in question perpetuates the disadvantage such people have historically experienced. The Attorney General of Quebec therefore had to justify this distinction.

*Per* McLachlin C.J. (concurring with Abella J. on s. 15(1)): The s. 15 analysis set out in Abella J.'s reasons is agreed with, as is her conclusion that there is a breach. While the promotion or the perpetuation of prejudice, on the one hand, and false stereotyping, on the other, are useful guides, what constitutes discrimination requires a contextual analysis, taking into account matters such as pre-existing disadvantage of the claimant group, the degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group's reality, the ameliorative impact or purpose of the law, and the nature of the interests affected. The issue of whether the law is discriminatory must be considered from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant.

It is important to maintain the analytical distinction between s. 15 and s. 1. *Walsh* does not bind the Court in the present case. Public policy considerations such as freedom of choice and individual autonomy, which were held in *Walsh* to negate a breach of s. 15, are better considered at the s. 1 stage of the analysis.

Here, the Quebec approach of applying mandatory protections only to married and civil union spouses limits the s. 15 equality right of *de facto* spouses. A reasonable person in A's position would conclude that the law in fact shows less concern for people in A's position than for married and civil union spouses on break-up of a relationship. As it applies to people in A's situation, the law perpetuates the effects of historical disadvantage rooted in prejudice *and* rests on a false stereotype of choice rather than on the reality of the

ces personnes étaient considérées comme ayant adopté un régime de vie moins digne de respect que celui des personnes mariées. Pour cette raison, elles étaient exclues du bénéfice des protections sociales. Bien que la perception qu'a la société du statut de conjoint de fait ait évolué au cours des dernières décennies et que rien n'indique que le législateur québécois ait eu l'intention de stigmatiser les conjoints de fait, la négation des bénéfices en question perpétue le désavantage dont ces personnes ont historiquement fait l'objet. Il était donc nécessaire pour le procureur général du Québec de justifier cette distinction.

*La* juge en chef McLachlin (opinion concordante avec celle de la juge Abella quant au par. 15(1)) : Il y a accord avec l'analyse de la juge Abella relative à l'art. 15 de la *Charte* ainsi qu'avec sa conclusion selon laquelle il est porté atteinte au droit garanti par cette disposition. Bien que la promotion ou la perpétuation de préjugés, d'une part, et l'application de stéréotypes erronés, d'autre part, soient des guides utiles pour déterminer ce qui constitue de la discrimination, il faut procéder à une analyse contextuelle qui tienne compte par exemple d'un désavantage préexistant pour le groupe demandeur, du degré de correspondance entre la distinction qui est faite et la situation réelle de ce groupe, de l'incidence ou de l'objet améliorateur des dispositions législatives en cause et de la nature des droits touchés. La question de savoir si la loi est discriminatoire doit être examinée du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur.

Il importe de garder distinctes les analyses que commandent respectivement l'art. 15 et l'article premier. *Walsh* ne lie pas la Cour dans la présente affaire. Les politiques publiques comme le libre choix et l'autonomie individuelle qui, dans *Walsh*, avaient permis de conclure à l'absence de violation de l'art. 15, sont des facteurs qu'il est préférable de prendre en compte à l'étape de l'analyse qui porte sur l'article premier.

En l'espèce, l'approche du Québec qui consiste à appliquer des mesures de protection obligatoires uniquement aux conjoints mariés ou unis civilement porte atteinte au droit à l'égalité des conjoints de fait garanti par l'art. 15. Une personne raisonnable placée dans la situation de A pourrait en conclure que, à l'occasion d'une rupture, la loi se préoccupe moins des personnes qui se trouvent dans une situation semblable à celle de A que des conjoints mariés ou unis civilement. Tel qu'elle s'applique à ceux qui se retrouvent dans la situation de

claimant's situation. While the legislative animus against *de facto* spouses in Quebec has disappeared, the present law continues to exclude *de facto* spouses from the protective schemes of Quebec family law. Moreover, the law assumes that *de facto* partners choose to forgo the protections it offers to married and civil union partners. This assumption fails to accord to the reality of the situation of *de facto* spouses such as A.

(2) *Section 1 of the Charter*

*Per LeBel, Fish, Rothstein and Moldaver JJ.:* Since the exclusion of *de facto* spouses from the scope of the provisions of the *Civil Code of Québec* at issue is not discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* and does not violate the constitutional right to equality, it is not necessary to proceed to the s. 1 stage of the *Charter* analysis.

*Per McLachlin C.J.:* The limit on the equality right of *de facto* spouses is justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of the Quebec legislature, which is to promote choice and autonomy for all Quebec spouses with respect to property division and support, was pursued in response to rapidly changing attitudes in Quebec with respect to marriage and is sufficiently important to justify an infringement to the right to equality. The distinction made by the law is rationally connected to the state objective: the Quebec approach only imposes state-mandated obligations on spouses who have made a conscious and active choice to accept those obligations. The law falls within a range of reasonable alternatives for maximizing choice and autonomy in the matter of family assets and support. While schemes adopted in other Canadian provinces impair the equality right of *de facto* spouses to a lesser degree, such approaches would be less effective in promoting Quebec's goals of maximizing choice and autonomy for couples in Quebec. The question at the minimum impairment stage is whether the legislative goal could be achieved in a way that impacts the right less, not whether the goal should be altered. Finally, the effects of the Quebec scheme on the equality rights of *de facto* spouses are proportionate to the scheme's overall benefits for the group. The scheme enhances the freedom of choice and autonomy of many spouses as well as their ability to give personal meaning to their relationship. Having regard to the need to allow legislatures a margin of appreciation on difficult social issues and the need to be sensitive to the constitutional responsibility of

A, la loi perpétue les effets d'un désavantage historique ancré dans les préjugés *et* se fonde sur des stéréotypes erronés quant à la capacité de la demanderesse d'exercer un choix plutôt que sur sa situation réelle. Même si, au Québec, l'opprobre législatif à l'endroit des conjoints de fait a disparu, la loi actuelle continue de les exclure des régimes protecteurs offerts par le droit de la famille québécois. En outre, la loi tient pour acquis que les conjoints de fait choisissent de renoncer aux mesures protectrices qu'elle offre aux conjoints mariés ou unis civilement. Cette hypothèse ne concorde pas avec la situation réelle des conjoints de fait comme A.

(2) *Article premier de la Charte*

*Les juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver :* Puisque l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application des dispositions du *Code civil du Québec* en litige n'est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte* et ne comporte pas de violation de la garantie constitutionnelle d'égalité, il n'est pas nécessaire de passer à l'étape de l'analyse sous l'article premier de la *Charte*.

*La juge en chef McLachlin :* L'atteinte au droit à l'égalité garanti aux conjoints de fait est justifiée au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article premier de la *Charte*. L'objectif visé par le législateur québécois, soit la promotion du libre choix et de l'autonomie de tous les conjoints de la province en ce qui a trait au partage des biens et au soutien alimentaire, a été adopté en réponse aux changements rapides survenus dans les attitudes au Québec à l'égard du mariage et est suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à l'égalité. La distinction que la loi établit a un lien rationnel avec l'objectif de l'État. L'approche du Québec n'impose des obligations prescrites par l'État qu'aux conjoints qui ont fait activement le choix délibéré d'accepter de s'y conformer. Le régime législatif québécois se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables pour maximiser le libre choix et l'autonomie quant aux partages des biens familiaux et au soutien alimentaire. Même si les modèles adoptés par d'autres provinces canadiennes portent moins atteinte au droit à l'égalité des conjoints de fait que ne le fait le modèle québécois, de telles solutions serviraient moins efficacement les objectifs que vise le modèle québécois, soit de favoriser au plus haut point le libre choix et l'autonomie des couples de la province. La question qu'il faut se poser au volet de la réflexion relative à l'atteinte minimale est celle de savoir si l'objectif du régime législatif pourrait être atteint en restreignant moins le droit en cause, non pas de savoir si l'objectif en cause devrait être modifié. Finalement, les effets du modèle québécois sur le droit

each province to legislate for its population, the unfortunate dilemma faced by women such as A is not disproportionate to the benefits of the scheme to an extent that warrants a finding of unconstitutionality.

*Per* Deschamps, Cromwell and Karakatsanis JJ.: Although support and the measures relating to patrimonial property have some of the same functions and objectives, they cannot and must not be confused with one another. The needs they address and how the legislature has dealt with them in the past warrant their being considered separately. The measures that protect the patrimony of spouses are not, like support, focused on the basic needs of the vulnerable spouse. Their purpose is to ensure autonomy and fairness for couples who have been able to, or wanted to, accumulate property. The process that leads to the acquisition of a right of ownership is different from the one that causes a spouse to become economically dependent. Whereas a plan to live together takes shape gradually and can result in the creation of a relationship of interdependence over which one of the parties has little or no control, property can be acquired only as a result of a conscious act.

This analysis leads to the conclusion that only the exclusion of *de facto* spouses from support is not justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of promoting the autonomy of the parties is pressing and substantial. There is also a rational connection. However, the minimal impairment test is not met. The affected interest is vital to persons who have been in a relationship of interdependence. The rationale for awarding support on a non-compensatory basis applies equally to persons who are married or in a civil union and to *de facto* spouses. If the legal justification for support is based on, among other things, the satisfaction of needs resulting from the breakdown of a relationship of interdependence created while the spouses lived together, it is difficult to see why a *de facto* spouse who may not have been free to choose to have the relationship with his or her spouse made official through marriage or a civil union,

à l'égalité des conjoints de fait sont proportionnés par rapport à l'ensemble des avantages qu'il procure pour le groupe. Ce modèle accroît le libre choix et l'autonomie de nombreux conjoints de même que leur capacité à donner un sens personnel à leur relation. Compte tenu de la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude quant aux questions sociales difficiles à trancher ainsi que de la nécessité d'être sensible à la responsabilité qui incombe à chaque province, en vertu de la Constitution, de légiférer pour sa propre population, le malheureux dilemme auquel sont confrontées les femmes comme A n'est pas disproportionné par rapport aux avantages que procure le régime québécois au point qu'il soit justifié de conclure à son inconstitutionnalité.

*Les* juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis : Bien que la pension alimentaire et les mesures touchant les biens patrimoniaux partagent plusieurs fonctions et objectifs, elles ne peuvent ni ne doivent être confondues. Les besoins auxquels elles répondent ainsi que le traitement qui leur a été réservé jusqu'ici par le législateur justifie de les analyser séparément. Les mesures de protection du patrimoine des époux ne s'attachent pas, au même titre que la pension alimentaire, aux besoins fondamentaux du conjoint vulnérable. Ces mesures de protection du patrimoine visent à assurer une autonomie et une équité chez les couples qui ont pu ou voulu accumuler des biens. L'acquisition d'un droit de propriété résulte d'un processus différent de celui qui donne lieu à l'état de dépendance économique d'un conjoint. Alors que le projet de vie commune prend forme progressivement et peut aller jusqu'à créer une relation d'interdépendance sur laquelle une des parties n'a que peu ou pas de prise, l'acquisition de biens ne peut résulter que d'un geste conscient.

Suivant cette analyse, seule l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la pension alimentaire n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de promotion de l'autonomie des parties est urgent et réel. L'existence d'un lien rationnel est aussi reconnue. Cependant, il n'est pas satisfait au critère de l'atteinte minimale. L'intérêt touché est vital pour les personnes ayant vécu une relation d'interdépendance. Le fondement non compensatoire de la pension alimentaire a tout autant sa raison d'être pour les personnes mariées ou unies civilement que pour les conjoints de fait. Si la justification juridique de la pension alimentaire repose, entre autres, sur la satisfaction des besoins découlant de la rupture d'une relation d'interdépendance créée pendant la vie commune, il est difficile d'imaginer pourquoi les conjoints de fait qui pourraient ne pas avoir été libres de choisir d'officialiser par un mariage



but who otherwise lives with the latter in a “family unit”, would not be entitled to support. For someone in such a position, the possibility the parties have, according to the Attorney General, of choosing to marry or to enter into a civil union does not really exist. The concept of “mutual obligation” as the non-compensatory basis for the obligation of support must guide legislators in seeking ways to promote the autonomy of the parties while interfering as little as reasonably possible with the right to support itself. A total exclusion from the right to support benefits only *de facto* spouses who want to avoid the obligation of support, and it impairs the interests of dependent and vulnerable former spouses to a disproportionate extent.

*Per* Abella J.: The breach of s. 15(1) is not saved under s. 1, failing the minimal impairment and proportionality steps of the *Oakes* test. The exclusion of *de facto* spouses from spousal support and property regimes in Quebec was a carefully considered policy choice. It was discussed and reaffirmed during successive family law reforms from 1980 onwards. But the degree of legislative time, consultation and effort cannot act as a justificatory shield to guard against constitutional scrutiny. What is of utmost relevance is the resulting legislative choice. Neither the deliberative policy route nor the popularity of its outcome is a sufficient answer to the requirement of constitutional compliance.

An outright exclusion of *de facto* spouses cannot be said to be minimally impairing of their equality rights. This Court has generally been reluctant to defer to the legislature in the context of total exclusions from a legislative scheme. The antipathy towards complete exclusions is not surprising, since the government is required under s. 1 to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen. This will be a difficult burden to meet when, as in this case, a group has been entirely left out of access to a remedial scheme. The current *opt-in* protections may well be adequate for some *de facto* spouses who enter their unions with sufficient financial security, legal information, and the intent to avoid the consequences of a more formal union. But their ability to exercise freedom of choice can be equally protected under a regime with an *opt-out* mechanism. The needs of the economically vulnerable,

ou une union civile leur relation avec leur conjoint, mais qui vivent par ailleurs avec celui-ci comme une « unité familiale », ne pourraient pas avoir droit à une pension alimentaire. Pour une telle personne, la faculté qu’ont les parties, selon le procureur général, de choisir de se marier ou de s’unir civilement, n’en est pas vraiment une. La notion d’« obligation mutuelle » comme fondement non compensatoire de l’obligation alimentaire doit inspirer les législateurs dans la recherche de moyens susceptibles de favoriser l’autonomie des parties tout en portant atteinte aussi peu que raisonnablement possible au droit aux aliments lui-même. L’exclusion totale du droit aux aliments ne profite qu’au conjoint de fait qui veut échapper à l’obligation alimentaire, et elle porte atteinte de façon disproportionnée aux intérêts des ex-conjoints de fait dépendants et vulnérables.

*La* juge Abella : La restriction du droit garanti par le par. 15(1) n’est pas justifiée suivant l’article premier, car elle ne respecte pas les exigences relatives à l’atteinte minimale et à la proportionnalité de l’analyse établie dans l’arrêt *Oakes*. L’exclusion des conjoints de fait du bénéfice des régimes relatifs au soutien alimentaire en faveur du conjoint et à la séparation des biens au Québec a constitué une décision de politique générale mûrement réfléchie. Cette décision a été débattue et réaffirmée à l’occasion des diverses réformes du droit de la famille qui se sont succédé depuis 1980. Cependant, l’ampleur des débats, des consultations et des efforts qui ont pu précéder l’adoption d’une mesure législative ne saurait immuniser celle-ci contre le contrôle de sa constitutionnalité. L’élément le plus important est le choix législatif qui en résulte. Ni le processus de délibération suivi ni la popularité de la mesure ne suffisent pour démontrer le respect des exigences de la Constitution.

Il est impossible d’affirmer que l’exclusion totale des conjoints de fait porte atteinte de façon minimale à leur droit à l’égalité. La Cour est généralement réticente à faire montre de déférence à l’endroit du législateur dans les cas d’exclusion totale des demandeurs du bénéfice d’un régime établi par la loi. Cette aversion pour les exclusions complètes n’est pas surprenante, car l’État est tenu, à l’étape de l’examen fondé sur l’article premier, d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace. Il sera difficile de se décharger d’un tel fardeau dans les cas où, comme en l’espèce, un groupe est entièrement privé de l’accès à un régime réparateur. Le système actuel d’*adhésion volontaire* aux mesures de protection peut fort bien convenir à certains conjoints de fait qui, au début de leur union, jouissent d’une sécurité financière suffisante, sont adéquatement renseignés sur le plan juridique et

however, require presumptive protection no less in *de facto* unions than in more formal ones. The evidence discloses that many *de facto* spouses simply do not turn their minds to the eventuality of separation. This lack of awareness speaks to the relative merit of a system of presumptive protection, under which they would be protected whether aware of their legal rights or not, while leaving *de facto* spouses who wish to do so the freedom to choose not to be protected. A further weakness of the current opt-in system is its failure to recognize that the choice to formally marry is a mutual and complex decision, as *Miron* pointed out. Where one member of a couple refuses to marry or enter into a civil union, he or she thereby deprives the other of the benefit of needed economic support when the relationship ends.

Every other province has extended spousal support to unmarried spouses. They have set minimum periods of cohabitation before couples are subject to their regimes, and have preserved freedom of choice by allowing couples to opt out. Some have also extended statutory division of property to unmarried spouses. These presumptively protective schemes with a right on the part of *de facto* spouses to opt out are examples of alternatives that would provide economically vulnerable spouses with the protection they need, without in any way interfering with the legislative objective of giving freedom of choice to those *de facto* spouses who want to exercise it. At the end of the day, the methodology for remedying the s. 15 breach lies with the Quebec legislature, and Quebec is in no way obliged to mimic any other province's treatment of *de facto* spouses. But the fact of these other regimes can be helpful in determining that there is a less impairing way to fulfill the objective of preserving freedom of choice without infringing the equality rights of *de facto* spouses.

The choices for *de facto* spouses in Quebec are to enter into a contract to enshrine certain protections, to marry and receive all the protections provided by law, or to remain unbound by any mutual rights or obligations.

entendent éviter les conséquences d'une union plus formelle. Mais leur capacité de choisir librement peut être protégée de façon tout aussi efficace par un régime assorti d'un mécanisme de *retrait*. Toutefois, les besoins des personnes financièrement vulnérables vivant en unions de fait ne requièrent pas moins de mesures de protection applicables de manière présumée que ceux des personnes dans la même situation vivant au sein d'unions plus formelles. La preuve révèle que, tout simplement, bon nombre de conjoints de fait ne pensent pas à l'éventualité d'une séparation. Cette méconnaissance illustre bien le mérite relatif d'un régime établissant une présomption de protection en faveur de ces personnes, que celles-ci connaissent ou non leurs droits juridiques, tout en laissant aux conjoints de fait qui désirent s'en prévaloir la liberté de choisir de ne pas être protégés. Une autre lacune du régime actuel fondé sur l'adhésion volontaire est le fait qu'il ne reconnaît pas que la décision de se marier formellement est une décision mutuelle et complexe, suivant l'arrêt *Miron*. Lorsqu'un membre du couple refuse de se marier ou de s'unir civilement, il prive ainsi l'autre du bénéfice d'un soutien financier nécessaire lorsque la relation prend fin.

Toutes les autres provinces ont élargi aux conjoints non mariés le bénéfice du soutien alimentaire en faveur du conjoint. Chaque législateur a fixé la période minimale pendant laquelle les couples doivent cohabiter avant d'être assujettis à celui-ci, et il a préservé le libre choix des conjoints de fait en leur accordant une faculté de retrait. Certains ressorts ont étendu l'application des dispositions législatives sur le partage des biens aux conjoints non mariés. Ces régimes dont la protection s'applique de manière présumée et qui sont assortis d'un droit de *retrait* en faveur des conjoints de fait constituent des exemples de solutions de rechange propres à assurer aux conjoints financièrement vulnérables la protection dont ils ont besoin, sans compromettre l'objectif du législateur qui consiste à accorder la liberté de choisir aux conjoints de fait qui souhaitent s'en prévaloir. Ultimement, c'est au législateur québécois qu'il appartient de choisir la façon de remédier à la violation de l'art. 15, et le Québec n'est pas tenu de reproduire le traitement réservé aux conjoints de fait par une autre province. L'examen de ces autres régimes peut être utile pour déterminer s'il existe un moyen moins attentatoire de réaliser l'objectif consistant à préserver la liberté de choisir, qui ne violerait pas le droit à l'égalité des conjoints de fait.

Au Québec, les conjoints de fait ont le choix de conclure un contrat constatant certaines mesures de protection, de se marier et de bénéficier alors de l'ensemble des mesures de protection prévues par la loi ou encore de

It is entirely possible for Quebec to design a regime that retains all of these choices without violating s. 15. Spouses who are aware of their legal rights, and choose not to marry so they can avoid Quebec's support and property regimes, would be free to choose to remove themselves from a presumptively protective regime. Changing the *default* situation of the couple, however, so that spousal support and division of property protection of some kind applies to them, would protect those spouses for whom the choices are illusory and who are left economically vulnerable at the end of the relationship.

The deleterious effect of excluding all *de facto* spouses, who represent over a third of Quebec couples, from the protection of the family support and division of property regimes is profound. Being excluded requires potentially vulnerable *de facto* spouses, unlike potentially vulnerable spouses in formal unions, to expend time, effort and money to try to obtain some financial assistance. If the vulnerable spouse fails to take these steps, either through a lack of knowledge or resources, or because of the limits on his or her options imposed by an uncooperative partner, he or she will remain unprotected. The outcome for such a spouse in the event of a separation can be, as it is for economically dependent spouses in formal unions, catastrophic. The difference is that economically dependent spouses in formal unions have automatic access to the possibility of financial remedies. *De facto* spouses have no such access. The salutary impact of the exclusion, on the other hand, is the preservation of *de facto* spouses' freedom to choose not to be in a formal union. Those for whom a *de facto* union is truly a chosen means to preserve economic independence would still be able to achieve this result by opting out. Since the salutary effect can be achieved without in any way compromising a *de facto* spouse's freedom of choice, it cannot be said to outweigh the serious harm for economically vulnerable *de facto* spouses that results from their exclusion from the family support and property regimes.

rester libres de quelque droit ou obligation réciproque que ce soit. Il est tout à fait possible pour le Québec de concevoir un régime qui offrirait toutes ces possibilités, sans enfreindre l'art. 15. Les conjoints qui connaissent leurs droits juridiques et qui choisiraient de ne pas se marier afin d'éviter d'être assujettis aux régimes relatifs au soutien alimentaire et au partage des biens en vigueur au Québec seraient libres de se retirer du régime de protection présumée. Cependant, le fait de modifier la situation applicable *par défaut* aux conjoints de fait, pour qu'ils aient droit à une certaine forme de protection au titre du soutien alimentaire et du partage des biens, aurait pour effet de protéger les conjoints pour qui le choix entre les solutions susmentionnées est illusoire et qui se retrouveraient dans une situation financièrement vulnérable à la fin de la relation.

L'effet préjudiciable de l'exclusion de tous les conjoints de fait, qui représentent plus du tiers des couples au Québec, du bénéfice de la protection des régimes applicables en matière de soutien alimentaire en faveur du conjoint et de biens familiaux est profond. En raison de cette exclusion, les conjoints de fait susceptibles d'être vulnérables se voient contraints, contrairement aux conjoints également susceptibles d'être vulnérables mais vivant au sein d'unions formelles, de consacrer temps, efforts et argent pour tenter d'obtenir une forme ou une autre d'assistance financière. Le conjoint vulnérable qui ne fait pas ces démarches, soit par absence de connaissances ou par manque de ressources, soit parce que les solutions qui lui sont ouvertes sont limitées par un conjoint non coopératif, demeurera sans protection. En cas de rupture, les conséquences pour un tel conjoint vulnérable peuvent s'avérer catastrophiques, comme c'est le cas pour les conjoints financièrement dépendants vivant au sein d'unions formelles. La différence tient à ce que les seconds ont d'office accès à de possibles réparations financières. Les conjoints de fait n'ont pour leur part pas accès à ces possibilités. Par contre, l'effet bénéfique de l'exclusion est qu'elle préserve la liberté des conjoints de fait de choisir ne pas vivre dans une union formelle. Ceux pour qui l'union de fait constitue véritablement un moyen de conserver leur indépendance économique pourraient toujours parvenir à ce résultat en se retirant du champ d'application du régime. Comme l'effet bénéfique de l'exclusion peut être réalisé sans qu'il soit porté atteinte d'aucune façon à la liberté de choisir des conjoints de fait, on ne saurait affirmer qu'il l'emporte sur l'effet préjudiciable grave subi par les conjoints de fait financièrement vulnérables en raison de leur exclusion du bénéfice du régime relatif au soutien alimentaire en faveur du conjoint et du régime relatif aux biens familiaux.

## Cases Cited

By LeBel J.

**Applied:** *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325; **distinguished:** *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; **discussed:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **referred to:** *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *M.T. v. J.-Y.T.*, 2008 SCC 50, [2008] 2 S.C.R. 781; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *G.B. v. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435; *Couture v. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vii; *Ponton v. Dubé*, 2005 QCCA 413 (CanLII); *Bourbonnais v. Pratt*, 2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124; *M.B. v. L.L.*, [2003] R.D.F. 539; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Benzina v. Le*, 2008 QCCA 803 (CanLII); *Barrette v. Falardeau*, 2010 QCCA 989 (CanLII); *C.L. v. J.Le.*, 2010 QCCA 2370 (CanLII); *Droit de la famille — 121120*, 2012 QCCA 909 (CanLII); *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458.

## Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

**Arrêts appliqués :** *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **distinction d'avec l'arrêt :** *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; **arrêts analysés :** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **arrêts mentionnés :** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *M.T. c. J.-Y.T.*, 2008 CSC 50, [2008] 2 R.C.S. 781; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *G.B. c. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435; *Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047, autorisation d'appel refusée, [2002] 3 R.C.S. vii; *Ponton c. Dubé*, 2005 QCCA 413 (CanLII); *Bourbonnais c. Pratt*, 2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124; *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Benzina c. Le*, 2008 QCCA 803 (CanLII); *Barrette c. Falardeau*, 2010 QCCA 989 (CanLII); *C.L. c. J.Le.*, 2010 QCCA 2370 (CanLII); *Droit de la famille — 121120*, 2012 QCCA 909 (CanLII); *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458.

[330] Requiring claimants, therefore, to prove that a distinction perpetuates negative attitudes about them imposes a largely irrelevant, not to mention infeasible burden.

[331] *Kapp* and *Withler* guide us, as a result, to a flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group. As *Withler* makes clear, the contextual factors will vary from case to case — there is no “rigid template”:

*The particular contextual factors relevant to the substantive equality inquiry at the second step [of the Andrews test] will vary with the nature of the case. A rigid template risks consideration of irrelevant matters on the one hand, or overlooking relevant considerations on the other: Kapp. Factors such as those developed in Law — pre-existing disadvantage, correspondence with actual characteristics, impact on other groups and the nature of the interest affected — may be helpful. However, they need not be expressly canvassed in every case in order to fully and properly determine whether a particular distinction is discriminatory . . . . [Emphasis added; para. 66.]*

[332] The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. If the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory. As the U.S. Supreme Court warned in *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971):

. . . practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to “freeze” the status quo of prior discriminatory employment practices. [p. 430]

[333] An emphasis at this stage on whether the claimant group’s exclusion was well motivated

[330] Par conséquent, exiger d’un demandeur qu’il prouve qu’une distinction perpétue une attitude négative à son endroit serait lui imposer un fardeau dans une large mesure non pertinent, pour ne pas dire indéfinissable.

[331] Les arrêts *Kapp* et *Withler* nous fournissent une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Comme l’indique clairement l’arrêt *Withler*, les facteurs contextuels varient dans chaque cas — il n’existe pas de « modèle rigide » :

*Les facteurs contextuels particuliers pertinents dans l’analyse de l’égalité réelle à la deuxième étape [du critère de l’arrêt Andrews] varieront selon la nature de l’affaire. Un modèle rigide pourrait mener à un examen qui inclut des questions non pertinentes ou, à l’opposé, qui exclut des facteurs pertinents : Kapp. Des facteurs comme ceux établis dans l’arrêt Law — un désavantage préexistant, la correspondance avec les caractéristiques réelles, l’effet sur d’autres groupes et la nature du droit touché — peuvent être utiles. Toutefois, il n’est pas nécessaire de les examiner expressément dans tous les cas pour répondre complètement et correctement à la question de savoir si une distinction particulière est discriminatoire . . . [Italiques ajoutés; par. 66.]*

[332] À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. Voici, à ce sujet, la mise en garde faite par la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) :

[TRADUCTION] . . . les pratiques, procédures ou tests en apparence neutres, et même neutres du point de vue de l’intention, ne peuvent être maintenus s’ils ont pour effet de « préserver » le statu quo, à savoir les pratiques d’embauche discriminatoires antérieures. [p. 430]

[333] Le fait de s’attacher, à ce stade, à la question de savoir si l’exclusion du groupe demandeur

# Tab 12

**Loyola High School and  
John Zucchi** *Appellants*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

and

**Canadian Council of Christian Charities,  
Evangelical Fellowship of Canada,  
Christian Legal Fellowship,  
World Sikh Organization of Canada,  
Association of Christian Educators  
and Schools Canada, Canadian Civil  
Liberties Association, Catholic Civil  
Rights League, Association des  
parents catholiques du Québec,  
Faith and Freedom Alliance,  
Association de la communauté copte  
orthodoxe du grand Montréal,  
Faith, Fealty and Creed Society,  
Home School Legal Defence  
Association of Canada,  
Seventh-day Adventist Church in Canada,  
Seventh-day Adventist Church —  
Quebec Conference,  
Corporation archiépiscopale catholique  
romaine de Montréal and Archevêque  
catholique romain de Montréal** *Interveners*

**INDEXED AS: LOYOLA HIGH SCHOOL v.  
QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)**

**2015 SCC 12**

File No.: 35201.

2014: March 24; 2015: March 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

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

*Administrative law — Judicial review — Standard of  
Review — Ministerial discretion — Mandatory ethics  
and religious culture program — Private denominational*

**École secondaire Loyola et  
John Zucchi** *Appellants*

c.

**Procureur général du Québec** *Intimé*

et

**Conseil canadien des œuvres  
de charité chrétiennes,  
Alliance évangélique du Canada,  
Alliance des chrétiens en droit,  
World Sikh Organization of Canada,  
Association of Christian Educators  
and Schools Canada, Association canadienne  
des libertés civiles, Ligue catholique  
des droits de l'homme, Association des  
parents catholiques du Québec,  
Faith and Freedom Alliance,  
Association de la communauté copte  
orthodoxe du grand Montréal,  
Faith, Fealty and Creed Society,  
Home School Legal Defence  
Association of Canada, Église adventiste  
du septième jour au Canada, Église adventiste  
du septième jour — Fédération du Québec,  
Corporation archiépiscopale catholique  
romaine de Montréal et Archevêque  
catholique romain de Montréal** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ÉCOLE SECONDAIRE LOYOLA c.  
QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2015 CSC 12**

N° du greffe : 35201.

2014 : 24 mars; 2015 : 19 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,  
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de  
contrôle — Pouvoir discrétionnaire du ministre — Pro-  
gramme obligatoire d'éthique et de culture religieuse —*

*school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether Minister’s decision proportionately balanced religious freedom with statutory objectives of mandatory program — Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister’s insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program and s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister’s insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program — Whether Minister’s decision limits freedom of religion under s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.*

Loyola High School is a private, English-speaking Catholic high school for boys. It has been administered by the Jesuit Order since the school’s founding in the 1840s. Most of the students at Loyola come from Catholic families.

Since September 2008, as part of the mandatory core curriculum in schools across Quebec, the Minister of Education, Recreation and Sports has required a Program on Ethics and Religious Culture (ERC), which teaches about the beliefs and ethics of different world religions from a neutral and objective perspective.

The stated objectives of the ERC Program are the “recognition of others” and the “pursuit of the common good”. They seek to inculcate in students openness to human rights, diversity and respect for others. To fulfil these objectives, the ERC Program has three components: world religions and religious culture, ethics, and

*Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d’exemption refusée par la ministre — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — La décision de la ministre a-t-elle mis en balance de manière proportionnée la liberté de religion et les objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — Règlement d’application de la Loi sur l’enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d’éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d’exemption refusée par la ministre — L’insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi et de l’art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d’éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d’exemption refusée par la ministre — L’insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — La décision de la ministre restreint-elle la liberté de religion garantie par l’art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12?*

L’école secondaire Loyola est une école secondaire catholique privée de langue anglaise pour garçons. Elle est administrée par l’ordre des Jésuites depuis sa fondation dans les années 1840. La plupart des élèves qui fréquentent cette école sont issus de familles catholiques.

Depuis septembre 2008, le ministre de l’Éducation, du Loisir et du Sport exige que le programme Éthique et culture religieuse (ÉCR) soit intégré aux matières obligatoires pour l’ensemble des écoles du Québec. Dans le cadre de ce programme, on présente, d’un point de vue neutre et objectif, les croyances et l’éthique de diverses religions du monde.

Le programme ÉCR a pour objectifs explicites la « reconnaissance de l’autre » et la « poursuite du bien commun ». Ces objectifs visent à inculquer aux élèves un esprit d’ouverture aux droits de la personne et à la diversité ainsi que le respect de l’autre. Pour réaliser ces objectifs, le programme ÉCR comprend trois volets : les



dialogue. The three components are intended to support and reinforce one another. The orientation of the Program is strictly secular and cultural and requires teachers to be objective and impartial. They are not to advance the truth of a particular belief system or attempt to influence their students' beliefs, but to foster awareness of diverse values, beliefs and cultures. The Program provides a framework that teachers are required to use to help students develop these competencies, but leaves teachers with considerable flexibility in developing their own lessons.

The purpose of the religious culture component is to help students understand the main elements of religion by exploring the socio-cultural contexts in which different religions take root and develop. The purpose of the ethics component is to encourage students to think critically about their own ethical conduct and that of others, as well as about the values and norms that different religious groups adopt to guide their behaviour. The purpose of the dialogue component is to help students develop the skills to interact respectfully with people of different beliefs.

Pursuant to s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, the Minister can grant an exemption from the ERC Program if the proposed alternative program is deemed to be "equivalent". Loyola wrote to the Minister to request an exemption from the Program, proposing an alternative course to be taught from the perspective of Catholic beliefs and ethics. The Minister denied the request based on the fact that Loyola's whole proposed alternative program was to be taught from a Catholic perspective. It was not, as a result, deemed to be "equivalent" to the ERC Program.

Loyola brought an application for judicial review of the Minister's decision. The Superior Court found that the Minister's refusal of an exemption infringed Loyola's right to religious freedom and accordingly granted the application, quashed the Minister's decision, and ordered an exemption. On appeal, the Quebec Court of Appeal concluded that the Minister's decision was reasonable and did not result in any breach of religious freedom. Before this Court, Loyola modified its request to teach the whole program from a Catholic perspective, and was now prepared to teach about the doctrines and practices of other world religions neutrally. But, significantly, it still

religions du monde et le phénomène religieux, l'éthique et le dialogue. Ces trois volets sont censés se compléter et se renforcer l'un l'autre. Le programme a une optique strictement laïque et culturelle et il exige des enseignants qu'ils fassent preuve d'objectivité et d'impartialité. Ils doivent non pas affirmer la vérité d'un système particulier de croyances ou tenter d'influencer les convictions de leurs élèves, mais favoriser la connaissance d'une variété de valeurs, de convictions et de cultures. Bien que le programme constitue un cadre pédagogique que sont tenus de suivre les enseignants pour aider les élèves à acquérir ces compétences, il leur laisse tout de même une latitude considérable pour l'élaboration de leurs leçons.

Le volet du programme relatif au phénomène religieux a pour objet d'aider les élèves à comprendre les principaux éléments de la religion par l'exploration des contextes socioculturels dans lesquels les diverses religions se sont enracinées et se développent. Le volet éthique du programme vise à encourager les élèves à porter un regard critique sur leur propre conduite éthique et sur celle d'autrui, ainsi que sur les valeurs et les normes adoptées par différents groupes religieux pour guider leur conduite. Le volet relatif au dialogue vise à aider les élèves à acquérir des habiletés leur permettant d'interagir de façon respectueuse avec des gens qui ont des convictions différentes.

Suivant l'art. 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, le ministre peut exempter une école du programme ÉCR si le programme de remplacement proposé est jugé « équivalent ». Loyola a écrit à la ministre pour demander à être exemptée du programme et proposer d'enseigner un autre cours du point de vue des convictions et de l'éthique de la religion catholique. La ministre a refusé la demande en raison du fait que l'ensemble du programme de remplacement proposé par Loyola allait être enseigné selon une perspective catholique. Le programme n'a donc pas été jugé « équivalent » au programme ÉCR.

Loyola a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la ministre. La Cour supérieure a conclu que le refus par la ministre d'accorder une exemption portait atteinte au droit à la liberté de religion de cette institution et elle a donc accueilli la demande, annulé la décision de la ministre et ordonné qu'une exemption soit accordée. En appel, la Cour d'appel du Québec a conclu que la décision de la ministre était raisonnable et n'avait pas entraîné d'atteinte à la liberté de religion. Devant la Cour, Loyola a modifié sa demande visant à enseigner l'ensemble du programme selon une perspective catholique. Elle était maintenant disposée à enseigner de façon neutre la doctrine et les rites

wanted to teach about the *ethics* of other religions from a Catholic perspective. The Minister's position remained the same — no part of the program could be taught from a Catholic perspective, including Catholic doctrine and ethics.

*Held:* The Minister's decision requiring that *all* aspects of Loyola's proposed program be taught from a neutral perspective, including the teaching of Catholicism, limited freedom of religion more than was necessary given the statutory objectives. As a result, it did not reflect a proportionate balancing and should be set aside. The appeal is allowed and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

*Per* LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for reviewing discretionary administrative decisions that engage the protections of the *Charter* — both its guarantees and the foundational values they reflect. The discretionary decision-maker is required to proportionately balance the relevant *Charter* protections to ensure that they are limited no more than necessary given the applicable statutory objectives. The reasonableness of the Minister's decision in this case therefore depends on whether it reflected a proportionate balance between the objectives of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola community.

Freedom of religion means that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs. This includes both the individual *and* collective aspects of religious belief. Religious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions.

The context in this case is state regulation of religious schools. This raises the question of how to balance robust protection for the values underlying religious freedom with the values of a secular state. The state has a legitimate interest in ensuring that students in all schools are

d'autres religions du monde. Il importe de le souligner, Loyola souhaitait néanmoins toujours enseigner l'*éthique* d'autres religions selon une perspective catholique. La position de la ministre est demeurée la même — soit qu'aucun aspect du programme ne peut être enseigné suivant une perspective catholique, notamment la doctrine et l'éthique de cette religion.

*Arrêt :* La décision de la ministre selon laquelle *tous* les aspects du programme proposé par Loyola doivent être enseignés d'un point de vue neutre, y compris l'enseignement du catholicisme, a restreint la liberté de religion plus qu'il n'était nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Par conséquent, cette décision n'était pas le fruit d'une mise en balance proportionnée et doit être annulée. Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au ministre pour réexamen.

*Les juges* LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Dans *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour a établi le cadre d'analyse applicable pour contrôler les décisions administratives de nature discrétionnaire qui font intervenir les protections conférées par la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet. Le décideur qui exerce son pouvoir discrétionnaire est tenu de mettre en balance de façon proportionnée les protections pertinentes garanties par la *Charte* pour veiller à ce qu'elles ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi. Pour juger du caractère raisonnable de la décision de la ministre en l'espèce, il faut donc déterminer si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des objectifs de promotion de la tolérance et du respect des différences, d'une part, et de la liberté de religion des membres de la communauté de Loyola, d'autre part.

La liberté de religion signifie que nul ne doit être contraint d'adhérer ou de s'abstenir d'adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses. Cela vise *tant* les aspects individuels *que* les aspects collectifs des convictions religieuses. La liberté de religion au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives.

La réglementation par l'État des écoles confessionnelles constitue le contexte de la présente affaire. Cela soulève la question de savoir comment mettre en balance une protection solide des valeurs qui sous-tendent la liberté de religion et les valeurs d'un État laïque. L'État

capable, as adults, of conducting themselves with openness and respect as they confront cultural and religious differences. A vibrant, multicultural democracy depends on the capacity of its citizens to engage in thoughtful and inclusive forms of deliberation. But a secular state does not — and cannot — interfere with the beliefs or practices of a religious group unless they conflict with or harm overriding public interests. Nor can a secular state support or prefer the practices of one group over another. The pursuit of secular values means respecting the right to hold and manifest different religious beliefs. A secular state respects religious differences, it does not seek to extinguish them.

Loyola is a private Catholic institution. The collective aspects of religious freedom — in this case, the collective manifestation and transmission of Catholic beliefs — are a crucial part of its claim. The Minister's decision requires Loyola to teach Catholicism, the very faith that animates its character, from a neutral perspective. Although the state's purpose is secular, this amounts to requiring a Catholic institution to speak about its own religion in terms defined by the state rather than by its own understanding. This demonstrably interferes with the manner in which the members of an institution formed for the purpose of transmitting Catholicism can teach and learn about the Catholic faith. It also undermines the liberty of the members of the community who have chosen to give effect to the collective dimension of their religious beliefs by participating in a denominational school.

In the Quebec context, where private denominational schools are legal, preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism from its own perspective does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with religious freedom. The Minister's decision suggests that engagement with an individual's own religion on his or her own terms can be presumed to impair respect for others. This assumption led the Minister to a decision that does not, overall, strike a proportionate balance between the *Charter* protections and statutory objectives at stake in this case.

That said, the Minister is not required to permit Loyola to teach about the ethics of other religions from a

un intérêt légitime à s'assurer que les élèves de toutes les écoles seront en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu'ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle dynamique doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens de discuter de manière réfléchie et ouverte. Un État laïque ne s'immisce cependant pas dans les convictions et les pratiques d'un groupe religieux — et ne peut le faire — à moins qu'elles ne soient contraires ou ne portent atteinte à des intérêts publics prépondérants. Il ne peut pas non plus donner son appui ou accorder sa préférence aux pratiques d'un groupe par rapport à celles d'un autre. La poursuite de valeurs laïques implique le respect du droit d'avoir et de professer des convictions religieuses différentes. Un État laïque respecte les différences religieuses; il ne cherche pas à les faire disparaître.

Loyola est une institution catholique privée. Les aspects collectifs de la liberté de religion — dans le cas qui nous occupe, la manifestation et la transmission de la foi catholique — constituent un élément essentiel de l'argumentation de Loyola. La décision de la ministre oblige cette dernière à enseigner le catholicisme, la religion qui constitue son essence même, d'un point de vue neutre. Bien que l'objectif de l'État soit laïque, cette obligation revient à exiger d'un établissement catholique qu'il traite de sa propre religion selon des modalités définies par l'État plutôt que d'après sa propre conception. Cela empêche manifestement sur la manière dont les membres d'une institution dont l'objet même est de transmettre le catholicisme peuvent enseigner et étudier cette religion. Cela porte également atteinte à la liberté des membres de sa communauté qui ont choisi de donner effet à la dimension collective de leurs convictions religieuses en se joignant à une école confessionnelle.

Dans le contexte québécois, où l'existence d'écoles confessionnelles privées est légale, empêcher une école comme Loyola d'enseigner le catholicisme et d'en parler selon sa propre perspective contribue peu à la réalisation des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte à la liberté de religion. La décision de la ministre laisse entendre que, dès lors qu'une personne explique sa religion selon son propre point de vue, on peut tout simplement présumer qu'il y a atteinte au principe du respect d'autrui. Cette prémisse a mené la ministre à prendre une décision qui, prise dans son ensemble, n'atteint pas un équilibre proportionné entre les protections conférées par la *Charte* et les objectifs de la loi en cause en l'espèce.

Cela dit, la ministre n'est pas tenue de permettre à Loyola d'enseigner l'éthique d'autres religions selon

Catholic perspective. The risk of such an approach would be that other religions would necessarily be seen not as differently legitimate belief systems, but as worthy of respect only to the extent that they aligned with the tenets of Catholicism. This contradicts the ERC Program's goals of ensuring respect for different religious beliefs. In a multicultural society, it is not a breach of anyone's freedom of religion to be required to learn (or teach) about the doctrines and ethics of other world religions in a neutral and respectful way. In a religious high school, where students are learning about the precepts of one particular faith throughout their education, it is arguably even more important that they learn, in as objective a way as possible, about other belief systems and the reasons underlying those beliefs.

Teaching the ethical frameworks of other religions in a neutral way may be a delicate exercise, but the fact that there are difficulties in implementation does not mean the state should be asked to throw up its hands and abandon its objectives by accepting a program that frames the discussion of ethics primarily through the moral lens of a school's own religion.

It is the Minister's decision *as a whole* that must reflect a proportionate and therefore reasonable balancing of the *Charter* protections and statutory objectives in issue. Preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism, the core of its identity, in any part of the program from its own perspective, does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with the values underlying religious freedom. The Minister's decision is, as a result, unreasonable.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ.: Loyola, as a religious organization, is entitled to the constitutional protection of freedom of religion. The communal character of religion means that protecting the religious freedom of individuals requires protecting the religious freedom of religious organizations, including religious educational bodies such as Loyola.

The first issue is whether Loyola's freedom of religion was infringed by the Minister's decision. The second issue is whether the Minister's decision — that only a

une perspective catholique. Cette façon de faire poserait le risque que l'on considère les autres religions non pas comme des systèmes de croyances légitimes différents, mais plutôt comme n'étant dignes de respect que dans la mesure où elles correspondent aux préceptes du catholicisme. Cela contredit l'objectif du programme ÉCR qui consiste à assurer le respect de croyances religieuses différentes. Dans une société multiculturelle, le fait d'être obligé d'étudier (ou d'enseigner) la doctrine et l'éthique d'autres religions du monde d'une façon neutre et respectueuse ne saurait constituer une violation de la liberté de religion de qui que ce soit. Dans le cas d'une école secondaire confessionnelle, où les élèves acquièrent des connaissances au sujet des préceptes d'une religion particulière pendant toute la durée de leurs études, on peut prétendre qu'il est encore plus important qu'ils explorent, de façon aussi objective que possible, d'autres systèmes de croyances ainsi que leurs fondements.

Le fait d'enseigner des systèmes éthiques d'autres religions de façon neutre peut constituer un exercice délicat, mais ces difficultés de mise en œuvre ne devraient pas amener l'État à être tenu de s'en laver les mains et de renoncer à ses objectifs en acceptant un programme qui aborde l'étude de l'éthique d'abord et avant tout à travers le prisme moral de la perspective religieuse de l'établissement d'enseignement.

C'est la décision de la ministre *dans son ensemble* qui doit être le reflet d'une mise en balance proportionnée et donc raisonnable des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi en cause. Le fait d'empêcher une école comme Loyola d'enseigner et d'étudier le catholicisme, le cœur de son identité, selon sa propre perspective dans le cadre de l'ensemble du programme contribue peu à l'atteinte des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion. La décision de la ministre est donc déraisonnable.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver : Loyola, en tant qu'organisation religieuse, bénéficie de la protection constitutionnelle relative à la liberté de religion. Étant donné le caractère collectif de la religion, la protection relative à la liberté de religion des individus commande la protection de la liberté de religion des organisations religieuses, y compris les établissements d'enseignement à caractère religieux comme Loyola.

Tout d'abord, il faut déterminer si la décision de la ministre a porté atteinte à cette liberté de religion de Loyola. Ensuite, il faut se demander si cette décision —

purely secular course of study may serve as an equivalent to the ERC Program — limits Loyola's freedom of religion more than reasonably necessary to achieve the goals of the program. However one describes the precise analytic approach taken, the essential question raised by this appeal is whether the Minister's decision limited Loyola's right to religious freedom proportionately — that is, no more than was reasonably necessary.

Loyola proposed an alternative to the ERC Program that takes the following form: (1) Loyola will teach Catholicism from the Catholic perspective, but will teach other religions objectively and respectfully; (2) Loyola will emphasize the Catholic point of view on ethical questions, but will ensure all ethical points are presented on any given issue; and (3) Loyola will encourage students to think critically and engage with their teachers and with each other in exploring the topics covered in the program. Loyola's proposal departs from the generic ERC Program in two key respects. When teaching both Catholicism and ethics, Loyola's teachers would depart from the strict neutrality that the ERC Program requires.

The freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter* is not limited to religious belief, worship and the practice of religious customs. Rather, it extends to conduct more readily characterized as the propagation of, rather than the practice of, religion. Where the claimant is an organization rather than an individual, it must show that the claimed belief or practice is consistent with both its purpose and operation. While an organization itself cannot testify, the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will aid in evaluating this consistency. It is proper to assess the claimed belief or practice in light of objective facts such as the organization's other practices, policies and governing documents. The beliefs and practices of an organization may also reasonably be expected to be less fluid than those of an individual, therefore inquiry into past practices and consistency of position would be more relevant than in the context of a claimant who is a natural person.

This is not a case where the assessment of consistency is difficult, or where there is a reasonable concern that the expressed belief is made in bad faith or for an ulterior

selon laquelle seul un programme d'études purement laïque peut équivaloir au programme ÉCR — porte atteinte à cette liberté plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs du programme. Quelle que soit la façon dont est décrite l'approche analytique précise adoptée, la question essentielle soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la décision de la ministre a restreint le droit à la liberté de religion de Loyola de manière proportionnée — c'est-à-dire, pas plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire de le faire.

Le programme de remplacement proposé par Loyola se présente sous la forme suivante : (1) Loyola enseignerait le catholicisme du point de vue catholique, mais les autres religions de façon objective et avec respect; (2) Loyola insisterait sur le point de vue catholique pour ce qui est des questions d'éthique, mais veillerait à ce que tous les points de vue éthiques soient présentés sur un sujet donné; et (3) Loyola encouragerait les élèves à penser de manière critique et à échanger avec leurs enseignants et entre eux lorsqu'ils exploreraient les thèmes abordés par le programme. La proposition de Loyola s'écarterait du programme ÉCR de référence sous deux aspects essentiels. Les enseignants de Loyola s'écarteraient de la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR dans l'enseignement tant du catholicisme que de l'éthique.

La liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte* ne se limite pas aux convictions religieuses, au culte et à la pratique de coutumes religieuses. En effet, elle englobe des actes qui participent davantage de la propagation de la foi que de la pratique religieuse. Lorsque le demandeur est une organisation plutôt qu'une personne physique, il doit démontrer que la croyance ou la pratique qu'il revendique s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités. Bien qu'une organisation ne puisse elle-même témoigner, la crédibilité des dirigeants et des représentants qui témoigneront en son nom aidera à apprécier la conformité de cette croyance ou pratique avec sa mission et ses activités. Il convient d'évaluer la croyance ou la pratique revendiquées à la lumière de faits objectifs tels que les autres pratiques de l'organisation, ses politiques et ses documents constitutifs. On peut également raisonnablement s'attendre à ce que les croyances et les pratiques d'une organisation soient moins fluides que celles d'une personne physique. L'examen des pratiques antérieures et de la constance des positions jouerait donc un rôle plus important dans le cas d'une organisation que dans celui d'une personne physique.

Il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle l'appréciation de la conformité pose problème ou dans laquelle il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de ce que la



purpose. Having found that Loyola's belief in its religious obligation to teach Catholicism and ethics from a Catholic perspective is consistent with its organizational purpose and operation, it is evident that the Minister's denial of an exemption from the ERC Program — which has the effect of requiring Loyola to teach its entire ethics and religion program from a neutral, secular perspective — infringes Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(a) of the *Charter*.

The government bears the burden of showing that the Minister's insistence on a purely secular program of study to qualify for an exemption limited Loyola's religious freedom no more than reasonably necessary to achieve the ERC Program's goals. There is nothing inherent in the ERC Program's objectives (recognition of others and pursuit of the common good) or competencies (world religions, ethics, and dialogue) that requires a cultural and non-denominational approach. As the legislative and regulatory scheme demonstrates, the intention of the government was to allow religious schools to teach the ERC Program without sacrificing their own religious perspectives. This goal is entirely realistic. A program of purely denominational instruction designed primarily to indoctrinate students to the correctness of certain religious precepts would not achieve the objectives of the ERC Program; however, a balanced curriculum, taught from a religious perspective but with all viewpoints presented and respected, could serve as an equivalent to the ERC Program. To the extent Loyola's proposal meets these criteria, it should not have been rejected out of hand.

There is unquestionably a role for the Minister to examine proposed programs on a case-by-case basis to ensure that they adequately further the objectives and competencies of the ERC Program. In certain cases, the result may be that the religious freedoms of private schools are subject to justifiable limitations. Here, however, the Minister adopted a definition of equivalency that essentially read this meaningful individualized approach out of the legislative and regulatory scheme. By using as her starting point the premise that only a secular approach to teaching the ERC Program can suffice as equivalent, the protection contemplated by the exemption provision at issue was rendered illusory.

croissance est exprimée de mauvaise foi ou dans un but inavoué. Comme nous avons conclu que la croyance de Loyola suivant laquelle elle est tenue, sur le plan religieux, d'enseigner le catholicisme et l'éthique selon une perspective catholique est conforme à sa mission et à ses activités, force est de constater que le refus de la ministre d'exempter cet établissement du programme ÉCR — qui a pour effet de l'obliger à enseigner l'ensemble de son programme d'éthique et de religion d'un point de vue neutre et non confessionnel — porte atteinte à sa liberté de religion en contravention de l'al. 2a) de la *Charte*.

C'est au gouvernement de faire la preuve que l'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme d'études soit purement laïque pour qu'une exemption puisse être accordée ne restreint le droit à la liberté de religion de Loyola pas plus qu'il est raisonnable de le faire pour atteindre les objectifs du programme ÉCR. Il n'y a rien d'inhérent aux objectifs du programme ÉCR (reconnaissance des autres et poursuite du bien commun) ou aux compétences qu'il vise à inculquer aux élèves (religions dans le monde, éthique et dialogue) qui exige que l'on adopte une démarche culturelle et non confessionnelle. Comme le démontre le régime législatif et réglementaire, l'intention du gouvernement était de permettre aux écoles confessionnelles d'enseigner le programme ÉCR sans sacrifier pour autant leurs propres conceptions religieuses. Cet objectif est tout à fait réaliste. Un programme d'enseignement purement confessionnel conçu d'abord et avant tout pour inculquer aux élèves le bien-fondé de certains préceptes religieux n'atteindrait pas les objectifs du programme ÉCR; toutefois, un ensemble de matières équilibré enseigné d'un point de vue religieux, mais qui présenterait et respecterait tous les points de vue pourrait constituer un cours équivalent au programme ÉCR. Dans la mesure où la proposition de Loyola satisfait à ces critères, elle n'aurait pas dû être rejetée d'emblée.

On ne peut nier que le ministre est notamment chargé d'examiner au cas par cas les programmes proposés pour s'assurer qu'ils favorisent de façon adéquate la réalisation des objectifs du programme ÉCR et l'apprentissage des compétences qu'il vise à atteindre. Dans certains cas, il se pourrait que la liberté de religion des écoles privées fasse l'objet de restrictions justifiées. En l'espèce, toutefois, la ministre a adopté une définition de l'équivalence qui a essentiellement eu pour effet de faire déborder du cadre du régime législatif et réglementaire une méthode individualisée par ailleurs valable. En utilisant comme point de départ la prémisse que seule une démarche non confessionnelle d'enseignement du programme ÉCR pouvait être considérée équivalente, la ministre a rendu illusoire la protection envisagée par la disposition d'exemption en cause.

The legislative and regulatory scheme is designed to be flexible and to permit private schools to deviate from the generic ERC Program, so long as its objectives are met. The Minister's definition of equivalency casts this intended flexibility in the narrowest of terms, and limits deviation to a degree beyond that which is necessary to ensure the objectives of the ERC Program are met. This led to a substantial infringement on Loyola's religious freedom. In short, the Minister's decision was not minimally impairing. Therefore, it cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on Loyola's s. 2(a) right to religious freedom.

Determining whether a proposed program is sufficiently equivalent to the generic ERC Program is a fact-based exercise. In the context of the present case, Loyola's teachers must be permitted to describe and explain Catholic doctrine and ethical beliefs from the Catholic perspective. Loyola's teachers must describe and explain the ethical beliefs and doctrines of other religions in an objective and respectful way. Loyola's teachers must maintain a respectful tone of debate, but where the context of the classroom discussion requires it, they may identify what Catholic beliefs are, why Catholics follow those beliefs, and the ways in which other ethical or doctrinal propositions do not accord with those beliefs.

This Court is empowered by s. 24(1) of the *Charter* to craft an appropriate remedy in light of all of the circumstances. It is neither necessary nor just to send this matter back to the Minister for reconsideration, further delaying the relief Loyola has sought for nearly seven years. Based on the application judge's findings of fact, and considering the record and the submissions of the parties, the only constitutional response to Loyola's application for an exemption would be to grant it.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **considered:** *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Multani v. Commission scolaire*

Le régime législatif et réglementaire est conçu pour être flexible et pour permettre aux établissements d'enseignement privés de déroger au programme ÉCR de référence à condition d'en respecter les objectifs. La définition de l'équivalence retenue par la ministre exprime la souplesse prévue par le régime réglementaire de la façon la plus restrictive possible et limite les dérogations plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour assurer l'atteinte des objectifs du programme ÉCR. Cette façon de procéder s'est traduite par une atteinte grave à la liberté de religion de Loyola. Bref, la décision de la ministre ne constituait pas une atteinte minimale. Elle ne peut donc se justifier en application de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable au droit à la liberté de religion garanti à Loyola par l'al. 2a).

Déterminer si un programme proposé est suffisamment équivalent au programme ÉCR de référence suppose de procéder à une analyse axée sur les faits. Dans le contexte de la présente affaire, les enseignants de Loyola seront autorisés à exposer et à expliquer la doctrine et les croyances éthiques catholiques du point de vue catholique. Les enseignants de Loyola devront exposer et expliquer les croyances et les doctrines éthiques des autres religions de manière objective et respectueuse. Les enseignants de Loyola devront s'assurer que le débat a lieu dans un climat de respect, mais, lorsque le contexte de la discussion en classe l'exigera, ils pourront préciser en quoi consistent les convictions catholiques, les raisons pour lesquelles les catholiques y adhèrent et les raisons pour lesquelles d'autres propositions éthiques ou doctrinales sont incompatibles avec ces convictions.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* habilite la Cour à déterminer la réparation appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et il ne serait pas juste de le faire puisque cela aurait pour effet de retarder encore plus la réparation que Loyola réclame depuis presque sept ans. Eu égard aux conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et compte tenu du dossier et des observations des parties, la seule réponse à la demande d'exemption de Loyola qui soit conforme à la Constitution consiste à lui donner une suite favorable.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêt examiné :** *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Multani c.*

protections at stake and the relevant statutory mandate: *Doré*, at para. 57. Reasonableness review is a contextual inquiry: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18. In the context of decisions that implicate the *Charter*, to be defensible, a decision must accord with the fundamental values protected by the *Charter*.

[38] The *Charter* enumerates a series of guarantees that can only be limited if the government can justify those limitations as proportionate. As a result, in order to ensure that decisions accord with the fundamental values of the *Charter* in contexts where *Charter* rights are engaged, reasonableness requires proportionality: *Doré*, at para. 57. As Aharon Barak noted, “Reasonableness in [a strong] sense strikes a proper balance among the relevant considerations, and it does not differ substantively from proportionality”: “Proportionality (2)”, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, eds., 738, at p. 743.

[39] The preliminary issue is whether the decision engages the *Charter* by limiting its protections. If such a limitation has occurred, then “the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play”: *Doré*, at para. 57. A proportionate balancing is one that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. Such a balancing will be found to be reasonable on judicial review: *Doré*, at paras. 43-45.

[40] A *Doré* proportionality analysis finds analytical harmony with the final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a

fruit d’une mise en balance proportionnée des protections en jeu conférées par la *Charte*, d’une part, et du mandat pertinent conféré par la loi, d’autre part : *Doré*, par. 57. L’appréciation du caractère raisonnable d’une décision constitue une analyse contextuelle : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18. Pour être défendable, une décision mettant en cause la *Charte* doit être conforme aux valeurs fondamentales garanties par ce texte.

[38] La *Charte* énumère une série de garanties qui ne peuvent être restreintes que si le gouvernement peut démontrer que ces restrictions sont proportionnées. En conséquence, pour qu’une telle décision soit conforme aux valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* lorsque sont en cause des droits que protègent cette dernière, la raisonabilité commande la proportionnalité : *Doré*, par. 57. Comme l’a souligné Aharon Barak, [TRADUCTION] « [l]a raisonabilité [au sens fort du terme] établit un juste équilibre entre les considérations pertinentes, et ne diffère pas substantiellement de la proportionnalité » : « Proportionality (2) », dans *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld et Andrés Sajó, dir., 738, p. 743.

[39] La question préliminaire consiste à déterminer si la décision fait intervenir la *Charte* en restreignant les protections que confère cette dernière. En présence d’une telle restriction, « il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » : *Doré*, par. 57. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause. Une telle mise en balance sera jugée raisonnable dans le cadre d’un contrôle judiciaire : *Doré*, par. 43-45.

[40] L’analyse de la proportionnalité prescrite par l’arrêt *Doré* s’harmonise avec les étapes finales du cadre d’analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour



# Tab 13

**Chief Sheldon Taypotat, Michael Bob,  
Janice McKay, Iris Taypotat and  
Vera Wasacase as Chief and Council  
Representatives of the Kahkewistahaw  
First Nation** *Appellants*

v.

**Louis Taypotat** *Respondent*

**INDEXED AS: KAHKEWISTAHAW FIRST NATION  
v. TAYPOTAT**

**2015 SCC 30**

File No.: 35518.

2014: October 9; 2015: May 28.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF AP-  
PEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Elections — Eligibility requirements — Kahkewistahaw Election Act requires that candidates for Chief or Band Councillor have Grade 12 education — Whether education requirement violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Kahkewistahaw Election Act, s. 9.03(c).*

In the 1996 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, education was identified as a top priority for promoting collective and individual well-being in Aboriginal communities, and for helping those communities prepare to assume the complete range of responsibilities associated with self-government. In response to these goals — promoting good governance and encouraging education — the Kahkewistahaw First Nation in Saskatchewan spent 13 years developing an Election Code which included a Grade 12 education requirement for candidates who wished to be Chief or a Band Councillor. Louis Taypotat, who had been Chief for most of the previous three decades, was 76 years old and had a Grade 10 education. Despite the fact that he was Chief for much of the consultation process that led to the development of the new Election Code, he challenged the process, his disqualification and the constitutionality of the Grade 12 requirement. Only the constitutional issue is before this Court. His argument was that the Grade 12

**Chef Sheldon Taypotat, Michael Bob,  
Janice McKay, Iris Taypotat et Vera Wasacase  
en tant que chef et représentants  
du conseil de la Première Nation de  
Kahkewistahaw** *Appellants*

c.

**Louis Taypotat** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DE  
KAHKEWISTAHAW c. TAYPOTAT**

**2015 CSC 30**

N° du greffe : 35518.

2014 : 9 octobre; 2015 : 28 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections — Conditions d'éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12<sup>e</sup> année — L'exigence en matière d'éducation viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03(c).*

Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l'éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l'éventail complet des responsabilités liées à l'autonomie gouvernementale. En réponse à ces objectifs — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l'éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme condition d'éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12<sup>e</sup> année. Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, était âgé de 76 ans et possédait une 10<sup>e</sup> année. Malgré le fait qu'il avait été chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l'élaboration du nouveau code électoral, M. Taypotat a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la

educational requirement violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because “educational attainment is analogous to race and age” for the purposes of s. 15(1). In the Federal Court, de Montigny J. dismissed the application. The Federal Court of Appeal allowed the appeal. The grounds on which it based its decision, age and residence on a reserve, were not pleaded.

*Held:* The appeal should be allowed and the decision of de Montigny J. restored.

The approach to s. 15 was most recently set out in *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 319-47. It requires a flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. The focus of s. 15 is on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual’s membership in an enumerated or analogous group. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with substantive equality.

The first part of the s. 15 analysis asks whether a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned 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.

To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim.

While facially neutral qualifications like education requirements may well be a proxy for, or mask, a discriminatory impact, this case falls on the absence of any evidence linking the requirement to a disparate impact on

constitutionnalité de l’exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12<sup>e</sup> année. Seule la question constitutionnelle reste à trancher par la Cour. Selon les prétentions de M. Taypotat, le fait d’exiger un niveau de scolarité de 12<sup>e</sup> année violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce que « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l’âge » pour l’application du par. 15(1). En Cour fédérale, le juge de Montigny a rejeté la demande. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel. Les motifs sur lesquels cette dernière a fondé sa décision, soit l’âge et le fait de résider dans une réserve, n’ont pas été plaidés.

*Arrêt :* L’appel est accueilli et la décision du juge de Montigny est rétablie.

L’approche relative à l’art. 15 a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Elle exige une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. L’article 15 vise les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. L’analyse fondée sur le par. 15(1) porte donc sur l’égalité réelle.

Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes.

Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande.

Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire dépend du fait qu’il n’existe pas le moindre

members of an enumerated or analogous group. There is virtually no evidence about the relationship between age, residency on a reserve, and education levels in the Kahkewistahaw First Nation. Nor is there any evidence about the effect of the education provisions on older community members, on community members who live on a reserve, or on individuals who belong to both of these groups. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve.

Statistical evidence is not always required to establish that a facially neutral law infringes s. 15. In some cases, the disparate impact on an enumerated or analogous group will be apparent and immediate. The evidence in this case, however, does not point to any such link between the education requirement and a disparate impact on the basis of an enumerated or analogous ground. While the evidentiary burden need not be onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. Accordingly, the education provisions in the *Kahkewistahaw Election Act* do not represent a *prima facie* violation of s. 15.

### Cases Cited

**Applied:** *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; **referred to:** *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; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *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; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5.  
*Kahkewistahaw Election Act* [en. pursuant to the *Order Amending the Indian Bands Council Elections Order (Kahkewistahaw)*, SOR/2011-49], ss. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).

élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu'elle aurait sur les membres d'un groupe énuméré ou analogue. Nous ne disposons pratiquement d'aucun élément de preuve quant aux rapports entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kahkewistahaw. Nous ne disposons non plus d'aucun élément de preuve au sujet de l'effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve.

Il n'est pas toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi, neutre à première vue, contrevient à l'art. 15. Dans certains cas, l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l'espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l'exigence en matière d'éducation et un impact distinct sur la base d'un motif énuméré ou analogue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. En conséquence, les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ne constituent pas à première vue une violation des droits garantis par l'art. 15.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; **arrêts mentionnés :** *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; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *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; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), titre VII.  
*Kahkewistahaw Election Act* [éd. en vertu de l'Arrêté modifiant l'Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes (*Kahkewistahaw*), DORS/2011-49], art. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.

*because of his or her membership in an enumerated or analogous group*”: para. 331 (emphasis added).

[17] This Court has repeatedly confirmed that s. 15 protects substantive equality: *Quebec v. A*, at para. 325; *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2; *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 16; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. As McIntyre J. observed in *Andrews*, such an approach rests on the idea that not every difference in treatment will necessarily result in inequality and that identical treatment may frequently produce serious inequality: p. 164.

[18] The focus of s. 15 is therefore on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual’s membership in an enumerated or analogous group: *Andrews*, at pp. 174-75; *Quebec v. A*, at para. 331. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with the social and economic context in which a claim of inequality arises, and with the effects of the challenged law or action on the claimant group: *Quebec v. A*, at para. 331.

[19] The first part of the s. 15 analysis therefore asks whether, on its face or in its impact, a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. Limiting claims to enumerated or analogous grounds, which “stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination”, screens out those claims “having nothing to do with substantive equality and helps keep the focus on equality for groups that are disadvantaged in the larger social and economic context”: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8; Lynn Smith and William Black, “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 336. Claimants may frame

un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, *du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue* » (par. 331 (italiques ajoutés)).

[17] La Cour a confirmé à maintes reprises que l’art. 15 protège l’égalité réelle (*Québec c. A*, par. 325; *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 16; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. Ainsi que le juge McIntyre l’a fait observer dans l’arrêt *Andrews*, cette approche repose sur l’idée que toute différence de traitement ne produira pas forcément une inégalité et qu’un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités (p. 164).

[18] L’article 15 vise donc les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue (*Andrews*, p. 174-175; *Québec c. A*, par. 331). L’analyse à laquelle on procède pour l’application du par. 15(1) s’intéresse donc au contexte social et économique dans lequel s’inscrit la plainte d’inégalité et aux effets de la loi ou de l’acte contesté sur le groupe demandeur (*Québec c. A*, par. 331).

[19] Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Limiter les demandes à celles fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui « constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » —, permet d’écarter « les demandes [TRA-DUCTION] qui n’ont rien à voir avec l’égalité réelle et de mettre l’accent sur l’égalité dans le cas de groupes qui sont défavorisés dans un contexte social et économique plus large » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*,

their claim in terms of one protected ground or several, depending on the conduct at issue and how it interacts with the disadvantage imposed on members of the claimant's group: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 37.

[20] The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned 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:

The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. If the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory. [*Quebec v. A*, at para. 332]

[21] To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim, but “evidence that goes to establishing a claimant’s historical position of disadvantage” will be relevant: *Withler*, at para. 38; *Quebec v. A*, at para. 327.

[22] The question in this case is which “enumerated or analogous group” faces discrimination, and whether Mr. Taypotat has established that the education requirement set out in the *Kahkewistahaw Election Act* has a disproportionate effect on the members of any such group.

[23] There is no question that education requirements for employment could, in certain circumstances, be shown to have a discriminatory impact in violation of s. 15. In *Griggs v. Duke Power Co.*, 401

[1999] 2 R.C.S. 203, par. 8; Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 336). Le demandeur peut fonder son allégation sur un ou sur plusieurs motifs, selon l’acte de l’État en cause et son interaction avec le désavantage infligé aux membres du groupe dont il fait partie (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 37).

[20] Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accroître le désavantage dont ils sont victimes :

À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. [*Québec c. A*, par. 332]

[21] Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande, mais « les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé » seront pertinents (*Withler*, par. 38; *Québec c. A*, par. 327).

[22] Il s’agit en l’espèce de déterminer quel « groupe énuméré ou analogue » est victime de discrimination et si M. Taypotat a démontré que l’exigence relative au niveau de scolarité prévue par la *Kahkewistahaw Election Act* a un effet disproportionné sur les membres de ce groupe.

[23] Incontestablement, il serait possible de démontrer que le niveau de scolarité requis pour un emploi peut, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire en violation de l’art. 15. Dans l’arrêt



[26] In *R. v. Mian*, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 41, this Court clarified that an appellate court may only raise new issues on its own initiative when failing to do so would risk an injustice. The court must also be satisfied that there is a “sufficient basis in the record on which to resolve the issue”: para. 51. The Federal Court of Appeal’s decision to raise the issue of residence on a reserve on its own initiative is particularly troubling because “residence on a reserve” has not been recognized as an analogous ground for the purposes of s. 15. *Corbiere* recognized *off-reserve* residence as an analogous ground, but declined to address whether residence on a reserve would similarly trigger the protection of s. 15: paras. 6 and 62. The Court’s recognition of off-reserve residence as an analogous ground in *Corbiere* relied in part on the argument that First Nations people living off-reserve have experienced unique disadvantages relative to community members living on a reserve and that, for many, the decision to live off-reserve was either forced or heavily constrained. With respect, I would be reluctant to impose a simple mirror inference without argument or evidence from the parties.

[27] In this case, there was no factual record to support deciding the appeal as a violation of the s. 15 rights of community members who live on a reserve. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve. The only evidence on the record dealing with education and residence on a reserve covers First Nations persons between 20 and 24 in Saskatchewan as a whole. The data does not address education levels among other age groups: John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (online) (the “C.D. Howe Report”), at p. 4.

[26] Dans l’arrêt *R. c. Mian*, [2014] 2 R.C.S. 689, la Cour a précisé qu’une juridiction d’appel ne peut soulever une nouvelle question de sa propre initiative que si son omission de le faire risquait d’entraîner une injustice (par. 41). La cour doit également être convaincue « qu’il y a suffisamment d’éléments au dossier pour la trancher » (par. 51). La décision de la Cour d’appel fédérale de soulever la question du fait de résider dans la réserve de son propre chef est particulièrement troublante parce que « le fait de résider dans une réserve » n’a pas été reconnu comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15. Dans l’arrêt *Corbiere*, la Cour a reconnu que le fait de vivre *hors réserve* constituait un motif analogue, mais a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le fait de vivre dans une réserve déclencherait également la protection de l’art. 15 (par. 6 et 62). La décision de la Cour de reconnaître la résidence hors réserve comme motif analogue dans l’arrêt *Corbiere* reposait en partie sur l’argument suivant lequel les membres des Premières Nations vivant hors réserve avaient subi des désavantages uniques par rapport aux membres de la collectivité vivant dans les réserves et que, pour bon nombre d’entre eux, la décision de vivre hors réserve avait été imposée ou avait été prise à contrecœur. En toute déférence, j’hésiterais à imposer une simple inférence identique sans disposer d’argument ou de preuve présentés par les parties.

[27] En l’espèce, le dossier factuel ne permettait pas de trancher l’appel sous l’angle d’une violation des droits garantis par l’art. 15 aux membres de la collectivité vivant dans une réserve. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve. Les seuls éléments de preuve au dossier qui ont trait au niveau de scolarité et au fait de résider dans une réserve traitent des autochtones âgés de 20 à 24 ans qui vivent dans l’ensemble de la Saskatchewan. Les données sont muettes quant au niveau d’instruction des membres des autres groupes d’âge. (John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (en ligne) (le « rapport de l’Institut C.D. Howe »), p. 4.)

# Tab 14



**Canadian Human  
Rights Tribunal**



**Tribunal canadien  
des droits de la personne**

**Citation:** 2016 CHRT 2

**Date:** January 26, 2016

**File No.:** T1340/7008

**Between:**

**First Nations Child and Family Caring Society of Canada**

**- and -**

**Assembly of First Nations**

**Complainants**

**- and -**

**Canadian Human Rights Commission**

**Commission**

**- and -**

**Attorney General of Canada**

**(Representing the Minister of Indian Affairs and Northern Development Canada)**

**Respondent**

**- and -**

**Chiefs of Ontario**

**- and -**

**Amnesty International**

**Interested Parties**

**Decision**

**Members:** Sophie Marchildon and Edward Lustig

to take positive steps to ensure that disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public” (see *Eldridge* at para. 78).

[401] In *Eldridge*, the issue was whether the failure to provide sign language interpreters for hearing impaired persons as part of a publicly funded scheme for the provision of medical care was in violation of section 15 of the *Charter*. The Supreme Court held that discrimination stemmed from the actions of subordinate authorities, such as hospitals, who acted as agents of the government in providing the medical services set out in legislation. However, the Legislature, in defining its objective as guaranteeing access to a range of medical services, could not evade its obligations under section 15 of the *Charter* to provide those services without discrimination by appointing hospitals to carry out that objective. The medical care system applied equally to the entire population of the province, but the lack of interpreters prevented hearing impaired persons from benefitting from the system to the same extent as hearing persons. The legislation was discriminatory because it had the effect of denying someone the equal protection or benefit of the law.

[402] In determining whether there has been discrimination in a substantive sense, the analysis must also be undertaken in a purposive manner “...taking into account the full social, political and legal context of the claim” (see *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 SCR 497 at para. 30). For Aboriginal peoples in Canada, this context includes a legacy of stereotyping and prejudice through colonialism, displacement and residential schools (see *R. v. Turpin*, [1989] 1 SCR 1296 at p. 1332; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 SCR 203 at para. 66; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 SCR 950 at para. 69; *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483 at para. 59; and, *R. v. Ipeelee*, [2012] 1 S.C.R. 433 at para. 60).

[403] In providing the benefit of the FNCFS Program and the other related provincial/territorial agreements, AANDC is obliged to ensure that its involvement in the provision of child and family services does not perpetuate the historical disadvantages endured by Aboriginal peoples. If AANDC’s conduct widens the gap between First Nations and the rest of Canadian society rather than narrowing it, then it is discriminatory (see *A* at para. 332; and, *Eldridge* at para. 73).

# Tab 15

Editors' note: Erratum released September 18, 2006. Original judgment has been corrected, with text of erratum appended.

**NOVA SCOTIA COURT OF APPEAL**

**Citation:** Dalhousie Legal Aid Service v. Nova Scotia Power Inc.,  
2006 NSCA 74

**Date:** 20060620

**Docket:** CA 248695

**Registry:** Halifax

2006 NSCA 74 (CanLII)

**Between:**

Dalhousie Legal Aid Service

Appellant

v.

Nova Scotia Power Inc.

Respondent

**Judge(s):** Saunders, Freeman and Fichaud, JJ.A.

**Appeal Heard:** May 29, 2006, in Halifax, Nova Scotia

**Held:** Appeal is dismissed without costs, per reasons for judgment of Fichaud, J.A.; Saunders and Freeman, JJ.A. concurring.

**Counsel:** Claire McNeil and Vincent Calderhead, for the appellant  
Daniel Campbell, Q.C., for the respondent  
Richard Melanson, for Nova Scotia Utility and Review Board  
Stephen McGrath, for the Attorney General of Nova Scotia

Reasons for judgment:

[1] Nova Scotia Power applied to the Utility and Review Board for a rate increase. Dalhousie Legal Aid intervened and requested that the Board approve a program featuring power rate credits for low income customers. The Board declined. The Board was of the view that the legislation did not authorize the Board to reduce power rates based on the income level of the customer. Dalhousie Legal Aid appeals. The issue is whether the Board committed reviewable error by concluding that it had no statutory authority to adopt a rate assistance program for low income customers.

***Background***

[2] Nova Scotia Power Incorporated (“NSP”) produces and supplies electrical energy. As of December 31, 2003, NSP served approximately 460,000 customers throughout Nova Scotia. NSP is the successor to the Nova Scotia Power Corporation, a Crown corporation that was privatized in 1992. In January 1999, NSP became the principal subsidiary of what is now Emera Incorporated.

[3] NSP is a public utility regulated under the *Public Utilities Act* RSNS 1989, c. 380, as amended. Section 64(1) reads:

64 (1) No public utility shall charge, demand, collect or receive any compensation for any service performed by it until such public utility has first submitted for the approval of the Board a schedule of rates, tolls and charges and has obtained the approval of the Board thereof.

The “Board” is the Nova Scotia Utility and Review Board, created by the *Utility and Review Board Act* SNS 1992, c. 11, as amended (“*URB Act*”).

[4] In May 2004 NSP filed with the Board an application for approval of increased rates, followed by a revised application in June 2004. The application would have resulted in an average overall increase of 12.4% for all classes of customer.

[5] The Board gave notice by advertisement as provided in s. 86 of the *Public Utilities Act*. Thirty-seven intervenors responded. One intervenor was the appellant Dalhousie Legal Aid Service (“DLA”).

[24] With respect, the factum's submission misinterprets s. 67(1). The provision refers to "substantially similar circumstances and conditions *in respect of service of the same description.*" To justify a rate difference, the relevant dissimilarity is not in customers' incomes. It is in the service from NSP. The Board accepted, and there is no basis to question, that NSP provides substantially similar electrical service whatever the domestic customer's income.

[25] Section 67(1) is mandatory. The rates and charges "shall always . . . be charged equally" to persons of similar circumstances and conditions in respect of service. The statute does not endow the Board with discretion to consider the social justice of reduced rates for low income customers. It is not for the Board or this court to read into s. 67(1) the words:

. . . similar circumstances and conditions in respect of *the income level of customers and* service of the same description,

It is for the Legislature to decide whether to expand the Board's purview with the italicized words.

[26] This point is illustrated by *Allstream Corp. v. Bell Canada*, 2005 FCA 247, cited by DLA. The Federal Court of Appeal upheld the decision of the CRTC to provide low rates to schools and municipalities for fibre optic service. DLA's factum says:

This case stands for the proposition that the jurisdiction to regulate utilities *includes* non cost-based rates and by analogy would include programs similar to a rate assistance program for low income consumers. [emphasis in original]

[27] I disagree with DLA's measure of *Allstream's* reach. The Federal Court of Appeal said:

34. ... It is apparent that the Commission was greatly concerned about the effect of a denial of services on the communities concerned and the dislocation of complex equipment and facility configurations at a significant cost and to the detriment of school boards and municipalities in the relevant areas and that such concerns outweighed, in its view, Bell's failure to seek prior approval of these rates. These are considerations that a specialized board can entertain and weigh relative to other considerations. It is true that these considerations are not purely economic in the sense referred to by the appellant such as costs, investment, allowance for necessary working capital, rate of return, etc. These considerations,

however, are *part of the Commission's wide mandate under section 7*, a mandate it alone possesses and are quite distinct from the grant of a rate under paragraph 27(6)(b) of the Act, a power the Commission did not invoke. [emphasis added]

*Section 47(a) of the Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 directed the CRTC to implement the telecommunications policy objectives from s. 7. Those included enriching the “social and economic fabric”, rendering “affordable” and “accessible” service, and responding to “the economic and social requirements of users.” [legislation quoted in ¶ 10 of *Allstream*]. Nova Scotia’s Utility and Review Board has no such statutory mandate.

[28] The grammatical and ordinary interpretation of s. 67(1), outlined above, is consistent with the statutory context, scheme and object of the *Act*, and intention of the Legislature.

[29] The *Act* connects the Board’s rate-making to NSP’s “service”. Section 2(f) of the *Public Utilities Act* defines “service” as including:

(iii) the production, transmission, delivery or furnishing to or for the public by a public utility for compensation of electrical energy for purposes of heat, light and power,

Section 44 authorizes the Board to make rates “for services rendered or facilities provided”. Section 52 requires the public utility to “furnish services and facilities that are adequate, just and reasonable”. Section 64(1) prohibits the utility from charging compensation for any “service” until the Board has approved the rate for that service. Section 107, entitled “offence and penalty for unjust discrimination”, prohibits the utility from charging “for any service” a rate that is higher or lower than charged to any other person “for a like and contemporaneous service”.

[30] Section 73 of the *Public Utilities Act* allows preferential rates for

(3) . . . a senior citizens club, service club, volunteer fire department, a Royal Canadian Legion, community hall or recreational facility owned by a community and used for general community purposes, a charitable or religious organization or institution . . .

and authorizes the Lieutenant Governor-in-Council to extend this list by order-in-council.

[31] The legislative context ties the Board's rate levels to the utility's services. The Legislature enacts, or assigns to order-in-council, non-compliant rates for specific classes of customer based on social criteria.

[32] The Board sets rates for a utility that has a virtual monopoly on the supply of electric power. The Board's decision discusses this process: (2005 NSUARB 27)

[17] . . . NSPI is not like an unregulated retailer. It is a virtual monopoly which operates its business on a cost-of-service basis. Providing electricity to all communities in the Province was not (and likely still is not) financially feasible for private, competitive companies. For that reason, the Province's electric service supplier is a cost-of-service monopoly. In return for undertaking and continuing the costs of electrification of the Province, the utility is permitted, under the *Act*, to recover the reasonable and prudent costs of providing the service. Because it is a monopoly, regulation operates as a surrogate for competition. One of the regulator's tasks is to balance the need for the Utility to recover its reasonable and prudent costs with the need to ensure that ratepayers are charged fair and reasonable rates.

[18] It is in the interests of all Nova Scotians to ensure that NSPI continues to be a stable and financially sound company. This is a reality which the Board must consider when determining what, if any, rate increase is warranted.

[19] In short, rates charged to customers are based on costs incurred by the Utility in providing service. If the Board finds certain costs to be imprudent or unreasonable, it can (and has) disallowed such expenditures and reduced proposed rate increases accordingly.

[33] I agree with this portrayal of the background to the Board's rate-making function. The Board's regulatory power is a proxy for competition, not an instrument of social policy.

[34] DLA points to the Board's approval of rates that prefer large industrial power customers. In *Re Nova Scotia Power Inc.*, [2000] NSURBD No. 72, the Board approved NSP's application for a load retention rate. This rate would be determined between the individual customer and NSP, then submitted to the Board for approval. Paragraph 5 of the Board's decision describes the features of NSP's proposed load retention rate:



# Tab 16

**Mavis Baker** *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and Immigration** *Respondent*

and

**The Canadian Council of Churches, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, the Canadian Council for Refugees, and the Charter Committee on Poverty Issues** *Interveners*

INDEXED AS: BAKER v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

File No.: 25823.

1998: November 4; 1999: July 9.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Children's interests — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Application denied without hearing or formal reasons — Whether procedural fairness violated — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1), 114(2) — Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44, s. 2.1 — Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3, 9, 12.*

*Administrative law — Procedural fairness — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Whether participatory rights accorded consistent with duty of procedural fairness — Whether failure to provide reasons violated principles of procedural fairness — Whether reasonable apprehension of bias.*

**Mavis Baker** *Appelante*

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** *Intimé*

et

**Le Conseil canadien des églises, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada, le Conseil canadien pour les réfugiés et le Comité de la Charte et des questions de pauvreté** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BAKER c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 25823.

1998: 4 novembre; 1999: 9 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Intérêts des enfants — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Demande rejetée sans audience ni motifs écrits — Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(1), 114(2) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44, art. 2.1 — Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3, 9, 12.*

*Droit administratif — Équité procédurale — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale? — Le défaut d'exposer les motifs de décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale? — Y a-t-il une crainte raisonnable de partialité?*

*Courts — Appellate review — Judge on judicial review certifying question for consideration of Court of Appeal — Legal effect of certified question — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1).*

*Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Standard of review of humanitarian and compassionate decision — Best interests of claimant's children — Approach to be taken in reviewing humanitarian and compassionate decision where children affected.*

*Administrative law — Review of discretion — Approach to review of discretionary decision making.*

The appellant, a woman with Canadian-born dependent children, was ordered deported. She then applied for an exemption, based on humanitarian and compassionate considerations under s. 114(2) of the *Immigration Act*, from the requirement that an application for permanent residence be made from outside Canada. This application was supported by letters indicating concern about the availability of medical treatment in her country of origin and the effect of her possible departure on her Canadian-born children. A senior immigration officer replied by letter stating that there were insufficient humanitarian and compassionate reasons to warrant processing the application in Canada. This letter contained no reasons for the decision. Counsel for the appellant, however, requested and was provided with the notes made by the investigating immigration officer and used by the senior officer in making his decision. The Federal Court — Trial Division, dismissed an application for judicial review but certified the following question pursuant to s. 83(1) of the Act: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?" The Court of Appeal limited its consideration to the question and found that the best interests of the children did not need to be given primacy in assessing such an application. The order that the appellant be removed from Canada, which was made after the immigration officer's decision, was stayed pending the result of this appeal.

*Tribunaux — Contrôle en appel — Certification, par le juge siégeant en contrôle judiciaire, d'une question à soumettre à la Cour d'appel — Effet juridique d'une question certifiée — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1).*

*Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Norme de contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur des enfants de la demanderesse — Approche du contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire touchant des enfants.*

*Droit administratif — Contrôle du pouvoir discrétionnaire — Approche du contrôle de décisions discrétionnaires.*

Une mesure d'expulsion a été prise contre l'appelante, mère d'enfants à charge nés au Canada. Elle a alors demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Sa demande était appuyée de lettres exprimant des inquiétudes quant à la possibilité d'obtenir un traitement médical dans son pays d'origine et quant à l'effet de son départ éventuel sur ses enfants nés au Canada. Un agent d'immigration supérieur a répondu par lettre qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter sa demande au Canada. Cette lettre ne donnait pas les motifs de la décision. L'avocat de l'appelante a cependant demandé et reçu les notes de l'agent investigateur, que l'agent supérieur d'immigration avait utilisées pour rendre sa décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire mais a certifié la question suivante en application du par. 83(1) de la Loi: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?» La Cour d'appel a limité son examen à cette question et a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'accorder la primauté à l'intérêt supérieur des enfants dans l'appréciation d'une telle demande. Un sursis à la mesure d'expulsion de l'appelante prononcée après la décision de l'agent d'immigration, a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: Section 83(1) of the *Immigration Act* does not require the Court of Appeal to address only the certified question. Once a question has been certified, the Court of Appeal may consider all aspects of the appeal lying within its jurisdiction.

The duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected. The purpose of the participatory rights contained within it is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional and social context, with an opportunity for those affected to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker. Several factors are relevant to determining the content of the duty of fairness: (1) the nature of the decision being made and process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; (5) the choices of procedure made by the agency itself. This list is not exhaustive.

A duty of procedural fairness applies to humanitarian and compassionate decisions. In this case, there was no legitimate expectation affecting the content of the duty of procedural fairness. Taking into account the other factors, although some suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model. The duty of fairness owed in these circumstances is more than minimal, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered. Nevertheless, taking all the factors into account, the lack of an oral hearing or notice of such a hearing did not constitute a violation of the requirement of procedural fairness. The opportunity to produce full and complete written documentation was sufficient.

It is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, including when the decision has important significance for the individual, or when there is a statutory right of appeal, the duty of procedural fairness will require a written explanation for a decision. Reasons are

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie: Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* n'exige pas que la Cour d'appel traite seulement la question certifiée. Lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence.

L'obligation d'équité procédurale est souple et variable et repose sur une appréciation du contexte de la loi et des droits visés. Les droits de participation qui en font partie visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur. Plusieurs facteurs sont pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale: (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; (5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive.

L'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. En l'espèce, il n'y avait pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité procédurale. Compte tenu des autres facteurs, bien que certains indiquent des exigences plus strictes en vertu de l'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes et plus éloignées du modèle judiciaire. L'obligation d'équité dans ces circonstances est plus que minimale, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable. Néanmoins, compte tenu de tous ces facteurs, le fait qu'il n'y ait pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas un manquement à l'obligation d'équité procédurale. La possibilité de produire une documentation écrite complète était suffisante.

Il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, notamment lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, ou lorsqu'il existe un droit d'appel prévu par la loi, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de

required here given the profound importance of this decision to those affected. This requirement was fulfilled by the provision of the junior immigration officer's notes, which are to be taken to be the reasons for decision. Accepting such documentation as sufficient reasons upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that, in the administrative context, this transparency may take place in various ways.

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias, by an impartial decision-maker. This duty applies to all immigration officers who play a role in the making of decisions. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference. Statements in the immigration officer's notes gave the impression that he may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that the appellant was a single mother with several children and had been diagnosed with a psychiatric illness. Here, a reasonable and well-informed member of the community would conclude that the reviewing officer had not approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. The notes therefore give rise to a reasonable apprehension of bias.

The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries. Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. Review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within the pragmatic and functional framework defined by this Court's decisions, especially given the difficulty in making rigid classifications between discretionary and non-discretionary decisions. Though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

la décision. Des motifs écrits sont nécessaires en l'espèce, étant donné l'importance cruciale de la décision pour les personnes visées. Cette obligation a été remplie par la production des notes de l'agent subalterne, qui doivent être considérées comme les motifs de la décision. L'admission de ces documents comme motifs de la décision confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons.

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. Cette obligation s'applique à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent la reconnaissance de la diversité, la compréhension des autres et l'ouverture d'esprit à la différence. Les déclarations contenues dans les notes de l'agent d'immigration donnent l'impression qu'il peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que l'appelante était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. En l'espèce, un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent n'a pas traité cette affaire avec l'impartialité requise dans une décision rendue par un agent d'immigration. Les notes donnent donc lieu à une crainte raisonnable de partialité.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagé selon la démarche pragmatique et fonctionnelle définie par la jurisprudence de notre Cour, compte tenu particulièrement de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. Même si en général il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

In applying the applicable factors to determining the standard of review, considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division, and the individual rather than polycentric nature of the decision also suggest that the standard should not be as deferential as “patent unreasonableness”. The appropriate standard of review is, therefore, reasonableness *simpliciter*.

The wording of the legislation shows Parliament’s intention that the decision be made in a humanitarian and compassionate manner. A reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children since children’s rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of these values may be found in the purposes of the Act, in international instruments, and in the Minister’s guidelines for making humanitarian and compassionate decisions. Because the reasons for this decision did not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of the appellant’s children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to the appellant’s country of origin might cause her.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* The reasons and disposition of L’Heureux-Dubé J. were agreed with apart from the effect of international law on the exercise of ministerial discretion under s. 114(2) of the *Immigration Act*. The certified question must be answered in the negative. The principle that an international convention ratified by the executive is of no force or effect within the Canadian legal system until incorporated into domestic law does not survive intact the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation.

Dans l’application des facteurs pertinents à la détermination de la norme de contrôle appropriée, on devrait faire preuve d’une retenue considérable envers les décisions d’agents d’immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l’analyse, de son rôle d’exception au sein du régime législatif et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l’absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale — Section de première instance, ainsi que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d’aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Le libellé de la législation révèle l’intention du Parlement de faire en sorte que la décision soit fondée sur des raisons d’ordre humanitaire. L’exercice raisonnable du pouvoir conféré par l’article exige que soit prêté une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants puisque les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs humanitaires centrales dans la société canadienne. Une indication de ces valeurs se trouve dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d’ordre humanitaire publiées par le ministre. Étant donné que les motifs de la décision n’indiquent pas qu’elle a été rendue d’une manière réceptive, attentive ou sensible à l’intérêt des enfants de l’appelante, ni que leur intérêt a été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi. En outre, les motifs de la décision n’accordent pas suffisamment d’importance ou de poids aux difficultés qu’un retour de l’appelante dans son pays d’origine pouvait lui susciter.

*Les juges Cory et Iacobucci:* Les motifs du juge L’Heureux-Dubé et le dispositif qu’elle propose sont acceptés sauf pour ce qui concerne la question de l’effet du droit international sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l’immigration*. La question certifiée devrait recevoir une réponse négative. Le principe qu’une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n’a aucun effet en droit canadien tant qu’elle n’est pas incorporée dans le droit interne ne peut pas survivre intact après l’adoption d’un principe de droit qui autorise le recours dans le processus d’interprétation des lois, aux dispositions d’une convention qui n’a pas été intégrée dans la législation.

## Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **disapproved:** *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **not followed:** *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; **referred to:** *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370; *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. v. Secretary of*

## Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts appliqués:** *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts critiqués:** *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **arrêts non suivis:** *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (n° 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; **arrêts mentionnés:** *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour*

than polycentric nature of the decision, also suggest that the standard should not be as deferential as “patent unreasonableness”. I conclude, weighing all these factors, that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

### (3) Was this Decision Unreasonable?

63 I will next examine whether the decision in this case, and the immigration officer’s interpretation of the scope of the discretion conferred upon him, were unreasonable in the sense contemplated in the judgment of Iacobucci J. in *Southam*, *supra*, at para. 56:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it.

In particular, the examination of this question should focus on the issues arising from the “serious question of general importance” stated by Simpson J.: the question of the approach to be taken to the interests of children when reviewing an H & C decision.

64 The notes of Officer Lorenz, in relation to the consideration of “H & C factors”, read as follows:

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity.

65 In my opinion, the approach taken to the children’s interests shows that this decision was unreasonable in the sense contemplated in *Southam*,

que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d’aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». Je conclus, après avoir évalué tous ces facteurs, que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

### (3) La décision était-elle déraisonnable?

J’examinerai maintenant si la décision dans la présente affaire, et l’interprétation par l’agent d’immigration de l’étendue du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré, étaient déraisonnables au sens où l’entend le juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité, au par. 56:

Est déraisonnable la décision qui, dans l’ensemble, n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s’il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s’il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve.

L’examen de cette question devrait être axé sur les points découlant de la «question grave de portée générale» énoncée par le juge Simpson: la façon d’aborder la question de l’intérêt des enfants dans le contrôle d’une décision d’ordre humanitaire.

Les notes de l’agent Lorenz relatives à l’examen des raisons d’ordre humanitaire, disent ceci:

[TRADUCTION] PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l’assistance sociale. Elle n’a pas d’autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d’aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n’existe pas d’autres facteurs d’ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d’avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité.

À mon avis, la façon dont elle traite l’intérêt des enfants montre que cette décision était déraisonnable au sens de l’arrêt *Southam*, précité. L’agent n’a



*supra*. The officer was completely dismissive of the interests of Ms. Baker's children. As I will outline in detail in the paragraphs that follow, I believe that the failure to give serious weight and consideration to the interests of the children constitutes an unreasonable exercise of the discretion conferred by the section, notwithstanding the important deference that should be given to the decision of the immigration officer. Professor Dyzenhaus has articulated the concept of "deference as respect" as follows:

Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. . . .

(D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.)

The reasons of the immigration officer show that his decision was inconsistent with the values underlying the grant of discretion. They therefore cannot stand up to the somewhat probing examination required by the standard of reasonableness.

The wording of s. 114(2) and of Regulation 2.1 requires that a decision-maker exercise the power based upon "compassionate or humanitarian considerations" (emphasis added). These words and their meaning must be central in determining whether an individual H & C decision was a reasonable exercise of the power conferred by Parliament. The legislation and regulations direct the Minister to determine whether the person's admission should be facilitated owing to the existence of such considerations. They show Parliament's intention that those exercising the discretion conferred by the statute act in a humanitarian and compassionate manner. This Court has found that it is necessary for the Minister to consider an H & C request when an application is made: *Jiminez-Perez, supra*. Similarly, when considering it, the request must be evaluated in a manner that is respectful of humanitarian and compassionate considerations.

prêté aucune attention à l'intérêt des enfants de M<sup>me</sup> Baker. Comme je le démontrerai avec plus de détails dans les paragraphes qui suivent, j'estime que le défaut d'accorder de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article, même s'il faut exercer un degré élevé de retenue envers la décision de l'agent d'immigration. Le professeur Dyzenhaus énonce ainsi la notion de la [TRADUCTION] «retenue au sens de respect»:

[TRADUCTION] La retenue au sens de respect ne demande pas la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision . . .

(D. Dyzenhaus, «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, à la p. 286.)

Les motifs de l'agent d'immigration démontrent que sa décision n'était pas compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire. Ils ne peuvent donc pas résister à l'examen assez poussé qu'exige la norme du caractère raisonnable.

Le libellé du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement exige que le décideur exerce le pouvoir en se fondant sur «des raisons d'ordre humanitaire» (je souligne). Ces mots et leur sens doivent se situer au cœur de la réponse à la question de savoir si une décision d'ordre humanitaire particulière constituait un exercice raisonnable du pouvoir conféré par le Parlement. La loi et le règlement demandent au ministre de décider si l'admission d'une personne devrait être facilitée pour des raisons humanitaires. Ils démontrent que l'intention du Parlement est que ceux qui exercent le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi agissent de façon humanitaire. Notre Cour a jugé que le ministre est tenu d'examiner les demandes d'ordre humanitaire qui sont présentées: *Jiminez-Perez, précité*. De même, quand il procède à cet examen, le ministre doit évaluer la demande d'une manière qui soit respectueuse des raisons d'ordre humanitaire.