

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 *Appellant*

c.

A *Intimée*

- et -

B *Appellant*

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

— *Conjoints 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 — Conjoints de fait — Séparation — Aliments — Pension alimentaire pour le conjoint — Biens familiaux — Conjoints 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 interjettent 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 conjuality 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 conjuality 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 conjuality.

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 conjuality, 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 conjualité 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 conjualité 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 conjualité 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 conjualité 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.

By Abella J.

Applied: *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; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; **not followed:** *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325; **discussed:** *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; **referred to:** *Québec (Procureure générale) v. B.T.*, 2005 QCCA 748, [2005] R.D.F. 709; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Ontario Human Rights Commission 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; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

By Deschamps J.

Not followed: *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325; **referred to:** *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; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *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; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; **arrêt non suivi :** *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **arrêt analysé :** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; **arrêts mentionnés :** *Québec (Procureure générale) c. B.T.*, 2005 QCCA 748, [2005] R.D.F. 709; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Commission ontarienne des droits de la personne 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; *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); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Citée par la juge Deschamps

Arrêt non suivi : *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **arrêts mentionnés :** *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; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

By McLachlin C.J.

Not followed: *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325; **referred to:** *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *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; *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; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209.

Statutes and Regulations Cited

Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation, S.Q. 2002, c. 6, s. 143.
Act respecting duties on transfers of immovables, R.S.Q., c. D-15.1.
Act respecting financial assistance for education expenses, R.S.Q., c. A-13.3.
Act respecting financial services cooperatives, R.S.Q., c. C-67.3.
Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001.
Act respecting insurance, R.S.Q., c. A-32.
Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1.
Act respecting legal aid and the provision of certain other legal services, R.S.Q., c. A-14.
Act respecting matrimonial regimes, S.Q. 1969, c. 77.
Act respecting school elections, R.S.Q., c. E-2.3.
Act respecting the Civil Service Superannuation Plan, R.S.Q., c. R-12.
Act respecting the conditions of employment and the pension plan of the Members of the National Assembly, R.S.Q., c. C-52.1.
Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10.
Act respecting the legal capacity of married women, S.Q. 1964, c. 66.
Act respecting the Pension Plan of Certain Teachers, R.S.Q., c. R-9.1.
Act respecting the Pension Plan of Elected Municipal Officers, R.S.Q., c. R-9.3.
Act respecting the Pension Plan of Peace Officers in Correctional Services, R.S.Q., c. R-9.2.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt non suivi : *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; **arrêts mentionnés :** *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *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; *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; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Code civil du Bas Canada, art. 173, 768, 1056.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 15, 264, 266, 269, 391, 392, 394, 395, 396, 401 à 430, 404, 409, 410, 414 et suiv., 416, 419, 423, 427 et suiv., 431, 432 et suiv., 433, 438, 448 à 484, 461, 467, 485, 486, 487, 492, 507, 511, 512, 516, 521.1, 521.6, 521.8, 521.12, 521.13, 521.17, 522, 585 à 596.1, 587, 597 et suiv., 604, 653 et suiv., 655, 1030, 1493 à 1496, 1818, 1819, 1938, 1958, 2380, 2419.
Code civil du Québec [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 633.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 553.
Domestic Relations Act, R.S.A. 2000, ch. D-14.
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, ch. F-2.
Family Law Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2.1.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, ch. 128.
Law Reform (2000) Act, S.N.S. 2000, ch. 29.
Loi concernant les droits sur les mutations immobilières, L.R.Q., ch. D-15.1.
Loi concernant les régimes matrimoniaux, L.Q. 1969, ch. 77.
Loi corrective (relations domestiques) de 2001 (n° 2), S.S. 2001, ch. 51.
Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales, S.S. 1977, ch. F-6.2.
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 61.1.
Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation, L.Q. 2002, ch. 6, art. 143.
Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, ch. 39.

- Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9.
Act respecting the Québec sales tax, R.S.Q., c. T-0.1.
Act respecting the Teachers Pension Plan, R.S.Q., c. R-11.
Act respecting trust companies and savings companies, R.S.Q., c. S-29.01.
Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure respecting the civil rights of women, S.Q. 1931, c. 101, s. 27.
Act to amend the Civil Code as regards marriage, S.Q. 2004, c. 23, s. 7.
Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses, S.Q. 1989, c. 55.
Act to amend various legislative provisions concerning de facto spouses, S.Q. 1999, c. 14.
Act to establish a new Civil Code and to reform family law, S.Q. 1980, c. 39.
Automobile Insurance Act, R.S.Q., c. A-25.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Civil Code of Lower Canada, arts. 173, 768, 1056.
Civil Code of Québec [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 1], art. 633.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 15, 264, 266, 269, 391, 392, 394, 395, 396, 401 to 430, 404, 409, 410, 414 *et seq.*, 416, 419, 423, 427 *et seq.*, 431, 432 *et seq.*, 433, 438, 448 to 484, 461, 467, 485, 486, 487, 492, 507, 511, 512, 516, 521.1, 521.6, 521.8, 521.12, 521.13, 521.17, 522, 585 to 596.1, 587, 597 *et seq.*, 604, 653 *et seq.*, 655, 1030, 1493 to 1496, 1818, 1819, 1938, 1958, 2380, 2419.
Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 553.
Common-Law Partners' Property and Related Amendments Act, S.M. 2002, c. 48.
Cooperatives Act, R.S.Q., c. C-67.2.
Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16.
Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15.2.
Divorce Act, S.C. 1967-68, c. 24.
Domestic Relations Act, R.S.A. 2000, c. D-14.
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. F-2.
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3.
Family Law Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2.1.
Family Law Act, S.N.W.T. 1997, c. 18.
Family Maintenance Act, R.S.M. 1987, c. F20.
Family Maintenance Act, 1997, S.S. 1997, c. F-6.2.
Family Relations Act, R.S.B.C. 1996, c. 128.
Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2.
Individual and Family Assistance Act, R.S.Q., c. A-13.1.1.
Insurance Act, R.S.O. 1980, c. 218.
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 61.1.
Law Reform (2000) Act, S.N.S. 2000, c. 29.
Maintenance and Custody Act, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 52(1).
Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait, L.Q. 1999, ch. 14.
Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux, L.Q. 1989, ch. 55.
Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme, S.Q. 1931, ch. 101, art. 27.
Loi modifiant le Code civil relativement au mariage, L.Q. 2004, ch. 23, art. 7.
Loi sur l'aide aux personnes et aux familles, L.R.Q., ch. A-13.1.1.
Loi sur l'aide financière aux études, L.R.Q., ch. A-13.3.
Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques, L.R.Q., ch. A-14.
Loi sur l'assurance automobile, L.R.Q., ch. A-25.
Loi sur l'obligation alimentaire, L.R.M. 1987, ch. F20.
Loi sur la capacité juridique de la femme mariée, S.Q. 1964, ch. 66.
Loi sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., ch. T-0.1.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), art. 15.2.
Loi sur le divorce, S.C. 1967-1968, ch. 24.
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3.
Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 18.
Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, ch. 33.
Loi sur le régime de rentes du Québec, L.R.Q., ch. R-9.
Loi sur le régime de retraite de certains enseignants, L.R.Q., ch. R-9.1.
Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels, L.R.Q., ch. R-9.2.
Loi sur le régime de retraite des élus municipaux, L.R.Q., ch. R-9.3.
Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10.
Loi sur le régime de retraite des enseignants, L.R.Q., ch. R-11.
Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.Q., ch. R-12.
Loi sur les accidents du travail, L.R.Q., ch. A-3.
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001.
Loi sur les assurances, L.R.O. 1980, ch. 218.
Loi sur les assurances, L.R.Q., ch. A-32.
Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes, L.M. 2002, ch. 48.
Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l'Assemblée nationale, L.R.Q., ch. C-52.1.
Loi sur les coopératives, L.R.Q., ch. C-67.2.
Loi sur les coopératives de services financiers, L.R.Q., ch. C-67.3.
Loi sur les élections scolaires, L.R.Q., ch. E-2.3.

Maintenance Enforcement Act, S.N.S. 1994-95, c. 6, s. 2(e).
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 2(g), “spouse”.
Miscellaneous Statutes (Domestic Relations) Amendment Act, 2001 (No. 2), S.S. 2001, c. 51.
Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1.
Taxation Act, R.S.Q., c. I-3.
Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, c. 494.
Workers’ Compensation Act, R.S.Q., c. A-3.

Authors Cited

- Bala, Nicholas. “Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships” (2003), 29 *Queen’s L.J.* 41.
 Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, trans. by Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
 Baudouin, Jean-Louis. “Examen critique de la situation juridique de l’enfant naturel” (1966), 12 *McGill L.J.* 157.
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
 Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. “Breaking the Law’s Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.
 British Columbia. Royal Commission on Family and Children’s Law. *Family Maintenance*. Vancouver: The Commission, 1975.
 British Columbia Law Institute. *Report on Recognition of Spousal and Family Status*. Vancouver: The Institute, 1998.
 Brodsky, Gwen. “Case Comment: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*: Autonomy with a Vengeance” (2003), 15 *C.J.W.L.* 194.
 Burman, Danielle. “Politiques législatives québécoises dans l’aménagement des rapports pécuniaires entre époux: d’une justice bien pensée à un semblant de justice — un juste sujet de s’alarmer” (1988), 22 *R.J.T.* 149.
 Cameron, B. Jamie. “A Work in Progress: The Supreme Court and the *Charter*’s Equation of Rights and Limits”, in Debra M. McAllister and Adam M. Dodek, eds., *The Charter at Twenty: Law and Practice 2002*. Toronto: Ontario Bar Association, 2002, 31.

Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3.
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1.
Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1.
Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2.
Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d’épargne, L.R.Q., ch. S-29.01.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16.
Maintenance and Custody Act, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 52(1).
Maintenance Enforcement Act, S.N.S. 1994-1995, ch. 6, art. 2e).
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 2g), « spouse ».
Vital Statistics Act, R.S.N.S. 1989, ch. 494.

Doctrine et autres documents cités

- Bala, Nicholas. « Controversy Over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » (2003), 29 *Queen’s L.J.* 41.
 Barak, Aharon. *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, trans. by Doron Kalir. Cambridge : Cambridge University Press, 2012.
 Baudouin, Jean-Louis. « Examen critique de la situation juridique de l’enfant naturel » (1966), 12 *R.D. McGill* 157.
 Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.
 Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. « Breaking the Law’s Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.
 British Columbia Law Institute. *Report on Recognition of Spousal and Family Status*. Vancouver : The Institute, 1998.
 Brodsky, Gwen. « Case Comment : *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* : Autonomy with a Vengeance » (2003), 15 *R.F.D.* 194.
 Burman, Danielle. « Politiques législatives québécoises dans l’aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d’une justice bien pensée à un semblant de justice — un juste sujet de s’alarmer » (1988), 22 *R.J.T.* 149.
 Cameron, B. Jamie. « A Work in Progress : The Supreme Court and the *Charter*’s Equation of Rights and Limits », in Debra M. McAllister and Adam M. Dodek, eds., *The Charter at Twenty : Law and Practice 2002*. Toronto : Ontario Bar Association, 2002, 31.

- Canada. Law Reform Commission. *Studies on Family Property Law*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 12. *Maintenance on Divorce*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Caparros, Ernest. “Le patrimoine familial: une qualification difficile” (1994), 25 *R.G.D.* 251.
- Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1988.
- Comtois, Roger. *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*. Montréal: Recueil de droit et de jurisprudence, 1964.
- Cossette, André. “Le concubinage au Québec” (1985), 88 *R. du N.* 42.
- D.-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd. Saint-Nicholas, Qué.: Presses de l’Université Laval, 2005.
- Deleury, Edith, et Marlène Cano. “Le concubinage au Québec et dans l’ensemble du Canada: Deux systèmes juridiques, deux approches”, dans Jacqueline Rubellin-Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde*. Paris: Centre national de la recherche scientifique, 1990, 85.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- Goubau, Dominique. “La conjugalité en droit privé: comment concilier ‘autonomie’ et ‘protection’?”, dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile: nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 153.
- Goubau, Dominique, Ghislain Otis et David Robitaille. “La spécificité patrimoniale de l’union de fait: le libre choix et ses ‘dommages collatéraux’” (2003), 44 *C. de D.* 3.
- Greschner, Donna. “The Purpose of Canadian Equality Rights” (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2012, release 1).
- Holland, Winifred. “Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?” (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 114.
- Jarry, Jocelyne. *Les conjoints de fait au Québec: vers un encadrement légal*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
- Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. “Meaningless Mantra: Substantive Equality after *Withler*” (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31.
- Langevin, Louise. “Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture: difficile exercice de jonglerie” (2009), 54 *McGill L.J.* 697.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 12. *Les divorcés et leur soutien*. Ottawa : Information Canada, 1975.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Études sur le droit des biens de la famille*. Ottawa : Information Canada, 1975.
- Caparros, Ernest. « Le patrimoine familial : une qualification difficile » (1994), 25 *R.G.D.* 251.
- Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1988.
- Colombie-Britannique. Royal Commission on Family and Children’s Law. *Family Maintenance*. Vancouver : The Commission, 1975.
- Comtois, Roger. *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*. Montréal : Recueil de droit et de jurisprudence, 1964.
- Cossette, André. « Le concubinage au Québec » (1985), 88 *R. du N.* 42.
- D.-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd. Saint-Nicholas, Qué. : Presses de l’Université Laval, 2005.
- Deleury, Edith, et Marlène Cano. « Le concubinage au Québec et dans l’ensemble du Canada : Deux systèmes juridiques, deux approches », dans Jacqueline Rubellin-Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde*. Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1990, 85.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1977.
- Goubau, Dominique. « La conjugalité en droit privé : comment concilier “autonomie” et “protection” ? », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 153.
- Goubau, Dominique, Ghislain Otis et David Robitaille. « La spécificité patrimoniale de l’union de fait : le libre choix et ses “dommages collatéraux” » (2003), 44 *C. de D.* 3.
- Greschner, Donna. « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2012, release 1).
- Holland, Winifred. « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation ? » (2000), 17 *Rev. can. d. fam.* 114.
- Jarry, Jocelyne. *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.

- Leckey, Robert. "Chosen Discrimination" (2002), 18 *S.C.L.R.* (2d) 445.
- Lefebvre, Brigitte. "L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois", dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L'union civile: nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 3.
- Manitoba. Law Reform Commission. *Reports on Family Law, Part I — The Support Obligation*, Report #23. Winnipeg: The Commission, 1976.
- Massé, Sylvie. "Les régimes matrimoniaux au Canada — Analyse comparative des législations provinciales" (1985), 88 *R. du N.* 103.
- McIntyre, Sheila. "Deference and Dominance: Equality Without Substance", in Sheila McIntyre and Sandra Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2006, 95.
- Mignault, Pierre-Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal: C. Théoret, 1902.
- Moore, Benoît. "Culture et droit de la famille: de l'institution à l'autonomie individuelle" (2009), 54 *McGill L.J.* 257.
- Moreau, Sophia. "R. v. Kapp: New Directions for Section 15" (2008-2009), 40 *Ottawa L. Rev.* 283.
- Moreau, Sophia. "The Promise of *Law v. Canada*" (2007), 57 *U.T.L.J.* 415.
- Moreau, Sophia R. "The Wrongs of Unequal Treatment" (2004), 54 *U.T.L.J.* 291.
- Nova Scotia. Law Reform Commission. *Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax: The Commission, 1997.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act*. Toronto: The Commission, 1993.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto: The Ministry, 1976.
- Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*. Montréal: Thémis, 1984.
- Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal: Thémis, 2006.
- Proulx, Daniel. "Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles", [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. *Journal des débats*, vol. 37, n° 46, 2^e sess., 36^e lég., 12 février 2002, p. 4-5.
- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 23, n° 15, 6^e sess., 31^e lég., 4 décembre 1980, p. 608 et 663.
- Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31.
- Langevin, Louise. « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009), 54 *R.D. McGill* 697.
- Leckey, Robert. « Chosen Discrimination » (2002), 18 *S.C.L.R.* (2d) 445.
- Lefebvre, Brigitte. « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 3.
- Manitoba. Commission de réforme du droit. *Reports on Family Law, Part I — The Support Obligation*, Report #23. Winnipeg : La Commission, 1976.
- Massé, Sylvie. « Les régimes matrimoniaux au Canada — Analyse comparative des législations provinciales » (1985), 88 *R. du N.* 103.
- McIntyre, Sheila. « Deference and Dominance : Equality Without Substance », in Sheila McIntyre and Sandra Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2006, 95.
- Mignault, Pierre-Basile. *Le droit civil canadien*, t. 6. Montréal : C. Théoret, 1902.
- Moore, Benoît. « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle » (2009), 54 *R.D. McGill* 257.
- Moreau, Sophia. « R. v. Kapp : New Directions for Section 15 » (2008-2009), 40 *R.D. Ottawa* 283.
- Moreau, Sophia. « The Promise of *Law v. Canada* » (2007), 57 *U.T.L.J.* 415.
- Moreau, Sophia R. « The Wrongs of Unequal Treatment » (2004), 54 *U.T.L.J.* 291.
- Nouvelle-Écosse. Law Reform Commission. *Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia*. Halifax : The Commission, 1997.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act*. Toronto : The Commission, 1993.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto : The Ministry, 1976.
- Pineau, Jean, et Danielle Burman. *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*. Montréal : Thémis, 1984.
- Pineau, Jean, et Marie Pratte. *La famille*. Montréal : Thémis, 2006.
- Proulx, Daniel. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.

- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, n° 125, 2^e sess., 33^e lég., 8 juin 1989, p. 6487, 6489 et 6497.
- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, n° 197, 2^e sess., 35^e lég., 18 juin 1998, p. 12069-12070.
- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 37, n° 96, 2^e sess., 36^e lég., 7 mai 2002, p. 5816.
- Quebec. Assemblée nationale. Sous-commission des institutions. *Journal des débats*, n° 22, 1^{re} sess., 34^e lég., 19 novembre 1991, p. 859.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on Matrimonial Regimes*. Montréal: Official Publisher, 1968.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I — *Draft Civil Code*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II — *Commentaries*, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Quebec. Conseil du statut de la femme. *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*. Québec: Le Conseil, 1988.
- Quebec. Conseil du statut de la femme. *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*. Québec: Le Conseil, 1979.
- Quebec. *Les droits économiques des conjoints*, par Herbert Marx et Monique Gagnon Tremblay. Sainte-Foy, Qué.: Ministère de la Justice, 1988.
- Réaume, Denise G. “Discrimination and Dignity” (2003), 63 *La. L. Rev.* 645.
- Roy, Alain. “La charte de vie commune ou l’émergence d’une pratique réflexive du contrat conjugal” (2007), 41 *R.J.T.* 399.
- Roy, Alain. “Le contrat de mariage en droit québécois: un destin marqué du sceau du paradoxe” (2006), 51 *McGill L.J.* 665.
- Roy, Alain. *Le contrat de mariage réinventé: Perspectives socio-juridiques pour une réforme*. Montréal: Thémis, 2002.
- Roy, Alain. “Le régime juridique de l’union civile: entre symbolisme et anachronisme”, dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile: nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 165.
- Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. “What’s Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions” (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103.
- Saskatchewan. Law Reform Commission. “Common Law Relationships Under the Matrimonial Property
- Quebec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. *Journal des débats*, vol. 37, n° 46, 2^e sess., 36^e lég., 12 février 2002, p. 4-5.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 23, n° 15, 6^e sess., 31^e lég., 4 décembre 1980, p. 608 et 663.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 30, n° 125, 2^e sess., 33^e lég., 8 juin 1989, p. 6487, 6489 et 6497.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, n° 197, 2^e sess., 35^e lég., 18 juin 1998, p. 12069-12070.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 37, n° 96, 2^e sess., 36^e lég., 7 mai 2002, p. 5816.
- Québec. Assemblée nationale. Sous-commission des institutions. *Journal des débats*, n° 22, 1^{re} sess., 34^e lég., 19 novembre 1991, p. 859.
- Québec. Conseil du statut de la femme. *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints*. Québec: Le Conseil, 1988.
- Québec. Conseil du statut de la femme. *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*. Québec: Le Conseil, 1979.
- Québec. *Les droits économiques des conjoints*, par Herbert Marx et Monique Gagnon Tremblay. Sainte-Foy, Qué.: Ministère de la Justice, 1988.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur les régimes matrimoniaux*. Montréal: Éditeur officiel, 1968.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I — *Projet du Code civil*. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II — *Commentaires*, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Réaume, Denise G. « Discrimination and Dignity » (2003), 63 *La. L. Rev.* 645.
- Roy, Alain. « La charte de vie commune ou l’émergence d’une pratique réflexive du contrat conjugal » (2007), 41 *R.J.T.* 399.
- Roy, Alain. « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2006), 51 *R.D. McGill* 665.
- Roy, Alain. *Le contrat de mariage réinventé : Perspectives socio-juridiques pour une réforme*. Montréal: Thémis, 2002.
- Roy, Alain. « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 165.

- Act”, discussion paper, July 1997 (online: <http://www.lawreformcommission.sk.ca/Commonlaw.pdf>).
- Senécal, Jean-Pierre. *Droit de la famille québécois*, vol. 1 et 2. Brossard, Qué.: Publications CCH, 1985 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2012, envoi n° 374).
- Sylvestre, Jean. “Les accords entre concubins”, [1981] 1 C.P. du N. 195.
- Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and The Law in Canada*. Toronto: Richard De Boo, 1982.
- Tétrault, Michel. *Droit de la famille*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
- Tétrault, Michel. “L’union civile: j’me marie, j’me marie pas”, dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile: nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 101.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon Faribault. Montréal: Wilson et Lafleur, 1952.
- Tremblay, Luc B. “Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action: The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm” (2012), 60 *Am. J. Comp. L.* 181.
- Young, Margot. “Blissed Out: Section 15 at Twenty”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2006, 45.
- Young, Margot. “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15”, in Sanda Rodgers and Sheila McIntyre, eds., *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010, 183.
- Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. « What’s Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 S.C.L.R. (2d) 103.
- Saskatchewan. Law Reform Commission. « Common Law Relationships Under the Matrimonial Property Act », discussion paper, July 1997 (online: <http://www.lawreformcommission.sk.ca/Commonlaw.pdf>).
- Senécal, Jean-Pierre. *Droit de la famille québécois*, vol. 1 et 2. Brossard, Qué.: Publications CCH, 1985 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2012, envoi n° 374).
- Sylvestre, Jean. « Les accords entre concubins », [1981] 1 C.P. du N. 195.
- Tarnopolsky, Walter Surma. *Discrimination and The Law in Canada*. Toronto: Richard De Boo, 1982.
- Tétrault, Michel. *Droit de la famille*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
- Tétrault, Michel. « L’union civile : j’me marie, j’me marie pas », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003, 101.
- Traité de droit civil du Québec*, t. 10, par Léon Faribault. Montréal: Wilson et Lafleur, 1952.
- Tremblay, Luc B. « Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action : The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm » (2012), 60 *Am. J. Comp. L.* 181.
- Young, Margot. « Blissed Out : Section 15 at Twenty », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2006, 45.
- Young, Margot. « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 », in Sanda Rodgers and Sheila McIntyre, eds., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010, 183.
- APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Dutil and Giroux JJ.A.), 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259, [2010] R.D.F. 659, 89 R.F.L. (6th) 1, [2010] Q.J. No. 11091 (QL), 2010 CarswellQue 15654, SOQUIJ AZ-50685017, affirming in part a decision of Hallée J., 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070, [2009] R.D.F. 545, 67 R.F.L. (6th) 315, [2009] Q.J. No. 7153 (QL), 2009 CarswellQue 14051, SOQUIJ AZ-50566038. Appeals of the Attorney General of Quebec and B
- POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Beauregard, Dutil et Giroux), 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259, [2010] R.D.F. 659, 89 R.F.L. (6th) 1, [2010] J.Q. n° 11091 (QL), 2010 CarswellQue 11317, SOQUIJ AZ-50685017, qui a confirmé en partie une décision de la juge Hallée, 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070, [2009] R.D.F. 545, 67 R.F.L. (6th) 315, [2009] J.Q. n° 7153 (QL), 2009 CarswellQue 6874, SOQUIJ AZ-50566038. Pourvois du procureur

allowed, appeal of A dismissed, Deschamps, Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting in part in the result and Abella J. dissenting in the result.

Benoît Belleau and Hugo Jean, for the appellant/respondent the Attorney General of Quebec.

Guy J. Pratte and Mark Phillips, for the appellant/respondent A.

Pierre Bienvenu, Suzanne H. Pringle, Catherine Martel and Azim Hussain, for the appellant/respondent B.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Jocelyn Verdon, Dominique Goubau and Mireille Pélissier-Simard, for the intervener Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec.

Martha McCarthy and Johanne Elizabeth O'Hanlon, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

English version of the judgment of LeBel, Fish, Rothstein and Moldaver JJ. delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The issue raised by the parties in these appeals is whether it is valid to exclude *de facto* spouses from the patrimonial and support rights granted to married and civil union spouses. Does this exclusion violate the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”)?

[2] The Court must determine whether the provisions of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991,

général du Québec et de B accueillis, pourvoi de A rejeté, les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis sont dissidents en partie quant au résultat et la juge Abella est dissidente quant au résultat.

Benoît Belleau et Hugo Jean, pour l'appellant/intimé le procureur général du Québec.

Guy J. Pratte et Mark Phillips, pour l'appelante/intimée A.

Pierre Bienvenu, Suzanne H. Pringle, Catherine Martel et Azim Hussain, pour l'appellant/intimé B.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Jocelyn Verdon, Dominique Goubau et Mireille Pélissier-Simard, pour l'intervenante la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec.

Martha McCarthy et Johanne Elizabeth O'Hanlon, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Le jugement des juges LeBel, Fish, Rothstein et Moladaver a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Dans les présents pourvois, les parties soulèvent le problème de la validité de l'exclusion des conjoints de fait, des droits alimentaires et patrimoniaux accordés aux conjoints mariés ou en union civile. Cette exclusion viole-t-elle la garantie d'égalité établie par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »)?

[2] La Cour doit déterminer si les dispositions du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »),

c. 64 (“C.C.Q.”), dealing with the family residence (arts. 401 *et seq.*), the family patrimony (arts. 414 *et seq.*), the compensatory allowance (arts. 427 *et seq.*), the partnership of acquests (arts. 432 *et seq.*) and the obligation of spousal support (art. 585) infringe s. 15(1) of the *Charter* because their application is limited to private legal relationships between married spouses and civil union spouses (see arts. 521.6 and 521.8 C.C.Q.).

[3] The Court must therefore decide whether the exclusion of *de facto* spouses from the scope of these provisions is discriminatory within the meaning of s. 15(1). For the reasons that follow, I am of the opinion that the exclusion is not discriminatory within the meaning of s. 15(1) and accordingly does not violate the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*.

II. The Dispute

[4] Parties Ms. A and Mr. B met in 1992 in A’s native country. A, who was 17 years old at the time, was living with her parents and attending secondary school. B, who was 32 years old, was running a large international business. From 1992 to 1994, the parties 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 parties agreed that A would come to live in Quebec, where B lived.

[5] The parties broke up for the first time in late July 1995. They saw each other again during the holiday season, and then again in February 1996. A then became pregnant with her first child. The couple had three children together, born in 1996, 1999 and 2001. During the time they lived together, A did not hold employment. She regularly accompanied B on his trips, and he provided for all her needs and for the children’s needs. A wanted to get married, but B told her that he did not believe in the institution of marriage and that he might consider getting married after living with her for 25 years. The parties separated in 2002. They had lived together for a total of seven years.

portant sur la résidence familiale (art. 401 et suiv.), le patrimoine familial (art. 414 et suiv.), la prestation compensatoire (art. 427 et suiv.), la société d’acquêts (art. 432 et suiv.) et l’obligation alimentaire entre conjoints (art. 585) portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, parce que leur application est limitée aux rapports juridiques privés des conjoints mariés et des conjoints unis civilement (voir art. 521.6 et 521.8 C.c.Q.).

[3] La Cour doit ainsi décider si l’exclusion des conjoints de fait du champ d’application de ces dispositions est discriminatoire au sens du par. 15(1). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que cette exclusion n’est pas discriminatoire au sens du par. 15(1) et ne porte donc pas atteinte à la garantie d’égalité prévue à l’art. 15 de la *Charte*.

II. Le litige

[4] Les parties, M^{me} A et M. B, se rencontrent au pays natal de A en 1992. Cette dernière, alors âgée de 17 ans, vit chez ses parents et poursuit ses études secondaires. B, âgé de 32 ans, dirige une entreprise internationale importante. De 1992 à 1994, les parties voyagent ensemble à travers le monde plusieurs fois par année. B soutient A financièrement pour la poursuite de ses études. Au début de l’année 1995, les parties conviennent que A viendra vivre au Québec, où demeure B.

[5] Une première rupture survient à la fin du mois de juillet 1995. Les parties se revoient à la période des Fêtes et, à nouveau, en février 1996. A devient alors enceinte d’un premier enfant. De leur union naissent trois enfants en 1996, 1999 et 2001. Pendant la vie commune, A n’occupe pas d’emploi. Elle accompagne régulièrement B dans ses voyages et ce dernier pourvoit à tous ses besoins et à ceux des enfants. A souhaite se marier, mais B lui répond qu’il ne croit pas à l’institution du mariage et qu’il envisagerait peut-être un mariage après 25 ans de vie commune. En 2002, les parties se séparent. Au total, leur vie commune a duré sept ans.

[6] In February 2002, A filed a motion in the Quebec Superior Court seeking custody of the children, support, a lump sum, use of the family residence, a provision for costs and an interim order. 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* in order to obtain the same legal regime for *de facto* spouses that existed for married spouses. More specifically, A 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 claim concerning the use of the family residence was settled in an agreement between A and B.

[7] Since the constitutionality of the provisions relating to child custody and the child support obligation had not been challenged, the Superior Court awarded the parties joint custody of the children and awarded A \$34,260.24 a month in child support and a provision for costs on May 16, 2006. The court also made a series of orders requiring B to pay certain specific expenses, including the children's tuition fees, expenses related to their extracurricular activities, the salaries of two nannies and the salary of a cook working for A. As well, the court ordered B to continue paying all costs, school and municipal taxes, home insurance premiums and general maintenance and renovation costs required for the residence where the parties had agreed that A and the children would live. B remained the owner of that residence.

[8] The appeals relate solely to the constitutional aspect of the case and concern only the provisions of the *Civil Code of Québec* alleged by A to be invalid under s. 15 of the *Charter*. Hallée J. of the Superior Court ruled on the constitutional issues on July 16, 2009. She found that the impugned provisions did not violate the right to equality guaranteed by s. 15(1), and she denied A's requests for a declaration of constitutional invalidity, which

[6] En février 2002, A dépose, en Cour supérieure du Québec, une « Requête pour garde d'enfants, pension alimentaire, somme globale, usage de la résidence familiale, provision pour frais et ordonnance intérimaire ». 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* afin d'obtenir, pour les conjoints de fait, le même régime juridique que celui prévu pour les conjoints mariés. Précisément, A réclame 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.

[7] La constitutionnalité des dispositions portant sur la garde d'enfants et sur l'obligation alimentaire pour enfants n'étant pas contestée, la Cour supérieure, le 16 mai 2006, ordonne la garde partagée des enfants entre les parties, puis accorde à A une pension alimentaire pour ces derniers de 34 260,24 \$ par mois et une provision pour frais. La cour prononce en outre une série d'ordonnances imposant à B l'obligation d'assumer certains frais particuliers, notamment les frais de scolarité des enfants et les dépenses reliées à leurs activités parascolaires, les salaires de deux gardiennes, ainsi que la rémunération d'une cuisinière affectée au service de A. La cour ordonne également à B de continuer à payer tous les frais, taxes scolaires et municipales, les assurances habitation, ainsi que les frais d'entretien général et de rénovations nécessaires de la résidence où les parties ont convenu que demeurent A et les enfants. B reste propriétaire de cette résidence.

[8] Les pourvois portent uniquement sur le volet constitutionnel du dossier et ne concernent que les dispositions du *Code civil du Québec* dont l'appelante soulève l'invalidité en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Le 16 juillet 2009, la juge Hallée de la Cour supérieure se prononce sur ces questions constitutionnelles. Elle conclut alors que les dispositions contestées ne portent pas atteinte au droit à l'égalité garanti au par. 15(1) et rejette les

had been opposed by B and the Attorney General of Quebec. A then appealed to the Quebec Court of Appeal.

[9] On November 3, 2010, the Quebec Court of Appeal allowed A's appeal in part. Dutil J.A., with whom Giroux J.A. concurred, declared art. 585 *C.C.Q.*, which provides for the obligation of spousal support, to be of no force or effect on the basis of an unjustified infringement of the right to equality set out in s. 15(1) of the *Charter*. However, Dutil J.A. 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. In her opinion, those provisions are not discriminatory and therefore do not infringe s. 15(1). Dutil J.A. also suspended the declaration of constitutional invalidity of art. 585 for 12 months to give the Quebec legislature time to amend the provision in order to make it consistent with the *Charter*. Beauregard J.A. dissented on the issue of the appropriate remedy. He concluded that the declaration of constitutional invalidity of arts. 511 and 585 *C.C.Q.* should apply immediately so that A could benefit from the obligation of spousal support without delay.

[10] In this Court, B and the Attorney General of Quebec are appealing the Court of Appeal's decision to strike down art. 585 on the obligation of spousal support. A is also appealing that decision. She takes issue with the conclusion that the *Civil Code*'s provisions concerning the family residence, the family patrimony, the compensatory allowance and the partnership of acquests are constitutionally valid. To ensure that the issues in these appeals are fully understood, I will begin by reviewing the proceedings in the Superior Court and the Court of Appeal in greater detail.

demandes de déclaration d'inconstitutionnalité présentées par A auxquelles s'étaient opposés B et le procureur général du Québec. A se pourvoit alors devant la Cour d'appel du Québec.

[9] Le 3 novembre 2010, la Cour d'appel du Québec accueille en partie l'appel de A. La juge Dutil, avec le concours du juge Giroux, déclare inopérant l'art. 585 *C.c.Q.* portant sur l'obligation alimentaire entre conjoints parce que cet article contreviendrait de manière injustifiée au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. La juge Dutil maintient toutefois la décision de la Cour supérieure quant à la constitutionnalité des dispositions portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire et la société d'acquêts. À son avis, ces dispositions ne sont pas discriminatoires et ne portent donc pas atteinte au par. 15(1). De plus, la juge Dutil suspend la déclaration d'invalidité constitutionnelle de l'art. 585 pour une période de 12 mois, laissant ainsi au législateur québécois le temps de modifier la disposition afin de la rendre conforme à la *Charte*. Le juge Beauregard est dissident sur la question de la réparation appropriée. Il conclut à l'application immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'égard des art. 511 et 585 *C.c.Q.*, pour que l'appelante bénéficie sans délai de l'obligation alimentaire entre conjoints.

[10] Devant notre Cour, B et le procureur général du Québec interjettent appel de la décision de la Cour d'appel à l'égard de l'invalidation de l'art. 585 relatif à l'obligation alimentaire entre conjoints. De son côté, A porte également cette décision en appel. Elle attaque la confirmation de la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil* portant sur la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire et la société d'acquêts. Pour la bonne compréhension des enjeux de ces pourvois, j'examinerai d'abord avec plus de précision les débats judiciaires qui se sont déroulés devant la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070*

[11] This case came before Hallée J. by way of a *Charter* motion. In addition to her claims based on s. 15 of the *Charter*, A originally made certain arguments concerning the division of constitutional powers between Parliament and the provincial legislatures as regards the definition of marriage. Hallée J. rejected all those arguments, and A abandoned them on appeal. In this Court, the only remaining issues have to do with the equality guarantee set out in the *Charter*.

[12] Hallée J. began with an overview of the legal situation of *de facto* spouses in Quebec. She noted that they cannot bring support proceedings against one another or partition the family patrimony, and that they are not governed by a legal matrimonial regime. However, they are treated in the same way as married spouses for the purposes of life insurance (art. 2419 *C.C.Q.*), annuities (art. 2380 *C.C.Q.*) and the protective supervision of incapable or vulnerable persons (arts. 264, 266 and 269 *C.C.Q.*). Moreover, they are authorized by art. 15 *C.C.Q.* to consent to care for a person of full age who is incapable of giving consent. Hallée J. added that the Quebec legislature has enacted a number of social or tax laws (including the *Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9, and the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3) that grant *de facto* spouses benefits similar to the ones already available to married spouses. With these exceptions, only a cohabitation agreement can govern the rights of *de facto* spouses. In such an agreement, *de facto* spouses can provide for, among other things, an obligation of support in the event of a breakdown.

[13] Hallée J. then summarized the most relevant points from the expert reports filed by the parties. Although none of the experts had been heard during the trial, some of them had been examined out of court. Hallée J. found on the basis of these reports that *de facto* unions were a growing phenomenon in contemporary Quebec society:

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2009 QCCS 3210, [2009] R.J.Q. 2070*

[11] La juge Hallée est saisie de cette affaire par voie de requête fondée sur la *Charte*. Outre ses allégations fondées sur l'art. 15 de la *Charte*, A soumettait à l'origine certains moyens portant sur le partage des compétences constitutionnelles entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales à l'égard de la définition du mariage. La juge Hallée a rejeté l'ensemble de ces arguments et A les a abandonnés en appel. Devant notre Cour, seules les questions relatives à la garantie d'égalité prévue par la *Charte* sont encore en débat.

[12] La juge Hallée rappelle d'abord la situation juridique des conjoints de fait au Québec. Elle note que les conjoints de fait ne possèdent aucun recours alimentaire l'un contre l'autre. Ils ne peuvent non plus partager le patrimoine familial et ne sont régis par aucun régime matrimonial légal. Toutefois, les conjoints de fait sont assimilés à des époux en matière d'assurance vie (art. 2419 *C.c.Q.*), de rentes (art. 2380 *C.c.Q.*) et de régimes de protection des personnes incapables ou vulnérables (art. 264, 266 et 269 *C.c.Q.*). L'article 15 *C.c.Q.* reconnaît aussi leur capacité d'agir en matière de consentement aux soins destinés à un majeur inapte. Par ailleurs, la juge mentionne que le législateur québécois a adopté plusieurs lois à caractère social ou fiscal (*Loi sur le régime de rentes du Québec*, L.R.Q., ch. R-9, *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3, et autres) où il accorde aux conjoints de fait des avantages similaires à ceux dont bénéficient déjà les époux. Sous ces réserves, seul un contrat de cohabitation (contrat de vie commune) peut régir les droits des conjoints de fait. Les conjoints de fait peuvent notamment y prévoir une obligation alimentaire en cas de rupture.

[13] La juge Hallée résume ensuite les éléments les plus pertinents des rapports d'experts produits par les parties. Bien qu'aucun expert n'ait été entendu lors du procès, certains d'entre eux furent interrogés hors cour. De ces expertises, elle retient l'importance croissante du phénomène des unions de fait dans la société québécoise moderne :

[TRANSLATION] After having read the expert reports attentively, the Court finds that the phenomenon of *de facto* unions is growing in Quebec. From 1981 to 2006, the proportion of couples living in a *de facto* union grew from 7.9% to 34.6%.

The 2006 Statistics Canada census indicates that 34.6% of Quebecers live in a *de facto* union, while an average of 18.4% of couples throughout Canada choose to live in this type of relationship. Thus, Quebec is far in the lead in terms of the number of couples living in a *de facto* union. Moreover, according to the Institut de la statistique du Québec, 60% of children in Quebec are born out of wedlock.

Some experts would therefore like to see the legislature intervene to regulate these unions, while others believe that further study is required before drawing [actual] conclusions about this phenomenon. [paras. 59-61]

[14] Hallée J. then noted that, in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, this Court had adopted a two-part test for finding that a distinction is discriminatory in the constitutional sense: (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?

[15] Hallée J. added that marital status has been recognized as a ground analogous to the grounds of discrimination enumerated in s. 15(1). She also noted that, to find that s. 15(1) has been infringed, it is not enough to establish the existence of a legislative distinction based on an analogous ground. According to the case law, the claimant must prove that the differential treatment has a purpose or effect that discriminates in a substantive sense.

[16] In this case, Hallée J. concluded that A had not shown that the distinction between *de facto* spouses and married spouses resulting from the impugned provisions had substantively discriminatory effects and added that the lack of evidence in this regard was fatal to A's action. Hallée J. stressed the limitations of the expert reports filed by the parties. Those reports indicated that living conditions were

Après avoir fait une lecture attentive des différentes expertises, le Tribunal retient que le phénomène des unions de fait est grandissant au Québec. De 1981 à 2006, la proportion de couples vivant en union de fait est passée de 7,9 % à 34,6 %.

Le dernier recensement 2006 de Statistique Canada indique que 34,6 % des Québécois et Québécoises vivent en union de fait tandis qu'en moyenne, au Canada, 18,4 % des couples choisissent de vivre en union libre. Le Québec demeure ainsi largement en tête dans le nombre de couples vivant en union libre. De plus, selon l'Institut de la statistique du Québec, 60 % des enfants du Québec naissent hors mariage.

Certains experts voudraient donc voir le Législateur intervenir aux fins d'encadrer ces unions, tandis que d'autres estiment nécessaire la tenue d'études plus approfondies pour tirer des conclusions proprement dites de ce phénomène. [par. 59-61]

[14] Puis, la juge Hallée rappelle que la Cour a adopté dans l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, un critère à deux volets pour conclure à l'existence d'une distinction discriminatoire au sens constitutionnel : (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?

[15] La juge ajoute que l'état matrimonial est reconnu comme un motif analogue aux motifs de discrimination énumérés au par. 15(1). Elle rappelle également qu'il ne suffit pas de démontrer l'existence d'une distinction législative fondée sur un motif analogue pour conclure à la violation du par. 15(1). À cet égard, la jurisprudence oblige la requérante à prouver que la différence de traitement poursuit un objectif ou produit des effets réellement discriminatoires.

[16] En l'espèce, la juge Hallée conclut que A n'a pas réussi à démontrer l'existence d'effets discriminatoires réels découlant de la distinction créée par les dispositions contestées entre les conjoints de fait et les conjoints mariés et que cette absence de preuve est fatale à son recours. Elle insiste sur les limites des expertises produites par les parties. Ces expertises indiqueraient dans

by and large better for intact married families than for the new forms of family, but they did not assess the impact of the impugned provisions, particularly in the event of a breakdown. Hallée J. found on the basis of this evidence that *de facto* spouses in Quebec are not subject to [TRANSLATION] “any stereotypical disadvantages or prejudice”. In her opinion, “the legislature’s purpose in preserving a distinction between marriage and *de facto* union is to safeguard freedom of choice and to respect the dignity and autonomy of *de facto* spouses” (para. 222). Finally, she concluded that A had not established concrete effects of the distinctions between *de facto* and married spouses either during the conjugal relationship or upon its breakdown.

[17] However, Hallée J. did not stop there. She also took the precedential value of *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325, into account. In that case, this Court had held that, when the rights and obligations of common law spouses *vis-à-vis each other* are in issue, the spouses’ choice to marry or not to marry becomes the most important factor for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*. Since the distinctions between the rights and obligations of married spouses and those of common law spouses reflect choices made by those individuals, the consequences of the choices do not infringe s. 15. In short, Hallée J. found that *Walsh* fully disposed of A’s *Charter*-based constitutional arguments. In her view, *Walsh* showed that the possibility for *de facto* spouses to make such choices is consistent with the fundamental purpose of s. 15 of the *Charter*:

[TRANSLATION] In the view of this Court, this is the fundamental point in *Walsh*. Whether to establish an identical protective regime, regardless of the choice made regarding marital status, is not a decision that falls within the purview of the courts, provided the choices made by the legislature are not discriminatory. It is the legislature’s task to determine whether it is necessary to impose, in whole or in part, a universal and standardized protective regime that does not take into account the matrimonial status of the *de facto* spouses. [para. 249]

l’ensemble que les familles mariées intactes bénéficient de conditions de vie plus favorables que celles des nouvelles formes de famille, sans toutefois faire l’étude de l’impact des dispositions contestées, notamment en cas de rupture. Sur la base de cette preuve, la juge constate que les conjoints de fait au Québec ne font l’objet d’« aucun désavantage stéréotypé ou préjugé ». Selon elle, « l’objectif du législateur, en conservant une distinction entre le mariage et l’union de fait, est de préserver le libre choix et de respecter la dignité et l’autonomie des conjoints de fait » (par. 222). Enfin, elle conclut que A n’a pas établi les effets concrets des distinctions entre conjoints de fait et époux tant durant la relation qu’au moment de la rupture de l’union conjugale.

[17] La juge Hallée ne s’arrête toutefois pas à ces seuls commentaires. Elle prend également en compte la valeur précédentielle de l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325. Dans ce jugement, notre Cour a décidé que, dans le cas de la détermination des droits et obligations des conjoints de fait *entre eux*, le choix des conjoints de se marier ou de ne pas se marier devient le facteur le plus important pour l’application du par. 15(1) de la *Charte*. Comme les distinctions entre les droits et obligations des conjoints mariés et ceux des conjoints de fait reflètent les choix effectués par ces personnes, les conséquences de ces choix ne porteraient pas atteinte à l’art. 15. En somme, la juge Hallée estime que l’arrêt *Walsh* dispose entièrement des arguments constitutionnels de A fondés sur la *Charte*. À son avis, il ressort de l’arrêt *Walsh* que la possibilité laissée aux conjoints de fait de faire de semblables choix respecte l’objectif fondamental de l’art. 15 de la *Charte* :

Le Tribunal est d’avis qu’il s’agit ici de l’élément fondamental de l’arrêt *Walsh*. La décision d’instaurer un régime de protection identique, sans égard à l’état matrimonial choisi, ne relève dès lors pas des tribunaux, dans la mesure où le choix qui est fait par le législateur n’est pas discriminatoire. Il revient en effet au législateur de déterminer s’il est nécessaire d’imposer, en partie ou en totalité, un régime de protection universel et uniforme qui ne tient pas compte de l’état matrimonial des conjoints de fait. [par. 249]

[18] Hallée J. then rejected A's argument that *Walsh* could be distinguished from the case at bar because there was an obligation of support between common law spouses in Nova Scotia that does not exist in Quebec law. In her opinion, the majority's reasons in *Walsh* were not based on the existence of such an obligation in Nova Scotia. Hallée J. found that *Walsh* instead reflected the fundamental importance of freedom of choice and that this factor is just as applicable in Quebec as in Nova Scotia. The rights of married couples are not denied to *de facto* spouses, who can choose to benefit from them in different ways, by, for example, contracting a civil union or entering into an agreement. In addition to freedom of choice, Hallée J. stated, other contextual factors supported the finding that there was no discrimination in the instant case. As in *Walsh*, the evidence showed that distinctions exist between married and *de facto* couples, and that there is significant heterogeneity within the group consisting of *de facto* spouses. Moreover, the legislative history of the *Civil Code*, like that of the legislation at issue in *Walsh*, shows that the legislature's consistent and considered purpose for the past 30 years has been to respect the freedom of every individual to choose whether or not to marry. As a result, Hallée J. found that the differential treatment of *de facto* spouses and married persons with respect to the obligation of support and the partition of property does not perpetuate prejudice or result from stereotyping.

[19] For all these reasons, Hallée J. denied the constitutional conclusions sought by A and found that the provisions of the *Civil Code of Québec* A challenges are constitutional.

B. *Quebec Court of Appeal, 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259*

(1) Reasons of Dutil J.A.

[20] Dutil J.A. considered A's appeal in reasons concurred in by Giroux J.A. She found first that the main issues raised by the appeal concerned, on the one hand, the obligation of support of *de facto*

[18] La juge Hallée rejette alors la prétention de A selon laquelle l'arrêt *Walsh* se distingue du présent cas puisqu'il existait une obligation alimentaire entre conjoints de fait en Nouvelle-Écosse, alors que le droit québécois ne reconnaît pas cette obligation. Selon elle, l'existence d'une telle obligation en Nouvelle-Écosse ne constituait pas le fondement des motifs majoritaires dans *Walsh*. La juge Hallée estime que l'arrêt *Walsh* reflète plutôt l'importance fondamentale accordée à la liberté de choix. Or, ce dernier facteur s'applique aussi bien au Québec qu'en Nouvelle-Écosse. Les droits accordés aux couples mariés ne sont pas niés aux conjoints de fait. En effet, ceux-ci peuvent choisir d'en bénéficier sous différentes formes, en recourant notamment au régime de l'union civile ou par convention. Outre la liberté de choix, la juge Hallée déclare que d'autres facteurs contextuels appuient une conclusion d'absence de discrimination en l'espèce. Comme dans *Walsh*, la preuve démontre des distinctions entre les couples mariés et les conjoints de fait, ainsi qu'une grande hétérogénéité au sein du groupe composé de conjoints de fait. De plus, à l'instar de la loi en cause dans *Walsh*, l'historique législatif du *Code civil* démontre que le but poursuivi par le législateur, depuis 30 ans, consiste de façon constante et réfléchie à respecter le libre choix de chacun de se marier ou non. Elle conclut ainsi que la différence de traitement des conjoints de fait par rapport aux personnes mariées en regard de l'obligation alimentaire et de la répartition des biens, ne perpétue aucun préjugé et ne résulte pas de l'application de stéréotypes.

[19] Pour l'ensemble de ces motifs, la juge Hallée rejette les conclusions constitutionnelles recherchées par A et reconnaît la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil du Québec* qu'elle attaque.

B. *Cour d'appel du Québec, 2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259*

(1) Opinion de la juge Dutil

[20] La juge Dutil examine le pourvoi de A dans une opinion qui reçoit l'accord du juge Giroux. Elle estime d'abord que les questions principales soulevées par le pourvoi portent, d'une part, sur

spouses and, on the other hand, the partition of property upon separation, that is, the right to partition of the family patrimony, protection of the family residence, the partnership of acquests and the compensatory allowance.

[21] According to Dutil J.A., the trial judge had been correct in concluding that this Court's decision in *Walsh* is binding on the Quebec courts with respect to the partition of property between *de facto* spouses upon separation. She explained this as follows:

[TRANSLATION] In the case before us, the impugned C.C.Q. provisions pertaining to the division of property govern patrimonial relations between married spouses. On this issue, the Supreme Court has spoken clearly, stating that the freedom to choose whether to marry or not is paramount. Although in Quebec the legislature has stipulated that the C.C.Q. provisions governing the effects of marriage are of public order (article 391 C.C.Q.), while in Nova Scotia married spouses can choose not to be subject to the MPA [*Matrimonial Property Act*], this does not in my opinion permit *Walsh* to be distinguished from the present case on this point.

The Quebec legislature has addressed the issue of conjugal status and *de facto* unions on a number of occasions (1980, 1989, 1991, 1999, 2002) and has deliberately decided to allow spouses the freedom to choose the type of relationship they wish. If the issue is to be revisited from the perspective of the division of assets, this should be done by the legislature in light of the changes that have taken place in society, since the Supreme Court has determined that the legislative choice already made on this issue does not contravene section 15 of the Charter. [paras. 59-60]

[22] Dutil J.A. then considered the obligation of support provided for in art. 585 C.C.Q. She disagreed with the trial judge on this point, finding that *Walsh* does not have precedential value with respect to the obligation of spousal support. On the one hand, she noted that common law spouses already had an obligation of support under the Nova Scotia legislation considered by this Court in *Walsh*. On the other hand, she found that there is an important distinction between the obligation of support and the provisions on partition of property. In her view, [TRANSLATION] “support payments exist to

l'obligation alimentaire entre conjoints de fait et, d'autre part, sur le partage des biens lorsque survient une séparation, c'est-à-dire sur le droit au partage du patrimoine familial, à la protection de la résidence familiale, à la société d'acquêts et à la prestation compensatoire.

[21] Selon la juge Dutil, la juge de première instance a eu raison de conclure que l'arrêt rendu par la Cour dans *Walsh* lie les tribunaux québécois en ce qui a trait au partage des biens entre conjoints de fait lors d'une séparation. Elle explique à ce propos :

En l'espèce, les dispositions contestées du C.C.Q. qui touchent le partage des biens règlent les rapports patrimoniaux entre conjoints mariés. Sur cette question, la Cour suprême exprime clairement l'opinion que la liberté de choix de se marier est primordiale. Or, bien qu'au Québec le législateur ait édicté que les dispositions du C.C.Q. sur les effets du mariage sont d'ordre public (art. 391 C.C.Q.), alors qu'en Nouvelle-Écosse les conjoints mariés peuvent choisir de ne pas être soumis à la MPA [*Matrimonial Property Act*], cela ne fait pas en sorte, à mon avis, de permettre de distinguer l'arrêt *Walsh* de la présente affaire sur cette question.

Le législateur québécois a abordé la question des statuts conjugaux et de l'union de fait à plusieurs reprises (1980, 1989, 1991, 1999, 2002) et a délibérément décidé de laisser le libre choix aux conjoints quant à la forme d'engagement qu'ils souhaitent. Si cette question doit être revisitée quant au partage des biens, ce sera à lui de le faire, à la lumière de l'évolution de la société, puisque la Cour suprême a jugé que son choix législatif sur cette question ne contrevenait pas à l'article 15 de la charte. [par. 59-60]

[22] La juge Dutil se penche ensuite sur la question de l'obligation alimentaire comprise à l'art. 585 C.c.Q. Contrairement à la juge de première instance, la juge Dutil conclut que l'arrêt *Walsh* n'a pas l'autorité d'un précédent au sujet de l'obligation alimentaire entre conjoints. D'une part, elle rappelle qu'une obligation alimentaire entre conjoints de fait existait déjà dans le contexte législatif néo-écossais étudié par notre Cour dans *Walsh*. D'autre part, elle considère qu'une distinction importante existe entre l'obligation alimentaire et les dispositions prévoyant le partage des biens. Selon elle, « la pension

meet basic needs and represent an aspect of social solidarity, whereas the division of property is contractual in origin” (para. 68).

[23] Dutil J.A. therefore considered whether art. 585 *C.C.Q.* infringes s. 15(1) of the *Charter*. Applying the test established by this Court in *Kapp*, she concluded that the first stage of the analysis was not problematic, since marital status had already been held to be a ground of discrimination analogous to the ones enumerated in s. 15(1). The case therefore turned on the second stage of the analysis, namely whether the distinction created a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. She concluded that by failing to mention *de facto* spouses in art. 585 *C.C.Q.*, the legislature had created a disadvantage by stereotyping and by expressing a prejudice.

[24] Although she acknowledged that the legislative disadvantages that once existed for *de facto* spouses have become less significant and that the *de facto* union is now socially acceptable, Dutil J.A. concluded that [TRANSLATION] “the fact remains that the legislature’s failure to include them within the protection afforded by article 585 *C.C.Q.* perpetuates the stereotype that these types of unions are less durable and serious than marriage and civil unions, which are recognized by means of a formal act” (para. 98). She stated that her conclusion concerning the existence of such a stereotype was based on the opinion expressed by McLachlin J. in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, which Bastarache J. had reproduced in *Walsh*, about the historical disadvantage suffered by *de facto* spouses. She also relied on the fact that “concubinage” had been considered a reprehensible lifestyle choice before the 1980 family law reform. She added that, in enacting the new *Civil Code*, the legislature had deliberately refrained from including the *de facto* union in the provisions on the family because it considered such unions to be less stable than marriage. She relied in this regard on certain remarks made by the Quebec Minister of Justice in September and November 1991 in the course of the study of Bill 125 on the *C.C.Q.* by a parliamentary committee. Finally,

alimentaire répond à des besoins de base et participe de la solidarité sociale, alors que le partage des biens a une origine contractuelle » (par. 68).

[23] La juge Dutil recherche donc si l’art. 585 *C.c.Q.* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Appliquant la méthode d’analyse établie par notre Cour dans l’arrêt *Kapp*, elle conclut que le premier volet de l’analyse ne pose aucun problème, l’état matrimonial ayant été reconnu comme un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Le débat porte donc sur le deuxième volet de l’analyse; c’est-à-dire, si la distinction crée un désavantage résultant de la perpétuation d’un préjugé ou de l’application de stéréotypes. Elle conclut qu’en omettant de mentionner les conjoints de fait à l’art. 585 *C.c.Q.*, le législateur crée un désavantage par l’application d’un stéréotype et l’expression d’un préjugé.

[24] Bien qu’elle reconnaisse que les désavantages législatifs d’autrefois pour les conjoints de fait ont diminué et que l’union de fait est maintenant acceptable socialement, la juge Dutil conclut qu’« il n’en reste pas moins que l’omission par le législateur de les inclure à la protection qu’offre l’article 585 *C.C.Q.* perpétue le stéréotype que ces unions sont moins durables et sérieuses que celles dont la reconnaissance passe par un acte solennel, soit le mariage et l’union civile » (par. 98). Elle affirme que sa conclusion quant à l’existence d’un tel stéréotype repose sur l’opinion de la juge McLachlin dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, reprise par le juge Bastarache dans *Walsh*, au sujet du désavantage historique subi par les conjoints de fait. Elle se fonde également sur le fait qu’avant la réforme du droit de la famille de 1980, le « concubinage » était considéré comme un mode de vie condamnable. Elle ajoute que, lors de l’adoption du nouveau *Code civil*, le législateur aurait omis à dessein de traiter de l’union de fait dans les dispositions touchant la famille parce que, selon son opinion, elle ne présentait pas la même stabilité que le mariage. À cet effet, la juge s’appuie sur certains propos du ministre de la Justice du Québec tenus en septembre et en novembre 1991, lors de l’étude du projet de loi 125 sur le *C.c.Q.* en commission parlementaire. Enfin, malgré de

although many recommendations had been made by an interdepartmental committee that considered the situation of *de facto* spouses in 1996, the Quebec legislature had not passed a bill to structure their mutual relationships.

[25] According to Dutil J.A., other signs of the disadvantages suffered by *de facto* spouses are still present in the *Civil Code*. For example, a *de facto* spouse can inherit from his or her spouse only by will (arts. 653 *C.C.Q. et seq.*) and cannot make gifts of future property (arts. 1818 and 1819 *C.C.Q.*). Finally, referring to *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, in which this Court explained that one factor which may demonstrate that a distinction violates a person's dignity is the vulnerability of the group in question, Dutil J.A. stated that *de facto* spouses are vulnerable just as same-sex spouses were. In her opinion, since the legislature had not made the obligation of support provided for in art. 585 applicable to *de facto* spouses, it deemed them less worthy of the protection afforded to married spouses even though *de facto* unions may be similar in several respects to the other types of conjugal relationships.

[26] Dutil J.A. referred to Gonthier J.'s comment in *Walsh* that the obligation of support has an important social objective that differs from the objective of the division of property. By providing in art. 585 *C.C.Q.* that spouses and relatives in the direct line in the first degree owe each other support, the Quebec legislature also recognized that the obligation of support is different. According to Dutil J.A., it [TRANSLATION] "is not solely the consequence of a contractual agreement; rather, it is a social obligation toward members of the immediate family unit" (para. 101). In Quebec, the family unit concept now also includes families formed by *de facto* spouses. In ignoring such families, the Quebec legislature excluded more than a third of Quebec couples from the application of a measure that exists precisely to protect the family unit. Dutil J.A. also found that, by requiring marriage or civil union as a precondition for the right to support, the legislature had failed to consider social realities. The purpose of an obligation of support of former spouses is to enable an economically

nombreuses recommandations formulées par un comité interministériel chargé de se pencher sur la situation des conjoints de fait en 1996, le législateur québécois n'a adopté aucun projet de loi pour encadrer leurs rapports mutuels.

[25] Selon la juge Dutil, le *Code civil* conserve d'autres signes des désavantages subis par les conjoints de fait. Ainsi, ils ne peuvent hériter de leur conjoint que par testament (art. 653 *C.c.Q.* et suiv.). Ils ne peuvent faire de donations de biens à venir (art. 1818 et 1819 *C.c.Q.*). Enfin, référant à l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où la Cour explique qu'un des facteurs susceptibles de démontrer que la distinction porte atteinte à la dignité est la vulnérabilité dont souffre le groupe en question, la juge Dutil affirme que les conjoints de fait sont vulnérables, comme l'étaient les conjoints de même sexe. Selon elle, faute de leur rendre applicable l'obligation alimentaire prévue à l'art. 585, le législateur les considère comme moins dignes de la protection offerte aux conjoints mariés, même si les unions de fait peuvent présenter plusieurs similitudes avec les autres types d'union conjugale.

[26] La juge Dutil rappelle les propos du juge Gonthier dans *Walsh*, où ce dernier a affirmé que l'obligation alimentaire a un objectif social important et différent du partage des biens. En disposant à l'art. 585 *C.c.Q.* que les conjoints et les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments, le législateur québécois reconnaît aussi que l'obligation alimentaire est d'une autre nature. Selon la juge Dutil, elle « ne découle [. . .] pas uniquement d'un engagement contractuel, il s'agit plutôt d'une obligation sociale envers les membres de la cellule familiale rapprochée » (par. 101). La cellule familiale québécoise actuelle comprend aussi celle formée par les conjoints de fait, et en les ignorant, le législateur québécois exclut plus d'un tiers des couples québécois de l'application d'une mesure de protection qui vise pourtant cette cellule familiale. La juge Dutil estime aussi que le critère retenu par le législateur pour reconnaître un droit à des aliments, soit la conclusion d'un mariage ou d'une union civile, ne tient pas compte de la réalité sociale. La raison d'être d'une obligation

dependent person to obtain support, following the breakdown of a conjugal relationship, from a former spouse who is capable of paying it. The nature of the couple's relationship, be it a *de facto* union, civil union or marriage, does not alter the extent to which one of the former spouses needs support after they separate.

[27] Rather, Dutil J.A. noted that a *de facto* union that lasts a certain length of time and produces children is very similar to marriage. Finally, she disagreed with the trial judge that the lack of evidence about the concrete effects of the distinction between *de facto* spouses and married spouses was fatal to A's action. She referred in this regard to *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, in which this Court had stated that it will often be evident on the basis of facts of which judicial notice is taken and logical reasoning that a distinction is discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. In her opinion, Hallée J. should therefore have taken judicial notice of the concrete effects of the distinction made by the legislature between *de facto* spouses and married spouses. She concluded that the Quebec legislature's differential treatment of *de facto* spouses and married or civil union spouses with respect to the obligation of support has a substantive impact on *de facto* spouses. More specifically, in her view, art. 585 *C.C.Q.* deprives certain individuals of a right — the ability to meet basic financial needs following the breakdown of a relationship — however fundamental it may be, since they cannot claim support from a former spouse following separation. This exclusion exists regardless of the length of the union, the birth of children or the creation of a situation of economic dependence.

[28] Having concluded, in light of certain contextual factors, that the exclusion of *de facto* spouses from art. 585 *C.C.Q.* is discriminatory, Dutil J.A. held that this legislative provision is not justified under s. 1 of the *Charter*. As a result, she decided that the appropriate constitutional remedy in this case would be a declaration that art. 585 *C.C.Q.*

alimentaire entre ex-conjoints est de permettre que la personne en situation de dépendance économique, à la suite de la rupture d'une union conjugale, puisse obtenir un soutien alimentaire d'un ex-conjoint capable de le payer. Que le couple ait vécu en union de fait, en union civile ou dans le cadre d'un mariage ne change rien aux besoins alimentaires d'un des ex-conjoints lorsque survient une séparation.

[27] La juge Dutil souligne plutôt que les unions de fait d'une certaine durée et desquelles naissent des enfants présentent une forte similitude avec les mariages. Enfin, elle ne partage pas l'opinion de la juge de première instance selon laquelle l'absence de preuve sur les effets concrets de la distinction entre les conjoints de fait et les conjoints mariés est fatale au recours de A. Elle renvoie à cet égard à l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, où notre Cour affirme qu'il sera souvent évident au vu de la connaissance d'office et du raisonnement logique qu'une distinction est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. À son avis, la juge Hallée aurait donc dû prendre connaissance d'office des effets concrets qu'entraîne la distinction faite par le législateur entre les conjoints de fait et les conjoints mariés. Elle conclut que la différence de traitement imposée par le législateur québécois entre les conjoints de fait, d'une part, et les conjoints mariés ou unis civilement, d'autre part, en ce qui concerne l'obligation alimentaire, entraîne des effets réels sur les conjoints de fait. Plus précisément, selon elle, l'art. 585 *C.c.Q.* exclut certaines personnes d'un droit pourtant fondamental, soit la capacité de subvenir à ses besoins financiers de base après une rupture, puisque ces personnes ne peuvent demander des aliments à un ex-conjoint après une séparation. Cette exclusion existe sans égard à la durée de l'union, à la naissance d'enfants ou à la création d'une situation de dépendance économique.

[28] Ayant conclu, à la lumière de certains facteurs contextuels, au caractère discriminatoire de l'exclusion des conjoints de fait de l'art. 585 *C.c.Q.*, la juge Dutil estime que cette disposition législative n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Dès lors, la juge Dutil décide qu'une déclaration d'invalidité de l'art. 585 *C.c.Q.*,

is invalid; this declaration was to be suspended for 12 months without any exemption for A.

(2) Reasons of Beauregard J.A.

[29] Beauregard J.A. agreed that, because *de facto* spouses in Quebec are excluded from the right to support after separation, they are discriminated against in violation of s. 15(1) of the *Charter* and that this discrimination cannot be justified under s. 1.

[30] However, Beauregard J.A. disagreed with Dutil J.A. about the appropriate remedy, since many *de facto* spouses would be deprived of support during the period in which the declaration of invalidity of art. 585 *C.C.Q.* was to be suspended. To avoid this result, he would have ordered that art. 585 *C.C.Q.*, which provides for the obligation of support, and art. 511 *C.C.Q.*, which allows a court to order the payment of support at the time of separation from bed and board, be immediately interpreted as applying to *de facto* spouses.

IV. Analysis

A. *Issues*

[31] After the parties appealed to this Court, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

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*?
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*?

[32] A added the following question concerning the immediate application of a declaration of constitutional invalidity:

suspendue pour une période de 12 mois, sans exemption pour A, constitue la réparation constitutionnelle appropriée en l'espèce.

(2) Opinion du juge Beauregard

[29] Le juge Beauregard se déclare également d'avis qu'en raison de leur exclusion du droit à des aliments après une séparation, les conjoints de fait au Québec font l'objet d'un traitement discriminatoire en violation du par. 15(1) de la *Charte* qui n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

[30] Cependant, le juge Beauregard exprime son désaccord avec la conclusion de la juge Dutil quant à la réparation appropriée, puisque de nombreux conjoints de fait se trouveront privés de pension alimentaire pendant la suspension de l'effet de la déclaration d'invalidité de l'art. 585 *C.c.Q.* Pour éviter ce résultat, il ordonne que les art. 585 et 511 *C.c.Q.*, prévoyant d'une part l'obligation alimentaire et d'autre part la possibilité pour un tribunal d'ordonner le versement d'aliments lors de la séparation de corps, soient interprétés immédiatement comme incluant les conjoints de fait.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

[31] Suite aux pourvois des parties devant notre Cour, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles 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*?
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*?

[32] A ajoute la question suivante au sujet de l'application immédiate d'une déclaration d'inconstitutionnalité :

3. [TRANSLATION] Did the majority of the Court of Appeal err in the choice of remedy, in particular by failing to immediately enable all Quebecers to benefit from a remedy rectifying the constitutional invalidity in issue, and also with respect to the question of an individual remedy for the claimant?

[33] In determining whether the *Civil Code*'s provisions on the relationship between spouses are consistent with the equality guarantee of s. 15(1) of the *Charter*, it will be necessary to consider certain questions related to this main issue. First, I will review the development of the framework for the legal relationship between spouses in Quebec, Quebec's legislative policy as regards the distinction between married or civil union spouses and *de facto* spouses, and the development of the *de facto* union in Quebec society. Second, I will discuss the nature and application of the right to equality. Third, I will consider the nature and precedential value of *Walsh*. Lastly, I will go on to discuss the constitutional issues raised by the parties.

B. *Positions of the Parties*

(1) A

[34] A submits that the Court of Appeal properly struck down art. 585 *C.C.Q.*, which provides for the obligation of spouses to support one another, on the ground that it unjustifiably infringes s. 15(1) of the *Charter*. She also argues that the Court of Appeal erred in finding that the provisions on partition of property are not inconsistent with s. 15(1). In her opinion, both the provisions on partition of property and the provision concerning the obligation of spousal support unjustifiably infringe the right to equality guaranteed by s. 15(1).

[35] A adds that it was an error to apply this Court's reasoning in *Walsh* to the provisions on partition of property. She submits that the Quebec scheme differs from the Nova Scotia scheme considered by this Court in *Walsh* and that *Walsh* did

3. La Cour d'appel a-t-elle erré, à la majorité, dans le choix de la réparation, notamment, d'une part, en ne faisant pas bénéficier immédiatement l'ensemble des Québécois et Québécoises d'une réparation corrigeant de manière immédiate l'invalidité inconstitutionnelle en cause et, d'autre part, quant à la question de la réparation individuelle de la demanderesse?

[33] L'examen de la conformité des dispositions du *Code civil* relatives aux rapports entre conjoints à la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte* requiert l'étude de certaines questions rattachées à ce problème principal. En premier lieu, je rappellerai dans ces motifs l'évolution de l'encadrement des rapports juridiques entre conjoints au Québec, la politique législative du Québec au sujet de la distinction établie entre les conjoints mariés ou unis civilement et les conjoints de fait, ainsi que l'évolution de l'union de fait dans la société québécoise. En deuxième lieu, j'exposerai la nature et la mise en œuvre du droit à l'égalité. Puis, en troisième lieu, j'étudierai la nature et la portée précédenielle de l'arrêt *Walsh*. Enfin, je passerai à l'étude des questions constitutionnelles soulevées par les parties.

B. *Les positions des parties*

(1) A

[34] A considère que la Cour d'appel a invalidé à bon droit l'art. 585 *C.c.Q.* concernant l'obligation alimentaire entre conjoints au motif que cette disposition porterait atteinte au par. 15(1) de la *Charte* de manière injustifiée. A plaide aussi que la Cour d'appel s'est trompée en concluant que les dispositions prévoyant le partage des biens ne contreviennent pas au par. 15(1). Selon elle, tant les dispositions relatives au partage des biens que celle prévoyant l'obligation alimentaire entre conjoints portent atteinte de manière injustifiée à la garantie d'égalité du par. 15(1).

[35] A ajoute que l'application du raisonnement de l'arrêt *Walsh* aux dispositions sur le partage des biens constituait une erreur. En effet, elle estime que le régime québécois diffère du régime néo-écossais évalué par la Cour dans *Walsh* et que cet

not resolve the issues in the case at bar. She also challenges its precedential value.

[36] A further argues that the theory of freedom of choice, consensualism or autonomy of the will relied on by the Attorney General and B to support the constitutional validity of the *Civil Code* provisions she is challenging does not correspond to reality. This Court cannot permit a legislature to justify discriminatory treatment by relying on a theory that has no connection with the reality of the persons being discriminated against. Such an approach would favour the recognition of distinctions based on prejudice and exempt the legislature from the obligation to ensure the substantive equality promised by s. 15 of the *Charter*. A argues that the exclusion of *de facto* spouses from the protection the *Civil Code* affords the family in relation to both the partition of property and the obligation of support disregards their actual situation and their needs.

[37] In short, A argues that it was up to the Attorney General to defend the legislation by showing that it is not based on prejudice or stereotypes. In her opinion, far from combatting stereotypes, the Attorney General and B are relying on them and basing their arguments on them.

[38] According to A, the appropriate remedy in this case would be for this Court to read *de facto* spouses into the impugned provisions. Her case would then have to be remitted to the Superior Court to determine the amount and duration of the support owed to her and partition the parties' property.

(2) Attorney General of Quebec

[39] The Attorney General of Quebec submits that the Court of Appeal did not err in finding that the provisions on partition of property are not inconsistent with s. 15(1) of the *Charter*. However, he argues that the Court of Appeal erred in striking down art. 585 *C.C.Q.*, which provides for the obligation of spousal support, on the ground that it

arrêt ne règle pas les questions en litige dans la présente affaire. Elle remet d'ailleurs en cause sa valeur précédenielle.

[36] De plus, A soutient que la théorie du libre choix, du consensualisme ou de l'autonomie de la volonté mise de l'avant par le procureur général et par B pour défendre la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil* qu'elle conteste est inexacte dans les faits. Dès lors, notre Cour ne saurait permettre à un législateur de justifier un traitement discriminatoire en vertu d'une théorie sans lien avec la réalité vécue par les personnes visées. Une telle méthode favoriserait la reconnaissance de distinctions fondées sur des préjugés et soustrairait le législateur à l'obligation d'assurer l'égalité réelle promise par l'art. 15 de la *Charte*. A affirme que l'exclusion des conjoints de fait des protections du *Code civil* consacrées à la famille, tant sur le plan du partage des biens que sur celui de l'obligation alimentaire, ne tient pas compte de leur véritable situation et de leurs besoins.

[37] En somme, A plaide qu'il appartenait au procureur général de défendre la législation, en démontrant qu'elle n'est pas fondée sur des préjugés ou des stéréotypes. Or, à son avis, loin de combattre des stéréotypes, le procureur général et B s'en réclament et en font la base de leur argumentation.

[38] D'après A, la réparation appropriée en l'espèce devrait consister dans l'interprétation large par cette Cour des dispositions contestées, pour y inclure les conjoints de fait. Il faudrait ensuite renvoyer son dossier à la Cour supérieure afin que celle-ci puisse fixer le montant et la durée de la pension alimentaire qui lui est due et procéder au partage des biens des parties.

(2) Procureur général du Québec

[39] Le procureur général du Québec considère que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que les dispositions prévoyant le partage des biens ne contreviennent pas au par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, le procureur général allègue que la Cour d'appel a erré en invalidant l'art. 585 *C.c.Q.* relatif à l'obligation alimentaire entre

unjustifiably infringes s. 15(1). In his opinion, the right to equality guaranteed by s. 15(1) is violated by neither the provisions on partition of property nor the provision concerning the obligation of spousal support.

[40] The Attorney General submits that, in light of the evidence and in accordance with this Court's reasons in *Walsh*, the exclusion of *de facto* spouses from the impugned provisions of the *Civil Code* is not discriminatory. In his view, it does not create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. According to the Attorney General, the reasons and principles stated by the majority in *Walsh* apply to all the impugned statutory provisions, including the one on the obligation of spousal support. He argues that any other conclusion would be illogical and contradictory. Otherwise, the respect shown by the legislature in the *Civil Code* for the freedom of choice of partners to marry or not to marry would on the one hand be interpreted as a legislative choice that is not based on stereotyping of or prejudice against the *de facto* union in the case of the matrimonial regime and the partition of property, whereas on the other hand, the same legislative choice would be considered to be tainted by stereotyping of or prejudice against the *de facto* union in the case of the obligation of support.

[41] The Attorney General submits that, with regard to both the obligation of support and the patrimony of the spouses, the Quebec legislature's objective is the same one the Nova Scotia legislature was pursuing in *Walsh*: to respect individual autonomy. In other words, both for the obligation of spousal support and for patrimonial property, the exclusion of *de facto* spouses is intended to respect the freedom of every individual to choose whether to marry and thus whether to participate in the statutory scheme applicable to marriage and accept the specific legal consequences flowing from that scheme. According to the Attorney General, the distinction between married or civil union spouses and *de facto* spouses can be explained by the fact that the former have chosen to make a commitment

conjoint au motif que cette disposition porterait atteinte au par. 15(1) de manière injustifiée. Selon lui, ni les dispositions relatives au partage des biens ni celle prévoyant l'obligation alimentaire entre conjoints ne violent la garantie d'égalité établie par le par. 15(1).

[40] Le procureur général soutient qu'au regard de la preuve et conformément aux motifs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Walsh*, le non-assujettissement des conjoints de fait aux dispositions contestées du *Code civil* n'est pas discriminatoire. En effet, il ne crée pas, selon lui, un désavantage résultant de la perpétuation d'un préjugé ou de l'application de stéréotypes. De l'avis du procureur général, les motifs et les principes énoncés par la majorité dans *Walsh* s'appliquent à l'ensemble des dispositions législatives contestées, y compris l'obligation alimentaire entre époux. Suivant son argumentation, toute autre conclusion serait illogique et contradictoire. Car, s'il en allait autrement, le fait que le législateur respecte, dans le *Code civil*, la liberté de choix des partenaires de se marier ou non serait interprété comme un choix législatif ne reposant pas sur des stéréotypes ou sur des préjugés à l'égard de l'union libre lorsqu'il s'agit du régime matrimonial et du partage des biens. Par contre, ce même choix législatif serait considéré comme vicié par des stéréotypes ou des préjugés à l'égard de l'union libre, lorsqu'il s'agit de l'obligation alimentaire.

[41] Selon le procureur général, l'objectif recherché par le législateur québécois tant à l'égard de l'obligation alimentaire qu'à l'égard du patrimoine des conjoints demeure le même que celui poursuivi par le législateur de la Nouvelle-Écosse dans *Walsh* : le respect de l'autonomie individuelle. Autrement dit, tant à l'égard de l'obligation alimentaire entre époux qu'à l'égard des biens patrimoniaux, l'exclusion des conjoints de fait vise à respecter la liberté de choix de chaque personne de se marier ou non et, par le fait même, d'adhérer ou non au régime législatif du mariage et aux conséquences juridiques spécifiques qui en découlent. D'après le procureur général, la distinction entre les personnes mariées ou unies civilement et les conjoints de fait s'explique par le fait que les premières ont

the nature of which legally entails a certain number of rights and obligations, while the latter have not done so. Under the Quebec scheme, a decision to live together is not enough to show an intention to make such a commitment.

[42] In short, the Attorney General argues that to extend the *Civil Code*'s provisions on the rights and obligations of marriage, including the obligation of support, to persons in *de facto* unions is a societal choice that falls within the political and not the judicial realm. However, if the Court were to conclude that some of the impugned provisions unjustifiably infringe s. 15, the Attorney General is opposed to reading in as a solution and prefers to have the declaration of invalidity suspended to enable the legislature to correct the constitutional defect. The Attorney General is also opposed to granting A an individual remedy during any period in which the declaration of invalidity is suspended.

(3) B

[43] B adopts the Attorney General's positions on the validity of the Quebec legislative scheme and on the remedy the Court should grant if it reaches the conclusion proposed by A on the constitutional questions.

[44] B also argues that the evidence adduced in the Superior Court, this Court's determinative case law on discrimination based on marital status, and an analysis of the relevant contextual factors lead necessarily to the conclusion that the impugned distinctions under Quebec law between *de facto* unions and marriage or civil unions are not discriminatory, as they do not perpetuate prejudice and do not result from stereotyping. Moreover, according to B, the principles from *Walsh* are directly applicable in the instant case, and the Court of Appeal erred in holding that they do not apply to the obligation of support.

choisi de conclure un engagement dont la nature emporte juridiquement un certain nombre de droits et d'obligations, tandis que les seconds n'ont pris aucune mesure de cet ordre. Dans le cadre du régime québécois, la décision de faire vie commune ne suffit pas à démontrer une intention de prendre des engagements de ce type.

[42] En somme, l'extension de la portée des dispositions du *Code civil* sur les droits et obligations du mariage, y compris l'obligation alimentaire, pour y inclure les personnes en union de fait représente, selon le procureur général, un choix de société qui relève du domaine politique et non judiciaire. Cependant, si la Cour devait conclure que certaines des dispositions contestées portent atteinte de manière injustifiée à l'art. 15, le procureur général s'oppose à la solution d'une interprétation large et favorise la suspension de la déclaration d'invalidité pour permettre au législateur de corriger le vice constitutionnel. Il s'oppose également à une réparation individuelle en faveur de A durant une période de suspension d'une déclaration d'invalidité.

(3) B

[43] B adopte la position du procureur général quant à la validité du régime législatif québécois et quant au choix de la réparation que la Cour devrait privilégier si elle devait conclure comme le propose A au sujet des questions constitutionnelles.

[44] B plaide aussi que la preuve administrée en Cour supérieure, la jurisprudence déterminante de notre Cour portant sur la discrimination fondée sur l'état matrimonial et une analyse des facteurs contextuels pertinents imposent la conclusion que les distinctions attaquées opérées par le droit québécois entre l'union de fait et le mariage ou l'union civile ne sont pas discriminatoires. En effet, ces distinctions ne perpétuent aucun préjugé et ne reposent pas sur l'application de stéréotypes. De plus, selon B, les principes de l'arrêt *Walsh* s'appliquent directement en l'espèce et la Cour d'appel a erré en les écartant à propos de l'obligation alimentaire.

[45] B points out that he and A, in their own way and for their own reasons, chose to live together outside the institution of marriage. For deeply personal reasons, he never wanted to participate in that institution. As for A, she chose to live with B in a conjugal relationship without making marriage a precondition to their cohabitation.

(4) Interveners

[46] In this Court, four interveners stated their positions on the constitutional challenge.

[47] Although New Brunswick has established a support remedy for common law spouses, the Attorney General of that province submits that the respect for freedom of choice shown by the Court in *Walsh* must apply in relation to both the provisions on partition of property and those on spousal support. In her view, freedom of choice characterizes the type of union contracted by the spouses, so there is no reason to distinguish the obligation of support from obligations with respect to the partition of property in the case of *de facto* unions.

[48] The Attorney General of Alberta, whose province also imposes an obligation of support on common law spouses, intervened only with respect to the provisions on partition of property. In his view, the Court disposed of the issue adequately in *Walsh* by stressing the importance of the factor of freedom of choice in the analysis under s. 15 of the *Charter*.

[49] The Women's Legal Education and Action Fund, adopting some of A's arguments, contends that spousal relationships are marked by gender inequality and that the Court should take that inequality into account in determining whether the impugned statutory provisions are discriminatory. Finally, this intervener asks that the *Civil Code* provisions relating to the obligation of support and the partition of property be applied to *de facto* spouses.

[45] B rappelle qu'à leur façon et pour des motifs qui leur sont propres, A et B ont choisi de vivre ensemble en marge de l'institution du mariage. B n'a jamais voulu adhérer à cette institution, pour des raisons profondément personnelles. Quant à A, elle a choisi de vivre en relation conjugale avec B sans faire du mariage une condition préalable à cette cohabitation.

(4) Les intervenants

[46] Devant notre Cour, quatre intervenants ont fait connaître leur position quant au litige constitutionnel.

[47] Bien que le Nouveau-Brunswick ait créé un recours alimentaire entre conjoints de fait, la procureure générale de cette province estime que le respect de la liberté de choix reconnu par la Cour dans *Walsh* s'impose tant à l'égard des dispositions concernant le partage des biens qu'à l'égard de celles prévoyant l'obligation alimentaire entre conjoints. Selon elle, la liberté de choix caractérise le type d'union contractée; il n'y a donc pas lieu de distinguer les obligations de soutien alimentaire de celles relatives au partage des biens dans le cas des unions libres.

[48] De son côté, le procureur général de l'Alberta, dont la province reconnaît également une obligation alimentaire entre conjoints de fait, limite son intervention aux dispositions concernant le partage des biens. Selon lui, la Cour a adéquatement disposé de la question en jeu dans l'arrêt *Walsh*, en soulignant l'importance du facteur de la liberté de choix dans l'analyse requise sous l'art. 15 de la *Charte*.

[49] Adoptant certains des arguments mis de l'avant par A, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes soutient que les relations conjugales sont marquées par l'inégalité entre les sexes. Dès lors, la Cour devrait tenir compte de ces inégalités lors de son évaluation du caractère discriminatoire des dispositions législatives contestées. Enfin, cet intervenant demande que les conjoints de fait bénéficient de l'application des articles du *Code civil* concernant l'obligation alimentaire ainsi que le partage des biens.

[50] Similarly, the Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec supports A's arguments concerning the infringement of the right to equality that results from the exclusion of *de facto* spouses from art. 585 on the obligation of support. Disagreeing with the weight attached to freedom of choice by the Attorney General and B, it disputes the validity of this factor. Moreover, as with the obligation of support, the Fédération submits that the exclusion of *de facto* spouses from the provisions on protection of the family residence discriminates against them and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The Fédération also argues that this Court should consider the impact on children of the discrimination against their parents.

C. *Changes in the Framework for Legal Relationships Between Spouses in Quebec Since 1980*

[51] This case centres on the exclusion of *de facto* spouses from the scope of certain provisions of the *Civil Code of Québec* that shape legal relationships between spouses. To determine whether the provisions in question are discriminatory, it will be necessary to consider them in the relevant historical and legislative context. For this purpose, I will discuss the framework applicable to legal relationships between spouses in Quebec, Quebec legislative policy with respect to the distinction between *de facto* spouses and married or civil union spouses, and the development of the *de facto* union in Quebec society.

(1) Married Spouses

(a) *Historical Review of the Situation of Married Spouses and Development of the Legal Framework for Their Relationships*

[52] Before discussing the situation of *de facto* spouses, I must review the civil law's matrimonial regimes for legally married spouses. On enacting the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") in

[50] D'une manière analogue, la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec appuie les arguments de A au sujet de l'atteinte au droit à l'égalité causée par l'exclusion des conjoints de fait de l'art. 585 prévoyant l'obligation alimentaire. En désaccord avec l'importance attachée par le procureur général et par B à la liberté de choix, elle conteste le bien-fondé de ce facteur. De plus, selon la Fédération, tout comme dans le cas de l'obligation alimentaire, l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des dispositions concernant la protection de la résidence familiale est discriminatoire à leur égard et ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Fédération plaide également que notre Cour devrait prendre en considération l'impact sur les enfants de la discrimination subie par les parents.

C. *L'évolution de l'encadrement des rapports juridiques entre conjoints depuis 1980 au Québec*

[51] Le cœur du litige en l'espèce se retrouve dans l'exclusion des conjoints de fait du champ d'application de certaines dispositions du *Code civil du Québec* qui ont pour effet de moduler les rapports juridiques entre les conjoints. Pour déterminer si ces dispositions ont un caractère discriminatoire, il est nécessaire de les étudier dans leur contexte historique et législatif pertinent. Dans ce but, j'examinerai l'encadrement des rapports juridiques entre conjoints au Québec, la politique législative québécoise quant à la distinction entre les conjoints de fait et les conjoints mariés ou en union civile ainsi que l'évolution de l'union de fait dans la société québécoise.

(1) Les conjoints mariés

a) *Rappel historique de la situation des conjoints mariés et développement du cadre juridique de leurs rapports*

[52] L'examen de la situation des conjoints de fait exige, au départ, l'étude des régimes matrimoniaux établis pour les époux légalement mariés en droit civil. Après l'adoption, en 1866, du *Code civil du*

1866, the legislature gave spouses a choice, at the time of their marriage, between two principal matrimonial regimes: community of property and separation of property. Originally, under the 1866 *Code*, the choice made at the time of marriage was irrevocable for the duration of the marriage.

[53] The legal matrimonial regime, that is, the regime that applied where the spouses did not enter into a marriage contract choosing another regime, was that of “community of moveables and acquests” (“community of property”). The community of property was administered by the husband. [TRANSLATION] “[T]he regime was organized around the supremacy of the husband . . . , the head of the community”: B. Lefebvre, “L’évolution de la notion de conjoint en droit québécois”, in P.-C. Lafond and B. Lefebvre, eds., *L’union civile: nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle* (2003), 3, at p. 11. In 1931, to give the wife some autonomy in relation to her husband, the legislature created the category of “reserved property” of the wife. Reserved property was property the wife acquired by working outside the household and over which she had certain powers of administration: *An Act to amend the Civil Code and the Code of Civil Procedure respecting the civil rights of women*, S.Q. 1931, c. 101, s. 27. After that, the *Civil Code of Lower Canada* provided that upon being dissolved, the community, including the wife’s reserved property, was partitioned equally between the spouses. If the wife renounced the partition, she kept only her reserved property.

[54] Alternatively, the spouses could enter into a marriage contract before a notary to establish a regime of separation of property. Under this regime, the spouses’ assets did not constitute a mass of community created during the marriage. Thus, for spouses who opted out of the regime of community of property, there was no partition upon dissolution; they therefore kept their respective patrimonies. In addition, the *Civil Code of Lower Canada* authorized a variety of stipulations that might change the scope of the regimes. The basic choice was

Bas Canada (« C.c.B.C. »), le législateur offrait aux époux, lors de leur mariage, le choix entre deux régimes matrimoniaux principaux, la communauté de biens et la séparation de biens. À l’origine, en vertu du *Code* de 1866, le choix fait au moment du mariage était irrévocable pendant toute la durée du mariage.

[53] Le régime matrimonial légal, c’est-à-dire le régime qui s’appliquait lorsque les époux n’avaient pas conclu de contrat de mariage choisissant un autre régime, était celui de la communauté de meubles et acquêts (« communauté de biens »). La communauté de biens était administrée par l’époux. « [L]e régime s’orchestre autour de la suprématie du mari, [. . .] le chef de la communauté » : B. Lefebvre, « L’évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans P.-C. Lafond et B. Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle* (2003), 3, p. 11. En 1931, pour accorder un peu d’autonomie à l’épouse vis-à-vis de son mari, le législateur crée la catégorie des « biens réservés » de la femme, constituée des biens acquis par son travail à l’extérieur du ménage et sur lesquels elle conserve certains pouvoirs d’administration : *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, S.Q. 1931, ch. 101, art. 27. Le *Code civil du Bas Canada* prévoit alors qu’à sa dissolution, la communauté, incluant les biens réservés de la femme, est partagée en parts égales entre les époux. Si l’épouse renonce au partage, elle ne conserve que ses biens réservés.

[54] Alternativement, les époux peuvent conclure devant un notaire un contrat de mariage établissant un régime de séparation de biens. Ce régime se caractérise par l’absence de masse commune de biens créée pendant le mariage. Ainsi, pour les époux se soustrayant à la communauté de biens, aucun partage n’a lieu à la dissolution; ils conservent alors leur patrimoine respectif. De plus, le *Code civil du Bas Canada* permettait des stipulations variées susceptibles de modifier la portée des régimes. Néanmoins, le choix fondamental

nevertheless between separation of property and community of property.

[55] New trends in the implementation of matrimonial regimes began emerging in the 1930s. Wives increasingly adopted the conventional regime of separation of property even though the vast majority of them did not have paid employment outside the home through which they could accumulate property. In 1932, 43% of couples chose separation of property; this rose to 70% by 1970: A. Roy, *Le contrat de mariage réinventé: Perspectives socio-juridiques pour une réforme* (2002), at pp. 58-62; J. Pineau and D. Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux* (1984), at p. 123. As a result, in the event of separation from bed and board or, more rarely, of divorce, wives who had chosen the regime of separation of property, and who had probably not accumulated patrimonies because they did not work outside the home, were not entitled to partition of the property owned by their husbands.

[56] Several explanations have been advanced for this trend, at first glance surprising, in favour of the regime of separation of property during that period. They include rejection of the patriarchal nature of the regime of community of property, the incompatibility of this regime with women's newly acquired legal capacity, the risk represented by the community of property in the event of bankruptcy and, more generally, the fact that an effective divorce procedure was not accessible.

[57] According to many commentators, this change could be explained as a reaction to the fact that wives had no power under the regime of community of property. Since the regime of separation of property gave wives some powers of administration over their patrimonies, it seemed to guarantee them more autonomy than that of community of property: see, *inter alia*, M. Tétrault, *Droit de la famille* (4th ed. 2010), vol. 1, at p. 562; D. Burman, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux: d'une justice bien pensée à un semblant de justice — un juste sujet

demeurait l'option entre la séparation de biens et la communauté de biens.

[55] Des tendances nouvelles commencent à apparaître à partir des années 1930 dans la mise en œuvre des régimes matrimoniaux. Les femmes, bien que n'occupant, pour la très grande majorité, aucun emploi rémunéré à l'extérieur du foyer leur permettant d'accumuler des biens, adoptent de plus en plus le régime conventionnel de séparation de biens. Dès 1932, 43 % des couples choisissent la séparation de biens; ce pourcentage atteint 70 % en 1970 : A. Roy, *Le contrat de mariage réinventé : Perspectives socio-juridiques pour une réforme* (2002), p. 58-62; J. Pineau et D. Burman, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux* (1984), p. 123. De ce fait, en cas de séparation de corps, ou plus rarement, en cas de divorce, les épouses ayant choisi le régime de la séparation de biens et n'ayant vraisemblablement accumulé aucun patrimoine puisqu'elles ne travaillaient pas à l'extérieur du foyer, ne bénéficient d'aucun droit au partage des biens dont leur époux est propriétaire.

[56] Plusieurs raisons sont mises de l'avant pour expliquer ce phénomène à première vue surprenant que représente la progression de la séparation de biens durant cette période. On invoque notamment le rejet du caractère patriarcal de la communauté de biens, l'incompatibilité de ce régime avec la capacité juridique nouvellement acquise par les femmes, le risque que la communauté représente en cas de faillite et, plus généralement, l'absence d'accès à une procédure efficace de divorce.

[57] Pour de nombreux commentateurs, cette évolution s'expliquait par une réaction à l'absence de pouvoir des épouses au sein de la communauté de biens. Comme le régime de séparation de biens reconnaît à l'épouse quelques pouvoirs d'administration sur son patrimoine, il paraît alors garant de plus d'autonomie que dans le cas de la communauté : voir notamment M. Tétrault, *Droit de la famille* (4^e éd. 2010), vol. 1, p. 562; D. Burman, « Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant

de s'alarmer" (1988), 22 *R.J.T.* 149, at pp. 151-52 and 155.

[58] Moreover, when the *Act respecting the legal capacity of married women*, S.Q. 1964, c. 66, came into force, wives obtained the legal capacity to freely dispose of their property and to perform the same acts in relation to it as a person of full age. The concept of "authority of the husband", which was based on the obedience owed by wives to their husbands, also disappeared from the *Civil Code* at that time. [TRANSLATION] "As a result, there was a clear dichotomy between the legal regime — community of property, which was administered by the husband — and this new legal capacity": Lefebvre, at p. 12. The regime of community of property, which failed to reflect this new reality, was therefore abandoned in favour of that of separation of property.

[59] Another explanation is that, as pointed out by a number of notaries at the time, the regime of separation of property protected a wife if her husband went bankrupt after going into business: see, *inter alia*, Burman, at p. 151; Tétrault, *Droit de la famille*, at p. 562. It may therefore have seemed prudent in such situations to opt for the regime of separation rather than that of community of property.

[60] Finally, the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24, did not come into force in Canada until 1968. Before then, divorce was not accessible to the vast majority of the population, since it could be obtained only through a private Act. Some authors assume that many wives viewed separation or the possible dissolution of their union as an unrealistic prospect: see, *inter alia*, J. Jarry, *Les conjoints de fait au Québec: vers un encadrement légal* (2008), at p. 87. In such circumstances, the choice of a particular matrimonial regime could have seemed to be of no practical consequence.

[61] Whatever the reasons for the choice of the regime of separation of property and for its growing popularity, the fact remains that, in a context in which wives were not engaged in remunerative

de justice — un juste sujet de s'alarmer » (1988), 22 *R.J.T.* 149, p. 151-152 et 155.

[58] D'autre part, à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, S.Q. 1964, ch. 66, les épouses obtenaient la capacité juridique de disposer librement de leurs biens et de poser à leur égard les mêmes actes qu'une personne majeure. La notion de « puissance maritale » fondée sur l'obéissance que doit l'épouse à son mari disparaît aussi à cette occasion du *Code civil*. « Dès lors, il existe manifestement une dichotomie entre le régime légal, la communauté de biens qui est administrée par le mari, et cette nouvelle capacité juridique » : Lefebvre, p. 12. La communauté, qui reflète mal cette nouvelle réalité, est alors délaissée au profit du régime de séparation de biens.

[59] Une autre explication découle du fait que la séparation de biens, tel que le rappelaient à l'époque plusieurs notaires, offre une protection à l'épouse en cas de faillite d'un époux qui s'est lancé en affaires : voir notamment Burman, p. 151; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 562. Ainsi, dans de telles situations, il pouvait paraître prudent d'opter pour un régime séparatiste plutôt que communautaire.

[60] Finalement, la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-1968, ch. 24, n'entre en vigueur au Canada qu'en 1968. Avant cette date, le divorce était inaccessible pour une très grande majorité de la population, celui-ci ne pouvant être obtenu que par loi privée. Certains auteurs supposent que, pour plusieurs épouses, la perspective d'une séparation ou d'une dissolution éventuelle de leur union semblait peu réaliste : voir notamment J. Jarry, *Les conjoints de fait au Québec: vers un encadrement légal* (2008), p. 87. Dans un tel contexte, le choix d'un régime matrimonial particulier pouvait paraître sans conséquences pratiques.

[61] Indépendamment des raisons motivant le choix du régime de la séparation de biens et de la popularité croissante de celui-ci, il n'en demeure pas moins que les conséquences de ce régime,

activities outside the matrimonial home, the consequences of this regime could be devastating in the event of separation or divorce. The effects of this choice of regime became clear after the *Divorce Act* came into force.

[62] To try to reverse this “separatist” trend that often caused serious problems for married women when their unions were dissolved, the Quebec legislature “modernized” the legal regime of community of property [TRANSLATION] “to make it more attractive”: A. Roy, “Le régime juridique de l’union civile: entre symbolisme et anachronisme”, in Lafond and Lefebvre, 165, at p. 184; see also S. Massé, “Les régimes matrimoniaux au Canada — Analyse comparative des législations provinciales” (1985), 88 *R. du N.* 103, at p. 148. Thus, the legal matrimonial regime of partnership of acquests came into existence on July 1, 1970 with the coming into force of the *Act respecting matrimonial regimes*, S.Q. 1969, c. 77. From then on, the community consisted only of property acquired by the spouses during the marriage. Professor Tétrault explains this change as follows:

[TRANSLATION] The change of legal regime from community of property to partnership of acquests is easily explained by the main characteristic of the regime of community of property, which concentrated the administration of the regime in the husband’s hands. This approach was difficult to reconcile with the goals of feminist movements and the granting of full legal capacity to women.

(*Droit de la famille*, at p. 511)

[63] Under the new legal regime, each spouse had the full administration of his or her property during the union, and most of the property acquired during the marriage could be partitioned upon dissolution. This regime distinguished two categories of property: acquests, which could be partitioned upon dissolution of the regime, and private property, of which the legislature provided an exhaustive list and which could not be partitioned. Acquests were property acquired during the marriage by either spouse, while private property was property owned

dans un contexte où les épouses n’exerçaient pas d’activités rémunératrices en dehors du foyer conjugal, pouvaient être dévastatrices en cas de séparation ou de divorce. Les effets de ce choix de régime sont apparus clairement après l’entrée en vigueur de la *Loi sur le divorce*.

[62] Pour tenter de renverser cette tendance « séparatiste » porteuse de difficultés souvent graves pour les épouses à l’occasion d’une dissolution de leur union, le législateur québécois a procédé à une « modernisation » du régime légal de la communauté « pour le rendre plus attrayant » : A. Roy, « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », dans Lafond et Lefebvre, 165, p. 184; voir également S. Massé, « Les régimes matrimoniaux au Canada — Analyse comparative des législations provinciales » (1985), 88 *R. du N.* 103, p. 148. Le régime matrimonial légal de la société d’acquêts voit ainsi le jour le 1^{er} juillet 1970 avec l’entrée en vigueur de la *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, ch. 77. La communauté se réduit désormais aux biens acquis par les conjoints durant le mariage. Le professeur Tétrault explique ainsi ce changement :

Le changement du régime légal, de la communauté de biens à la société d’acquêts, s’explique facilement par la caractéristique principale de la communauté de biens qui concentrait entre les mains du mari l’administration du régime. Cette façon de voir les choses se concilie mal avec les objectifs des mouvements féministes et la reconnaissance de la pleine capacité juridique de la femme.

(*Droit de la famille*, p. 511)

[63] Ce nouveau régime légal offre à chaque époux la pleine administration de ses biens durant l’union, tout en permettant un partage de la grande majorité des biens acquis durant le mariage lors de la dissolution. Ce régime établit deux catégories de biens : les acquêts, partageables lors de la dissolution du régime, et les propres, énumérés de façon limitative par le législateur et non partageables. Les biens acquis durant le mariage par l’un ou l’autre des époux sont acquêts, alors que les biens possédés avant le mariage ou acquis après le mariage, mais

before the marriage or property acquired after the marriage that was intrinsically personal, such as clothing or work tools.

[64] The creation of this legal matrimonial regime was accompanied by the repudiation of the principle of immutability of marriage agreements. Until 1970, once a marriage had been solemnized, the matrimonial regime could not be modified, even by mutual agreement of the spouses. Only one type of change was permitted by the legislature at that time: a wife to whom the regime of community of property applied could, subject to certain conditions, ask a court for permission to opt for the regime of separation of property: see E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec* (3rd ed. 1988), at p. 97.

[65] The reason why spouses had been prohibited from amending their marriage agreements while married lay, in part, in the idea that only contracts entered into before marriage were entered into by independent persons capable of making the agreements they wished to make. Once the couple were married, since the wife fell legally under her husband's power, her interests could not be validly defended if she entered into contracts with him. This was why spouses were prohibited from amending agreements entered into before marriage: see Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, at pp. 99-100; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, vol. 6 (1902), at pp. 128-29; L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 10 (1952), at pp. 44-45; R. Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens* (1964), at p. 195.

[66] Like the rules under which the husband was responsible for the administration of the property of the community of property, the principle of immutability was hard to reconcile with the full legal capacity of married women and the end of the "authority of the husband", according to which wives had been required to obey their husbands: see Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, at p. 125. The creation of the regime of partnership of acquests was therefore accompanied by the introduction of a principle of mutability of matrimonial agreements,

de nature intrinsèquement personnelle, tels les vêtements ou outils de travail, sont propres.

[64] La création de ce régime matrimonial légal s'accompagne de l'abrogation du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Jusqu'en 1970, une fois le mariage célébré, le régime matrimonial ne pouvait être modifié, même du commun accord des époux. Un seul type de changement était alors permis par le législateur : l'épouse mariée sous le régime de la communauté de biens pouvait, en cours de régime et à certaines conditions, demander à un tribunal la permission d'opter pour le régime de la séparation de biens : voir E. Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec* (3^e éd. 1988), p. 97.

[65] L'interdiction faite aux époux de modifier leurs conventions matrimoniales en cours de mariage découlait notamment de la perspective selon laquelle seuls les contrats passés avant le mariage étaient le fait de personnes indépendantes capables de conclure les conventions qu'elles désiraient. Après le mariage, puisque l'épouse tombait juridiquement sous le pouvoir de son mari, ses intérêts ne pouvaient être valablement défendus lors de la conclusion de contrats entre époux, d'où l'interdiction pour ceux-ci de modifier les conventions conclues avant le mariage : voir Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, p. 99-100; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 6 (1902), p. 128-129; L. Faribault, *Traité de droit civil du Québec*, t. 10 (1952), p. 44-45; R. Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens* (1964), p. 195.

[66] Comme dans le cas des règles qui attribuent l'administration des biens de la communauté de biens au mari, le principe d'immutabilité se concilie mal avec la pleine capacité juridique de la femme mariée, ainsi qu'avec la fin de la « puissance maritale » en vertu de laquelle l'épouse devait obéissance à son mari : voir Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, p. 125. Dès lors, la création de la société d'acquêts s'accompagne de l'introduction d'un principe de mutabilité des conventions matrimoniales selon lequel les époux peuvent

which allowed spouses to change their regime in whole or in part during their marriage: see Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, at p. 97.

[67] However, as Professor Burman points out, [TRANSLATION] “[a]t the time of the reform of matrimonial regimes, the new legal regime of partnership of acquests was given a very chilly reception, with spouses continuing to prefer that of separation of property” (p. 156). Thus, between 1971 and 1980, 48% of couples chose the legal regime of partnership of acquests, while 52% chose the regime of separation of property: Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, at pp. 63-64. However, this trend gradually reversed itself during the 1980s, with the result that fewer than 1% of couples chose the regime of separation as to property between 1995 and 2005: A. Roy, “Le contrat de mariage en droit québécois: un destin marqué du sceau du paradoxe” (2006), 51 *McGill L.J.* 665, at p. 668.

[68] Since the regime of partnership of acquests was neither retroactive nor mandatory, its introduction did not change the situation of wives who had chosen the regime of separation of property either before or after 1970. It should be borne in mind that, at the time, married women had not yet joined the labour market in large numbers. As the Committee on Matrimonial Regimes Committee of the Civil Code Revision Office pointed out in its report of May 20, 1968, “[i]t is still usual in Quebec households for the wife to devote all her time to the care of the family and for the husband to be the only one able to amass an estate by his work”: *Report on Matrimonial Regimes* (1968), at p. 9.

[69] In 1981, the legislature undertook a major new reform of family law. The *Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, S.Q. 1980, c. 39, established a primary regime of public order and provided for certain effects of marriage for spouses. This regime applied to all future marriages and to marriages already entered into regardless of the matrimonial regime that had previously been chosen. The reform introduced the principle that spouses had equal rights and obligations in marriage. This principle of equality was reflected

changer totalement ou partiellement de régime au cours de leur mariage : voir Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, p. 97.

[67] Toutefois, comme le souligne la professeure Burman, « [l]orsque fut mise en vigueur la réforme des régimes matrimoniaux, le nouveau régime légal de société d’acquêts reçut un accueil des plus froids, les époux continuant à lui préférer la séparation de biens » (p. 156). Ainsi, entre 1971 et 1980, 48 % des couples choisissent le régime légal de la société d’acquêts et 52 % choisissent le régime de la séparation de biens : Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, p. 63-64. Cette tendance se renverse par contre progressivement au cours des années 1980, si bien qu’entre 1995 et 2005, moins de 1 % des couples choisissent le régime de la séparation de biens : A. Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2006), 51 *R.D. McGill* 665, p. 668.

[68] Le régime de la société d’acquêts n’ayant aucun effet rétroactif ou obligatoire, son introduction ne modifie pas la situation dans laquelle se trouvent les épouses ayant choisi le régime de la séparation de biens avant comme après 1970. Je rappelle qu’à l’époque, les épouses ne se sont toujours pas intégrées massivement dans le marché du travail. Comme le signale le Comité des régimes matrimoniaux de l’Office de révision du Code civil, dans son rapport du 20 mai 1968, « [i]l est encore normal dans les ménages québécois que la femme consacre tout son temps aux soins familiaux et que le mari reste le seul à pouvoir gagner des biens par son travail » : *Rapport sur les régimes matrimoniaux* (1968), p. 8.

[69] En 1981, le législateur procède à une nouvelle et importante réforme du droit de la famille. La *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, ch. 39, établit un régime primaire d’ordre public prévoyant certains effets du mariage pour les époux. Ce régime s’applique à tous les mariages à venir, ainsi qu’aux mariages déjà contractés, quel que soit le régime matrimonial déjà choisi. La réforme introduit un principe d’égalité de droits et d’obligations entre les époux dans le mariage. Ce principe d’égalité

in, among other things, the spouses' obligation to take in hand the moral and material direction of the family together and to choose the family residence together. Other new measures were adopted to ensure adherence to the principle of joint direction by requiring the consent of both spouses for certain acts, such as alienation of the family residence by the spouse who owned it. To the obligations arising out of marriage before the reform, namely fidelity, cohabitation, assistance and succour, the legislature added an obligation for each spouse to contribute toward the expenses of the marriage in proportion to his or her means, including through activities within the home.

[70] The legislature also dealt directly with the situation of women who had married under the regime of separation of property rather than that of community of property or partnership of acquests during the preceding decades. To remedy their vulnerability, it created the compensatory allowance mechanism, which entitled each spouse to claim compensation for his or her contribution, in property or services, to the enrichment of the other spouse's patrimony. Payment of such compensation could be ordered by a court in the course of proceedings leading to the spouses' separation. However, this measure proved ineffective after a few years, as the Minister of Justice and the Minister for the Status of Women explained in 1988:

[TRANSLATION] As for the compensatory allowance, it has not proved effective enough to fully remedy the problems experienced by certain married spouses, particularly those who have chosen separation of property as their matrimonial regime. Thus, according to the majority of the jurisprudence, the work performed by a spouse within the home does not entitle that spouse to a compensatory allowance if the spouse was merely fulfilling his or her obligation to contribute towards the expenses of the marriage; in asserting his or her right, the co-operating spouse encounters major evidentiary difficulties that, in some cases, render the remedy illusory

(H. Marx and M. Gagnon Tremblay, *Les droits économiques des conjoints* (1988), document tabled for consultation, at p. 10.)

se manifeste notamment par l'obligation pour les époux d'assumer ensemble la direction morale et matérielle de la famille et de choisir de concert la résidence familiale. D'autres mesures nouvelles assurent le respect de cette direction commune, en exigeant le consentement des deux époux pour certains actes, comme l'aliénation de la résidence familiale par l'époux propriétaire. Aux effets obligatoires du mariage antérieur à la réforme, soit la fidélité, la cohabitation, l'assistance et le secours, le législateur ajoute l'obligation pour chaque époux de contribuer aux charges du mariage en proportion de ses facultés, y compris par ses activités au foyer.

[70] Le législateur visait aussi directement la situation des épouses mariées en séparation de biens plutôt qu'en communauté de biens ou en société d'acquêts au cours des décennies précédentes. Pour porter remède à leur vulnérabilité, le législateur crée le mécanisme de la prestation compensatoire. Chacun des époux a dès lors le droit de réclamer une indemnité en compensation de sa contribution, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de l'autre époux. Le paiement de cette indemnité peut être ordonné par un tribunal lors des procédures donnant lieu à la séparation des époux. Cependant, cette mesure s'est révélée inefficace après quelques années, comme l'expliquent, en 1988, les ministres de la Justice et de la Condition féminine :

Quant à la prestation compensatoire, elle ne s'est pas avérée suffisamment efficace pour remédier complètement aux problèmes vécus par certains conjoints mariés, notamment ceux qui ont choisi, comme régime matrimonial, la séparation de biens. Ainsi, le travail au foyer accompli par l'un des époux ne lui confère pas, selon le courant jurisprudentiel majoritaire, de droit à une prestation compensatoire s'il s'agissait là uniquement de l'exécution de son obligation aux charges du mariage; pour faire valoir son droit, le conjoint collaborateur se bute à d'importantes difficultés de preuve qui, dans certains cas, sont de nature à rendre le recours illusoire

(H. Marx et M. Gagnon Tremblay, *Les droits économiques des conjoints* (1988), document présenté à la consultation, p. 10.)

[71] In 1989, because the compensatory allowance had not had the intended effect, the Quebec National Assembly passed the *Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses*, S.Q. 1989, c. 55, which introduced the concept of family patrimony into the *Civil Code*. As a result, “a marriage has the immediate effect . . . of establishing a family patrimony, and it creates a claim that can be asserted upon separation from bed and board or upon dissolution of the marriage”: *M.T. v. J.-Y.T.*, 2008 SCC 50, [2008] 2 S.C.R. 781, at para. 14 (emphasis added). Like all the other effects of marriage, such as the obligation to provide assistance and succour, the family patrimony was of public order and applied regardless of the legal or conventional matrimonial regime chosen by the parties to govern their patrimonial relationship.

[72] The claim so created provided a basis for equal partition of the net value of certain property, such as the family’s residences, the household furniture used by the family, the vehicles used by the family and rights under retirement plans, regardless of which spouse had a right of ownership in that property. Residences, furniture and vehicles were included in the family patrimony regardless of whether they were acquired before or during the marriage, but in the case of rights under a retirement plan, only those accrued during the marriage were part of that patrimony.

[73] The transitional provisions enacted by the legislature indicated that the articles concerning the family patrimony applied to spouses who had married before the Act came into force. However, the legislature allowed such spouses to opt out of the family patrimony provisions by mutual agreement. They had 18 months after the Act came into force to make that choice and record it in an agreement.

[74] There were three objectives underlying this further reform of the rights and obligations of spouses *vis-à-vis* one another. The legislature

[71] La prestation compensatoire n’ayant pas eu les effets escomptés, l’Assemblée nationale du Québec adopte en 1989 la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d’autres dispositions législatives afin de favoriser l’égalité économique des époux*, L.Q. 1989, ch. 55. Cette loi introduit dans le *Code civil* la notion de patrimoine familial. Dès lors, « la conclusion du mariage entraîne comme effet immédiat la formation d’un patrimoine familial [. . .] et crée un droit de créance qui s’ouvre à la séparation de corps ou à la dissolution du mariage » : *M.T. c. J.-Y.T.*, 2008 CSC 50, [2008] 2 R.C.S. 781, par. 14 (je souligne). Comme tous les autres effets du mariage, par exemple, les obligations d’assistance et de secours, le patrimoine familial est d’ordre public et s’applique sans égard au régime matrimonial légal ou conventionnel choisi par les parties pour régir leurs rapports patrimoniaux.

[72] Ce droit de créance donne ouverture à un partage, en parties égales, de la valeur nette de certains biens tels les résidences de la famille, les meubles affectés à l’usage du ménage, les véhicules utilisés par ce dernier, ainsi que les droits au titre de régimes de retraite, et ce, sans égard à l’identité de celui des deux époux qui détient un droit de propriété sur ces biens. Alors que les résidences, meubles et véhicules sont inclus dans le patrimoine familial, qu’ils aient été acquis avant ou pendant le mariage, seuls les droits au titre d’un régime de retraite accumulés durant le mariage font partie de ce patrimoine.

[73] Les dispositions transitoires décrétées par le législateur prévoient que les articles relatifs au patrimoine familial s’appliquent aux époux déjà mariés avant l’entrée en vigueur de la loi. Cependant, le législateur permet à ces époux de se soustraire d’un commun accord à l’application du patrimoine familial. Ceux-ci ont alors 18 mois à compter de l’entrée en vigueur de la loi pour effectuer ce choix et le consigner au sein d’une convention d’exclusion.

[74] Trois objectifs motivent cette réforme additionnelle des droits et obligations que les époux possèdent l’un envers l’autre. Le législateur voulait

wanted to remedy the problems encountered by women who had married under the regime of separation of property, make up for the ineffectiveness of the compensatory allowance and redefine marriage.

[75] First, as Baudouin J.A. of the Quebec Court of Appeal explained in a decision rendered shortly after the creation of the family patrimony,

[TRANSLATION] [b]y introducing into our law the partition of the family patrimony (*An Act to amend the Civil Code of Québec and other legislation in order to favour economic equality between spouses* [S.Q. 1989, c. 55]), the legislature intended to remedy injustices that could be suffered by a certain category of married women and to recognize the value of work done in the home. Upon divorce or separation from bed and board, women who were married under the regime of separation of property were sometimes severely disadvantaged from an economic standpoint when the time came to liquidate the patrimony accumulated while the spouses were living together.

Through Bill 146, the legislature wanted to correct the sometimes perverse effects of choosing the regime of separation of property

Indeed, these injustices had sometimes been pointed out by this Court [*Droit de la famille* — 67, [1985] C.A. 135], which had always found that, in the absence of specific provisions on this point, the courts had no power to change the freely chosen matrimonial regime to alleviate such inequities.

(*Droit de la famille* — 977, [1991] R.J.Q. 904, at pp. 907-8; see also Tétrault, *Droit de la famille*, at pp. 152-53; Roy, “Le contrat de mariage en droit québécois: un destin marqué du sceau du paradoxe”, at pp. 668-69; Roy, “Le régime juridique de l’union civile: entre symbolisme et anachronisme”, at p. 180; E. Caparros, “Le patrimoine familial: une qualification difficile” (1994), 25 *R.G.D.* 251, at p. 253.)

[76] As well, spouses who had previously chosen the regime of separation of property now had a claim on the value of the family patrimony. The legislature was, in a sense, giving wives an

remédier aux difficultés subies par les femmes mariées en séparation de biens, pallier l’inefficacité de la prestation compensatoire et redéfinir le mariage.

[75] Premièrement, et comme l’explique le juge Baudouin de la Cour d’appel du Québec, dans un arrêt prononcé peu après la création du patrimoine familial :

Le législateur, en introduisant dans notre droit le partage du patrimoine familial (*Loi modifiant le Code civil du Québec et d’autres dispositions législatives afin de favoriser l’égalité économique des époux* [L.Q. 1989, ch. 55]), a entendu remédier à des injustices dont une certaine catégorie de femmes mariées pouvaient être victimes et reconnaître la valeur du travail au foyer. Les femmes mariées en séparation de biens, au moment d’un divorce ou d’une séparation de corps, se retrouvaient en effet parfois sévèrement désavantagées sur le plan économique lorsque venait le temps de liquider le patrimoine accumulé pendant la vie commune.

Le législateur, avec la loi 146, a voulu corriger les effets parfois pervers du choix du régime de la séparation de biens

Ces injustices avaient d’ailleurs été parfois signalées par notre Cour [*Droit de la famille* — 67, [1985] C.A. 135], qui a toujours estimé, par ailleurs, que en l’absence de dispositions spécifiques à cet égard, les tribunaux n’avaient pas le pouvoir de modifier le régime matrimonial librement choisi pour pallier ces iniquités.

(*Droit de la famille* — 977, [1991] R.J.Q. 904, p. 907-908; voir également Tétrault, *Droit de la famille*, p. 152-153; Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe », p. 668-669; Roy, « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », p. 180; E. Caparros, « Le patrimoine familial : une qualification difficile » (1994), 25 *R.G.D.* 251, p. 253.)

[76] De même, les époux qui auraient préalablement choisi le régime de séparation de biens détiennent désormais un droit de créance sur la valeur du patrimoine familial. En quelque sorte,

opportunity to change the impact of the choice of matrimonial regime they had made in the past by making the regime of separation of property inapplicable to a large portion of the family patrimony, which now became subject to a form of partition. However, this change was not irrevocable, since a wife could choose to renounce her rights in the family patrimony upon the dissolution of their union (art. 423 *C.C.Q.*).

[77] Second, “[t]hat Act represented a partial response to the disappointment and difficulties that had resulted from the implementation of the compensatory allowance in the years prior to its enactment”: *M.T. v. J.-Y.T.*, at para. 17; see also L. Langevin, “Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture: difficile exercice de jonglerie” (2009), 54 *McGill L.J.* 697, at p. 714; Lefebvre, at p. 17.

[78] Third, the legislature redefined marriage by means of the Act. From the time the Act came into force, marriage became not only a union of persons, but also an egalitarian economic union with a number of patrimonial consequences. In *M.T. v. J.-Y.T.*, I elaborated on the basis for the legislature’s objective in introducing the family patrimony:

Marriage represents, first and foremost, a union of persons. However, the legislature also wanted it to be a partial economic union or an association of interests (D. Burman and J. Pineau, *Le “patrimoine familial” (projet de loi 146)* (1991), No. 31). The adoption of the partnership of acquests as the suppletive matrimonial regime that is to apply unless the spouses make another choice shows that this is what the legislature intended. The creation of the family patrimony confirms that intention even more clearly.

Marriage results in the establishment of a form of economic union to which both spouses must contribute as best they can (Kasirer, at p. 572). Article 396 *C.C.Q.* clearly imposes on the spouses a legal obligation to contribute toward the expenses of the marriage “in proportion to their respective means”. It also provides that “[t]he spouses may make their respective contributions

le législateur offre la possibilité aux épouses de modifier les effets du choix de régime matrimonial qu’elles avaient effectué auparavant en soustrayant à l’application du régime de séparation de biens une part importante du patrimoine du ménage, qui se trouve désormais assujéti à une forme de partage. Cette modification n’est toutefois pas irrévocable, car les épouses peuvent choisir de renoncer à leurs droits dans le patrimoine familial à compter de la dissolution de leur union (art. 423 *C.c.Q.*).

[77] Deuxièmement, « [l]’adoption de cette loi répon[d] en partie aux déceptions et aux difficultés qui avaient marqué la mise en application de la prestation compensatoire au cours des années précédentes » : *M.T. c. J.-Y.T.*, par. 17; voir également L. Langevin, « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009), 54 *R.D. McGill* 697, p. 714; Lefebvre, p. 17.

[78] Troisièmement, par cette loi, le législateur redéfinit le mariage. À partir de l’entrée en vigueur de la loi, le mariage devient non seulement une union de personnes mais aussi une union économique égalitaire emportant un certain nombre de conséquences patrimoniales. Dans l’arrêt *M.T. c. J.-Y.T.*, j’explique davantage le fondement de l’objectif poursuivi par le législateur avec l’introduction du patrimoine familial :

Le mariage représente d’abord une union de personnes. Cependant, le législateur a aussi voulu qu’il constitue une union économique partielle ou une association d’intérêts (D. Burman et J. Pineau, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)* (1991), n° 31). L’adoption de la société d’acquêts comme régime matrimonial supplétif à défaut d’un autre choix par les conjoints témoigne de cette volonté législative. La création du patrimoine familial la confirme encore plus nettement.

Le mariage entraîne la création d’une forme d’union économique à laquelle les époux sont appelés à contribuer de leur mieux (Kasirer, p. 572). L’article 396 *C.c.Q.* impose clairement aux conjoints une obligation légale de contribuer aux charges du mariage « à proportion de leurs facultés respectives ». Il prévoit aussi que « [c]haque époux peut s’acquitter de sa contribution par son activité

by their activities within the home.” The law is not really concerned with the size or nature of the contributions, and in fact presumes them to be equal (*Droit de la famille — 1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.), at p. 2809). [Emphasis added; paras. 21-22.]

[79] As a result of this reform, spouses who decided to marry were required to accept [TRANSLATION] “a partnership model” (B. Moore, “Culture et droit de la famille: de l’institution à l’autonomie individuelle” (2009), 54 *McGill L.J.* 257, at p. 268) that involved a willingness to partition: *Droit de la famille — 977*, at p. 908. It can therefore be concluded that [TRANSLATION] “[i]n 1989, [the legislature] transformed marriage into a primarily economic partnership by creating a family patrimony”: M. Tétrault, “L’union civile: j’marie, j’marie pas”, in Lafond and Lefebvre, 101, at p. 111.

[80] In Quebec, marriage thus became not only a union, but also, “as this Court held in *Moge* (at p. 870), . . . a ‘joint endeavour’, a socio-economic partnership”: *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, at para. 49. From the time of the legislative reform in which the family patrimony was created, any person who chose to marry was deemed to want to create this socio-economic partnership on the basis of a number of provisions of public order that established the effects of marriage, such as those governing acts involving the family residence and the spouses’ proportional contributions to the expenses of the marriage. In return for this obligation to form an economic partnership, the new definition of marriage provided for mechanisms of public order to apportion the patrimonial consequences of dissolution of the partnership, such as the partition of the family patrimony and the awarding of support following the breakdown of the marriage. Conversely, persons who did not wish to be subject to these effects or to create a joint endeavour or economic union with a partially predetermined content could choose to remain in a *de facto* union outside marriage.

au foyer. » La loi ne s’attache pas particulièrement à la mesure des contributions ou à leur nature. D’ailleurs, elle les présume égales (*Droit de la famille — 1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.), p. 2809). [Je souligne; par. 21-22.]

[79] Par cette réforme, les conjoints qui décident de se marier adhèrent obligatoirement à « un modèle associationniste » (B. Moore, « Culture et droit de la famille : de l’institution à l’autonomie individuelle » (2009), 54 *R.D. McGill* 257, p. 268) qui emporte une volonté de partage : *Droit de la famille — 977*, p. 908. Il devient ainsi possible de conclure qu’« [e]n 1989, [le législateur] transforme le mariage en une association principalement économique en créant un patrimoine familial » : M. Tétrault, « L’union civile : j’marie, j’marie pas », dans Lafond et Lefebvre, 101, p. 111.

[80] Au Québec, le mariage devient alors non seulement une union, mais aussi « [c]omme notre Cour l’a conclu dans *Moge* (à la p. 870), [. . .] une “entreprise commune”, une association socio-économique » : *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 49. À partir de la réforme législative créant le patrimoine familial, toute personne qui choisit de se marier est réputée vouloir créer cette association socio-économique organisée sur la base d’un certain nombre de dispositions d’ordre public prescrivant les effets du mariage, tels la réglementation des actes posés en regard de la résidence familiale et la contribution proportionnelle aux charges du mariage. En contrepartie de cette obligation de former une association économique, la nouvelle définition du mariage prévoit des mécanismes d’ordre public destinés à répartir les conséquences patrimoniales découlant de la dissolution de l’association, tels le partage du patrimoine familial et l’octroi d’une pension alimentaire post-rupture. *A contrario*, les personnes ne voulant pas s’assujettir à ces effets ou ne désirant pas créer d’entreprise commune ou d’union économique au contenu partiellement prédéterminé peuvent choisir de demeurer en union libre, hors du mariage.

[81] In sum, whereas the legislature's first two objectives in introducing the family patrimony related to the existing economic context, its third objective was decidedly forward-looking, as it proposed a new definition of marriage, which now included an economic union or partnership.

(b) *Legal Framework for Marriage*

[82] As a result of the reforms outlined above, marriage is now subject to a legal framework that governs the mutual relationships of spouses. This framework is made up of a primary regime and a legal or conventional matrimonial regime the effects of which are felt both during the marriage and when it ends. However, before looking at the effects of each of these regimes during and after marriage, I note that, aside from the death of a spouse, marriage can end as a result of separation from bed and board under the *Civil Code of Québec* or divorce under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).

(i) Primary Regime

[83] The *Civil Code of Québec* establishes a primary regime in a chapter that defines the fundamental effects of marriage. The provisions setting out these effects are mandatory, since the spouses may not derogate from or renounce them in a marriage contract:

391. In no case may spouses derogate from the provisions of this chapter, whatever their matrimonial regime.

[84] The primary regime thus governs certain aspects of the spouses' relationship with one another and creates mutual rights, duties and obligations for the spouses. During the marriage, the spouses "owe each other respect, fidelity, succour and assistance" and "are bound to live together" (art. 392, paras. 2 and 3 *C.C.Q.*). "[They] together take in hand the moral and material direction of the family" (art. 394 *C.C.Q.*), they "choose the family residence together" (art. 395, para. 1 *C.C.Q.*) and

[81] En somme, tandis que les deux premiers objectifs que poursuit le législateur avec l'introduction du patrimoine familial visent des situations conjoncturelles, son troisième objectif est résolument tourné vers l'avenir. En effet, il propose une nouvelle définition du mariage, qui inclut désormais une union ou association économique.

b) *Cadre juridique du mariage*

[82] Aujourd'hui, à la suite des réformes que je viens de résumer, le mariage entraîne l'imposition d'un cadre juridique destiné à régir les rapports mutuels des conjoints. Ce cadre est composé d'un régime primaire et d'un régime matrimonial légal ou conventionnel dont les effets se manifestent tant durant le mariage qu'à la rupture. Cependant, avant d'examiner les effets de chacun de ces régimes pendant et après le mariage, je rappelle qu'outre le décès d'un des époux, la rupture du mariage peut prendre la forme d'une séparation de corps, régie par le *Code civil du Québec*, ou d'un divorce, en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.).

(i) Régime primaire

[83] Le *Code civil du Québec* établit un régime primaire qui définit les effets fondamentaux du mariage. Ces effets sont impératifs, les époux ne pouvant y déroger ou y renoncer par contrat de mariage :

391. Les époux ne peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre, quel que soit leur régime matrimonial.

[84] Le régime primaire gouverne ainsi certains aspects des rapports entre les époux et leur impose des droits, des devoirs et des obligations mutuels. Durant le mariage, les époux « se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance » et « sont tenus de faire vie commune » (art. 392, al. 2 et 3 *C.c.Q.*). « Ensemble, [ils] assurent la direction morale et matérielle de la famille » (art. 394 *C.c.Q.*), « choisissent de concert la résidence familiale » (art. 395, al. 1 *C.c.Q.*) et

they “contribute towards the expenses of the marriage in proportion to their respective means” (art. 396, para. 1 *C.C.Q.*). And arts. 401 to 408 *C.C.Q.* limit the exercise of each spouse’s right of ownership in the family residence and the movable property serving for the use of the household during the marriage. Certain acts of alienation, hypothec and lease may not be performed by one spouse without the other spouse’s consent. In addition, as we have seen, “[m]arriage entails the establishment of a family patrimony consisting of certain property of the spouses regardless of which of them holds a right of ownership in that property” (art. 414 *C.C.Q.*).

[85] Some of these duties are moral or extrapatrimonial in nature. For example, the duty of assistance concerns a person’s obligation to support his or her spouse through affection, help, care and devotion: M. D.-Castelli and D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec* (5th ed. 2005), at pp. 98-99; J. Pineau and M. Pratte, *La famille* (2006), at p. 132; Tétrault, *Droit de la famille*, at pp. 134-35; J.-P. Senécal, *Droit de la famille québécois*, vol. 1 (loose-leaf), ¶ 11-615.

[86] The duty of succour is economic in nature and involves providing the other spouse with the resources or support required for subsistence on the basis of his or her needs: Senécal, vol. 1, ¶ 11-625; Pineau and Pratte, at pp. 132-33 and 156-57; D.-Castelli and Goubau, at p. 99. More specifically, it relates to the spouses’ *obligation of support* to one another: arts. 392 and 585 to 596.1 *C.C.Q.*

[87] The duty of succour lasts until the marriage is dissolved. Since separation from bed and board — although it loosens the marital bond by releasing the spouses from the obligation to live together — does not terminate the marriage, it does not terminate the other effects of marriage, including the duty of succour: art. 507 *C.C.Q.* This explains why a court granting a separation from bed and board may order either spouse to pay support to the other: art. 511 *C.C.Q.* Since the duty of succour is based solely on the respective needs of the spouses, an award of support is never automatic but depends

« contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives » (art. 396, al. 1 *C.c.Q.*). Toujours durant le mariage, les art. 401 à 408 *C.c.Q.* limitent l’exercice du droit de propriété de chaque époux sur la résidence familiale et les meubles qui servent à l’usage du ménage. À ce titre, certains actes d’aliénation, d’hypothèque et de location ne peuvent être effectués par un époux sans le consentement de l’autre. De surcroît, comme nous l’avons vu, « [l]e mariage emporte constitution d’un patrimoine familial formé de certains biens des époux sans égard à celui des deux qui détient un droit de propriété sur ces biens » (art. 414 *C.c.Q.*).

[85] Certains de ces devoirs sont de nature morale ou extrapatrimoniale. Ainsi, le devoir d’assistance réfère à l’obligation d’apporter à son époux l’appui de son affection, de son aide, de ses soins et de son dévouement : M. D.-Castelli et D. Goubau, *Le droit de la famille au Québec* (5^e éd. 2005), p. 98-99; J. Pineau et M. Pratte, *La famille* (2006), p. 132; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 134-135; J.-P. Senécal, *Droit de la famille québécois*, vol. 1 (feuilles mobiles), ¶ 11-615.

[86] D’ordre économique, le devoir de secours vise la fourniture à l’autre époux des ressources ou aliments nécessaires à sa subsistance en fonction de ses besoins : Senécal, vol. 1, ¶ 11-625; Pineau et Pratte, p. 132-133 et 156-157; D.-Castelli et Goubau, p. 99. Plus précisément, il s’agit de l’*obligation alimentaire* entre époux : art. 392 et 585 à 596.1 *C.c.Q.*

[87] Ce devoir de secours dure jusqu’à la dissolution du mariage. Puisque la séparation de corps, bien qu’elle distende le lien matrimonial en libérant les époux de l’obligation de faire vie commune, ne rompt pas le mariage, elle ne met pas fin à ses autres effets, notamment au devoir de secours : art. 507 *C.c.Q.* Ceci explique pourquoi un tribunal prononçant la séparation de corps peut ordonner à l’un des époux de verser des aliments à son conjoint : art. 511 *C.c.Q.* Comme le devoir de secours ne s’exerce qu’en fonction des besoins respectifs des époux, l’octroi d’une pension

on each spouse's needs and ability to pay: arts. 512 and 587 *C.C.Q.*

[88] Unlike separation from bed and board, divorce dissolves marriage: art. 516 *C.C.Q.* This is why [TRANSLATION] “in the context of a divorce . . . the right to support is no longer based on the duty of succour, which is an effect of marriage, but derives from ss. 15.2 and 17 [of the *Divorce Act*]”: Senécal, vol. 2, ¶ 65-770; see also Pineau and Pratte, at pp. 132-33; *Bracklow*, at paras. 20-21. At this stage, a support award will depend on the condition, means, needs and other circumstances of each spouse, including the length of time the spouses cohabited and the functions performed by each spouse during cohabitation.

[89] In the event of separation from bed and board or of divorce, the primary regime has consequences other than a possible support award. First, the value of the family patrimony is divided equally between the spouses: art. 416 *C.C.Q.* Second, a compensatory allowance may be awarded by a court on the application of either spouse: art. 427 *C.C.Q.* Third, where applicable, a court may award to either spouse the lease of the family residence (art. 409 *C.C.Q.*) and the ownership or use of certain movable property (art. 410 para. 1 *C.C.Q.*), or, to a spouse who has custody of the children, the use of the family residence (art. 410, para. 2 *C.C.Q.*).

(ii) Matrimonial Regime

[90] After deciding to marry and thus to be subject to the primary regime, spouses must choose a matrimonial regime to govern the rest of their financial relationship. They are free to select the regime they consider the most appropriate. As the Quebec Court of Appeal has pointed out, [TRANSLATION] “the matrimonial regime concept [is] based on the spouses’ *freedom of choice of regime*”: *G.B. v. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435, at para. 22 (emphasis in original). Spouses are also free to change their matrimonial regime by mutual agreement during their marriage: art. 438 *C.C.Q.*

alimentaire n’est jamais automatique. Il dépend des besoins et de la capacité de payer des conjoints : art. 512 et 587 *C.c.Q.*

[88] Contrairement à la séparation de corps, le divorce dissout le mariage : art. 516 *C.c.Q.* C’est pourquoi « en matière de divorce [. . .] le droit aux aliments tire son fondement, non plus dans le devoir de secours, qui est un effet du mariage, mais des articles 15.2 et 17 [de la *Loi sur le divorce*] » : Senécal, vol. 2, ¶ 65-770; voir également Pineau et Pratte, p. 132-133; *Bracklow*, par. 20-21. À ce stade, l’octroi d’une pension alimentaire dépendra des ressources, des besoins et de la situation générale de chaque époux, incluant la durée de la cohabitation et les fonctions qu’ont remplies les époux au cours de celle-ci.

[89] En cas de séparation de corps ou de divorce, outre l’octroi possible d’une pension alimentaire, le régime primaire entraîne certaines conséquences additionnelles. Premièrement, la rupture provoque la division, en parts égales, de la valeur du patrimoine familial : art. 416 *C.c.Q.* Deuxièmement, une prestation compensatoire peut être accordée par un tribunal sur demande de l’un des époux : art. 427 *C.c.Q.* Troisièmement, un tribunal peut, le cas échéant, attribuer à l’un des époux le bail de la résidence familiale (art. 409 *C.c.Q.*), la propriété ou l’usage de certains meubles (art. 410, al. 1 *C.c.Q.*), ainsi que l’usage de la résidence familiale si l’époux le réclamant exerce la garde des enfants (art. 410, al. 2 *C.c.Q.*).

(ii) Régime matrimonial

[90] Après avoir pris la décision de se marier et donc de se soumettre au régime primaire, les époux doivent choisir un régime matrimonial régissant le reste de leurs rapports pécuniaires. À cet effet, ils demeurent libres de sélectionner le régime qui leur semble le plus approprié. Comme l’indique la Cour d’appel du Québec, « la notion de régime matrimonial [est] fondée sur le concept de *liberté de choix* du régime par les époux » : *G.B. c. C.C.*, [2001] R.J.Q. 1435, par. 22 (en italique dans l’original). Ceux-ci sont d’ailleurs libres de modifier, d’un commun accord, leur régime matrimonial en cours de mariage : art. 438 *C.c.Q.*

[91] The *Civil Code* provides that spouses who, before the solemnization of their marriage, have not fixed their matrimonial regime in a marriage contract are subject by default to the legal regime of partnership of acquests, under which [TRANSLATION] “each spouse has the administration and free disposal of all his or her property, both private property and acquests, while subject to the regime but is required to partition the value of his or her acquests equally with the other spouse on the date of separation or dissolution”: Roy, “Le régime juridique de l’union civile: entre symbolisme et anachronisme”, at p. 183; arts. 432, 461 and 467 *C.C.Q.*

[92] Alternatively, spouses who decide to enter into a marriage contract are free to organize their patrimonial relationship through “[a]ny kind of stipulation . . . subject to the imperative provisions of law and public order”: art. 431 *C.C.Q.*

[93] Spouses may also prefer the regime of conventional separation as to property to that of partnership of acquests, and can establish it by including a declaration to this effect in their marriage contract: art. 485 *C.C.Q.* Under this regime, the spouses, individually, have the administration, enjoyment and free disposal of all their property both during marriage and upon its breakdown: art. 486 *C.C.Q.* No distinction is drawn between private property and acquests, and no partition occurs at the time of separation or divorce, except in the case of property held in co-ownership and property over which neither spouse is able to establish an exclusive right of ownership. The latter type of property is presumed to be held by both spouses in undivided co-ownership: art. 487 *C.C.Q.*

(2) Civil Union Spouses

[94] On June 7, 2002, the Quebec legislature passed the *Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, S.Q. 2002, c. 6. This Act provided same-sex couples, in particular, with a first mechanism for making their unions official, namely the civil union, which would also be available to opposite-sex couples. As Professor

[91] Le *Code civil* dispose que les époux qui, avant la célébration du mariage, n’ont pas fixé par contrat de mariage leur régime matrimonial sont soumis, par défaut, au régime légal de la société d’acquêts, en vertu duquel « chaque époux conserve, durant le régime, l’administration et la libre disposition de tous ses biens, propres et acquêts, mais est tenu, au jour de la séparation ou de la dissolution, de partager également la valeur de ses acquêts avec l’autre conjoint » : Roy, « Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », p. 183; art. 432, 461 et 467 *C.c.Q.*

[92] Alternativement, les époux qui décident de conclure un contrat de mariage sont libres d’organiser leurs rapports patrimoniaux selon « toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l’ordre public » : art. 431 *C.c.Q.*

[93] Au régime de la société d’acquêts, les époux peuvent en outre préférer le régime de séparation conventionnelle de biens en incluant une déclaration faite à cet effet dans leur contrat de mariage : art. 485 *C.c.Q.* Sous ce régime, chaque époux conserve l’administration, la jouissance et la libre disposition de tous ses biens tant durant le mariage qu’à la rupture : art. 486 *C.c.Q.* Aucune distinction n’est effectuée entre propres et acquêts et aucun partage ne survient lors de la séparation ou du divorce, sauf en ce qui a trait aux biens détenus en copropriété et sauf aux biens sur lesquels aucun des époux ne peut établir un droit exclusif de propriété qui seront alors présumés appartenir aux deux époux indivisément : art. 487 *C.c.Q.*

(2) Les conjoints unis civilement

[94] Le 7 juin 2002, le législateur québécois adopte la *Loi instituant l’union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, ch. 6. Cette loi offre en particulier aux couples de même sexe un premier mécanisme pour officialiser leur union. Il s’agit de l’union civile qui est aussi accessible aux couples de sexe différent. Comme le

Tétrault notes, [TRANSLATION] “[a]t the time of its enactment, the Quebec legislature was responding to the fact that Parliament did not recognize the right of persons of the same sex to marry”: *Droit de la famille*, at p. 571. That recognition would come three years later when Parliament enacted the *Civil Marriage Act*, S.C. 2005, c. 33.

[95] A civil union is defined as “a commitment by two persons 18 years of age or over who express their free and enlightened consent to live together and to uphold the rights and obligations that derive from that status”: art. 521.1, para. 1 *C.C.Q.* Unlike marriage, which must be dissolved judicially, a civil union may be dissolved by way of a notarized joint declaration, provided that the spouses consent to the dissolution and settle all the consequences of the dissolution in an agreement: art. 521.13 *C.C.Q.* However, “[i]n the absence of a joint declaration dissolving the civil union executed before a notary or where the interests of the common children of the spouses are at stake, the dissolution of the union must be pronounced by the court”: art. 521.17, para. 1 *C.C.Q.* It has also been possible, since the coming into force of the *Act to amend the Civil Code as regards marriage*, S.Q. 2004, c. 23, s. 7, for spouses to dissolve their civil union by getting married. In such a case, the effects of the civil union are maintained and are considered to be effects of the marriage from the date of the civil union, and the spouses’ civil union regime becomes their marriage regime: art. 521.12, para. 2 *C.C.Q.*

[96] Article 521.6 *C.C.Q.* provides that civil union has significant mandatory effects and refers, for certain principles, to the *Civil Code*’s provisions on the effects of marriage:

521.6. The spouses in a civil union have the same rights and obligations.

They owe each other respect, fidelity, succour and assistance.

They are bound to live together.

The effects of the civil union as regards the direction of the family, the exercise of parental authority,

remarque le professeur Tétrault, « [a]u moment de son adoption, il s’agissait de la réponse du législateur québécois à l’absence de reconnaissance par le législateur fédéral du droit pour les personnes de même sexe de se marier » : *Droit de la famille*, p. 571. Cette reconnaissance viendra trois ans plus tard avec l’adoption par le Parlement canadien de la *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33.

[95] L’union civile est définie comme « l’engagement de deux personnes âgées de 18 ans ou plus qui expriment leur consentement libre et éclairé à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liés à cet état » : art. 521.1, al. 1 *C.c.Q.* À la différence du mariage, dont la dissolution doit être judiciaire, l’union civile peut être dissoute par déclaration commune notariée si les conjoints y consentent et en règlent toutes les conséquences dans un accord : art. 521.13 *C.c.Q.* Cependant, « [à] défaut d’une déclaration commune de dissolution reçue devant notaire ou lorsque les intérêts des enfants communs des conjoints sont en cause, la dissolution doit être prononcée par le tribunal » : art. 521.17, al. 1 *C.c.Q.* Il est également permis, depuis l’entrée en vigueur de la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, ch. 23, art. 7, de dissoudre l’union civile par le mariage subséquent des parties. Dans un tel cas, les effets de l’union civile sont maintenus et considérés comme des effets du mariage subséquent à compter de la date de l’union civile et le régime d’union civile des conjoints devient le régime matrimonial des époux : art. 521.12, al. 2 *C.c.Q.*

[96] Tel que prévu à l’art. 521.6 *C.c.Q.*, cette union civile emporte d’importants effets obligatoires et renvoie, pour certains principes, aux dispositions du *Code civil* traitant des effets du mariage :

521.6. Les conjoints ont, en union civile, les mêmes droits et les mêmes obligations.

Ils se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance.

Ils sont tenus de faire vie commune.

L’union civile, en ce qui concerne la direction de la famille, l’exercice de l’autorité parentale, la contribution

contribution towards expenses, the family residence, the family patrimony and the compensatory allowance are the same as the effects of marriage, with the necessary modifications.

Whatever their civil union regime, the spouses may not derogate from the provisions of this article.

[97] While in their union, civil union spouses are subject to the duty of succour and therefore owe each other support. The duty of succour ends with the dissolution of the union. However, on application by either spouse, a court may, upon or after pronouncing the dissolution, order one of the spouses to pay support to the other: art. 521.17, para. 3 *C.C.Q.*

[98] I note in passing that no factors specific to civil union spouses for determining the amount of support are set out in the *Civil Code*. The courts must therefore refer to the general principles stated in art. 587 *C.C.Q.*: see, *inter alia*, Senécal, vol. 2, ¶ 65-815; Tétrault, *Droit de la famille*, at p. 587.

[99] In addition to being subject on a mandatory basis to this primary regime, civil union spouses have a legal regime that is identical to the matrimonial regime of partnership of acquests that applies to married spouses. Should they wish to do so, persons planning to enter into a civil union can also opt out of this legal regime by way of a contract prepared before the solemnization of their union and adopt a regime of separation as to property:

521.8. A civil union regime may be created by and any kind of stipulation may be made in a civil union contract, subject to the imperative provisions of law and public order.

Spouses who, before the solemnization of their civil union, have not so fixed their civil union regime are subject to the regime of partnership of acquests.

Civil union regimes, whether legal or conventional, and civil union contracts are subject to the same rules as are applicable to matrimonial regimes and marriage contracts, with the necessary modifications.

aux charges, la résidence familiale, le patrimoine familial et la prestation compensatoire, a, compte tenu des adaptations nécessaires, les mêmes effets que le mariage.

Les conjoints ne peuvent déroger aux dispositions du présent article quel que soit leur régime d'union civile.

[97] Pendant la durée de l'union, les conjoints unis civilement sont soumis au devoir de secours et se doivent donc des aliments. Ce devoir de secours prend fin avec la dissolution de l'union. Toutefois, sur demande d'un des conjoints, il est possible pour un tribunal, au moment où il prononce la dissolution ou après celle-ci, d'ordonner à l'un des conjoints de verser des aliments à l'autre : art. 521.17, al. 3 *C.c.Q.*

[98] Je remarque au passage que le *Code civil* ne prévoit pas de facteurs de fixation d'aliments propres à l'union civile. Les tribunaux doivent donc se référer aux principes généraux contenus à l'art. 587 *C.c.Q.* : voir notamment Senécal, vol. 2, ¶ 65-815; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 587.

[99] Outre cet assujettissement impératif au régime primaire, l'union civile propose aux conjoints unis civilement un régime légal identique au régime matrimonial de la société d'acquêts qui s'applique aux époux. Il est également possible pour les personnes qui désirent s'unir civilement de déroger à ce régime légal par un contrat préparé avant la célébration de leur union, pour s'assujettir, s'ils le veulent, à un régime de séparation de biens :

521.8. Il est permis, par voie contractuelle, d'établir un régime d'union civile et de faire toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public.

Les conjoints qui, avant la célébration de leur union, n'ont pas ainsi fixé leur régime sont soumis au régime de la société d'acquêts.

Le régime d'union civile, qu'il soit légal ou conventionnel, et le contrat d'union civile sont, compte tenu des adaptations nécessaires, soumis aux règles applicables respectivement aux régimes matrimoniaux et au contrat de mariage.

(3) De Facto Spouses(a) *Historical Review of the Situation of De Facto Spouses Under the Civil Code of Lower Canada Before the 1980 Reforms*

[100] It should be noted at the outset that, until the family law reform and the coming into force of part of the draft *Civil Code of Québec* in 1981, the legislative treatment of the *de facto* union, then referred to as “concubinage”, was negative. As several authors have pointed out, the *de facto* union, as an [TRANSLATION] “obstacle to family stability and peace”, was considered to be suspect and “contrary to public order and good morals”, and had an “unfavourable” if not “immoral” character that the government could not encourage: see, *inter alia*, E. Deleury and M. Cano, “Le concubinage au Québec et dans l’ensemble du Canada: Deux systèmes juridiques, deux approches”, in J. Rubellin-Devichi, ed., *Des concubinages dans le monde* (1990), 85, at p. 88; A. Cossette, “Le concubinage au Québec” (1985), 88 *R. du N.* 42, at pp. 45 and 53; Tétrault, “L’union civile: j’me marie, j’me marie pas”, at p. 127; Lefebvre, at p. 11; Tétrault, *Droit de la famille*, at pp. 839-49.

[101] This disapproval of the *de facto* union was expressed in legislation in two ways: one concerned the relationships of *de facto* spouses, the other the treatment of the children born of such unions. With regard to the former, art. 768 *C.C.L.C.* limited “[g]ifts *inter vivos* made in favor of the person with whom the donor has lived in concubinage . . . to maintenance”. In this way, the legislature prohibited *de facto* spouses from organizing their patrimonial relationships. The law denied them the possibility of establishing a legal framework for their cohabitation and limited their freedom of contract. Notary Jean Sylvestre described the impact of this prohibition as follows:

[TRANSLATION] Agreements between concubinaries were, for all practical purposes, unthinkable until [1981].

By prohibiting all gifts *inter vivos* between concubinaries and persons who had lived in concubinage, art. 768

(3) Les conjoints de faita) *Rappel historique de la situation des conjoints de fait sous le Code civil du Bas Canada jusqu’aux réformes de 1980*

[100] Au départ, rappelons que jusqu’à la réforme du droit de la famille et à l’entrée en vigueur d’une partie du projet de *Code civil du Québec* en 1981, l’union de fait, alors dénommée « concubinage », faisait l’objet d’un traitement législatif défavorable. Comme le signalent plusieurs auteurs, cette union, en tant qu’« obstacle à la stabilité et à la paix des familles », était considérée suspecte, « contraire à l’ordre public et aux bonnes mœurs » et était entachée d’un « caractère péjoratif » sinon « immoral » que l’État ne pouvait favoriser : voir notamment E. Deleury et M. Cano, « Le concubinage au Québec et dans l’ensemble du Canada : Deux systèmes juridiques, deux approches », dans J. Rubellin-Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde* (1990), 85, p. 88; A. Cossette, « Le concubinage au Québec » (1985), 88 *R. du N.* 42, p. 45 et 53; Tétrault, « L’union civile : j’me marie, j’me marie pas », p. 127; Lefebvre, p. 11; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 839-849.

[101] Sur le plan législatif, cette désapprobation à l’égard de l’union de fait se manifeste alors sous deux aspects touchant d’une part aux rapports des conjoints de fait entre eux et, d’autre part, au traitement des enfants issus de ces unions. En ce qui a trait aux rapports entre conjoints de fait, l’art. 768 *C.c.B.C.* limitait « [l]es donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage [. . .] à des aliments ». De ce fait, le législateur interdisait tout aménagement des rapports patrimoniaux entre conjoints de fait. La loi leur niait la possibilité de donner un encadrement légal à leur vie commune et limitait leur liberté contractuelle. Le notaire Jean Sylvestre décrit ainsi l’impact de cette prohibition :

Jusqu’[en 1981], il était, à toutes fins pratiques, impensable de prévoir des accords entre concubins.

En effet, l’article 768 *C.C.B.-C.*, en prohibant toutes donations entre vifs entre concubins et entre personnes

C.C.L.C. closed the door on all financial arrangements between persons in a *de facto* union that were gratuitous or in the nature of a liberality or gift.

Since one or more of these characteristics was almost always present in what were known as agreements between spouses or concubinaries, it was impossible to consider making such agreements between concubinaries.

(“Les accords entre concubins”, [1981] *C.P. du N.* 195, at paras. 1-3)

[102] Moreover, the children of *de facto* spouses, or “natural” children, were denied a number of rights granted to “legitimate” children, those whose parents were married: see J.-L. Baudouin, “Examen critique de la situation juridique de l’enfant naturel” (1966), 12 *McGill L.J.* 157, at p. 158. Historically, unless they were legitimated by their parents’ getting married, natural children could not inherit from their parents unless the latter had provided for them in a will. Nor could they claim from their parents performance of the obligations of maintenance and education that married spouses had to their legitimate children. The [TRANSLATION] “*Civil Code of Lower Canada* [thus] distinguished legitimate, natural, adulterine and incestuous children”: Moore, at p. 266. Professor Jean-Louis Baudouin, as he then was, explained the rationale for this distinction:

[TRANSLATION] The legal reasons given to justify ignoring the natural family group can be seen clearly upon reading our Code . . . : a desire to protect the rights of legitimate families, a refusal to condone conduct contrary to good morals, a refusal to encourage the proliferation of *de facto* unions, etc. [pp. 157-58]

[103] When it enacted the *Act to establish a new Civil Code and to reform family law*, the legislature moved away from this negative, even hostile, view of the *de facto* union. The prohibition against gifts *inter vivos* was removed by repealing art. 768 *C.C.L.C.* *De facto* spouses became free to organize their relationships with one another through legally valid and binding agreements. From that time on, it was open to them [TRANSLATION]

ayant vécu en concubinage, fermait la porte à tous arrangements financiers quelconques entre personnes vivant en union libre, revêtant un caractère de libéralité, de gratuité, ou de don.

Or, puisqu’on retrouve presque toujours l’un ou l’autre de ces caractères dans ce qu’il est convenu d’appeler des accords entre conjoints ou concubins, il était impossible de penser à convenir de tels accords entre concubins.

(« Les accords entre concubins », [1981] 1 *C.P. du N.* 195, par. 1-3)

[102] Par ailleurs, les enfants des conjoints de fait ou « enfants naturels » étaient privés d’un certain nombre de droits octroyés aux « enfants légitimes », soit ceux dont les parents étaient mariés : voir J.-L. Baudouin, « Examen critique de la situation juridique de l’enfant naturel » (1966), 12 *R.D. McGill* 157, p. 158. Historiquement, et à moins d’être légitimés par le mariage subséquent de leurs parents, les enfants naturels ne pouvaient hériter de leurs parents à moins que ceux-ci n’aient testé en leur faveur. Ils ne pouvaient non plus réclamer de leurs parents l’exécution des obligations relatives à l’entretien et à l’éducation que les conjoints mariés devaient à leurs enfants légitimes. Le « *Code civil du Bas Canada* établissait [ainsi] une distinction entre les enfants légitimes, naturels, adultérins et incestueux » : Moore, p. 266. Jean-Louis Baudouin, alors professeur de droit, explique la raison d’être d’une telle distinction :

Les raisons juridiques qui ont été invoquées pour justifier l’ignorance du groupe de la famille naturelle transparaissent clairement à la lecture de notre Code [. . .] : désir de protéger les droits de la famille légitime, refus de sanctionner une conduite contraire aux bonnes mœurs, refus d’encourager la prolifération des unions libres, etc. [p. 157-158]

[103] En adoptant la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, le législateur s’écarte de cette vision négative hostile à l’union de fait. La prohibition des donations entre vifs est levée par l’abrogation de l’art. 768 *C.c.B.C.* Les conjoints de fait deviennent alors libres d’organiser leurs rapports mutuels à l’aide d’ententes juridiquement valides et exécutoires. Dès lors, il leur est permis « de convenir librement,

“to enter into agreements freely [in what was] virtually the equivalent of a matrimonial regime for them”: Sylvestre, at para. 8. According to Professor Benoît Moore, this change confirmed the disappearance of the legislature’s hostility toward the *de facto* union: p. 267.

[104] The legislature also eliminated the distinctions between legitimate, natural, adulterine and incestuous children. It thus established the principle that children are equal regardless of the circumstances of their birth and the nature of their filiation. Article 522 *C.C.Q.* now codifies the principle that all children whose filiation is established have the same rights and obligations. The rules on parental authority (arts. 597 *C.C.Q.* et seq.), the obligation of support (art. 585 *C.C.Q.*) and intestate succession (art. 655 *C.C.Q.*) therefore apply to all children. In addition, art. 604 *C.C.Q.* provides that, “[i]n the case of difficulties relating to the exercise of parental authority, the person having parental authority may refer the matter to the court, which will decide in the interest of the child after fostering the conciliation of the parties”. Thus, when *de facto* spouses cease living together, a court can rule on child custody and access in the same way as it might in a case involving the separation of married spouses. According to D. Goubau, G. Otis and D. Robitaille, [TRANSLATION] “the Civil Code [thus] reflects the fact that marriage is no longer required as a framework for the family”: “La spécificité patrimoniale de l’union de fait: le libre choix et ses ‘dommages collatéraux’” (2003), 44 *C. de D.* 3, at p. 13.

(b) *Legislative Policy Respecting the De Facto Union Following the 1980 Reform*

[105] In the 1980 reform, the Quebec legislature established the rule of freedom of contract for *de facto* spouses in organizing their relationships with one another. At the same time, as I mentioned above, it redefined the mandatory content of marriage by introducing a primary regime that no spouse could opt out of. Whether the *de facto* union should be redefined by imposing a similar mandatory

quasiment l’équivalent d’un régime matrimonial entre eux » : Sylvestre, par. 8. Pour le professeur Benoît Moore, ce changement confirme la disparition de l’hostilité législative envers l’union de fait : p. 267.

[104] Le législateur élimine également les distinctions entre enfants légitimes, naturels, adulterins et incestueux. Il établit alors le principe de l’égalité des enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance et la nature de leur filiation. L’article 522 *C.c.Q.* codifie désormais le principe selon lequel les enfants dont la filiation est établie possèdent les mêmes droits et obligations. Dès lors, les règles relatives à l’autorité parentale (art. 597 *C.c.Q.* et suiv.), à l’obligation alimentaire (art. 585 *C.c.Q.*) et à la succession *ab intestat* (art. 655 *C.c.Q.*) s’appliquent à tous les enfants. L’article 604 *C.c.Q.* prévoit aussi qu’« [e]n cas de difficultés relatives à l’exercice de l’autorité parentale, le titulaire de l’autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l’intérêt de l’enfant après avoir favorisé la conciliation des parties ». C’est ainsi que lors de la cessation de la vie commune des conjoints de fait, un tribunal peut statuer sur la garde des enfants et les droits d’accès comme il aurait été appelé à le faire en cas de séparation de conjoints mariés. Selon les auteurs D. Goubau, G. Otis et D. Robitaille, c’est ainsi que « le Code civil reconnaît [. . .] que le mariage n’est plus le cadre obligé de la famille » : « La spécificité patrimoniale de l’union de fait : le libre choix et ses “dommages collatéraux” » (2003), 44 *C. de D.* 3, p. 13.

b) *Politique législative à l’égard de l’union de fait à la suite de la réforme de 1980*

[105] Par la réforme de 1980, le législateur québécois consacre la liberté contractuelle des conjoints de fait dans l’aménagement de leurs rapports mutuels. Au même moment, comme je l’ai exposé précédemment, il redéfinit le contenu impératif du mariage en introduisant un régime primaire auquel nul époux ne peut déroger. L’opportunité de redéfinir l’union de fait en lui imposant également

legislative framework on it was also discussed in the Quebec National Assembly at that time.

[106] One proposal that had already been made by the Civil Code Revision Office was to require *de facto* spouses to contribute proportionately toward household expenses: *Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II — *Commentaries*, t. 1, at pp. 113 and 206; see also Lefebvre, at p. 18. With this in mind, the Office proposed art. 338 in its draft *Civil Code*:

338. *De facto* consorts owe each other support as long as they live together.

However, if exceptional circumstances justify it, the court may order a *de facto* consort to pay support to his spouse once they no longer live together.

(*Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. I — *Draft Civil Code*, at p. 119)

[107] However, Quebec's Conseil du statut de la femme, an independent agency created by the legislature in 1973 to advise the government on all matters relating to the status of women, was against imposing a mandatory legislative framework to govern relationships between *de facto* spouses. Criticizing the proposals of the Civil Code Revision Office on the basis that they limited the freedom of *de facto* spouses, the Conseil stated that

[TRANSLATION] . . . this approach violates the animating principle of *de facto* spouses, namely freedom of choice. To respect the will of the parties involved, the [Conseil] recommends that no obligations result from a *de facto* union.

. . .

Our position on the *de facto* union is based on true recognition of the equality and autonomy of individuals. This is why we consider it essential to emphasize the non-institutionalization of this type of union and to respect the will of the parties involved.

(*Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille* (1979), at

un tel cadre législatif impératif fait alors l'objet de discussions à l'Assemblée nationale du Québec.

[106] Déjà, l'Office de révision du Code civil avait proposé notamment d'instaurer entre les conjoints de fait une obligation de contribution proportionnelle aux charges du ménage : *Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II — *Commentaires*, t. 1, p. 115 et 208; voir également Lefebvre, p. 18. Dans cette perspective, l'art. 338 du projet de *Code civil* de l'Office propose que :

338. Les époux de fait se doivent des aliments tant qu'ils font vie commune.

Toutefois, le tribunal peut, si des circonstances exceptionnelles le justifient, ordonner à un époux de fait de verser des aliments à l'autre après la cessation de la vie commune.

(*Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. I — *Projet de Code civil*, p. 119)

[107] Cependant, le Conseil du statut de la femme du Québec, organisme indépendant créé par le législateur en 1973 pour conseiller le gouvernement sur l'ensemble des questions relatives à la condition des femmes, s'opposait à l'imposition d'un cadre législatif impératif régissant les relations entre conjoints de fait. Critiquant les propositions de l'Office de révision du Code civil parce qu'elles limitent la liberté des conjoints de fait, le Conseil déclare que :

. . . cette attitude constitue une atteinte au principe du libre choix qui anime les conjoints de fait. Le [Conseil] préconise qu'aucune obligation ne doive résulter de l'union de fait pour respecter la volonté des parties en cause.

. . .

Notre prise de position concernant l'union de fait repose sur une véritable reconnaissance de l'égalité des personnes et leur autonomie. C'est pourquoi il nous apparaît essentiel d'insister sur la non-institutionnalisation de ce genre d'union et de respecter la volonté des parties en présence.

(*Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille* (1979),

pp. 23-24; see also *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints* (1988), at p. 40.)

[108] At the end of the parliamentary debate, the then Minister of Justice rejected the recommendation that a legislative framework be imposed on *de facto* unions. Instead, he decided to preserve the freedom of individuals to choose a form of union whose content was not predetermined. He stated the following:

[TRANSLATION] Another case requiring a concrete application of the principle that individuals should be free to choose how to organize their family unit is that of the *de facto* union. Most of the briefs submitted to the parliamentary justice committee on family law reform in March 1979 asked the legislature to respect the desire of unmarried couples to distinguish their choice of lifestyle from marriage. We therefore considered it appropriate not to interfere with this freely chosen lifestyle; there is thus no need to institutionalize or regulate it.

Moreover, to fully respect this option, it seemed reasonable to put *de facto* spouses on the same footing as other individuals by proposing the abolition of the restrictions that continue to apply to them today under article 768 of the Civil Code, which limits their right to make gifts to each other.

(National Assembly, *Journal des débats*, vol. 23, No. 15, 6th Sess., 31st Leg., December 4, 1980, at p. 608 (second reading of Bill 89). This position was supported by the then leader of the official Opposition, who stated the following at p. 663: [TRANSLATION] “Regarding the *de facto* union, therefore, I think we should proceed very carefully. If people do not want to give their union a legal or statutory status themselves, such a status cannot be forced on them either.”)

[109] The legislature would debate but reaffirm this position several times during the successive reforms that have modified Quebec family law since 1980. On the occasion of each reform, the legislature reiterated its choice not to regulate the

p. 23-24; voir également *Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints* (1988), p. 40.)

[108] Au terme des débats parlementaires, le ministre de la Justice de l’époque rejette la recommandation d’imposer un cadre législatif à l’union de fait. Il décide plutôt de préserver la liberté des individus de choisir une forme d’union dont le contenu n’est pas prédéterminé. Il s’exprime ainsi :

Une autre application concrète du principe de la liberté des individus dans le choix de la forme d’organisation de leur cellule familiale doit également exister à l’égard de l’union de fait. Lors de la commission parlementaire de la justice sur la réforme du droit de la famille en mars 1979, la plupart des mémoires soumis demandaient aux législateurs de respecter cette volonté des couples non mariés de distinguer leur choix de formule de vie par rapport au mariage. Il nous a donc paru opportun de ne pas intervenir à l’égard de ce mode de vie librement décidé; il n’y a donc pas lieu de l’institutionnaliser ou de le réglementer.

Par ailleurs, dans la logique du respect absolu de cette formule, il a paru raisonnable de placer les personnes qui vivent en union de fait sur le même pied que les autres justiciables en proposant d’abolir les restrictions que leur impose encore aujourd’hui l’article 768 du Code civil qui limite leur droit de se faire des donations.

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 23, n° 15, 6^e sess., 31^e lég., 4 décembre 1980, p. 608 (deuxième lecture du projet de loi 89). Cette position est appuyée par le chef de l’Opposition officielle de l’époque. À la p. 663, celui-ci s’exprime ainsi : « Sur l’union de fait, par conséquent, je pense qu’il faut procéder avec beaucoup de prudence. Si les personnes ne veulent pas conférer elles-mêmes un caractère juridique ou légal à leur union, il ne peut pas être question de le leur imposer de force, non plus. »)

[109] Cette position sera discutée mais réaffirmée à plusieurs reprises par le législateur au cours des réformes qui ont modifié successivement le droit de la famille québécois depuis 1980. À l’occasion de chaque réforme, le législateur réitère son choix de

private relationships of *de facto* spouses on the basis that their individual autonomy and freedom should be respected: see, for example, the remarks of the Minister for the Status of Women at the time of the creation of the family patrimony (National Assembly, *Journal des débats*, vol. 30, No. 125, 2nd Sess., 33rd Leg., June 8, 1989, at p. 6487), of the Minister of Justice two years later in the context of the reform of the *Civil Code* (National Assembly, Subcommittee on Institutions, *Journal des débats*, No. 22, 1st Sess., 34th Leg., November 19, 1991, at p. 859), of the Minister of Justice at the time of the recognition of same-sex *de facto* spouses in social legislation (National Assembly, *Journal des débats*, No. 197, 2nd Sess., 35th Leg., June 18, 1998, at pp. 12069-70), and of the Minister of Justice at the time of the establishment of the civil union (National Assembly, Standing Committee on Institutions, *Journal des débats*, vol. 37, No. 46, 2nd Sess., 36th Leg., February 12, 2002, at pp. 4-5).

[110] At the time of the establishment of the civil union in 2002, the Minister of Justice clearly stated that Quebec law now [TRANSLATION] “recognizes three types of conjugality: that of married spouses, that of civil union spouses and that of *de facto* spouses”. He also confirmed that the bill instituting the civil union [TRANSLATION] “does not propose any amendments that affect the conditions under which *de facto* spouses live together. They remain free to establish the terms and conditions governing their relationships”: National Assembly, *Journal des débats*, vol. 37, No. 96, 2nd Sess., 36th Leg., May 7, 2002, at p. 5816.

(c) *Relationships Between De Facto Spouses: A Regime of Freedom of Contract*

[111] As we have seen, married and civil union spouses are, both during the marriage or union and upon its breakdown, subject to the mandatory application of the primary regime and the suppletive application of the regime of partnership of acquests. The situation is very different for *de facto* spouses.

ne pas réglementer les rapports privés des conjoints de fait sur la base du respect de leur autonomie et liberté individuelles : voir, à titre d'exemple, les propos de la ministre de la Condition féminine tenus à l'époque de la création du patrimoine familial (Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, n° 125, 2^e sess., 33^e lég., 8 juin 1989, p. 6487), ceux du ministre de la Justice tenus, deux ans plus tard, dans un contexte de réforme du *Code civil* (Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, *Journal des débats*, n° 22, 1^{re} sess., 34^e lég., 19 novembre 1991, p. 859), ceux du ministre de la Justice tenus lors de la reconnaissance des conjoints de fait de même sexe au sein des lois sociales (Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 197, 2^e sess., 35^e lég., 18 juin 1998, p. 12069-12070) et ceux du ministre de la Justice tenus lors de la création de l'union civile (Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, *Journal des débats*, vol. 37, n° 46, 2^e sess., 36^e lég., 12 février 2002, p. 4-5).

[110] Lors de la création de l'union civile en 2002, le ministre de la Justice affirme clairement que le droit québécois « reconnaît [maintenant] trois types de conjugalité : celle des conjoints unis en mariage, celle des conjoints en union civile et celle des conjoints de fait ». Il confirme également que le projet de loi instituant l'union civile « ne propose aucune modification touchant la modalité de vie commune des conjoints de fait qui conservent ainsi la liberté d'établir les modalités régissant leur couple » : Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 37, n° 96, 2^e sess., 36^e lég., 7 mai 2002, p. 5816.

c) *Relations entre conjoints de fait : un régime de liberté contractuelle*

[111] On a vu que les relations entre époux et entre conjoints unis civilement, tant durant la relation qu'à la rupture, sont soumises à l'application impérative du régime primaire ainsi qu'à l'application supplétive de la société d'acquêts. La situation diffère considérablement en ce qui concerne les conjoints de fait.

[112] As I mentioned above, the *Civil Code of Québec* does not lay down the terms of the union of *de facto* spouses. The law imposes no duty of assistance and succour on them, and thus no obligation of support. The sharing of household expenses is left to their discretion; they are not required to contribute toward those expenses in proportion to their respective means. Nor are they required to choose the family residence together. No mandatory provisions apply to limit the exercise of their rights of ownership in the family residence. A *de facto* spouse who is the sole owner of the residence can therefore sell it or lease it without the other spouse's consent. A *de facto* union does not create a family patrimony, is not subject to the legal matrimonial regime of partnership of acquests and does not entitle a spouse to a compensatory allowance.

[113] A *de facto* spouse continues, both while living with the other spouse and after their relationship breaks down, to own any property he or she acquired before or during their union. Any change in this situation must be consented to by the spouse whose rights are affected. Thus, under the *Act respecting the Québec Pension Plan*, an application for the partition of pensionable earnings accrued during the period in which *de facto* spouses lived together requires the consent of both of them. Similarly, the *Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1, which establishes the legal framework for private pension plans, permits former *de facto* spouses to partition benefits accumulated under a member's pension plan only if both of them consent.

[114] 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: on the possible content of such agreements, see Tétrault, "L'union civile: j'me marie, j'me marie pas", at pp. 133-34; Tétrault, *Droit de la famille*, at pp. 870-71; A. Roy, "La charte de vie commune

[112] Comme je l'ai souligné, le *Code civil du Québec* n'encadre pas les termes de l'union entre conjoints de fait. La loi n'impose à ces conjoints aucun devoir d'assistance et de secours, donc d'obligation alimentaire. Le partage des charges du ménage est laissé à leur discrétion; ils ne sont pas tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés respectives. Ils n'ont pas d'obligation de choisir de concert la résidence familiale. L'exercice de leurs droits de propriété sur cette dernière n'est pas limité par l'application de dispositions impératives. Dès lors, un conjoint de fait propriétaire peut vendre ou louer la résidence dont il est l'unique propriétaire sans obtenir le consentement de l'autre conjoint. L'union de fait ne crée pas de patrimoine familial. Elle échappe aussi au régime matrimonial légal de la société d'acquêts et ne donne pas ouverture à l'octroi d'une prestation compensatoire.

[113] Tant durant la vie commune qu'à la rupture, le conjoint de fait demeure le propriétaire des biens qu'il a acquis avant ou pendant la vie commune. Toute modification de cet état de fait nécessite le consentement du conjoint dont les droits sont affectés. Ainsi, en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*, le consentement de chacun des conjoints de fait qui se séparent est requis afin de demander le partage des gains admissibles accumulés au cours de la période de vie commune. De même, la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, L.R.Q., ch. R-15.1, qui établit le cadre juridique des régimes de retraite privés, ne permet aux ex-conjoints de fait de partager entre eux les droits accumulés au titre du régime de retraite du participant que lorsque chacun d'eux y consent.

[114] 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 : pour le contenu potentiel de telles ententes, voir Tétrault, « L'union civile : j'me marie, j'me marie pas », p. 133-134; Tétrault, *Droit de la famille*, p. 870-871; A. Roy, « La charte de vie commune ou

ou l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal" (2007), 41 *R.J.T.* 399. Such agreements are commonly referred to as "cohabitation agreements".

[115] As some authors have noted, in light of the Quebec jurisprudence, [TRANSLATION] "there is no longer any doubt that contracts between *de facto* spouses are valid": Jarry, at p. 134. The Quebec courts have held that *de facto* spouses can validly enter into contracts that provide that the rules on partition of the family patrimony will apply should their relationships break down (*Couture v. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.), leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vii), contracts that contemplate an obligation to pay spousal support should cohabitation cease (*Ponton v. Dubé*, 2005 QCCA 413 (CanLII)), and contracts that grant a right to exclusive use of the family residence after separation (*Bourbonnais v. Pratt*, 2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124). According to the Quebec Court of Appeal, [TRANSLATION] "[s]uch agreements can even provide for the equivalent of a compensatory allowance": *M.B. v. L.L.*, [2003] R.D.F. 539, at para. 30.

[116] In the absence of such agreements, the general law applies to any patrimonial dispute that results from the end of the spouses' cohabitation. Since each of the *de facto* spouses continues to own any property he or she acquired individually before or while they lived together, a spouse who proves his or her sole ownership of movable property can revendicate it. Where property is owned in undivided co-ownership, either spouse can force the other to proceed to the partition and licitation of the undivided property, since no one is bound to remain in indivision (art. 1030 *C.C.Q.*).

[117] Finally, *de facto* spouses who believe that they were wronged when their union broke down can bring an action based on unjust enrichment, the rules for which have been codified in arts. 1493 to 1496 *C.C.Q.* since 1994. That unjust enrichment is applicable to relationships between *de facto* spouses was confirmed by this Court in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980. The principle of unjust enrichment must be interpreted cautiously

l'émergence d'une pratique réflexive du contrat conjugal » (2007), 41 *R.J.T.* 399. Ces ententes sont communément appelées « contrat de vie commune » ou « contrat de cohabitation ».

[115] Comme le constatent certains auteurs, la jurisprudence québécoise « ne laisse plus de doute sur la validité des contrats entre conjoints de fait » : Jarry, p. 134. En effet, les tribunaux québécois ont reconnu que les conjoints de fait peuvent valablement conclure des contrats qui prévoient l'application des règles de partage du patrimoine familial à la rupture (*Couture c. Gagnon*, [2001] R.J.Q. 2047 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2002] 3 R.C.S. vii), qui envisagent l'octroi d'une obligation alimentaire entre conjoints après la fin de la cohabitation (*Ponton c. Dubé*, 2005 QCCA 413 (CanLII)) ou qui accordent un droit d'usage exclusif de la résidence familiale après la séparation (*Bourbonnais c. Pratt*, 2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124). Selon la Cour d'appel du Québec, « [d]e telles conventions peuvent même prévoir l'équivalent d'une prestation compensatoire » : *M.B. c. L.L.*, [2003] R.D.F. 539, par. 30.

[116] À défaut de telles ententes, le droit commun s'applique à tout conflit patrimonial découlant de la fin de la vie commune. Puisque les conjoints de fait demeurent chacun propriétaires des biens qu'ils ont acquis individuellement avant ou pendant leur vie commune, le conjoint qui prouve être propriétaire unique d'un bien meuble pourra le revendiquer. En cas d'indivision, chacun des conjoints pourra forcer l'autre à procéder au partage et licitation des biens indivis, nul n'étant tenu de demeurer dans l'indivision (art. 1030 *C.c.Q.*).

[117] Finalement, les conjoints de fait qui se croient lésés lors la rupture de leur union disposent du recours fondé sur l'enrichissement injustifié, codifié depuis 1994 aux art. 1493 à 1496 *C.c.Q.* L'applicabilité de cette doctrine aux rapports entre conjoints de fait a été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980. Le principe de l'enrichissement injustifié doit toutefois recevoir une interprétation prudente, généreuse,

but generously, in a manner consistent with the conditions originally established by the Court in *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, which are now set out in art. 1493 C.C.Q. As Dalphond J.A. of the Quebec Court of Appeal explained, it should be used [TRANSLATION] “solely to compensate one party for a contribution, in property or services, that enabled the other party to be in a better position than he or she would have been in had the parties not lived together, in short, that enriched the other party”: *M.B. v. L.L.*, at para. 39.

[118] To obtain compensation under arts. 1493 C.C.Q. *et seq.*, a *de facto* spouse alleging unjust enrichment must therefore prove on a balance of probabilities that the following conditions are met: an enrichment, an impoverishment, a correlation between the enrichment and the impoverishment, and the absence of justification, of evasion of the law and of any other remedy: *Cie Immobilière Viger; Peter v. Beblow; M.B. v. L.L.*, at para. 34; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), by P.-G. Jobin with N. Vézina, at paras. 566 *et seq.*

[119] As this Court held in *Peter v. Beblow*, a *de facto* spouse can benefit from certain rebuttable presumptions that make it easier to discharge his or her burden of proof. For example, in the case of a long-term *de facto* union, a court can presume, on the one hand, that there is a correlation between the enrichment of one spouse and the impoverishment of the other and, on the other hand, that there was no reason for the enrichment: *Peter v. Beblow*, at pp. 1013 and 1018; *M.B. v. L.L.*, at para. 37; *Benzina v. Le*, 2008 QCCA 803 (CanLII), at para. 7; *Barrette v. Falardeau*, 2010 QCCA 989 (CanLII), at paras. 26-27. Finally, when these conditions are met, the *de facto* spouse’s action will be allowed in the lesser of the following two amounts: that of the enrichment of his or her spouse and that of his or her own impoverishment (*Cie Immobilière Viger*, at p. 77).

[120] In a recent decision written by Dalphond J.A. with the concurrence of Côté J.A., the Court of Appeal reiterated the principles of the doctrine

mais fidèle aux conditions initialement établies par la Cour dans l’arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, et que l’on retrouve maintenant à l’art. 1493 C.c.Q. Comme l’explique le juge Dalphond de la Cour d’appel du Québec, cette doctrine doit servir « uniquement à compenser une partie pour un apport, en biens ou en services, qui a permis à l’autre de se trouver en une position supérieure à celle qui aurait été la sienne n’eût été la vie commune, bref de l’enrichir » : *M.B. c. L.L.*, par. 39.

[118] Pour obtenir un dédommagement en application des art. 1493 C.c.Q. *et suiv.*, un conjoint de fait qui invoque l’enrichissement injustifié doit ainsi démontrer, par prépondérance des probabilités, qu’il a satisfait aux conditions suivantes : un enrichissement, un appauvrissement, une corrélation entre ceux-ci, et l’absence de justification, de fraude à la loi et d’un autre recours : *Cie Immobilière Viger; Peter c. Beblow; M.B. c. L.L.*, par. 34; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6^e éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, par. 566 *et suiv.*

[119] Comme l’a décidé notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, le conjoint de fait peut bénéficier de certaines présomptions simples lui permettant de s’acquitter plus aisément de son fardeau de preuve. Ainsi, dans le cas d’une union de fait de longue durée, le tribunal peut présumer, d’une part, qu’il existe une corrélation entre l’enrichissement d’un conjoint et l’appauvrissement de l’autre et, d’autre part, qu’il y a absence de motifs à l’enrichissement : *Peter c. Beblow*, p. 1013 et 1018; *M.B. c. L.L.*, par. 37; *Benzina c. Le*, 2008 QCCA 803 (CanLII), par. 7; *Barrette c. Falardeau*, 2010 QCCA 989 (CanLII), par. 26-27. Enfin, lorsque ces conditions se trouvent réunies, le recours du conjoint de fait est maintenu pour la moindre des deux sommes suivantes : l’enrichissement de son conjoint ou son propre appauvrissement (*Cie Immobilière Viger*, p. 77).

[120] La Cour d’appel, dans un arrêt récent rédigé par le juge Dalphond avec le concours de la juge Côté, réitère les principes de la doctrine

of unjust enrichment with respect to *de facto* spouses and the importance of the presumptions in the plaintiff's favour: *C.L. v. J.Le.*, 2010 QCCA 2370 (CanLII), at paras. 10-15, quoted in full in *Droit de la famille — 121120*, 2012 QCCA 909 (CanLII), at para. 65. The Court of Appeal correctly noted that a court hearing [TRANSLATION] “a claim by a *de facto* spouse for compensation for unjust enrichment [must] undertake a broad, overall analysis of the parties’ circumstances, taking into account all contributions made by the spouses during the time they lived together”: *C.L. v. J.Le.*, at para. 12 (emphasis added). As well, rather than a simple accounting exercise, [TRANSLATION] “the analysis of the factual and legal aspects requires a particular flexibility adapted to the nature of relationships between spouses (*Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259, at p. 1279)”: *C.L. v. J.Le.*, at para. 13 (emphasis added).

(d) *Treatment of De Facto Spouses in the Same Way as Married and Civil Union Spouses in Various Statutes*

[121] For the dealings that couples have with third parties, and more particularly with the government, there are a number of social statutes in which a distinction is no longer drawn between marriage, civil union and *de facto* union: see, *inter alia*, *Workers’ Compensation Act*, R.S.Q., c. A-3; *An Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001; *An Act respecting financial assistance for education expenses*, R.S.Q., c. A-13.3; *An Act respecting legal aid and the provision of certain other legal services*, R.S.Q., c. A-14; *Automobile Insurance Act*, R.S.Q., c. A-25; *An Act respecting insurance*; R.S.Q., c. A-32; *An Act respecting financial services cooperatives*, R.S.Q., c. C-67.3; *An Act respecting trust companies and savings companies*, R.S.Q., c. S-29.01; *An Act respecting school elections*, R.S.Q., c. E-2.3; *An Act respecting duties on transfers of immovables*, R.S.Q., c. D-15.1; *Cooperatives Act*, R.S.Q., c. C-67.2; *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3; *An Act respecting the Québec sales tax*, R.S.Q., c. T-0.1; *An Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1; *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16; *An Act respecting the Québec Pension*

de l’enrichissement injustifié entre conjoints de fait et l’importance des présomptions favorables au demandeur : *C.L. c. J.Le.*, 2010 QCCA 2370 (CanLII), par. 10-15, cité intégralement dans *Droit de la famille — 121120*, 2012 QCCA 909 (CanLII), par. 65. À ce titre, la cour rappelle à bon droit que le tribunal saisi « d’une demande d’indemnité pour enrichissement injustifié par le/la conjoint(e) de fait [doit] se livrer à une analyse libérale et globale de la situation des parties, prenant en compte tous les apports des conjoints durant la vie commune » : *C.L. c. J.Le.*, par. 12 (je souligne). De plus, à l’opposé du simple exercice de comptabilité, « il faut adopter dans l’analyse des éléments factuels et juridiques une souplesse particulière qui sied à la nature des rapports entre des conjoints (*Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, p. 1279) » : *C.L. c. J.Le.*, par. 13 (je souligne).

(d) *Assimilation des conjoints de fait aux époux et aux conjoints unis civilement dans des lois diverses*

[121] Dans le cas des rapports que les couples entretiennent avec des tiers, plus particulièrement l’État, à l’égard de l’application de plusieurs lois à caractère social, le législateur n’effectue plus de distinction entre mariage, union civile et union de fait : voir notamment *Loi sur les accidents du travail*, L.R.Q., ch. A-3; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001; *Loi sur l’aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3; *Loi sur l’aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*, L.R.Q., ch. A-14; *Loi sur l’assurance automobile*, L.R.Q., ch. A-25; *Loi sur les assurances*; L.R.Q., ch. A-32; *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d’épargne*, L.R.Q., ch. S-29.01; *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., ch. E-2.3; *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*, L.R.Q., ch. D-15.1; *Loi sur les coopératives*, L.R.Q., ch. C-67.2; *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3; *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., ch. T-0.1; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16; *Loi sur le régime de rentes du Québec*; *Loi*

Plan; An Act respecting the Government and Public Employees Retirement Plan, R.S.Q., c. R-10; *An Act respecting the Civil Service Superannuation Plan*, R.S.Q., c. R-12; *Supplemental Pension Plans Act; An Act respecting the conditions of employment and the pension plan of the Members of the National Assembly*, R.S.Q., c. C-52.1; *An Act respecting the Pension Plan of Certain Teachers*, R.S.Q., c. R-9.1; *An Act respecting the Pension Plan of Peace Officers in Correctional Services*, R.S.Q., c. R-9.2; *An Act respecting the Pension Plan of Elected Municipal Officers*, R.S.Q., c. R-9.3; *An Act respecting the Teachers Pension Plan*, R.S.Q., c. R-11; *Individual and Family Assistance Act*, R.S.Q., c. A-13.1.1.

[122] As Professors D.-Castelli and Goubau explain, [TRANSLATION] “[p]rovided that a union meets the specific conditions of a statute, the situation of *de facto* spouses is exactly the same as that of married or civil union spouses under Quebec civil law for the purposes of that statute”: p. 173. In this regard, the Quebec Court of Appeal has stated that [TRANSLATION] “a review of these statutes . . . shows that the legislature intended to treat *de facto* spouses and married spouses on an equal basis”: *Couture v. Gagnon*, at para. 32.

[123] It should be noted that, since the 1999 enactment of the *Act to amend various legislative provisions concerning de facto spouses*, S.Q. 1999, c. 14, the *de facto* spouse concept has been extended in these statutes to include same-sex *de facto* spouses. Moreover, as a result of the enactment in 2002 of the *Act instituting civil unions and establishing new rules of filiation*, s. 143, the definition of spouse in the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, s. 61.1, includes same-sex spouses.

[124] This tendency in social statutes to treat *de facto* spouses in the same way as married and civil union spouses can also be seen in certain civil law matters involving interaction between *de facto* spouses and third parties. For example, a *de facto* spouse, like a married or civil union spouse, can consent to care required by his or her spouse who is incapable of giving consent (art. 15 *C.C.Q.*); where his or her spouse alone signed a lease for a

sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., ch. R-10; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., ch. R-12; *Loi sur les régimes complémentaires de retraite; Loi sur les conditions de travail et le régime de retraite des membres de l'Assemblée nationale*, L.R.Q., ch. C-52.1; *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., ch. R-9.1; *Loi sur le régime de retraite des agents de la paix en services correctionnels*, L.R.Q., ch. R-9.2; *Loi sur le régime de retraite des élus municipaux*, L.R.Q., ch. R-9.3; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., ch. R-11; *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, L.R.Q., ch. A-13.1.1.

[122] Comme l'expliquent les professeurs D.-Castelli et Goubau, « [d]ès lors qu'une union répond aux conditions particulières d'une loi, l'assimilation de la situation des conjoints de fait à celle des conjoints mariés ou unis civilement est complète en droit québécois pour l'application de cette loi » : p. 173. À ce propos, la Cour d'appel du Québec énonce qu'« une revue de ces lois [. . .] démontre une intention du législateur de traiter conjoints de fait et conjoints mariés sur la même base » : *Couture c. Gagnon*, par. 32.

[123] Mentionnons que depuis l'adoption, en 1999, de la *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait*, L.Q. 1999, ch. 14, la définition de conjoints de fait comprise au sein de ces lois est étendue aux conjoints de fait de même sexe. De plus, à la suite de l'adoption, en 2002, de la *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, la notion de conjoint définie par la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, art. 61.1, inclut le conjoint de même sexe.

[124] Cette assimilation des conjoints de fait, des époux et des conjoints unis civilement dans le domaine du droit social se manifeste également dans certaines matières relevant du droit civil où les conjoints de fait interagissent avec des tiers. Ainsi, le conjoint de fait, tout comme l'époux ou le conjoint uni civilement, peut consentir aux soins requis par son conjoint inapte (art. 15 *C.c.Q.*); être maintenu dans les lieux et devenir locataire lorsque

dwelling and subsequently leaves the dwelling or dies, maintain occupancy and become the lessee (art. 1938 *C.C.Q.*); repossess a dwelling in an immovable owned jointly with his or her spouse (art. 1958 *C.C.Q.*); participate in meetings of relatives, persons connected by marriage or a civil union and friends during the process of appointing a curator for his or her spouse (art. 266 *C.C.Q.*); avoid the seizure of part of his or her salary if supporting his or her spouse (art. 553 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25); and bring a direct action in liability where his or her spouse dies (abolition of the rule in art. 1056 *C.C.L.C.*).

D. *Demographic and Sociological Evolution of the De Facto Union in Quebec Since 1980*

[125] Parallel to the evolution of family law in Quebec, it is interesting to see how the social position of the *de facto* union in that province has changed. On the basis of data collected by Statistics Canada and the Institut de la statistique du Québec that are studied in some of the expert reports submitted by the parties, some demographic trends with respect to the *de facto* union can be observed. First, over the last 30 years, the development of the *de facto* union has taken place largely in Quebec. In Canada, it is in that province that the *de facto* union has spread most widely. Between 1981 and 2006, the proportion of Quebec couples in *de facto* unions increased from 7.9% to 34.6%. By comparison, 18.4% of couples in Canada as a whole were in such a relationship in 2006. Also, 60% of Quebec children are now apparently being born out of wedlock. The 2011 census confirms these trends. According to the now available data, 20% of Canadian couples live in *de facto* unions. In Quebec, the proportion rises to 37.8%.

[126] The statistics analyzed by the experts suggest that *de facto* unions are more common among young Quebecers under the age of 35 than among Canadians in that age group as a whole. Young Quebecers opt for *de facto* unions in much higher proportions (51%) than do young Canadians

son conjoint, seul signataire du bail, quitte le logement ou décède (art. 1938 *C.c.Q.*); reprendre un logement situé au sein d'un immeuble dont il est propriétaire avec son conjoint (art. 1958 *C.c.Q.*); participer aux assemblées de parents, d'alliés ou d'amis lors du processus de nomination d'un curateur à son conjoint (art. 266 *C.c.Q.*); éviter la saisie d'une partie de son salaire s'il pourvoit aux besoins de son conjoint (art. 553 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25); et intenter un recours direct en responsabilité en cas de décès de son conjoint (abolition de la règle contenue à l'art. 1056 *C.c.B.C.*).

D. *L'évolution démographique et sociologique de l'union de fait au Québec depuis 1980*

[125] Parallèlement à l'évolution du droit de la famille au Québec, il est intéressant d'observer les changements survenus dans la situation sociale de l'union de fait dans cette province. Les données colligées par Statistique Canada et par l'Institut de la statistique du Québec, que certains rapports d'expertise soumis par les parties ont étudiées, permettent d'observer quelques tendances démographiques au sujet de l'union de fait. On constate d'abord qu'au cours des 30 dernières années, le phénomène de l'union de fait s'est largement développé au Québec. C'est dans cette province que l'union de fait s'est davantage répandue au Canada. Entre 1981 et 2006, la proportion de couples québécois vivant en union de fait est passée de 7,9 % à 34,6 %. À titre de comparaison, en 2006, pour l'ensemble du Canada, 18,4 % des couples vivaient en union de fait. D'autre part, il appert qu'actuellement 60 % des enfants du Québec naissent hors mariage. Le recensement de 2011 confirme les mêmes tendances. Selon les données maintenant disponibles, 20 % des couples canadiens vivent en union libre. Au Québec, la proportion atteint 37,8 %.

[126] Les statistiques analysées par les experts suggèrent que la vie en union de fait est plus répandue chez les jeunes Québécois âgés de moins de 35 ans que pour l'ensemble des Canadiens du même âge. Les jeunes Québécois optent pour l'union de fait dans des proportions nettement supérieures

as a whole (29%). In Quebec, and to a lesser extent in Canada as a whole, *de facto* unions remain proportionately more common among couples in their third unions than among couples in their first.

[127] Whereas the purely demographic aspect of the *de facto* union is easily quantified, the same is not true of its sociological or socio-demographic character. In the instant case, four of the eight expert reports filed by the parties at trial relate specifically to this sociological perspective. Among other things, these experts discuss how conjugality is depicted in Quebec, the differences and similarities between marriage and the *de facto* union, and how Quebec couples organize themselves. Because of the methodological limitations of the studies, their small sample sizes and the general lack of quantitative data on which to base hypotheses, it seems impossible in the context of this case to draw any definitive conclusions about several aspects of this social phenomenon, including why this type of relationship is chosen and how it functions from an economic standpoint.

[128] It will be helpful here to quote some remarks made by Professors Le Bourdais and Lapierre-Adamcyk, at pp. 3 and 4 of their report, on the state of the research on *de facto* unions in Quebec:

[TRANSLATION] Very little research based on large samples representative of the population as a whole has been conducted into the meaning of the *de facto* union in relation to marriage and the meaning of the commitment made by the spouses to one another. Moreover, the research that has been done has not gone into detail about the mechanisms underlying the choice of type of union for unions formed recently, that is, since the mid-1990s. Many unknowns remain, and since the circumstances are changing, relationships that seem to be well established for a given period may no longer be valid for a subsequent period. . . .

(51 %) à celles de l'ensemble des jeunes Canadiens (29 %). Au Québec, et dans une moindre mesure dans l'ensemble du Canada, l'union de fait demeure proportionnellement plus fréquente chez les couples qui sont engagés dans une troisième union que chez ceux qui en sont à leur première union.

[127] Si l'aspect purement démographique de l'union de fait est aisément quantifiable, il en va autrement de son caractère sociologique ou socio-démographique. En l'espèce, quatre des huit rapports d'expertise déposés par les parties en première instance portent spécifiquement sur ce point de vue sociologique. Ces expertises se penchent notamment sur les représentations de la conjugalité au Québec, sur les différences et similitudes entre le mariage et l'union de fait et sur la gestion interne des couples québécois. En raison des limites méthodologiques de ces études, de l'étroitesse de leur échantillonnage et du manque généralisé de données quantitatives sur lesquelles elles pouvaient émettre des hypothèses, il apparaît impossible dans le contexte de ce dossier de tirer des conclusions définitives à l'égard de plusieurs aspects de ce phénomène social, notamment quant aux motifs du choix de ce type de relation et à son mode de fonctionnement économique.

[128] Je crois utile de citer à cette occasion quelques observations des professeurs Le Bourdais et Lapierre-Adamcyk, en p. 3 et 4 de leur rapport, au sujet de l'état de la recherche relative aux unions de fait au Québec :

L'état de la recherche basée sur de larges échantillons représentatifs de la population dans son ensemble est particulièrement peu avancé en ce qui concerne la signification de l'union de fait par rapport au mariage, et le sens de l'engagement que les conjoints prennent l'un à l'égard de l'autre. De plus, la recherche existante n'a pas produit d'examen approfondi des mécanismes sous-jacents au choix du type d'union pour les unions formées récemment, soit depuis le milieu des années 1990. De nombreuses inconnues demeurent, et comme les phénomènes sont en pleine évolution, des relations qui paraissent bien établies pour une période donnée peuvent n'être plus valables pour une période subséquente. . . .

[With regard to certain links observed among various facts], the reliable data needed to analyze them correctly are often unavailable. Thus, the link between financial independence and the choice of type of union continues to be the subject of speculation, since prospective longitudinal data following individuals as they advance through their lives, which would make it possible to observe their financial situations at the times they have to make choices, are only rarely or partially available.

Furthermore, in areas like money management by couples or the depictions of conjugality, which have been addressed qualitatively in the studies examined here, quantitative data on large samples are sorely lacking in Quebec and in Canada, making it impossible to compare couples in *de facto* unions with married couples or to take account of all relevant groups regardless of their stage in the life cycle (at the beginning of the relationship, after several years of living together or the arrival of a child, or immediately after separating). Research on other societies, where it exists, may suggest some elements of an answer, but it does not suffice to shed a satisfactory light on the Canadian reality. [Joint Record, vol. 14, at pp. 7-8]

[129] Finally, as the trial judge pointed out, none of the expert reports submitted by the parties discusses the concrete effects of the breakdown of a relationship for *de facto* spouses or for married or civil union spouses.

E. *Scope of A's Claim*

[130] Before considering the nature and application of the right to equality in the context of this appeal, I must review the scope of A's claim. All its effects must be understood in order to assess their impact on the application of the right to equality.

[131] First, by arguing that arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484 and 585 *C.C.Q.* 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. On this basis, she is seeking to partition the family patrimony and reserve her right to claim

[En ce qui a trait à certains liens observés entre différents phénomènes], souvent on ne dispose pas des données fiables requises pour les analyser correctement. C'est ainsi que le lien entre indépendance financière et choix du mode d'union continue d'être l'objet de spéculation, car les données longitudinales prospectives, suivant les individus à mesure qu'ils avancent dans leur vie, qui permettraient d'observer la situation financière des personnes au moment où elles ont à faire un choix, ne sont que rarement ou partiellement disponibles.

De plus, dans des domaines comme la gestion de l'argent au sein des couples ou les représentations de la conjugalité qui ont été abordés de manière qualitative dans les études examinées ici, les données quantitatives portant sur de grands échantillons font cruellement défaut au Québec ou au Canada, rendant impossibles la comparaison des couples en union de fait et des couples mariés, ou la prise en compte de tous les groupes pertinents, quelle que soit l'étape atteinte dans le cycle de vie (en début d'union, après plusieurs années de vie commune ou l'arrivée d'un enfant, ou au lendemain d'une séparation). La recherche portant sur d'autres sociétés, lorsqu'elle existe, peut suggérer des éléments de réponse mais ne suffit pas à donner un éclairage satisfaisant sur la réalité canadienne. [Dossier conjoint, vol. 14, p. 7-8]

[129] Finalement, à l'instar de la juge de première instance, je remarque qu'aucune des expertises soumises par les parties n'étudie les effets concrets de la rupture pour les couples en union de fait et pour les couples mariés ou unis civilement.

E. *La portée de la demande de A*

[130] Avant d'examiner la nature et la mise en œuvre du droit à l'égalité dans le contexte de cet appel, il importe de rappeler la portée de la demande de A. Il faut en comprendre tous les effets pour apprécier leur impact sur la mise en œuvre du droit à l'égalité.

[131] En plaçant que les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 *C.c.Q.* contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* et ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, A réclame en premier lieu l'application de certains attributs du régime primaire applicable en cas de séparation de corps, de divorce ou de dissolution de l'union civile. À ce titre, elle demande le partage du patrimoine familial

a compensatory allowance. She also submits that she is entitled to support for herself and to a lump sum.

[132] Although A is challenging the constitutionality of the provisions protecting the family residence, she makes no specific claim concerning those provisions in this case. The issues relating to the place of residence of A and the parties' children appear to have been dealt with in an agreement the parties entered into before the trial.

[133] Second, along with the application of certain parts of the primary regime, A is seeking the automatic and mandatory application of the legal matrimonial regime of partnership of acquests. As I mentioned above, in the case of marriage and civil union, the legal regime applies automatically only if the spouses do not enter into a marriage contract or a civil union contract. Under Quebec civil law, the regime of partnership of acquests is suppletive and applies only if there is no contract designating a regime of separation as to property or containing stipulations tailored to the spouses' personal circumstances. In essence, as regards matrimonial regimes, A wants her *de facto* union to be treated not only like a marriage, but like a marriage entered into without a marriage contract. She is therefore asking this Court to recognize the retroactive creation of a partnership of acquests that applies on a mandatory basis to her relationship with B.

[134] When a marriage breaks down, the dissolution of a legal regime of partnership of acquests results in partition of the value of the acquests between the spouses to whom the regime applies. Partition is of relatively little consequence to couples whose main assets are part of the family patrimony, but it can acquire great significance where, for example, one of the spouses is actively involved in business ventures. Having made this clarification, I will now turn to s. 15(1) of the *Charter*, which is at the heart of this case. How it is interpreted and applied will determine the outcome

ainsi qu'une réserve de ses droits pour demander une prestation compensatoire. Elle plaide aussi qu'elle a droit à une pension alimentaire pour elle-même ainsi qu'à une somme globale.

[132] Bien que A conteste la constitutionnalité des dispositions portant sur les mesures de protection de la résidence familiale, ces dernières ne font pas l'objet d'une demande précise au sein du présent litige. Il apparaît que les questions touchant le lieu de résidence de A et des enfants des parties ont fait l'objet d'une entente conclue entre ces dernières avant le procès.

[133] En plus de l'application de certaines mesures propres au régime primaire, A réclame en second lieu l'application automatique et obligatoire du régime matrimonial légal de la société d'acquêts. Rappelons que, dans le cas du mariage et de l'union civile, ce régime ne s'applique de façon automatique aux époux et aux conjoints unis civilement que lorsque ceux-ci omettent de conclure un contrat de mariage ou d'union civile. Dans le droit civil québécois, la société d'acquêts est supplétive et ne s'impose qu'en l'absence de contrat désignant un régime de séparation de biens ou comprenant des stipulations contractuelles adaptées à la situation personnelle des conjoints. Essentiellement, au chapitre des régimes matrimoniaux, A veut que l'on traite son union de fait non seulement comme un mariage, mais comme un mariage conclu sans contrat de mariage. Elle demande donc que notre Cour constate la création rétroactive d'une société d'acquêts impérativement applicable à sa relation avec B.

[134] À la rupture, la dissolution du régime légal de société d'acquêts entraîne entre les époux qui y sont assujettis un partage de la valeur des acquêts. Ce partage importe relativement peu pour les couples dont les principaux actifs font partie du patrimoine familial, mais il peut devenir très significatif lorsqu'un des conjoints est engagé activement dans des entreprises commerciales, par exemple. Après cette précision, je passe maintenant à l'examen du par. 15(1) de la *Charte* qui se situe au cœur du présent litige. Son interprétation et son application régleront le sort des demandes constitutionnelles de

of A's constitutional claims and, as a result, the scope of her support and patrimonial rights in relation to B.

F. *Development of the Jurisprudence on Section 15*

(1) Underlying Values of Section 15: Equality, Dignity, Freedom and Personal Autonomy

[135] Section 15(1) of the *Charter* provides that “[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.” To understand the meaning and content of this guarantee as well as its impact on government action, it is necessary to clearly understand the nature of what McIntyre J. called “the broad range of values embraced by s. 15”: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171. The recognition of these values aids in the interpretation of s. 15(1) and in the overall assessment of the merits of claims that the right to equality has been violated: *Law*, at para. 54; *Walsh*, at para. 63.

[136] In *Andrews*, the first case in which this Court considered the application of s. 15, McIntyre J. stated emphatically that the equality guarantee is intended to ensure the recognition of the equal worth of all human beings in Canadian society:

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. [p. 171]

(See also R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), at pp. 272-73.)

A et, en conséquence, détermineront l'étendue de ses droits alimentaires et patrimoniaux à l'égard de B.

F. *L'évolution de la conception jurisprudentielle de l'art. 15*

(1) Les valeurs sous-jacentes à l'art. 15 : égalité, dignité, liberté et autonomie de la personne

[135] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose que « [l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. » Pour saisir la signification et le contenu de cette garantie, ainsi que son impact sur l'action gouvernementale, il faut bien comprendre la nature de ce que le juge McIntyre a appelé « la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15 » : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171. La reconnaissance de ces valeurs facilite l'interprétation du par. 15(1) et contribue à l'appréciation générale du bien-fondé des allégations de violation de la garantie d'égalité : *Law*, par. 54; *Walsh*, par. 63.

[136] Dans l'arrêt *Andrews*, où notre Cour a étudié pour la première fois l'application de l'art. 15, le juge McIntyre affirme avec force que la garantie d'égalité veut assurer la reconnaissance d'une même valeur à tous les êtres humains dans la société canadienne :

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. [p. 171]

(Voir également R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), p. 272-273.)

[137] According to McIntyre J., the establishment of formal equality does not suffice to meet the objectives underlying the adoption of the equality guarantee. Section 15 instead introduces a concept of substantive equality.

[138] As this Court has pointed out on several occasions, this value of substantive equality at the heart of s. 15 is closely tied to the concept of human dignity: *Miron*, at paras. 145-46; *Law*, at paras. 52 and 54; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 77; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at para. 20. The innate and equal dignity of every individual is invariably an “essential value underlying the s. 15 equality guarantee”: *Kapp*, at para. 21. Indeed, the Court has said that “the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom” (*Law*, at para. 51) and to eliminate any possibility of a person being treated in substance as “less worthy” than others: *Gosselin*, at para. 22. In other words:

This principle recognizes the dignity of each human being and each person’s freedom to develop his body and spirit as he or she desires, subject to such limitations as may be justified by the interests of the community as a whole. It recognizes that society is based on individuals who are different from each other, and that a free and democratic society must accommodate and respect these differences.

(*Miron*, at para. 145)

[139] The principle of personal autonomy or self-determination, to which self-worth, self-confidence and self-respect are tied, is an integral part of the values of dignity and freedom that underlie the equality guarantee: *Law*, at para. 53; *Gosselin*, at para. 65. Safeguarding personal autonomy implies the recognition of each individual’s right to make decisions regarding his or her own person, to control his or her bodily integrity and to pursue his or her own conception of a full and rewarding life free from government interference with fundamental personal choices: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*,

[137] Selon le juge McIntyre, l’établissement d’une égalité formelle ne rencontre pas les objectifs de l’adoption de la garantie d’égalité. L’article 15 introduit plutôt un concept d’égalité réelle.

[138] Comme la Cour l’a souligné à plusieurs reprises, cette valorisation de l’égalité réelle au cœur de l’art. 15 est intimement liée à la notion de dignité humaine : *Miron*, par. 145-146; *Law*, par. 52 et 54; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 77; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 20. La dignité inhérente égale de chaque individu constitue invariablement une « valeur essentielle qui sous-tend le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 » : *Kapp*, par. 21. La Cour a d’ailleurs affirmé que « le par. 15(1) a pour objet d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles » (*Law*, par. 51) et d’éliminer toute possibilité qu’une personne soit réellement traitée comme « une personne de moindre valeur » : *Gosselin*, par. 22. Autrement dit :

Ce principe reconnaît la dignité de chaque être humain et la liberté que chaque personne a de développer son corps et son esprit comme elle le désire, sous réserve de restrictions justifiées par les intérêts de l’ensemble de la collectivité. Il reconnaît également que la société se compose de personnes toutes différentes les unes des autres et qu’une société libre et démocratique doit composer avec ces différences et les respecter.

(*Miron*, par. 145)

[139] Le principe d’autonomie personnelle ou d’autodétermination, auquel se rattachent l’estime, la confiance et le respect de soi, fait partie intégrale des valeurs de dignité et de liberté qui sous-tendent la garantie d’égalité : *Law*, par. 53; *Gosselin*, par. 65. La préservation de l’autonomie personnelle implique la reconnaissance du droit de chacun de prendre des décisions concernant sa propre personne, de maîtriser son intégrité personnelle et de réaliser sa propre conception d’une vie bien remplie, sans ingérence de l’État dans des choix personnels fondamentaux : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*,

[1985] 1 S.C.R. 295, at p. 346, *per* Dickson J; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 164, *per* Wilson J.; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, *per* Lamer C.J., at pp. 587-88, *per* Sopinka J.; *Blencoe*, at para. 77, *per* Bastarache J.

[140] In the application of s. 15, promotion of the values of equality, dignity, freedom and autonomy requires “the remedying of discriminatory treatment” based on the personal characteristics enumerated in s. 15(1) or characteristics analogous to them: *Law*, at para. 52. Under the *Charter*, it is unfair to limit an individual’s full participation in society solely because the individual has one of these personal characteristics: *Miron*, at para. 146; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paras. 72-73. Likewise, it is unacceptable to refuse on the basis of these characteristics to treat a person as a full member of society who deserves to realize his or her full human potential: *Miron*, at para. 146; *Gosselin*, at para. 23.

[141] Since *Andrews*, this Court has endeavoured to identify types of situations involving discrimination contrary to s. 15(1) and to establish an analytical framework to help the courts deal with claims for application of the equality guarantee. Having a framework that can be used to identify discriminatory distinctions is of fundamental importance in light of the fact that the drawing of distinctions lies at the heart of legislative action: *Andrews*, at pp. 168-69. Virtually all legislation distinguishes and makes categories. Without a coherent analytical framework, every distinction involving an enumerated or analogous ground of discrimination would be suspect and would need to be justified, even those relating to fundamental and essential measures, such as the prohibition against driving while intoxicated: *Andrews*, at pp. 181-82. Such a framework makes it possible for a court to combat discrimination effectively without succumbing to the temptation to redefine legislative solutions that do not violate the s. 15 equality guarantee: *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC

[1985] 1 R.C.S. 295, p. 346, le juge Dickson; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 164, la juge Wilson; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 554, le juge en chef Lamer, p. 587-588, le juge Sopinka; *Blencoe*, par. 77, le juge Bastarache.

[140] Dans la mise en œuvre de l’art. 15, la promotion des valeurs d’égalité, de dignité, de liberté et d’autonomie passe par « l’élimination du traitement discriminatoire » fondé sur les caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1) ou sur celles qui leur sont analogues : *Law*, par. 52. La *Charte* reconnaît qu’il est injuste de limiter la pleine participation d’une personne dans la société pour le seul motif qu’elle présente une de ces caractéristiques personnelles : *Miron*, par. 146; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 72-73. De même, il est inadmissible d’invoquer ces caractéristiques pour refuser de traiter une personne comme un membre à part entière de la société, qui mérite de réaliser tout son potentiel humain : *Miron*, par. 146; *Gosselin*, par. 23.

[141] Depuis *Andrews*, la Cour s’est efforcée d’identifier les types de situations présentant un caractère discriminatoire contraire au par. 15(1) et d’établir un cadre analytique susceptible de faciliter le traitement jurisprudentiel des demandes d’application de la garantie d’égalité. L’existence d’un cadre capable de définir les distinctions discriminatoires est d’une importance fondamentale du fait que la formulation de distinctions se situe au cœur de l’action législative : *Andrews*, p. 168-169. Pratiquement tous les textes législatifs distinguent et établissent des catégories. En l’absence d’un cadre analytique cohérent, toutes les distinctions mettant en jeu un motif de discrimination énuméré ou un motif analogue deviendraient suspectes et devraient être justifiées même lorsqu’elles portent sur des mesures élémentaires et indispensables, comme l’interdiction de conduire faite aux personnes en état d’ébriété : *Andrews*, p. 181-182. Un cadre de cette nature permet de combattre efficacement la discrimination en évitant toutefois la tentation de redéfinir judiciairement des solutions législatives qui ne contreviennent pas à la garantie

65, [2004] 3 S.C.R. 357, at para. 26. Since the analytical framework developed by this Court has been discussed, reformulated and enriched many times over the past two decades, I must summarize the changes made to it in order to better describe its current form.

(2) Creation of an Analytical Framework

(a) *Andrews*

[142] In *Andrews*, the Court was considering an alleged infringement of s. 15(1) by a legislative provision under which Canadian citizenship was required for admission to the British Columbia Bar. The Court concluded that the provision was contrary to s. 15(1) because it barred a class of persons from certain types of employment solely on the ground that they were not Canadian citizens, and without consideration of their qualifications or of their individual attributes or merits. Although he dissented on the application of s. 1 to the case, McIntyre J. laid the foundations of the analytical framework that is indispensable when considering an alleged violation of s. 15(1).

[143] McIntyre J. acknowledged at the outset that not every differentiation in the treatment of individuals under the law will result in inequality, “[n]or will a law necessarily be bad because it makes distinctions”: *Andrews*, at p. 167; see also pp. 164, 168 and 182. He thus refused to conclude that the *Charter* prohibits any form of inequality between humans. Rather, it is a tool for combating certain forms of inequality that are considered discriminatory. On the basis of s. 15, which states that the right to equality must apply “without discrimination”, McIntyre J. identified the existence of discrimination as the fundamental requirement for application of the protection afforded by s. 15(1). Therefore, according to him, s. 15(1) is deemed to limit or qualify itself, since it condemns only distinctions that are “discriminatory”:

d’égalité de l’art. 15 : *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, par. 26. Comme le cadre analytique développé par notre Cour a été débattu, reformulé et enrichi à maintes reprises au cours des deux dernières décennies, il m’apparaît nécessaire d’en résumer l’évolution, pour en dégager la structure actuelle.

(2) La création d’un cadre analytique

a) *Andrews*

[142] Dans l’arrêt *Andrews*, la Cour examinait une allégation de violation du par. 15(1) par une disposition législative qui réservait l’admission au Barreau de la Colombie-Britannique aux seuls citoyens canadiens. La Cour a conclu que la disposition portait atteinte au par. 15(1) parce qu’elle excluait une catégorie de personnes de certains types d’emplois au seul motif qu’elles ne possédaient pas la citoyenneté canadienne et ce, sans égard à leurs compétences, qualités ou mérites individuels. Bien qu’il ait été dissident à propos de l’application de l’art. 1, le juge McIntyre a alors mis en place les bases du cadre analytique indispensable lors de l’étude d’une allégation de violation du par. 15(1).

[143] Le juge McIntyre reconnaît, d’entrée de jeu, que les différences de traitement entre des individus prévues par la loi ne produiront pas toutes des situations d’inégalité, « [p]as plus qu’une loi sera nécessairement mauvaise parce qu’elle établit des distinctions » : *Andrews*, p. 167; voir également p. 164, 168 et 182. Le juge McIntyre se refuse ainsi à conclure que toute forme d’inégalité entre les personnes humaines est interdite par la *Charte*. Celle-ci constitue plutôt un instrument de lutte contre des formes d’inégalité reconnues comme discriminatoires. En effet, à la lecture de l’art. 15, qui énonce que le droit à l’égalité doit exister « indépendamment de toute discrimination », le juge McIntyre identifie la présence de la discrimination comme l’exigence fondamentale de la mise en œuvre de la protection offerte au par. 15(1). Ainsi, selon le juge McIntyre, le par. 15(1) est réputé contenir sa propre limite ou réserve, puisqu’il ne condamne que les distinctions « discriminatoires » :

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. [p. 182]

(See also *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paras. 33-34, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting.)

[144] McIntyre J. then stated that discrimination under s. 15(1) is based on the grounds enumerated in that provision or grounds analogous to them. Determining whether a ground of distinction is an analogous ground and can therefore support a discrimination claim involves a contextual inquiry to determine whether it gives rise to questions of stereotyping, historical disadvantage or prejudice: *Andrews*, at pp. 180-81; see also *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 12-13. It can also be asked whether the complainant is a member of a discrete and insular minority, many of which will be disadvantaged, like some of the groups covered by the grounds enumerated in s. 15(1). Thus, discrimination “epitomizes the worst effects of the denial of equality”: *Andrews*, at p. 172.

[145] McIntyre J. added that s. 15(1) limits prohibited distinctions or differentiations in treatment to those which involve prejudice or disadvantage. In *Andrews*, the members of the Court agreed that the legislative provision challenged by the complainant infringed s. 15 because it imposed a specific burden on non-citizens. According to McIntyre J., “[n]on-citizens, lawfully permanent residents of Canada, are . . . a good example of a ‘discrete and insular minority’ who come within the protection of s. 15”: *Andrews*, at p. 183. The Court was divided only on the application of s. 1, and not on this finding of a discriminatory infringement of the right to equality.

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. [p. 182]

(Voir également *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 33-34, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente.)

[144] Le juge McIntyre affirme ensuite que la discrimination, au sens du par. 15(1), porte sur les motifs énumérés dans cette disposition ou sur des motifs qui leur sont analogues. Pour déterminer si un motif de distinction est analogue et peut donc soutenir une allégation de discrimination, il faut en effectuer un examen contextuel portant sur les questions de stéréotype, de désavantage historique et de préjugé qu’il soulève : *Andrews*, p. 180-181; voir également *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 12-13. Cet examen peut aussi inclure la considération de l’appartenance possible du plaignant à une minorité distincte et isolée, souvent défavorisée, comme le sont certains des groupes visés par les motifs énumérés au par. 15(1). C’est ainsi que la discrimination « incarne les pires effets de la dénégation de l’égalité » : *Andrews*, p. 172.

[145] Le juge McIntyre ajoute que le par. 15(1) limite les distinctions ou différences de traitement prohibées à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. Dans l’affaire *Andrews*, la Cour s’entendait pour reconnaître que la disposition législative contestée par le plaignant portait atteinte à l’art. 15 parce qu’elle imposait un fardeau particulier aux non-citoyens. Selon le juge McIntyre, « [c]eux qui n’ont pas la citoyenneté et qui résident légalement en permanence au Canada constituent un bon exemple [. . .] d’une [TRADUCTION] “minorité discrète et isolée” visée par la protection de l’art. 15 » : *Andrews*, p. 183. La Cour ne s’est divisée que sur l’application de l’article premier et non sur ce constat d’une atteinte discriminatoire à la garantie d’égalité.

(b) *From Andrews to Law*

[146] As several authors have noted, McIntyre J.'s reasons left some room for uncertainty about what constitutes discriminatory treatment under s. 15: see, *inter alia*, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 2, at p. 55-26; L. B. Tremblay, "Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action: The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm" (2012), 60 *Am. J. Comp. L.* 181, at p. 185; B. J. Cameron, "A Work in Progress: The Supreme Court and the *Charter's* Equation of Rights and Limits", in D. M. McAllister and A. M. Dodek, eds., *The Charter at Twenty: Law and Practice 2002* (2002), 31, at p. 34; C. D. Bredt and A. M. Dodek, "Breaking the *Law's* Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15" (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33, at p. 56; D. G. Réaume, "Discrimination and Dignity" (2003), 63 *La. L. Rev.* 645, at pp. 652-53.

[147] Taken out of context, some passages from the decision might suggest that every adverse distinction based on an enumerated or analogous ground is a form of discrimination prohibited by s. 15. However, McIntyre J. stated elsewhere in his reasons that "[d]istinctions 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 individual's merits and capacities will rarely be so classed": *Andrews*, at pp. 174-75 (emphasis added). He added that discrimination cannot be identified solely by determining whether the alleged ground is one of those enumerated in s. 15(1) or an analogous ground thereto: *Andrews*, at p. 182. McIntyre J. therefore seemed to leave open the question of how to identify situations in which an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground is not discriminatory.

[148] The Court gave two separate answers in what has been called "the 1995 trilogy" of *Miron*,

b) *L'évolution d'Andrews à Law*

[146] Comme plusieurs auteurs l'ont écrit, les motifs du juge McIntyre laissaient place à une marge d'incertitude quant à ce que constitue un traitement discriminatoire au sens de l'art. 15 : voir notamment P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 55-26; L. B. Tremblay, « Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action : The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm » (2012), 60 *Am. J. Comp. L.* 181, p. 185; B. J. Cameron, « A Work in Progress : The Supreme Court and the *Charter's* Equation of Rights and Limits », dans D. M. McAllister et A. M. Dodek, dir., *The Charter at Twenty : Law and Practice 2002* (2002), 31, p. 34; C. D. Bredt et A. M. Dodek, « Breaking the *Law's* Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33, p. 56; D. G. Réaume, « Discrimination and Dignity » (2003), 63 *La. L. Rev.* 645, p. 652-653.

[147] Certains passages de la décision, lus hors de leur contexte, peuvent laisser entendre que toute distinction préjudiciable effectuée sur la base d'un motif énuméré ou analogue constitue une forme de discrimination interdite par l'art. 15. Cependant, le juge McIntyre affirme ailleurs dans ses motifs que « [l]es distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement » : *Andrews*, p. 174-175 (je souligne). De plus, il indique qu'il ne suffit pas à la cour de décider si le motif allégué en est un qui est énuméré au par. 15(1) ou analogue à ceux-ci pour déceler l'existence de discrimination : *Andrews*, p. 182. Dès lors, le juge McIntyre paraît laisser ouverte la question de la méthode d'identification de ces situations où une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue ne sera pas discriminatoire.

[148] Deux réponses distinctes sont données par la Cour à l'occasion de ce que certains appellent

Egan and Thibaudeau v. Canada, [1995] 2 S.C.R. 627. According to Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Major JJ., adverse differential treatment is discriminatory only if the alleged enumerated or analogous ground is irrelevant to the legislative goals or the values underlying the impugned provision. If the ground for excluding a group of persons from certain benefits arising from a law is relevant to the goals and values of that law, the exclusion will therefore not be discriminatory within the meaning of s. 15.

[149] According to Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ., and to some extent to L'Heureux-Dubé J., differential treatment that disadvantages the complainant will be discriminatory only if it conflicts with the purpose of s. 15. They explained that the purpose of s. 15 is "to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstance": *Miron*, at para. 140, *per* McLachlin J. In other words, an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground will be discriminatory only if it is "contrary to s. 15's aim of protecting human dignity": *Egan*, at para. 180, *per* Cory and Iacobucci JJ. (dissenting). According to McLachlin J., requiring that a provision be found to violate the purpose of s. 15(1) before it can be characterized as discriminatory averts a trivialization of s. 15: *Miron*, at para. 131.

(c) *Synthesis in Law*

[150] In 1999, Iacobucci J., writing for a unanimous Court, reaffirmed the substance of the approach taken by Cory J. in *Egan* and McLachlin J. in *Miron*. According to Iacobucci J., the Court had recognized "that the existence of a conflict between an impugned law and the purpose of s. 15(1) is essential in order to found a discrimination claim": *Law*, at para. 41. In his view, "the goal of [s. 15(1) is to assure] human dignity by the remedying of discriminatory treatment": *Law*, at para. 52. He

« la trilogie de 1995 », soit les arrêts *Miron*, *Egan* et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627. Pour le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Major, une différence de traitement préjudiciable n'est discriminatoire que si le motif énuméré ou analogue allégué n'est pas pertinent eu égard aux objectifs législatifs ou aux valeurs sous-tendant la disposition contestée. En conséquence, si le motif justifiant l'exclusion d'un groupe de personnes de certains bénéfices découlant d'une loi est pertinent par rapport aux objectifs et valeurs de la loi contestée, cette exclusion ne sera pas discriminatoire au sens de l'art. 15.

[149] Pour les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci, et dans une certaine mesure pour la juge L'Heureux-Dubé, une différence de traitement causant un désavantage au plaignant ne sera discriminatoire que si elle entre en conflit avec l'objectif de l'art. 15. Ces juges expliquent que cet objectif est d'« empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances » : *Miron*, par. 140, la juge McLachlin. Autrement dit, une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue ne sera discriminatoire que si elle est « contraire au but de l'art. 15 de protéger la dignité humaine » : *Egan*, par. 180, les juges Cory et Iacobucci (dissidents). Pour la juge McLachlin, s'assurer qu'une disposition contrevienne à l'objectif du par. 15(1) avant de la qualifier de discriminatoire évite de banaliser l'art. 15 : *Miron*, par. 131.

c) *La synthèse de Law*

[150] En 1999, le juge Iacobucci, pour une Cour unanime, reprend l'essentiel de l'approche adoptée par le juge Cory dans *Egan* et la juge McLachlin dans *Miron*. D'après lui, la Cour reconnaît « qu'il fa[ut] absolument qu'il y ait conflit entre la loi contestée et l'objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination » : *Law*, par. 41. À son avis, « le but [du par. 15(1) est] de préserver la dignité humaine au moyen de l'élimination du traitement discriminatoire » : *Law*, par. 52. Il adopte

adopted an analytical approach based on a concept of substantive equality that will be violated only where adverse differential treatment by the government has a negative effect on the claimant's human dignity. On this basis, *Law* proposed a three-stage analytical framework to be used by the courts in ruling on a discrimination claim under s. 15(1).

[151] First, the court must determine whether the law treats the claimant differently than others either in purpose or effect. To do so, the court must ask whether the impugned law draws a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or whether it fails to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society, thereby giving rise to substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics. Bastarache J., discussing the nature of such differential treatment in a subsequent case, stated that "it is clear that Iacobucci J. [was] talking only about a detrimental purpose or effect, since it is nonsensical to think that a claimant might establish that a beneficial or benign purpose or effect infringes s. 15(1)": *Gosselin*, at para. 243 (emphasis in original).

[152] Second, the court must determine whether one or more of the grounds enumerated in s. 15(1), or analogous grounds, are the basis for the differential treatment.

[153] Third, the court must then determine whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee by making the following inquiry:

Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of

une démarche analytique fondée sur un concept d'égalité réelle qui ne sera violée que si le traitement différentiel désavantageux prévu par l'État a une incidence négative sur la dignité humaine du demandeur. Sur cette base, l'arrêt *Law* propose un cadre analytique en trois étapes permettant à une cour de se prononcer sur une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1).

[151] Premièrement, la cour vérifie si la loi a pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes. Pour répondre à cette question, la cour doit se demander si la loi contestée établit une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou si elle omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne en créant ainsi une différence de traitement réelle entre lui et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles. Alors qu'il étudiait la nature de cette différence de traitement dans un autre arrêt, le juge Bastarache a précisé plus tard qu'« il est évident que le juge Iacobucci ne vise que les objets ou effets préjudiciables, puisqu'il est absurde de penser qu'un demandeur puisse prouver qu'un objet ou effet bénéfique ou bénin contrevient au par. 15(1) » : *Gosselin*, par. 243 (souligné dans l'original).

[152] Deuxièmement, la cour détermine si la différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues.

[153] Troisièmement, la cour doit alors étudier si la loi en question a un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité, en se posant la question suivante :

La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou

Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

(*Law*, at para. 88(3)(C))

[154] To resolve the third issue and thus determine whether the differential treatment discriminates in a substantive sense and brings the purpose of s. 15(1) into play, the court must undertake a full contextual inquiry concerning the circumstances of the claimant's claim. This inquiry must be undertaken from the point of view of a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant who takes the relevant context into account. Whereas the claimant must prove on a balance of probabilities that the impugned provision discriminates in a substantive sense, the court can take judicial notice of certain facts or matters but must be careful not to use judicial notice to recognize social phenomena that may not truly exist.

[155] Iacobucci J. identified four factors that are relevant to a contextual analysis of a discrimination claim. According to him, these factors may overlap, are not exhaustive and do not all have to be assessed in every case involving an alleged violation of s. 15(1). They can nevertheless guide the court in determining whether the law in question discriminates in a substantive sense.

[156] The first contextual factor he identified is pre-existing disadvantage experienced by the claimant or the group of which the claimant is a member. This factor suggests an inquiry into whether the individual or group might have experienced a historical disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice. According to Iacobucci J., "[i]t is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization, and will have a more severe impact upon [these individuals], since they are already vulnerable": *Law*, at para. 63. However, the existence of a pre-existing disadvantage does not give rise to a presumption that the adverse treatment of historically disadvantaged persons is necessarily discriminatory: *Law*, at para. 67.

valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

(*Law*, par. 88(3)(C))

[154] Pour répondre à la troisième question et ainsi déterminer si la différence de traitement est réellement discriminatoire et fait intervenir l'objet du par. 15(1), il faut entreprendre un examen contextuel approfondi de la situation visée par l'allégation du demandeur. Cet examen doit se faire du point de vue de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte du contexte pertinent. Bien qu'il incombe au demandeur de faire la preuve par prépondérance des probabilités que la disposition attaquée est réellement discriminatoire, la cour peut prendre connaissance d'office de certains faits ou éléments, tout en se gardant d'admettre, de cette façon, l'existence de phénomènes sociaux qui peuvent être absents en réalité.

[155] Le juge Iacobucci identifie quatre facteurs pertinents à l'examen du contexte d'une allégation de discrimination. Selon lui, ces facteurs peuvent se chevaucher, ne sont pas exhaustifs et n'ont pas tous à être évalués dans chaque cas d'allégation d'atteinte au par. 15(1). Ils sont néanmoins utiles pour déterminer si la loi en question est réellement discriminatoire.

[156] Le premier facteur contextuel identifié est celui du désavantage préexistant subi par le demandeur ou le groupe auquel il appartient. Ce facteur suggère l'examen d'un possible désavantage historique, d'une vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou le groupe. Selon le juge Iacobucci, « [i]l s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur [ces personnes] un effet plus grave puisqu'elles sont déjà vulnérables » : *Law*, par. 63. Toutefois, l'existence d'un désavantage préexistant ne crée pas de présomption à l'effet qu'un traitement préjudiciel à l'égard de personnes historiquement défavorisées soit nécessairement discriminatoire : *Law*, par. 67.

[157] The second factor is the correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the discrimination claim is based and the actual needs, capacity or circumstances of the claimant or the affected group. Acceptance of the need for correspondence as a contextual factor is logical, since it will be more difficult to prove that a person's dignity has been violated if the legislation in question takes into account the claimant's actual circumstances, needs or capacity. In a subsequent decision, McLachlin C.J., writing for a majority of the Court, clarified the nature of this factor as follows:

The fact that some people may fall through a program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected, or that distinctions contained in the law amount to discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

(*Gosselin*, at para. 55)

[158] The third factor is whether the impugned law has an ameliorative purpose or effect for certain members of society. Thus, a law that draws distinctions in order to alleviate certain inequalities affecting disadvantaged groups is less likely to be found to violate the dignity of more fortunate individuals to whom the measures do not apply.

[159] The fourth factor concerns the nature or scope of the benefit or interest which the claimant feels he or she has been denied. As Iacobucci J. explained, "[t]he more severe and localized the consequences of the legislation for the affected group, the more likely that the differential treatment responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15(1)": *Law*, at para. 88(9)(D). Such consequences arise where the distinction restricts access to a fundamental social institution or impedes full membership in Canadian society.

[157] Le deuxième facteur est celui de la correspondance, ou de l'absence de celle-ci, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation de discrimination est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou au groupe touché. La reconnaissance de cet élément contextuel est logique parce qu'il sera plus difficile de prouver l'existence d'une atteinte à la dignité d'une personne lorsque la mesure législative en question prend en compte la situation réelle du demandeur, ses besoins ou ses capacités. Dans un arrêt subséquent, la juge en chef McLachlin, pour une majorité de la Cour, formule une précision additionnelle quant à la nature de ce facteur :

Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touché, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

(*Gosselin*, par. 55)

[158] Le troisième facteur vise à déterminer si la loi contestée a un objet ou un effet améliorateur pour certains membres de la société. Ainsi, lorsqu'une loi opère des distinctions afin de réduire certaines inégalités qui affectent des groupes défavorisés, elle risque moins d'être considérée comme portant atteinte à la dignité de personnes plus favorisées auxquelles ces mesures ne s'appliquent pas.

[159] Le quatrième facteur implique un examen de la nature ou de l'étendue de l'avantage ou du droit dont le demandeur s'estime privé. Le juge Iacobucci explique que « [p]lus les effets des dispositions législatives sont graves et localisés pour le groupe touché, plus il est probable que la différence de traitement à la source de ces effets soit discriminatoire au sens du par. 15(1) » : *Law*, par. 88(9)(D). De tels effets peuvent être observés lorsque la distinction restreint l'accès à une institution sociale fondamentale ou lorsqu'elle nuit à la pleine appartenance à la société canadienne.

(d) *Application of the Equality Guarantee in Kapp and Withler*

[160] Nearly 10 years after *Law*, the Court, in reasons written by McLachlin C.J. and Abella J., reviewed the synthesis proposed by Iacobucci J.: see *Kapp*. Almost three years after *Kapp*, the Court continued that review in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, a unanimous decision written, once again, by McLachlin C.J. and Abella J.

[161] In those two decisions, the Court observed that, despite the changes made to the s. 15 analysis over the years, the concept of substantive equality had remained central to the analytical framework for that provision: *Kapp*, at para. 15. The Court also noted that, although the analytical framework adopted in *Andrews* had been enriched since that case, including by Iacobucci J. in *Law*, it had never been abandoned: *Kapp*, at para. 14. The Court added that the purpose of s. 15(1) is “the elimination from the law of measures that impose or perpetuate substantial inequality”: *Withler*, at para. 40.

[162] In *Kapp*, the Court reworked the three-stage analytical framework from *Law* in light of the purpose of s. 15, namely to promote substantive equality, reshaping it into a two-part test for showing discrimination under s. 15(1). Where a violation of s. 15(1) is alleged, a court must ask 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?” (*Kapp*, at para. 17). If the answer to each of these questions is yes, it can be concluded that the impugned legislative provision violates the equality guarantee in s. 15(1). The Court stated that this two-part test was, “in substance, the same” as the test from *Law* and that *Law* had confirmed the approach to substantive equality set out in *Andrews*: *Kapp*, at paras. 17 and 24.

d) *La mise en œuvre de la garantie d'égalité selon les arrêts Kapp et Withler*

[160] Près de 10 ans après *Law*, la Cour, dans une opinion rédigée par la juge en chef McLachlin et la juge Abella, revoit la synthèse proposée par le juge Iacobucci : voir *Kapp*. Ce réexamen se poursuit dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, rendu près de trois ans après *Kapp*, l'opinion unanime de la Cour étant rédigée à nouveau par la juge en chef McLachlin et par la juge Abella.

[161] Dans ces deux décisions, la Cour remarque que malgré les modifications apportées à l'analyse requise par l'art. 15 à travers les années, le concept d'égalité réelle est demeuré au cœur du cadre analytique propre à cette disposition : *Kapp*, par. 15. La Cour constate également que bien qu'il ait été enrichi depuis *Andrews*, notamment par le juge Iacobucci dans *Law*, le cadre analytique adopté dans l'arrêt *Andrews* n'a jamais été abandonné : *Kapp*, par. 14. Ensuite, la Cour affirme que l'objectif du par. 15(1) demeure « l'élimination des mesures législatives qui ont pour effet d'imposer ou de perpétuer une inégalité réelle » : *Withler*, par. 40.

[162] Gardant à l'esprit l'objet de l'art. 15, soit la promotion de l'égalité réelle, l'arrêt *Kapp* remanie le cadre analytique en trois étapes proposé par *Law*. Il le réaménage en une analyse à deux volets, destinée à déceler l'existence d'une discrimination au sens du par. 15(1). Devant une allégation d'atteinte au par. 15(1), une cour doit dès lors poser les 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? » (*Kapp*, par. 17). Une réponse affirmative à chacune de ces questions entraîne la conclusion que la disposition législative attaquée constitue une atteinte à la garantie d'égalité prévue au par. 15(1). La Cour précise que ce cadre en deux volets est « essentiellement le même » que les critères de *Law*, et que ce dernier arrêt confirmait l'approche relative à l'égalité réelle établie dans *Andrews* : *Kapp*, par. 17 et 24.

[163] As the Court has acknowledged, the review of the analytical framework for s. 15(1) that began in *Kapp* and continued in *Withler* was also a response to criticism of the framework proposed in *Law* and the subsequent application of that framework, and in particular of the use of the violation of human dignity test, of the application of the contextual factors and of the comparison required by the framework.

[164] The Court began by stressing the importance of the value of human dignity. It stated that “[t]here can be no doubt that human dignity is an essential value underlying the s. 15 equality guarantee”: *Kapp*, at para. 21. However, it noted that several difficulties had arisen from attempts to employ this concept as a legal test as proposed in *Law*. On the one hand, human dignity is a value that underlies all *Charter* rights: see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136. In this sense, its relevance is not limited to the equality guarantee: see, *inter alia*, D. Greschner, “The Purpose of Canadian Equality Rights” (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291; D. Proulx, “Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles”, [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485. On the other hand, as I mentioned above, dignity is not the only value underlying s. 15. Other values associated with it include freedom and personal autonomy.

[165] Rather than emphasizing the identification of a violation of the complainant’s dignity as an independent factor, the Court proposed that the analysis to determine whether a claimant has been discriminated against be focused on the context of the claim. At that time, the Court reaffirmed the importance of context and the relevance of the contextual factors set out in *Law*. Pre-existing disadvantage and the nature of the affected interest are therefore factors to be applied to determine whether a distinction creates a disadvantage by perpetuating prejudice. Correspondence between the ground or grounds on which the claim is based and

[163] Comme le reconnaît la Cour, la révision du cadre analytique de l’application du par. 15(1) entreprise dans *Kapp* et continuée dans *Withler* réagissait aussi à quelques critiques formulées à propos du cadre proposé par *Law* et de son application subséquente, notamment, au sujet de l’utilisation du critère d’atteinte à la dignité humaine, de la méthode d’application des facteurs contextuels et de l’impératif de comparaison au sein de ce cadre analytique.

[164] Au départ, la Cour insiste sur l’importance de la valeur que représente la dignité humaine. Elle affirme qu’« [i]l ne fait aucun doute que la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 » : *Kapp*, par. 21. Toutefois, elle remarque que ce concept soulève plusieurs difficultés d’application, lorsque l’on tente de l’utiliser comme un critère juridique tel que le prévoyait l’arrêt *Law*. D’une part, la dignité humaine constitue une valeur sous-tendant l’ensemble des droits garantis par la *Charte* : voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136. En ce sens, elle n’est pas pertinente seulement à l’égard de la garantie d’égalité : voir notamment D. Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291; D. Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485. D’autre part, comme nous l’avons vu plus haut dans ces motifs, la dignité ne représente pas la seule valeur sous-tendant l’art. 15. Celui-ci y associe notamment des valeurs de liberté et d’autonomie de la personne.

[165] Plutôt que de mettre l’accent sur la recherche d’une atteinte à la dignité du plaignant comme facteur indépendant, la Cour propose de concentrer l’analyse sur le contexte de la réclamation afin de déterminer la présence d’une situation de discrimination. À cette occasion, la Cour réaffirme l’importance du contexte et la pertinence des facteurs contextuels expliqués dans *Law*. Ainsi, l’existence d’un désavantage préexistant et la nature du droit touché permettront d’évaluer si la distinction crée un désavantage par la perpétuation d’un préjugé. Le facteur de correspondance entre le ou les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et la situation propre

the actual circumstances of the claimant or the affected group is a factor to be applied to determine whether a distinction creates a disadvantage by stereotyping: *Kapp*, at para. 23. Next, the Court attributed two main functions to the ameliorative factor referred to in *Law*. First, the ameliorative purpose or effect of a law may bring it within the purview of s. 15(2), which preserves the right of governments to implement specific programs aimed at helping disadvantaged groups without fear of challenge under s. 15(1): *Kapp*, at para. 16. Second, the Court explained alternatively that, “[w]here the impugned law is part of a larger benefits scheme . . . the ameliorative effect of the law on others and the multiplicity of interests it attempts to balance will also colour the discrimination analysis [under s. 15(1)]”: *Withler*, at para. 38.

[166] According to the Court, regardless of whether the s. 15 analysis focuses on perpetuating disadvantage or stereotyping,

the analysis involves looking at the circumstances of members of the group and the negative impact of the law on them. The analysis is contextual, not formalistic, grounded in the actual situation of the group and the potential of the impugned law to worsen their situation.

(*Withler*, at para. 37)

The Court thus noted that the contextual factors that are relevant at this stage of the analysis will vary with the nature of the case. “Just as there will be cases where each and every factor need not be canvassed, so too will there be cases where factors not contemplated in *Law* will be pertinent to the analysis”: *Withler*, at para. 66. In both *Kapp* and *Withler*, the Court warned against an inflexible application of these factors that does not take into account their concrete effects in their larger social, political and legal contexts.

[167] The Court also recognized that it may be helpful at the stage of determining whether a distinction exists to compare the group of which the

au demandeur ou au groupe touché permettra d’évaluer si la distinction crée un désavantage par l’application de stéréotypes : *Kapp*, par. 23. Puis, la Cour attribue deux fonctions principales au facteur d’amélioration mentionné dans *Law*. D’une part, l’objet ou l’effet améliorateur d’une mesure peut venir placer celle-ci sous le coup du par. 15(2), qui protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre des programmes spécifiques destinés à aider des groupes défavorisés sans s’exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1) : *Kapp*, par. 16. D’autre part, la Cour explique qu’alternativement, « [l]orsque la mesure contestée s’inscrit dans un vaste régime de prestations, [. . .] son effet d’amélioration sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu’elle tente de concilier joueront également dans l’analyse du caractère discriminatoire [sous le par. 15(1)] » : *Withler*, par. 38.

[166] Selon la Cour, qu’elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué,

l’analyse requise par l’art. 15 appelle l’examen de la situation des membres du groupe et de l’incidence négative de la mesure sur eux. Il s’agit d’une analyse contextuelle, non formaliste, basée sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation.

(*Withler*, par. 37)

La Cour rappelle ainsi que les facteurs contextuels pertinents à cette étape de l’analyse varieront selon la nature de l’affaire. « Dans certains cas, il ne sera pas nécessaire d’examiner expressément chacun des facteurs, alors que dans d’autres, certains facteurs non envisagés dans l’arrêt *Law* seront pertinents pour l’analyse » : *Withler*, par. 66. Tant dans *Kapp* que dans *Withler*, la Cour met en garde contre une application rigide de ces facteurs qui ne tiendrait pas compte de leurs effets concrets dans l’ensemble de leurs contextes social, politique et juridique.

[167] La Cour reconnaît également qu’une comparaison entre le groupe auquel appartient le demandeur et d’autres groupes peut s’avérer

claimant is a member with other groups. However, it observed that a formalistic or artificial approach to comparison may prevent a court from adequately addressing the issue raised at the second stage of the analysis, namely whether the law has a purpose or effect that discriminates in a substantive sense: *Withler*, at paras. 62-65. Thus, it appears that a

mirror comparator group analysis may fail to capture substantive inequality, may become a search for sameness, may shortcut the second stage of the substantive equality analysis, and may be difficult to apply. In all these ways, such an approach may fail to identify — and, indeed, thwart the identification of — the discrimination at which s. 15 is aimed.

(*Withler*, at para. 60)

[168] At this second stage, therefore, rather than limiting its analysis to a formalistic comparison of particular groups, the Court must endeavour to take the contextual factors relevant to the case into account: *Kapp*, at paras. 22-23. Although comparison may bolster the understanding of the context, “[t]he probative value of comparative evidence, viewed in [a] contextual sense, will depend on the circumstances”: *Withler*, at para. 65.

[169] The Court thus acknowledged the general usefulness of comparison in determining whether a distinction exists and gaining a better contextual understanding of the claimant’s place within the legislative scheme at issue and within society. The Court nonetheless made the use of the comparative approach more flexible by emphasizing the need to assess the impact of the impugned scheme on substantive equality. In so doing, it moved away from the rigid comparative analytical approach based on the identification of comparator groups that had been adopted in some of its decisions: see, *inter alia*, *Hodge*, at para. 17. Once a distinction is found to exist, therefore, the main question must always be the same: does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? In other words, if there is a distinction, is it discriminatory? The Court therefore stressed

utile à l’étape de savoir si une distinction existe. Cependant, elle souligne qu’un emploi formaliste ou artificiel de cette méthode peut empêcher de répondre adéquatement à la question soulevée à la deuxième étape de l’analyse, soit celle de déterminer si la loi a un objet ou un effet réellement discriminatoire : *Withler*, par. 62-65. Ainsi, il apparaît qu’une

analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l’inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l’analyse de l’égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu’une telle démarche ne permette pas — voire empêche — la reconnaissance de la discrimination à laquelle l’art. 15 est censé remédier.

(*Withler*, par. 60)

[168] À cette deuxième étape, la Cour ne doit donc pas s’arrêter à une comparaison formaliste de groupes particuliers. Elle cherchera plutôt à tenir compte de facteurs contextuels pertinents : *Kapp*, par. 22-23. Bien que la comparaison puisse favoriser une meilleure compréhension du contexte, « [l]a valeur probante de la preuve comparative, considérée dans [une] perspective contextuelle, dépendra des circonstances » : *Withler*, par. 65.

[169] La Cour reconnaît ainsi l’utilité générale de la comparaison pour évaluer l’existence d’une distinction et pour mieux comprendre le contexte de la situation du demandeur au sein du régime législatif en cause et de la société. Néanmoins, la Cour assouplit la méthode d’utilisation de la perspective comparative, en insistant sur la recherche d’une évaluation de l’impact du régime contesté sur l’égalité réelle. Ce faisant, elle s’éloigne d’une approche analytique comparative rigide et basée sur l’identification de groupes de comparaison qu’avaient adoptée certains de ses arrêts : voir notamment *Hodge*, par. 17. Dès lors, une fois l’existence d’une distinction reconnue, la question principale doit toujours demeurer la même : la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? Autrement dit, s’il existe une

the importance of the factors of perpetuation of prejudice and stereotyping. While it did not make them the only factors, it determined that they were crucial to the identification of discrimination and to the application of the analytical framework for s. 15.

(e) *Meaning and Scope of Kapp and Withler*

[170] In *Kapp* and *Withler*, the Court reworked and provided important clarifications to the analytical framework for applying the s. 15(1) equality guarantee. However, some authors argue that those decisions did not eliminate all uncertainty concerning the concepts of disadvantage, prejudice and stereotyping in this framework: S. Moreau, “*R. v. Kapp*: New Directions for Section 15” (2008-2009), 40 *Ottawa L. Rev.* 283, at pp. 286 and 291-92; J. Koshan and J. W. Hamilton, “Meaningless Mantra: Substantive Equality after *Withler*” (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31, at pp. 48-51; Tremblay, at p. 188.

[171] In *Kapp*, the Court reiterated the fundamental principle that “[s]ection 15(1) is aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by the grounds enumerated in s. 15 and analogous grounds”: para. 16; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 106. The language used by the Court is clear: s. 15(1) prevents governments from establishing “discriminatory distinctions that impact adversely” on members of groups on the basis of enumerated or analogous grounds (para. 106 (emphasis added)). Section 15 applies not only to laws enacted with discriminatory intent, but also, even if there is no such intent, to laws with discriminatory effects. Section 15(1) therefore does not prohibit distinctions that have an adverse impact unless they are discriminatory. In other words, the adverse impact or “disadvantage” must be discriminatory. What is a discriminatory disadvantage? As can be seen from the analytical framework as articulated in *Kapp*, a discriminatory disadvantage is as a general rule one that perpetuates prejudice or that stereotypes:

distinction, est-elle discriminatoire? La Cour insiste alors sur l’importance des facteurs que sont la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes. Si elle ne leur attribue pas un rôle exclusif, elle leur reconnaît une fonction cruciale dans l’identification des situations de discrimination et dans le fonctionnement du cadre analytique de l’art. 15.

e) *Le sens et la portée de Kapp et de Withler*

[170] Les arrêts *Kapp* et *Withler* 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). Cependant, certains auteurs soutiennent que ces arrêts n’ont pas dissipé toute incertitude au sujet des concepts de désavantage, de préjugé et de stéréotype dans ce cadre analytique : S. Moreau, « *R. v. Kapp* : New Directions for Section 15 » (2008-2009), 40 *R.D. Ottawa* 283, p. 286 et 291-292; J. Koshan et J. W. Hamilton, « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31, p. 48-51; Tremblay, p. 188.

[171] Dans *Kapp*, la Cour a réitéré le principe fondamental selon lequel « [l]e paragraphe 15(1) vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’art. 15 ou par des motifs analogues » : para. 16; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 106. Le vocabulaire employé par la Cour est clair : le par. 15(1) empêche les gouvernements d’établir, sur la base de motifs énumérés ou analogues, des « distinctions discriminatoires ayant un effet négatif » (par. 106 (je souligne)). L’article 15 ne vise pas seulement les lois adoptées avec une intention discriminatoire, mais aussi celles qui ont des effets discriminatoires, même en l’absence d’une telle intention. Le paragraphe 15(1) n’interdit donc les distinctions ayant un effet négatif que si celles-ci sont discriminatoires. Autrement dit, l’effet négatif ou le « désavantage » doit être discriminatoire. Qu’est-ce qu’un désavantage discriminatoire? Comme le prévoit le cadre analytique formulé dans *Kapp*, en règle générale, un désavantage discriminatoire est celui qui perpétue un préjugé ou qui applique un stéréotype :

(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? [Emphasis added; para. 17.]

[172] In *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, Rothstein J. applied this analytical framework to dismiss a claim that the right to equality had been infringed in the context of the relationship between Aboriginal communities and the federal government. Rothstein J. summed up the Court's position as follows:

This Court's equality jurisprudence makes it clear that not all distinctions are discriminatory. Differential treatment of different groups is not in and of itself a violation of s. 15(1). As this Court stated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 182 (restated in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 28), a complainant 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" (emphasis added). The analysis, as established in *Andrews*, consists of two questions: first, does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground; and second, does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. [para. 188.]

[173] This analytical framework has been reaffirmed by the Court in other recent decisions: *Hutterian*, at para. 106; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, at paras. 109 and 150. The Court further explained the nature of the framework in *Withler*, in which it stated that there are usually two ways for a claimant to prove that a law containing an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground "discriminates in a substantive sense". On the one hand, the claimant can show that the impugned law perpetuates prejudice against members of a group. On the other hand, the claimant can show that the disadvantage imposed by the law

(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? [Je souligne; par. 17.]

[172] Dans l'arrêt *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, le juge Rothstein a repris ce cadre d'analyse pour conclure au rejet d'une allégation de violation du droit à l'égalité, dans le contexte des relations entre des communautés autochtones et le gouvernement fédéral. Le juge Rothstein résumait ainsi la position de notre Cour :

La jurisprudence de notre Cour sur le droit à l'égalité établit clairement que toute distinction n'est pas discriminatoire. Le fait que des groupes soient traités différemment ne constitue pas en soi une atteinte aux droits garantis au par. 15(1). Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 182 (et réaffirmé dans l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 28), le plaignant 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 » (je souligne). La méthode d'analyse établie dans l'arrêt *Andrews* comporte deux volets : premièrement, la loi établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et, deuxièmement, la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? [par. 188.]

[173] Ce cadre analytique a été repris par la Cour dans d'autres arrêts récents : *Hutterian*, par. 106; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, par. 109 et 150. Dans *Withler*, la Cour explique davantage la nature de ce cadre. Selon cette décision, le demandeur possède habituellement deux voies pour prouver qu'une mesure comportant une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue est « réellement discriminatoire ». D'une part, le demandeur peut démontrer que la mesure contestée perpétue un préjugé à l'égard des membres d'un groupe. D'autre part, il peut établir que le désavantage imposé par une telle

is based on a stereotype. If either of these things is shown, the impugned law will be found to violate s. 15(1): *Withler*, at paras. 34-36. I would add that there will no doubt be cases in which prejudice and stereotyping are both involved, and reinforce one another.

[174] It was stated in *Kapp* and reiterated in *Withler* that a discriminatory distinction is an adverse distinction that perpetuates prejudice or that stereotypes. I will now discuss the uncertainty that results from certain passages from *Kapp* and *Withler*, after which I will consider the meaning and scope of the concepts of disadvantage, prejudice and stereotyping.

[175] I note that in certain passages from *Kapp* and *Withler*, the Court used varying terminology that strayed from the language used to describe the recommended test. In particular, some of these passages might suggest that a violation of the right to equality can be established simply by proof of a disadvantage based on an enumerated or analogous ground, without having to establish that the disadvantage is discriminatory by showing that it results from the perpetuation of prejudice or from stereotyping: see, *inter alia*, *Kapp*, at para. 25; *Withler*, at paras. 35, 37, 65 and 71.

[176] It would be wrong to ascribe such a meaning to the passages in question. The words “discriminates by perpetuating disadvantage or prejudice” in para. 71 of *Withler* (emphasis added) actually refer only to the importance of pre-existing disadvantage as a contextual factor for the purpose of identifying prejudice in the sense of circumstances in which certain individuals are not recognized at law as human beings fully deserving of concern, respect and consideration: *Andrews*, at p. 171. In *Law*, Iacobucci J. explained the relevance of this link between disadvantage and prejudice as follows:

As has been consistently recognized throughout this Court’s jurisprudence, probably the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory will be,

mesure repose sur un stéréotype. L’une ou l’autre de ces démonstrations mènera à la conclusion que la mesure attaquée porte atteinte au par. 15(1) : *Withler*, par. 34-36. J’ajoute qu’il surviendra sans doute des cas où le préjugé et le stéréotype seraient tous deux présents et se renforceront.

[174] Selon l’arrêt *Kapp*, repris par l’arrêt *Withler*, une distinction discriminatoire est une distinction désavantageuse qui perpétue un préjugé ou applique un stéréotype. J’examinerai la signification et les contours des notions de désavantage, de préjugé et de stéréotype après avoir discuté de l’incertitude découlant de certains passages des arrêts *Kapp* et *Withler*.

[175] Je note que quelques passages de *Kapp* et *Withler* emploient un vocabulaire varié dont la lettre s’éloigne du langage utilisé pour décrire la méthode d’analyse recommandée. Notamment, certains de ces passages peuvent suggérer que la preuve d’un désavantage fondé sur un motif énuméré ou analogue puisse à elle seule établir une violation du droit à l’égalité, et ce, sans qu’il soit nécessaire d’établir le caractère discriminatoire du désavantage en démontrant qu’il découle de la perpétuation d’un préjugé ou de l’application d’un stéréotype : voir notamment *Kapp*, par. 25; *Withler*, par. 35, 37, 65 et 71.

[176] Il serait inexact de donner une telle portée à ces passages. L’expression « discrimination en perpétuant un désavantage ou un préjugé » comprise au par. 71 de *Withler* (je souligne) n’évoque en fait que l’importance du facteur contextuel de désavantage préexistant pour le repérage de préjugés, au sens de situations où la loi ne reconnaît pas certains individus comme des êtres humains méritant pleinement respect, déférence et considération : *Andrews*, p. 171. Dans l’arrêt *Law*, le juge Iacobucci a expliqué la pertinence de ce lien entre désavantage et préjugé de la façon suivante :

Comme la jurisprudence de notre Cour l’a reconnu de façon constante, le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu’une différence de traitement imposée par une disposition législative

where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by the individual or group: see, e.g., *Andrews, supra*, at pp. 151-53, *per* Wilson J., p. 183, *per* McIntyre J., pp. 195-97, *per* La Forest J.; *Turpin, supra*, at pp. 1331-33; *Swain, supra*, at p. 992, *per* Lamer C.J.; *Miron, supra*, at paras. 147-48, *per* McLachlin J.; *Eaton, supra*, at para. 66. These factors are relevant because, to the extent that the claimant is already subject to unfair circumstances or treatment in society by virtue of personal characteristics or circumstances, persons like him or her have often not been given equal concern, respect, and consideration. It is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization, and will have a more severe impact upon them, since they are already vulnerable. [para. 63]

[177] The existence of a pre-existing or historical disadvantage will thus make it easier to prove prejudice or a stereotype. However, the existence or perpetuation of a disadvantage cannot in itself make a distinction discriminatory. The following comment by McLachlin C.J. from a recent case more clearly summarizes the need for a link between disadvantage and prejudice, on the one hand, and between disadvantage and stereotype, on the other:

Laws and government acts that perpetuate disadvantage and prejudice, or that single out individuals or groups for adverse treatment on the basis of stereotypes, violate s. 15(1) and are invalid, subject to justification under s. 1 of the *Charter*: *Kapp*; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396. [Emphasis added.]

(*Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 39)

[178] The interpretation according to which there cannot as a rule be substantive discrimination, despite the existence of a disadvantage, without prejudice or stereotyping is consistent with this

est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe: voir p. ex., *Andrews*, précité, aux pp. 151 à 153, le juge Wilson, à la p. 183, le juge McIntyre, aux pp. 195 à 197, le juge La Forest; *Turpin*, précité, aux pp. 1331 à 1333; *Swain*, précité, à la p. 992, le juge en chef Lamer; *Miron*, précité, aux par. 147 et 148, le juge McLachlin; *Eaton*, précité, au par. 66. Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l'objet d'un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d'une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n'aient pas fait l'objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur elles un effet plus grave puisqu'elles sont déjà vulnérables. [par. 63]

[177] Ainsi, l'existence d'un désavantage pré-existant 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. Des commentaires de la juge en chef McLachlin, dans un arrêt récent, résument plus clairement la nécessité du lien qui doit exister entre désavantage et préjugé d'une part, ou entre désavantage et stéréotype de l'autre :

Les lois et les actes gouvernementaux qui perpétuent un désavantage et un préjugé, ou qui imposent à certains individus ou groupes un traitement préjudiciable fondé sur des stéréotypes, violent le par. 15(1) et sont invalides, dans la mesure où ils ne sont pas justifiés au regard de l'article premier de la *Charte* : *Kapp*; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396. [Je souligne.]

(*Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 39)

[178] L'interprétation selon laquelle il ne peut y avoir, en règle générale, de réelle discrimination sans préjugé ou stéréotype, et ce, malgré l'existence d'un désavantage, respecte la jurisprudence de

Court's case law on the meaning and application of s. 15(1). As McLachlin C.J. has stated, "not every adverse distinction made on the basis of an enumerated or analogous ground constitutes discrimination": *Gosselin*, at para. 21. More recently, Rothstein J. stated that, "even if [there] is a disadvantage, the legislation will violate s. 15(1) only if that disadvantage is one that is discriminatory, that is, if it perpetuates prejudice or stereotyping": *Ermineskin*, at para. 192.

[179] This position is also consistent with the approach taken by this Court to substantive equality, the promotion of which "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": *Kapp*, at para. 15, quoting *Andrews*, at p. 171; see also Tremblay, at pp. 189-92. In the context of s. 15(1), substantive equality is promoted by eliminating discrimination. The central question is not whether one person receives less than another, but whether one person obtains less than another as a result of prejudice or stereotyping. This is the essence of the wrong or injustice that s. 15(1) is intended to prevent. As Professor Moreau puts it,

[n]o plausible theory of equality maintains that what is objectionable about unequal treatment is the mere fact that some individuals end up with more or less than others. Rather, such theories hold that unequal treatment is objectionable when, and to the extent that, this treatment is unfair.

("The Wrongs of Unequal Treatment" (2004), 54 *U.T.L.J.* 291, at p. 293)

[180] Thus, 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:

We think of discrimination not just as any sort of differential treatment but as a particular kind of differential treatment: to be discriminated against is not just to be

notre Cour sur le sens et l'application du par. 15(1). Comme l'a déjà affirmé le juge en chef McLachlin, « toute distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue ne constitue pas une mesure discriminatoire » : *Gosselin*, par. 21. Plus récemment, le juge Rothstein précisait que « même si la loi [. . .] crée de ce fait un désavantage, elle ne porte atteinte aux droits garantis au par. 15(1) que lorsque ce désavantage est discriminatoire, c'est-à-dire s'il perpétue un préjugé ou l'application de stéréotypes » : *Ermineskin*, par. 192.

[179] Cette position correspond également à la conception de l'égalité réelle que retient notre Cour et dont la promotion « 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 » : *Kapp*, par. 15, citant *Andrews*, p. 171; voir également Tremblay, p. 189-192. Dans le cadre du par. 15(1), cette promotion de l'égalité réelle passe par l'élimination de la discrimination. La question centrale n'est pas celle de savoir si une personne reçoit moins qu'une autre, mais plutôt si celle-ci obtient moins qu'une autre en raison de préjugés ou de stéréotypes. L'essence du mal ou de l'injustice que le par. 15(1) tente de combattre se situe là. Comme l'exprime la professeure Moreau,

[TRANSDUCTION] [a]ucune théorie plausible de l'égalité ne considère qu'un traitement inégal est répréhensible du seul fait que certaines personnes reçoivent plus ou moins que d'autres. Au contraire, selon de telles théories, un traitement inégal est répréhensible lorsqu'il est injuste, et dans la mesure de cette injustice.

(« The Wrongs of Unequal Treatment » (2004), 54 *U.T.L.J.* 291, p. 293)

[180] Ainsi, 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 :

[TRANSDUCTION] La discrimination ne constitue pas, à nos yeux, n'importe quelle sorte de traitement différent, mais plutôt un type particulier de traitement différent;

denied something that others have but to be denied it in a way that is objectionable or unfair.

(S. Moreau, “The Promise of *Law v. Canada*” (2007), 57 *U.T.L.J.* 415, at p. 426)

[181] Finally, I would like to make one more point about the principle of creation of a “disadvantage by perpetuating prejudice”. The use of the word “perpetuating” might seem to suggest that there can be discrimination within the meaning of s. 15(1) only where the prejudice has a historical origin: see, *inter alia*, Koshan and Hamilton, at p. 51.

[182] But this view is incorrect. Although it can be helpful, in order to establish that an impugned law imposes a disadvantage by perpetuating prejudice, to show that certain individuals or classes of persons have historically been victims of prejudice, it is not necessary to do so. As Iacobucci J. explained in *Law*, at paras. 65-67, the historical contextual factors of vulnerability, past exposure to prejudice or stereotyping and pre-existing disadvantage are useful, but if they do not apply, this does not necessarily mean that the legislative provision at issue is currently free of prejudice. Moreover, a proper assessment of a disadvantageous law’s impact on substantive equality will in most cases require evidence of discrimination focused on the adverse effects as of the date of the claim, as opposed to the date the impugned law came into force: see, *inter alia*, Réaume, at p. 687. As well, historical prejudices can change; some disappear, while new ones may emerge. The concept of immutability on which my colleagues Deschamps and Abella JJ. rely in their respective reasons, on the basis in particular of *Corbiere*, is not synonymous with eternity. Although this concept of immutability may underline the fact that certain factors of discrimination will exist for a long time, it cannot be employed without taking the extreme diversity of those factors and of societal circumstances into account. It does not mean that the factors of discrimination can never change or disappear, especially where they are related to customs or

faire l’objet de discrimination, ce n’est pas seulement se voir priver de quelque chose que d’autres personnes possèdent, mais d’en être privé de manière répréhensible ou injuste.

(S. Moreau, « The Promise of *Law v. Canada* » (2007), 57 *U.T.L.J.* 415, p. 426)

[181] En dernier lieu, je tiens à apporter une précision additionnelle au principe de « désavantage par la perpétuation d’un préjugé ». L’usage du terme « perpétuation » pourrait laisser entendre qu’il soit nécessaire qu’un préjugé ait une origine historique afin qu’une discrimination existe au sens du par. 15(1) : voir notamment Koshan et Hamilton, p. 51.

[182] Une telle conception est inexacte. Bien qu’il soit utile de démontrer l’existence de préjugés ayant historiquement affecté certains individus ou des catégories de personnes afin d’établir que la loi contestée impose actuellement un désavantage par la perpétuation d’un préjugé, une telle démonstration n’est pas obligatoire. Comme l’expliquait le juge Iacobucci aux par. 65-67 de *Law*, les facteurs contextuels historiques de vulnérabilité, d’exposition passée à des préjugés ou des stéréotypes et de désavantage préexistant sont utiles. Leur absence n’empêche cependant pas qu’une disposition législative soit actuellement empreinte de préjugés. D’autre part, pour évaluer adéquatement l’impact de la mesure désavantageuse sur l’égalité réelle, la preuve de discrimination doit, dans la plupart des cas, se concentrer sur les effets négatifs à la date de la demande, plutôt qu’à celle de l’entrée en vigueur de la mesure contestée : voir notamment Réaume, p. 687. De plus, les préjugés historiques peuvent changer; certains disparaissent, d’autres peuvent apparaître. La notion d’immutabilité sur laquelle s’appuient mes collègues les juges Deschamps et Abella, dans leurs opinions respectives, notamment à partir de l’arrêt *Corbiere*, n’est pas synonyme d’éternité. Bien que cette notion d’immutabilité puisse souligner la durabilité de certains facteurs de discrimination, son usage ne peut négliger l’extrême diversité de ces facteurs et des situations sociales. La notion d’immutabilité n’implique pas que les facteurs de discrimination

social behaviour that could change, as in the case of the attitudes of Quebec society with respect to *de facto* unions.

[183] Nor does recourse to these changeable contextual factors in analyzing a specific allegation of infringement of the right to equality mean that a ground of discrimination that is accepted or rejected in a specific case cannot be relied on in another situation. Context is critical, and it must be taken into account each time, since such factors are recognized “in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society”: *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1332, *per* Wilson J., referring to her reasons in *Andrews*, at p. 152. The contextual nature of these factors means that they can change along with their social context, the one that has given rise to them.

[184] In *Corbiere*, the majority of the Court stressed the meaning and limits of the concept of immutability of the markers of discrimination. The presence of such a marker is not necessarily proof of discrimination. According to McLachlin and Bastarache JJ., the decision to categorize a characteristic as an analogous ground instead tells the court that it should consider the situation in light of s. 15. In this regard, McLachlin and Bastarache JJ. made the following observation in *Corbiere*: “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” (para. 8).

(3) Synthesis of the Analytical Framework

[185] In light of these reasons, and subject to my comments to the effect that prejudice or stereotyping is a crucial, although not the only, factor to be considered, a court analyzing the validity

ne sauraient jamais évoluer ou disparaître, surtout lorsqu’ils sont liés à des usages ou comportements sociaux susceptibles de se modifier, comme on le constate à l’examen des attitudes de la société québécoise à l’égard des unions de fait.

[183] De plus, le recours à ces facteurs contextuels évolutifs dans l’analyse d’une allégation particulière de violations du droit à l’égalité ne signifie pas que le motif de distinction admis ou rejeté dans ce cas précis ne puisse être invoqué dans une autre situation. Le contexte demeure critique et doit être pris en compte chaque fois puisque la reconnaissance de tels facteurs a lieu « en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société » : *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1332, la juge Wilson, renvoyant alors à ses motifs dans *Andrews*, p. 152. Le caractère contextuel de ces facteurs signifie qu’ils sont susceptibles d’évoluer avec le contexte social où ils se situent et qui les fait apparaître.

[184] Dans l’arrêt *Corbiere*, l’opinion de la majorité de la Cour souligne le sens et les limites du concept d’immutabilité des indicateurs de discrimination. La présence d’un tel indicateur ne signifie pas qu’il y a nécessairement discrimination. Selon les juges McLachlin et Bastarache, la décision de catégoriser une caractéristique comme un motif analogue indique plutôt au tribunal qu’il doit examiner la situation au regard de l’art. 15. À ce propos, les juges McLachlin et Bastarache faisaient remarquer dans l’arrêt *Corbiere* : « 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 » (par. 8).

(3) Synthèse du cadre analytique

[185] À la lumière des présents motifs, et sous réserve de mes commentaires quant au rôle crucial mais non exclusif de l’existence d’un préjugé ou d’un stéréotype, une cour analysant la validité

of a claim 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?

[186] The claimant must therefore prove on a balance of probabilities (a) that the law creates an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground and (b) that the disadvantage is discriminatory because (i) it perpetuates prejudice or (ii) it stereotypes. Because of their fundamental importance to the application of s. 15, I will now review the key concepts of “disadvantage”, “prejudice” and “stereotyping” in order to more precisely set out the legal framework applicable to their use.

(a) *Adverse Distinction Based on an Enumerated or Analogous Ground*

[187] Right away in *Andrews*, McIntyre J. adopted a broad definition of an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground that could be characterized as discriminatory. According to him, it was

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. [p. 174]

[188] In *Law*, Iacobucci J. reiterated this definition and specified that limiting access to advantages may create a disadvantage where the law fails “to take into account the claimant’s already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics”: para. 39. For example, a failure, as in *Eldridge*, to take account of the fact that some deaf persons cannot receive government health services of adequate quality without the aid of an interpreter creates an adverse

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?

[186] Il incombe ainsi au demandeur de prouver par prépondérance des probabilités que a) la loi crée une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue et que b) ce désavantage est discriminatoire parce (i) qu’il perpétue un préjugé ou (ii) qu’il applique un stéréotype. En raison de leur importance fondamentale dans la mise en œuvre de l’art. 15, j’examinerai ici les notions clés de « désavantage », de « préjugé » et de « stéréotype » afin de décrire plus précisément le cadre juridique de leur utilisation.

a) *Distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue*

[187] Dans l’arrêt *Andrews*, le juge McIntyre adopte immédiatement une définition large des distinctions désavantageuses fondées sur un motif énuméré ou analogue et susceptibles d’être qualifiées de discriminatoires. Selon lui, il s’agit

[d’]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. [p. 174]

[188] Le juge Iacobucci, dans *Law*, reprend cette définition en précisant qu’un désavantage découlant d’une restriction d’accès à des avantages peut exister lorsque la mesure omet « de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles » : par. 39. Par exemple, comme l’illustre l’arrêt *Eldridge*, omettre de tenir compte du fait que certaines personnes atteintes de surdité ne peuvent

distinction based on an enumerated ground, namely physical disability.

[189] Thus, the claimant can show that the impugned law creates a distinction directly by imposing limitations or disadvantages on the basis of an enumerated or analogous ground: see, *inter alia*, *Miron*, at para. 131; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769, at para. 52; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at para. 10. The same is true where the law restricts access to a fundamental social institution (*Law*, at para. 74) or imposes obligations that are not imposed on others (*Withler*, at para. 62). A claimant can also show that a law creates a distinction indirectly where, “although the law purports to treat everyone the same, it has a disproportionately negative impact on a group or individual that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds”: *Withler*, at para. 64. At this stage, comparisons, if any, can help to demonstrate the existence of an adverse distinction.

[190] Once such a distinction is established, the court must determine whether it is based on an enumerated or analogous ground. These grounds stand as “constant markers of suspect decision making or potential discrimination”: *Corbiere*, at para. 8; see also *Lavoie*, at paras. 2 and 41. As I mentioned above, although a disadvantageous law will be suspect if they are present, it will not automatically be discriminatory. As this Court has pointed out, these grounds correspond to personal characteristics that cannot be changed or can be changed only at unacceptable cost to the claimant’s personal identity: *Corbiere*, at para. 13; *Withler*, at para. 33.

[191] If the court finds that the government action being challenged creates an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground, it must then consider the context and the facts of the

bénéficiaire de services de santé étatiques de qualité adéquate sans l’aide de services d’interprètes constitue une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré, soit la déficience physique.

[189] Ainsi, le demandeur peut démontrer que la mesure contestée crée directement une distinction en imposant des restrictions ou des désavantages sur la base d’un motif énuméré ou analogue : voir notamment *Miron*, par. 131; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 52; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 10. Il en est de même lorsque la mesure restreint l’accès à une institution sociale fondamentale (*Law*, par. 74), ou impose des obligations qui ne s’appliquent pas à d’autres (*Withler*, par. 62). Le demandeur peut également faire état d’une distinction par effet indirect lorsque la mesure, « bien qu’elle prévoit un traitement égal pour tous, [. . .] a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues » : *Withler*, par. 64. Les comparaisons, s’il en est, peuvent contribuer, à cette étape, à démontrer l’existence d’une distinction désavantageuse.

[190] Une fois établie l’existence d’une distinction désavantageuse, le tribunal doit déterminer si celle-ci est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Ces motifs constituent des « indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » : *Corbiere*, par. 8; voir aussi *Lavoie*, par. 2 et 41. Comme je l’ai souligné plus tôt, leur utilisation rend suspecte une mesure législative désavantageuse, mais n’établit pas automatiquement le caractère discriminatoire d’une telle mesure. La jurisprudence de notre Cour souligne que ces motifs correspondent à des caractéristiques personnelles qu’il est impossible de changer ou qui sont modifiables seulement à un prix inacceptable, à l’égard de l’identité personnelle du demandeur : *Corbiere*, par. 13; *Withler*, par. 33.

[191] Si le tribunal conclut que la mesure gouvernementale contestée établit une distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue, il entreprend alors un examen du contexte

case to determine whether the distinction is discriminatory because it violates the right to substantive equality by perpetuating prejudice or stereotyping: *Withler*, at para. 34. The presence of relevant contextual factors will make it easier to determine whether such violations have occurred. I repeat that at this second stage, comparison between the claimant and other persons, although not indispensable, may bolster the understanding of the context of the discrimination claim: *Withler*, para. 65.

(b) *Perpetuating Prejudice*

[192] The first way that substantive inequality — discrimination — may be established is by showing that the impugned disadvantageous law, in purpose or effect, perpetuates prejudice against members of a group on the basis of personal characteristics covered by s. 15(1): *Withler*, at para. 35. Such a law will be found to be discriminatory if it “has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society”: *Law*, at para. 51. In my view, this inquiry is of particular importance, as it is most likely to result in a finding of the types of discrimination to which s. 15 applies. It provides a framework to enable courts to consider such discrimination without lapsing totally into subjectivism. I do not rule out the theoretical possibility that there are forms of exclusion for which this analytical framework would be ill-suited. In practice, however, I feel that it would be hard to identify them unless all that was required for s. 15 to apply was a finding of disadvantages related to prohibited grounds and unless the inquiry into discrimination *per se* was dispensed with. This is another possible conception of the right to equality guaranteed by s. 15, but it is not the one this Court has adopted since *Andrews*.

[193] An adverse distinction therefore discriminates by perpetuating prejudice if it denotes an attitude or view concerning a person that is at first glance negative and that is based on one or more of the personal characteristics enumerated in

et des faits propres à l’affaire pour déterminer si cette distinction est discriminatoire parce qu’elle porte atteinte à l’égalité réelle en perpétuant un préjugé ou en appliquant un stéréotype : *Withler*, par. 34. L’identification de facteurs contextuels pertinents permettra ici de faciliter le repérage d’atteintes de cette nature. Je rappelle qu’à cette deuxième étape, la comparaison entre le demandeur et d’autres personnes, bien qu’elle ne soit pas indispensable, pourra favoriser une meilleure compréhension du contexte de l’allégation de discrimination : *Withler*, par. 65.

b) *Perpétuation d’un préjugé*

[192] La première façon de prouver l’inégalité réelle — soit la discrimination — est de démontrer que la mesure désavantageuse contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé à l’égard des membres d’un groupe en raison de caractéristiques personnelles visées par le par. 15(1) : *Withler*, par. 35. Une telle mesure sera jugée discriminatoire lorsqu’elle « perpétue ou favorise l’opinion que l’individu concerné est moins capable, ou moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne » : *Law*, par. 51. J’attache une importance particulière à cette analyse parce qu’elle réussit le plus souvent à identifier les phénomènes de discrimination que vise l’art. 15. Elle fournit un cadre d’intervention lors de l’examen judiciaire de ces phénomènes, sans verser dans le subjectivisme total. Je n’écarte pas que, théoriquement, d’autres phénomènes d’exclusion puissent mal se situer dans ce cadre d’analyse. En pratique, ils paraissent difficiles à identifier sans restreindre l’application de l’art. 15 au simple constat de désavantages reliés à des motifs prohibés et sans écarter l’examen de la discrimination proprement dite. Ce pourrait être une autre conception du droit à l’égalité garanti par l’art. 15. Ce n’est pas celle que notre Cour a adoptée depuis l’arrêt *Andrews*.

[193] Dès lors, une distinction désavantageuse sera discriminatoire par la perpétuation d’un préjugé lorsqu’elle dénote une attitude ou une opinion a priori défavorable à l’égard d’une personne basée sur la présence d’une ou de plusieurs caractéristiques

s. 15(1) or on characteristics analogous to them. An adverse distinction can also be inconsistent with s. 15, even if there is no discriminatory intent whatsoever, if it has a discriminatory effect. Since equality is an expression of the values of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally entitled to respect, the perpetuation of such a negative view constitutes a denial of substantive equality.

[194] Thus, if the government either directly or indirectly disadvantages certain persons who share one of these personal characteristics that are immutable, or changeable only at unacceptable cost, it may be that a negative view is thereby being expressed either consciously or unconsciously. The government can treat individuals or groups differently, however. For example, it is accepted that it can confer advantages or impose disadvantages based on individual merit or capacity. Under s. 15(2), it can also implement specific programs to help disadvantaged groups. But the government is prohibited from showing certain individuals greater respect and consideration simply because they share an enumerated or analogous personal characteristic.

[195] Denise G. Réaume has described more precisely the meaning of the concept of prejudice and the nature of the harm that results from the expression or perpetuation of prejudice:

A legislative distinction based on prejudice denies a class of persons a benefit out of *animus* or contempt. It directly connotes a belief in their inferiority, a denial of equal moral status. Legislated prejudice denies a benefit for the sake of causing harm to those denied. It thus treats members of a group as *loci* of intrinsic negative value, rather than intrinsic moral worth. Such treatment not only deprives them of the concrete benefit at issue, but also, through doing so, treats them as unworthy of basic human respect. . . .

personnelles énumérées au par. 15(1) ou analogues à celles-ci. Une distinction désavantageuse peut aussi être incompatible avec l’art. 15 lorsqu’elle a un effet discriminatoire, même en l’absence de toute volonté de discrimination. Puisque l’égalité exprime les valeurs d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui ont droit au même respect, la perpétuation d’une telle opinion défavorable porte atteinte à l’égalité réelle.

[194] Ainsi, lorsque l’État défavorise directement ou indirectement certaines personnes partageant une de ces caractéristiques personnelles immuables ou modifiables à un prix inacceptable, il est possible qu’une opinion défavorable soit exprimée consciemment ou inconsciemment par cette action. Cependant, l’État peut traiter des individus ou des groupes différemment. Il est aussi acquis qu’il peut, par exemple, accorder des avantages ou imposer des désavantages selon les mérites et capacités des individus. En vertu du par. 15(2), l’État peut aussi mettre en œuvre des programmes spécifiques destinés à aider des groupes défavorisés. Cependant, il lui est interdit d’accorder plus de respect et de considération à certains individus du simple fait qu’ils partagent une caractéristique personnelle énumérée ou analogue.

[195] Denise G. Réaume a décrit de manière plus précise le sens de la notion de préjugé, ainsi que la nature du préjudice découlant de son expression ou de sa perpétuation :

[TRADUCTION] Une distinction établie par la loi et fondée sur des préjugés a pour effet de nier un avantage à un groupe, et ce, par animosité ou par mépris. Une telle distinction évoque directement l’idée que ces personnes sont inférieures et inégales sur le plan moral. Un préjugé exprimé législativement nie un avantage dans le but de causer du mal aux personnes visées. Il traite de ce fait les membres d’un groupe comme des individus dotés d’attributs intrinsèquement négatifs, plutôt que de qualités morales intrinsèques. Pareil traitement a non seulement pour effet de priver ces personnes de l’avantage concret en question, mais aussi, par le fait même, de les considérer indignes du respect fondamental auquel a droit tout individu. . .

Prejudice works through the attribution of negative worth to personal characteristics that are important aspects of identity; it thus constitutes an assault on the sense of self of its victims. Personal identity has both an individual and a social dimension. The kinds of characteristics that people regard as important to their sense of self tend to be, at the same time, characteristics by which they define themselves as individuals and through which they identify as members of a group. This group affiliation is as important to human identity as any purely individual understanding of the self. We develop a sense of self only through our interactions with others, and our most intimate and formative interactions are frequently with people who share a cultural or ethnic identity that distinguishes them from other such clusters of people in society. And we know from our social and political history that it has tended to be precisely this aspect of identity that has often been targeted for contempt — *individuals* have been denied respect through use of a characteristic identifying them as part of a *group* that is devalued. [Emphasis in original; pp. 679-80.]

[196] As I mentioned above, the devaluing of individuals need not be intentional to be considered an infringement of s. 15(1). Although an intention that reflects prejudice on the part of the government and its officials can sometimes be identified, such an intention does not exist in every situation involving discrimination — far from it.

[197] For instance, a government might make laws that unintentionally convey a negative social image of certain members of society. This situation could arise if the government favours certain individuals at the expense of others because the others share an enumerated or analogous characteristic. Such laws would express or perpetuate prejudice against certain individuals by establishing a hierarchy of worth based on prohibited grounds of discrimination, such as sex or sexual orientation. The identification of such prejudice will require a contextual inquiry, which might take account, among other things, of the disadvantages suffered by groups defined by a common personal characteristic.

Les préjugés ont pour effet d’attribuer une valeur négative à des caractéristiques personnelles qui constituent des aspects importants de l’identité; ils attaquent ainsi le sens du moi de leurs victimes. L’identité personnelle comporte à la fois un aspect individuel et un aspect social. Les caractéristiques que les gens considèrent importantes à l’égard de leur moi tendent également à être celles par lesquelles ils se définissent en tant qu’individus et s’identifient au groupe. Cette association à un groupe importe autant pour l’identité de la personne que toute conception strictement individuelle du moi. Ce n’est que par le truchement de nos interactions avec autrui que nous développons notre sens du moi, et nos interactions les plus intimes et les plus formatrices sont fréquemment celles que nous avons avec des personnes partageant une identité culturelle ou ethnique qui les distingue d’autres regroupements analogues dans la société. Notre histoire sociale et politique nous révèle d’ailleurs que c’est précisément cet aspect de l’identité qui tend souvent à être la cible du mépris; des *personnes* se sont vu refuser le respect en raison d’une caractéristique qui les identifie à un *groupe* déprécié. [En italique dans l’original; p. 679-680.]

[196] Comme je le souligne plus haut, il n’est pas nécessaire que l’imputation d’une valeur inférieure à des individus soit intentionnelle pour qu’elle soit considérée comme une violation du par. 15(1). Parfois, on arrive à découvrir une intention qui exprime des préjugés de la part de l’État et de ses agents. Cependant, une semblable intention n’existe pas dans toutes les situations de discrimination, loin de là.

[197] Ainsi, sans le vouloir, un gouvernement pourrait mettre en place des mesures qui véhiculent une image sociale négative de certains membres de la société. Cette situation pourrait se produire lorsque le gouvernement privilégie certains individus au détriment d’autres personnes parce que celles-ci partagent une caractéristique énumérée ou analogue. De telles mesures exprimeraient ou perpétueraient un préjugé négatif sur des personnes, parce qu’elles établissent entre elles une hiérarchie de valeur pour des motifs de discrimination interdits, tels que le sexe ou l’orientation sexuelle. La recherche de ces préjugés nécessitera un examen contextuel qui pourrait notamment tenir compte des désavantages qu’ont subis des groupes définis par une caractéristique personnelle commune.

[198] Moreover, rules that are seemingly neutral (because they do not draw obvious distinctions) may also treat certain individuals like second-class citizens whose aspirations are not equally deserving of consideration. As Réaume writes, “[p]ublic institutions and programs built, even unwittingly, in the image of a dominant group convey the message that others are not equally entitled to participate in society and its enterprises, and are not equally members of its institutions”: p. 686. In such a case, a disadvantage resulting from exclusion constitutes an expression and perpetuation of prejudice against certain persons.

[199] For example, in *Eldridge*, this Court found that the lack of interpretation services for deaf persons in the public health care system meant that such persons were treated as less worthy even though the government had not intended to devalue them. The disadvantage in that case was not based on stereotyping. Rather, it conveyed a devalued image of deaf persons by failing to recognize them as human beings who deserved to participate fully in Canadian society. The government was therefore imposing a disadvantage on them that constituted an expression of prejudice. The following passage from *Eldridge* illustrates how a law that does not stereotype can nonetheless be discriminatory if it conveys prejudice by denying certain individuals full participation in a fundamental aspect of life in society because of a disability:

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. In the case of disability, this is one of the objectives. The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society’s benefits and to accommodate them. Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on “mainstream” attributes to which disabled persons will never be able to gain access. Whether it is the impossibility of success at a written test for a blind person, or the need for ramp access to a

[198] De plus, des règles en apparence neutres (parce que n’établissant pas de distinctions évidentes) peuvent aussi traiter certains individus comme des citoyens de seconde classe dont les aspirations ne méritent pas la même considération. Comme l’a écrit Réaume, [TRADUCTION] « [d]es institutions et programmes publics façonnés, même inconsciemment, à l’image du groupe dominant communiquent le message que les personnes n’appartenant pas à ce groupe n’ont pas droit, elles aussi, de participer à la société et à ses entreprises, et qu’elles ne sont pas, elles aussi, membres de ses institutions » : p. 686. Le désavantage découlant de l’exclusion exprime et perpétue alors un préjugé défavorable à l’endroit de certaines personnes.

[199] Par exemple, notre Cour, dans l’arrêt *Eldridge*, a considéré que l’absence de services d’interprète pour les personnes atteintes de surdité dans le régime public de soins de santé les traitait comme des personnes de moindre valeur, et ce, sans que l’État ait eu l’intention de les dévaloriser. Dans cette affaire, le désavantage ne reposait pas sur l’application de stéréotypes. Il véhiculait plutôt une image dépréciée des personnes atteintes de surdité en ne les reconnaissant pas comme des êtres humains méritant de participer pleinement à la société canadienne. L’État leur imposait dès lors un désavantage exprimant un préjugé. L’extrait suivant d’*Eldridge* illustre comment une mesure qui n’applique pas de stéréotypes peut tout de même devenir discriminatoire lorsqu’elle exprime un préjugé en privant certaines personnes d’une pleine participation à un aspect fondamental de la vie en société, en raison de leur déficience :

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l’attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d’une déficience, c’est l’un des objectifs. L’autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l’empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence. L’exclusion de l’ensemble de la société découle d’une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs « de l’ensemble » auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu’il s’agisse de l’impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen

library, the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp. Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. The discrimination inquiry which uses “the attribution of stereotypical characteristics” reasoning as commonly understood is simply inappropriate here. It may be seen rather as a case of reverse stereotyping which, by not allowing for the condition of a disabled individual, ignores his or her disability and forces the individual to sink or swim within the mainstream environment. It is recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability. [para. 65]

(Quoting *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 67.)

[200] As I mentioned above, a court enquiring into the expression or perpetuation of prejudice can consider, among other things, the nature or scope of the benefit or interest which the claimant feels he or she has been denied. Does the distinction restrict access to a fundamental social institution or impede full membership in Canadian society? If the answer is yes, this could indicate that the government action expresses, or has the effect of perpetuating, prejudice against — i.e., a lower or demeaning opinion of — certain persons. *Eldridge* is one example of such a situation, as I have stated.

(c) *Stereotyping*

[201] In the analytical approach I am recommending here, the second way that substantive inequality — discrimination — may be established is “by showing that the disadvantage imposed by the law is based on a stereotype that does not correspond to the actual circumstances and characteristics

écrit ou du besoin d’une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l’attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d’une rampe d’accès. C’est plutôt l’omission de fournir des moyens raisonnables et d’apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n’entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L’enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur « l’attribution de caractéristiques stéréotypées », dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d’inversion d’un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d’une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d’affaire toute seule dans l’environnement de l’ensemble de la société. C’est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l’adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience. [par. 65]

(Citant *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, par. 67.)

[200] Comme je le rappelle précédemment, l’examen de l’expression ou de la perpétuation de préjugés pourrait notamment tenir compte de la nature ou de l’étendue de l’avantage ou du droit dont le demandeur s’estime privé. Est-ce que la distinction restreint l’accès à une institution sociale fondamentale ou nuit à la pleine appartenance à la société canadienne? Une réponse affirmative pourrait révéler que la mesure gouvernementale véhicule un préjugé, c.-à-d. une opinion moindre ou dévalorisante à l’endroit de certaines personnes, ou a l’effet de perpétuer un préjugé. L’arrêt *Eldridge* constitue un exemple d’une situation de cette nature, comme je l’ai mentionné.

c) *Application d’un stéréotype*

[201] Dans la grille d’analyse que je recommande ici, la deuxième façon d’établir l’inégalité réelle — soit la discrimination — consiste à « démontrer que le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du

of the claimant or claimant group”: *Withler*, at para. 36. Such a law will be discriminatory because it is premised upon personal traits or circumstances that do not relate to individual needs, capacities or merits: *Law*, at para. 53. Laws premised on an inaccurate characterization of an individual or group on grounds that are unacceptable under s. 15(1) thus become arbitrary themselves: see, *inter alia*, Moreau, “The Wrongs of Unequal Treatment”, at p. 298.

[202] The following comments by Réaume contain an interesting description of the nature of negative stereotypes and their impact on the right to equality:

Stereotypes are inaccurate generalizations about the characteristics or attributes of members of a group that can usually be traced back to a time when social relations were based more overtly on contempt for the moral worth of the group. . . . Negative characteristics, such as lack of intelligence, laziness, being fit for some pursuits rather than others, predisposition to criminality, avarice, vice, etc., which are in fact distributed throughout the human race, are falsely attributed predominantly to members of a particular group. It is then the negative characteristic that becomes the focus of contempt. Nevertheless, inaccurate assumptions and stereotypes about the capacities, needs, or desires of members of a particular group can carry forward ancient connotations of second class status, even if the legislators did not intend that meaning. The overt hostility may have come to be washed out of the picture with the passage of time or the “normalization” of such attitudes, but the implication that those to whom the stereotype applies are less worthy than others remains.

Once this construction of a group has set in, others are likely to treat members of that group disadvantageously out of an honest belief that this merely reflects their just deserts or even simply because that is how everyone treats them, without ever thinking about the insult involved. They may even understand their conduct, as with certain traditional sexist practices, as a positive effort to accommodate the “natural weaknesses” of the stereotyped group. However, neither the absence

demandeur ou du groupe » : *Withler*, par. 36. Une mesure de cette nature sera discriminatoire parce qu’elle est fondée sur des caractéristiques ou situations personnelles étrangères aux besoins, capacités ou mérites de la personne : *Law*, par. 53. Ainsi, les mesures législatives qui reposent sur une caractérisation inexacte d’un individu ou d’un groupe sur la base de motifs inadmissibles selon le par. 15(1) deviennent elles-mêmes arbitraires : voir notamment Moreau, « The Wrongs of Unequal Treatment », p. 298.

[202] Quelques commentaires de Réaume contiennent une description intéressante de la nature des stéréotypes négatifs et de leurs conséquences sur le droit à l’égalité :

[TRADUCTION] Un stéréotype constitue une généralisation inexacte à l’égard des caractéristiques ou attributs des membres d’un groupe, généralisation qui date habituellement d’une époque où les rapports sociaux reflétaient plus ouvertement le mépris pour la valeur morale d’un groupe. [. . .] Des caractéristiques négatives telles que l’absence d’intelligence, la paresse, l’aptitude à certaines activités plutôt qu’à d’autres, la prédisposition au crime, l’avarice et le vice — autant de caractéristiques que l’on retrouve en fait dans l’ensemble de la race humaine — sont injustement attribuées de façon prédominante aux membres d’un groupe particulier. C’est alors la caractéristique négative qui devient l’objet du mépris. Néanmoins, des présomptions et des stéréotypes inexacts à propos des capacités, des besoins ou des aspirations d’un groupe donné sont susceptibles de perpétuer de vieilles idées assimilant les membres de ce groupe à des citoyens de deuxième ordre, même si ce n’était pas là l’intention du législateur. Il se peut que les manifestations d’hostilité ouverte se soient estompées par suite du passage du temps ou de la « normalisation » de telles attitudes, mais le message implicite selon lequel les personnes à qui le stéréotype est appliqué valent moins que les autres demeure.

Une fois que cette perception du groupe est bien ancrée, d’autres personnes risquent de traiter défavorablement les membres de ce groupe, sur la foi d’une conviction sincère que c’est tout ce qu’ils méritent, ou encore tout simplement parce que c’est ainsi que tout le monde les traite, sans jamais penser à l’insulte que cela suppose. Il est même possible que ces personnes considèrent leur conduite — comme c’est le cas pour certaines pratiques sexistes traditionnelles — comme un

of contempt as a subjective matter nor well-meaning paternalism prevents the use of stereotype from violating dignity. To be denied access to benefits or opportunities available to others on the basis of the false view that because of certain attributes members of one's group are less worthy of those benefits or less capable of taking up those opportunities can scarcely fail to be experienced as demeaning because it *is* demeaning. The message such legislation sends is that members of this group are inferior or less capable, and such a message is likely, in turn, to reinforce social attitudes attributing false inferiority to the group. [Emphasis in original; pp. 681-82.]

[203] Continuing with a contextual approach, it may be helpful in determining whether stereotypes exist to consider the question of the correspondence, or lack thereof, between the grounds on which the claim is based and the actual need, capacity or circumstances of the claimant or the affected group. For example, in *M. v. H.*, the identification and rejection of certain stereotypes led the Court to declare a law under which support remedies were available only to opposite-sex spouses to be invalid. The law in question conveyed the negative stereotype that persons of the same sex were incapable of forming intimate relationships involving economic interdependence similar to those of opposite-sex couples, without regard to their actual circumstances. As a result, the impugned law violated s. 15(1).

(d) *Summary*

[204] In accordance with the general analytical framework for the application of s. 15(1) of the *Charter*, there are thus two ways for a claimant to show that a law that draws a distinction based on an enumerated or analogous ground is discriminatory. On the one hand, the claimant can show that the impugned disadvantageous law perpetuates prejudice against members of a group. On the other hand, the claimant can prove that the disadvantage

geste positif visant à tenir compte des « lacunes naturelles » du groupe visé par le stéréotype. Or, ni l'absence de mépris subjectif, ni un paternalisme bien intentionné n'empêchent l'application d'un stéréotype d'avoir pour effet de violer la dignité. Le fait pour une personne de se voir refuser des avantages ou des possibilités dont jouissent d'autres personnes, et ce, pour le motif — erroné — qu'en raison de certains attributs les membres de son groupe sont moins dignes de ces avantages que d'autres personnes ou encore sont moins aptes que celles-ci à profiter de ces possibilités peut difficilement ne pas être considéré comme une expérience abaissante, car un tel traitement *est* abaissant. Le message que transmet une mesure législative de cette nature est que les membres de ce groupe sont inférieurs ou moins capables que d'autres, et le message en question risque, à son tour, de renforcer des attitudes sociales attribuant une fausse infériorité au groupe en question. [En italique dans l'original; p. 681-682.]

[203] Toujours fidèle à une approche contextuelle, la recherche de l'existence de stéréotypes peut bénéficier d'un examen de la correspondance, ou de l'absence de correspondance, entre les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propre du demandeur ou du groupe touché. Ainsi, dans l'arrêt *M. c. H.*, l'identification et le rejet de certains stéréotypes avaient permis à la Cour de conclure à l'invalidité d'une loi qui n'ouvrait les recours alimentaires qu'aux conjoints de sexe différent. La loi en question exprimait le stéréotype négatif que les personnes de même sexe étaient incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière semblables à celles formées par les couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. De ce fait, la loi contestée portait atteinte au par. 15(1).

d) *Sommaire récapitulatif*

[204] Conformément au cadre général d'analyse établi pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*, le demandeur dispose donc de deux méthodes pour démontrer qu'une mesure établissant une distinction sur la base d'un motif énuméré ou analogue est discriminatoire. D'une part, le demandeur peut établir que la mesure désavantageuse contestée perpétue un préjugé à l'égard des membres d'un groupe. D'autre part, il peut prouver que le désavantage imposé par

imposed by the law is based on a stereotype. Two comments are in order in this regard.

[205] First, because either one of these facts can on its own support a finding that the impugned law infringes s. 15(1), a distinction need not be based on a stereotype to be discriminatory: *Gosselin*, at para. 116, *per* L'Heureux-Dubé J.; *Lavoie*, at para. 52, *per* Bastarache J. A disadvantageous law can also be found to be discriminatory on the basis that it expresses or perpetuates prejudice. The Court has thus explicitly acknowledged the inadequacy of a *uniquely* stereotype-based approach that has been criticized by several authors: see, *inter alia*, M. Young, "Blissed Out: Section 15 at Twenty", in S. McIntyre and S. Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 45, at p. 59; G. Brodsky, "Case Comment: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*: Autonomy with a Vengeance" (2003), 15 C.J.W.L. 194, at p. 212; M. Young, "Unequal to the Task: 'Kapp'ing the Substantive Potential of Section 15", in S. Rodgers and S. McIntyre, eds., *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, at pp. 204-9.

[206] Second, the existence of these two approaches, which make it possible to prove that the impugned law infringes s. 15(1), also guides the use of the contextual factor of correspondence between the ground or grounds of discrimination on which the claim is based and the actual circumstances of the claimant or the affected group. It now seems clearer that this factor can be used to determine whether the distinction creates a disadvantage by stereotyping: *Kapp*, at para. 23. However, the Court also recognizes that the correspondence factor may not be sufficient to support a finding of expression or perpetuation of prejudice. Although it is true that prejudice and stereotyping are frequently linked, a claimant can also show that the impugned law expresses or perpetuates prejudice by emphasizing other contextual factors unrelated to that of correspondence. The Court thus acknowledges that the correspondence factor is only one of many factors that can be used to establish substantive inequality.

une telle mesure repose sur un stéréotype. Deux commentaires s'imposent à propos de ces méthodes.

[205] D'abord, le fait que l'une ou l'autre de ces démonstrations mènera à la conclusion que la mesure attaquée porte atteinte au par. 15(1) reconnaît que le constat d'une situation de discrimination ne dépend pas seulement de l'existence de stéréotypes : *Gosselin*, par. 116, la juge L'Heureux-Dubé; *Lavoie*, par. 52, le juge Bastarache. La discrimination peut également résulter de la présence de mesures désavantageuses exprimant ou perpétuant un préjugé. La Cour reconnaît ainsi explicitement l'insuffisance d'une démarche *uniquement* basée sur les stéréotypes qu'ont critiquée plusieurs auteurs : voir notamment M. Young, « Blissed Out : Section 15 at Twenty », dans S. McIntyre et S. Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 45, p. 59; G. Brodsky, « Case Comment : *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* : Autonomy with a Vengeance » (2003), 15 R.F.D. 194, p. 212; M. Young, « Unequal to the Task : "Kapp"ing the Substantive Potential of Section 15 », dans S. Rodgers et S. McIntyre, dir., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, p. 204-209.

[206] Ensuite, l'existence de ces deux méthodes, qui permettent d'établir que la mesure attaquée porte atteinte au par. 15(1), oriente aussi l'usage du facteur contextuel de correspondance entre le ou les motifs de discrimination sur lesquels l'allégation est fondée et la situation propre au demandeur ou au groupe touché. Dorénavant, il apparaît plus clairement que ce facteur permet d'évaluer si la distinction crée un désavantage par l'application de stéréotypes : *Kapp*, par. 23. Toutefois, la Cour reconnaît aussi que ce facteur peut s'avérer inadéquat pour déceler l'expression ou la perpétuation de préjugés. En effet, malgré l'existence de liens fréquents entre préjugé et stéréotype, un demandeur pourra aussi démontrer que la mesure contestée exprime ou perpétue un préjugé en insistant sur d'autres éléments contextuels étrangers au facteur de correspondance. La Cour admet alors que le facteur de correspondance ne représente qu'un des multiples éléments capables de démontrer

Indeed, in the past, some authors deplored an approach that was overly dependent on the use of the correspondence factor at the expense of other contextual factors: see, *inter alia*, B. Ryder, C. C. Faria and E. Lawrence, “What’s *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions” (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103, at pp. 120-25.

G. *Walsh* — *Precedential Value of the Decision*

(1) Nature of the Case

[207] At this point, the evolution of the Court’s case law on the right to equality raises the issue of the scope and application of an important case on the application of equality rights of *de facto* or common law spouses. In *Walsh*, which was decided several years before *Kapp* and *Withler*, this Court was dealing with an alleged violation of s. 15(1) by a Nova Scotia statute concerning the matrimonial rights of married spouses. The case involved a challenge to the validity of Nova Scotia’s *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275 (“MPA”), under s. 15(1) of the *Charter*. The MPA established the consequences of marriage breakdown by creating a presumption that matrimonial property was to be divided equally between the former spouses. The MPA regulated the division of the property acquired by one of the spouses either before or during the marriage and established guidelines to assist in determining whether that property continued to be the separate property of each spouse or became common property of the parties. However, it did not provide for spousal support on the breakdown of a marriage. Section 2(g) of the MPA defined the term “spouse” by referring only to a man and a woman who were married to each other. It therefore had the effect of excluding unmarried opposite-sex couples who lived together.

[208] The claimant in *Walsh* argued that, by limiting the presumption of equal division to married couples, the MPA discriminated on the basis of an analogous ground, namely marital status. The

l’existence d’une inégalité réelle. D’ailleurs, certains auteurs avaient par le passé regretté une approche trop dépendante de l’emploi du facteur de correspondance au détriment d’autres facteurs contextuels : voir notamment B. Ryder, C. C. Faria et E. Lawrence, « What’s *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103, p. 120-125.

G. *Walsh* — *La portée précédentielle de l’arrêt*

(1) La nature de l’arrêt

[207] L’évolution de la jurisprudence de la Cour sur le droit à l’égalité soulève maintenant le problème de la portée et de l’application d’un arrêt important rendu au sujet de la mise en œuvre des droits à l’égalité des conjoints de fait. En effet, dans l’arrêt *Walsh*, décidé quelques années avant *Kapp* et *Withler*, notre Cour a dû se prononcer sur une allégation de violation du par. 15(1) à l’occasion de l’examen d’une loi de la Nouvelle-Écosse sur les droits matrimoniaux des époux. La Cour était alors saisie d’une contestation de la validité de la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 275 (« MPA »), au regard du par. 15(1) de la *Charte*. La MPA réglait les conséquences de la rupture du mariage en prévoyant une présomption de partage égal des biens matrimoniaux entre les ex-conjoints. La MPA régissait le partage des biens dont l’un des conjoints avait fait l’acquisition, avant ou pendant le mariage, et établissait les lignes directrices servant à déterminer si le bien restait toujours un bien propre à chacun des époux ou s’il devenait la propriété commune des parties. Cette loi ne visait toutefois pas l’obligation alimentaire entre les conjoints, en cas d’échec du mariage. À l’alinéa 2g), la MPA définissait le terme [TRADUCTION] « conjoint » en ne faisant référence qu’à un homme et une femme unis par les liens du mariage. Elle avait donc pour effet d’exclure les conjoints de sexe opposé qui cohabitaient sans être mariés.

[208] Selon la demanderesse, dans l’affaire *Walsh*, la MPA, en ne réservant l’application de la présomption de partage égal qu’aux seuls couples mariés, opérait une discrimination sur la base d’un

Court therefore had to decide whether the failure to include unmarried opposite-sex couples in the ambit of the *MPA* violated s. 15(1).

[209] Bastarache J., writing for a majority of the Court, found that the distinction between common law spouses and married spouses was not discriminatory and therefore did not violate s. 15(1). Gonthier J. added a few comments on the contractual nature of marriage and its fundamental place in society. L'Heureux-Dubé J., dissenting, found that married couples and unmarried couples were functionally identical. As a result, she concluded that the exclusion of unmarried couples from the ambit of the *MPA* was discriminatory and that the discrimination could not be justified under s. 1 of the *Charter*. Given the importance of that case, I will summarize the bases for the Court's decision. I will then discuss the relevance of Bastarache J.'s reasons to the appeals now before this Court.

(2) Bases for Bastarache J.'s Reasons

[210] Bastarache J. analyzed the claimant's position by applying the three-stage framework developed by Iacobucci J. a few years earlier in *Law*. He began by considering whether the *MPA* imposed differential treatment between the claimant and others. He then asked whether the differential treatment was based on an enumerated or analogous ground. Finally, he considered whether the law in question had a discriminatory purpose or effect for the purposes of the equality guarantee. That would be the case if the law imposed a burden upon or withheld a benefit from the claimant in a manner which reflected the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or if it otherwise had the effect of perpetuating or promoting the view that the claimant was less deserving of respect than other members of Canadian society. Thus, Bastarache J.'s analysis was based on the promotion of substantive equality that was also the basis for *Law* and for this Court's case law since *Andrews*. His approach represented a continuation of that case law.

motif analogue, soit l'état matrimonial. Dès lors, la Cour devait décider si l'omission des couples non mariés de sexe opposé du champ d'application de la *MPA* contrevenait au par. 15(1).

[209] Au nom d'une majorité de la Cour, le juge Bastarache conclut que la distinction entre conjoints de fait et conjoints mariés n'est pas discriminatoire et ne porte donc pas atteinte au par. 15(1). Le juge Gonthier ajoute quelques commentaires sur la nature contractuelle du mariage et sur sa place fondamentale au sein de la société. Dissidente, la juge L'Heureux-Dubé estime que les couples mariés et les couples non mariés sont fonctionnellement identiques. En conséquence, elle conclut que cette exclusion des couples non mariés du champ d'application de la *MPA* est discriminatoire et que cette discrimination ne peut être justifiée sous l'article premier de la *Charte*. En raison de l'importance de cet arrêt, j'en résumerai les fondements. Je discuterai ensuite de la pertinence de l'opinion du juge Bastarache à l'égard des pourvois dont notre Cour est saisie.

(2) Les bases de l'opinion du juge Bastarache

[210] Le juge Bastarache analyse la position de la demanderesse en appliquant le cadre en trois étapes élaboré quelques années plus tôt par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*. Il se demande d'abord si la *MPA* établit une différence de traitement entre la demanderesse et d'autres personnes. Il recherche ensuite si la différence de traitement est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Finalement, il examine si la loi en question a un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité. Elle mérite une telle qualification lorsqu'elle impose un fardeau à la demanderesse ou la prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Il en va de même lorsque la loi, par ailleurs, a pour effet de perpétuer ou de favoriser l'opinion que la demanderesse ne mérite pas le même respect que les autres membres de la société canadienne. L'analyse du juge Bastarache se fonde alors sur la recherche de l'égalité réelle, qui inspirait l'arrêt *Law* et la jurisprudence de notre Cour depuis l'arrêt *Andrews*. Son approche s'inscrit dans la continuité de cette jurisprudence.

[211] Bastarache J. began by acknowledging that the *MPA* imposed differential treatment within the meaning of s. 15(1) because it applied only to persons who were legally married and excluded persons in a common law relationship. That differential treatment was based on the analogous ground of marital status, as the Attorney General of Nova Scotia had conceded. Bastarache J. therefore proceeded to the third stage of the analytical framework from *Law* and asked “whether a reasonable heterosexual unmarried cohabiting person, taking into account all of the relevant contextual factors, would find the *MPA*’s failure to include him or her in its ambit has the effect of demeaning his or her dignity”: *Walsh*, at para. 38. At this point in the analysis, he undertook a contextual analysis of the claimant’s argument.

[212] Bastarache J. acknowledged that unmarried spouses had experienced historical disadvantage, social prejudice, and stereotyping of various kinds. However, he found that the version of the *MPA* then in force properly accommodated the claimant’s circumstances. It reflected the differences between common law relationships and marriage and respected the fundamental autonomy and dignity of common law spouses. In Bastarache J.’s view, despite the functional similarities between common law and married spouses, there was a fundamental difference between the two groups.

[213] On this point, Bastarache J. noted that the *MPA* deemed all marriages to be economic partnerships and thus imposed a significant alteration to the former *status quo* of married persons’ proprietary rights and obligations. Those statutorily created restrictions, obligations and rights arose at the time of the marriage and continued throughout the duration of the marriage until separation or death. According to Bastarache J., “[t]he decision to marry, which necessarily requires the consent of each spouse, encapsulates within it the spouses’ consent to be bound by the proprietary regime that the *MPA* creates”: *Walsh*, at para. 48. This was a fundamental difference between married couples

[211] En premier lieu, le juge Bastarache reconnaît que la *MPA* crée une différence de traitement au sens du par. 15(1) parce qu’elle ne s’applique qu’aux personnes mariées légalement à l’exclusion des conjoints de fait. Cette différence de traitement, comme l’admettait en l’espèce le procureur général de la Nouvelle-Écosse, est basée sur le motif analogue qu’est l’état matrimonial. Le juge Bastarache passe donc à la troisième étape du cadre analytique de *Law*. Il se demande alors « si un conjoint hétérosexuel non marié raisonnable estimerait, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, que la *MPA* porte atteinte à sa dignité en ne l’incluant pas dans son champ d’application » : *Walsh*, par. 38. À cette étape de l’analyse, le juge Bastarache effectue une évaluation contextuelle de l’argument avancé par la demanderesse.

[212] Le juge Bastarache admet que les conjoints non mariés ont été désavantagés historiquement, ont été victimes de préjugés sociaux et ont été lésés par l’application de stéréotypes divers. Cependant, il considère que le texte de la *MPA* alors en vigueur tient adéquatement compte de la situation de la demanderesse. La *MPA* reflète les différences entre l’union de fait et le mariage. Elle respecte l’autonomie et la dignité fondamentale des conjoints de fait. Pour le juge Bastarache, malgré l’existence de similitudes fonctionnelles entre les conjoints de fait et les conjoints mariés, une différence fondamentale permet de distinguer les deux groupes.

[213] Sur ce point, le juge Bastarache rappelle que la *MPA* assimile tous les mariages à une association économique et modifie ainsi considérablement l’état antérieur des droits et obligations patrimoniaux des personnes mariées. Ces droits, obligations et restrictions légales naissent au moment du mariage et subsistent pendant toute sa durée jusqu’à la séparation ou au décès. Selon le juge Bastarache, « [l]a décision de se marier, qui requiert obligatoirement le consentement de chaque époux, implique leur consentement à être assujettis au régime de propriété établi par la *MPA* » : *Walsh*, par. 48. Il s’agit là d’une différence fondamentale entre les couples mariés et les couples non mariés;

and unmarried couples; the former had chosen to be bound by the *MPA*, while the latter had not given their consent to be so bound.

[214] Moreover, common law spouses who were unwilling to marry but wanted to modify their proprietary rights and obligations had various alternatives for clearly expressing their agreement. They could own property jointly or enter into domestic contracts that could be enforced pursuant to the *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160 (“*MCA*”), s. 52(1), and the *Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-95, c. 6 (“*MEA*”), s. 2(e). Bastarache J. also took note of the recent *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, c. 29 (“*LRA*”), as a contextual consideration. Under the *LRA*, common law partners who decided to register their partnerships under the *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, c. 494, thereby became subject to the *MPA*. There were therefore several options available to common law spouses who wished to avoid the application of the general principle that people who do not take consensual action maintain the right to deal with their property as they see fit. On this basis, Bastarache J. stated that the legislation corresponded to the free choice of the individuals involved and to their actual situation:

The *MPA*, then, can be viewed as creating a shared property regime that is tailored to persons who have taken a mutual positive step to invoke it. Conversely, it excludes from its ambit those persons who have not taken such a step. This requirement of consensus, be it through marriage or registration of a domestic partnership, enhances rather than diminishes respect for the autonomy and self-determination of unmarried cohabitants and their ability to live in relationships of their own design. As Iacobucci J. phrased it in *Law*, at para. 102, “[t]he law functions not by the device of stereotype, but by distinctions corresponding to the actual situation of individuals it affects.”

(*Walsh*, at para. 50)

les premiers ont choisi de se soumettre à la *MPA*, les seconds n’ont pas exprimé de volonté consensuelle à cet égard.

[214] D’autre part, les conjoints de fait ne voulant pas se marier, mais désireux de modifier leurs droits et obligations en matière de propriété, disposent d’alternatives diverses afin de manifester clairement leur accord. Ils peuvent devenir copropriétaires de certains biens ou conclure un contrat familial susceptible d’exécution en application de la *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160 (« *MCA* »), par. 52(1), et de la *Maintenance Enforcement Act*, S.N.S. 1994-1995, ch. 6 (« *MEA* »), al. 2(e). Le juge Bastarache prend également note de la récente *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29 (« *LRA* »), comme élément contextuel. Selon la *LRA*, les conjoints de fait qui décident d’enregistrer leur union sous la *Vital Statistics Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 494, se soumettent ainsi à la *MPA*. Dès lors, les conjoints de fait désireux d’éviter l’application du principe général selon lequel les personnes qui ne prennent pas de mesure consensuelle conservent leur droit de disposer de leurs biens comme bon leur semble jouissent de plusieurs options pour ce faire. Sur cette base, le juge Bastarache affirme que les mesures législatives correspondent au libre choix des intéressés et à leur situation réelle :

On peut donc dire que la *MPA* crée un régime de partage des biens conçu pour les personnes qui ont pris, mutuellement, une mesure concrète pour s’en prévaloir. À l’inverse, la loi exclut de son champ d’application les personnes qui n’ont pris aucune mesure en ce sens. En exigeant qu’il existe un consensus, exprimé par le mariage ou par l’enregistrement d’une union civile, on ne respecte pas moins, mais davantage l’autonomie et l’autodétermination des couples vivant en union libre, de même que leur faculté de vivre dans une forme d’union qu’ils ont eux-mêmes façonnée. Dans *Law*, par. 102, le juge Iacobucci a affirmé que « [l]a loi ne fonctionne pas au moyen de stéréotypes mais au moyen de distinctions qui correspondent à la situation véritable des personnes qu’elle vise. »

(*Walsh*, par. 50)

[215] Bastarache J. thus found that it was not stereotyping to believe that common law couples had chosen to avoid the institution of marriage: *Walsh*, at para. 43. Because this group was highly heterogeneous, there was no basis for arguing that even though common law spouses had not expressed a mutual intention to alter their proprietary regime, they had nevertheless implicitly chosen to be bound by the *MPA*. Accordingly, there was no constitutional requirement that the legislature extend the protections of the *MPA* to couples who had not expressed their consent to restrict their ability to deal with their own property during the relationship or to share their assets and liabilities should the relationship break down. The legislature's decision to respect the freedom of choice of common law spouses was not unconstitutional.

[216] Furthermore, in addition to not being based on negative stereotypes, the exclusion of unmarried couples from the *MPA* did not promote or perpetuate the idea that they were less capable, or less worthy of respect or value as members of Canadian society. Bastarache J. concluded that the *MPA* was not discriminatory in light of the values — such as dignity, liberty and autonomy — that underlie the *Charter*, including s. 15 thereof. Rather, it maintained the liberty of all spouses to make fundamental choices in their lives, thereby respecting the fundamental personal autonomy and dignity of common law spouses. According to Bastarache J., even if the freedom to marry can sometimes be illusory, s. 15(1) did not justify eliminating an individual's freedom of choice or imposing on common law spouses a regime designed for persons who had made an unequivocal commitment to form an equal partnership as provided for in the *MPA*: *Walsh*, at paras. 57, 62 and 63. Bastarache J. distinguished that case from the Court's decisions in *Miron* and *M. v. H.*, and concluded that the *MPA* was not discriminatory and therefore did not conflict with s. 15(1)'s purpose of ensuring substantive equality.

[215] Ainsi, le juge Bastarache estime que ce n'est pas un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de se soustraire au régime du mariage : *Walsh*, par. 43. La grande hétérogénéité de ce groupe ne permet pas de soutenir une position selon laquelle, malgré l'absence d'expression d'une volonté commune d'altérer leur régime de propriété, les conjoints de fait aient tout de même choisi implicitement de se soumettre à la *MPA*. Dès lors, aucune règle constitutionnelle n'oblige le législateur à étendre la portée de la *MPA* pour régir les couples n'ayant pas exprimé de consentement à des restrictions à leur faculté de disposer de leurs propres biens pendant la durée de l'union ou à partager leurs actifs et passifs à la rupture de l'union. La décision du législateur de respecter la liberté de choix des conjoints de fait n'est pas inconstitutionnelle.

[216] Par ailleurs, l'exclusion des couples non mariés de l'application de la *MPA*, en plus de ne pas être fondée sur des stéréotypes négatifs, ne promeut ni ne perpétue l'idée que ces couples sont moins capables, ou moins dignes d'être respectés et valorisés en tant que membres de la société canadienne. Le juge Bastarache conclut qu'en regard des valeurs consacrées par la *Charte* et par son art. 15, notamment la dignité, la liberté et l'autonomie, la *MPA* n'est pas discriminatoire. Elle préserve plutôt la liberté de tous les conjoints de faire des choix fondamentaux dans leur vie, et en cela, respecte l'autonomie et la dignité fondamentale des conjoints de fait. Selon le juge Bastarache, même si la liberté de se marier peut, dans certains cas, s'avérer illusoire, le par. 15(1) n'impose pas l'élimination de la liberté de choix de l'individu et n'exige pas l'imposition aux conjoints de fait d'un régime destiné aux personnes qui se sont engagées de façon non équivoque à former une association à parts égales, comme la *MPA* la décrit : *Walsh*, par. 57, 62 et 63. Distinguant l'affaire *Walsh* des arrêts rendus par la Cour dans *Miron* et *M. c. H.*, le juge Bastarache conclut que la *MPA* n'est pas discriminatoire et ainsi n'entre pas en conflit avec l'objectif du par. 15(1) d'assurer l'égalité réelle des personnes.

(3) *Kapp* and *Withler* and Their Impact on *Walsh*

[217] In my opinion, Bastarache J. would have reached the same conclusion if his analysis had been based on the reworked analytical framework from *Kapp* and *Withler*. Although the *MPA* imposed differential treatment based on an analogous ground, that distinction did not create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. Bastarache J.'s analysis of the *MPA* is therefore consistent with the decisions rendered after *Walsh* and with the principle of substantive equality, which "insists on going behind the facade of similarities and differences [and] asks not only what characteristics the different treatment is predicated upon, but also whether those characteristics are relevant considerations under the circumstances": *Withler*, at para. 39. As I mentioned above, this analysis was based on the wish to promote substantive equality that was also the basis for *Law*, despite the conceptual difficulties and problems of application that led to *Kapp* and *Withler*.

[218] In *Walsh*, the *MPA* did not have the effect of favouring marriage at the expense of cohabitation or of denying the worth of common law relationships. Nor did it draw distinctions that caused a disadvantage by perpetuating prejudice. According to Bastarache J., the Nova Scotia legislature was not favouring one form of relationship over another. It was merely defining the legal content of relationships and providing that any individuals in a conjugal relationship could, without changing their marital status, make a consensual choice to avail themselves of rights, obligations and restrictions analogous to the ones contained in the *MPA*. As a result, the law did not favour one form of relationship over another or express any prejudice against common law relationships.

[219] In Nova Scotia, as Bastarache J. demonstrated, the legislature had defined the content and consequences of various forms of relationship but had not favoured one form over another. Marriage and the registration of a common law

(3) Les arrêts *Kapp* et *Withler* et leur impact sur l'arrêt *Walsh*

[217] À mon avis, la conclusion du juge Bastarache 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 *MPA* ait créé une différence de traitement fondée sur un motif analogue, cette distinction n'entraînait pas de désavantage causé par la perpétuation d'un préjugé ou par l'application de stéréotypes. L'analyse que fait le juge Bastarache de la *MPA* demeure donc compatible avec la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Walsh* ainsi qu'avec le principe d'égalité réelle qui « transcende les similitudes et distinctions apparentes [et] demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances » : *Withler*, par. 39. Comme je le mentionnais plus haut, cette analyse s'inscrit dans la volonté de recherche de l'égalité réelle qui inspirait l'arrêt *Law*, en dépit des problèmes conceptuels et des difficultés d'application qui ont conduit aux arrêts *Kapp* et *Withler*.

[218] Selon l'arrêt *Walsh*, la *MPA* n'a pas pour effet de favoriser le mariage au détriment de l'union libre ou de nier la valeur des unions de fait. La *MPA* n'opère pas de distinction causant un désavantage par la perpétuation d'un préjugé. Pour le juge Bastarache, le législateur néo-écossais dans *Walsh* ne privilégie pas une forme d'union par rapport à une autre. Le législateur ne fait que définir leur contenu juridique et prévoit que toutes personnes formant une union conjugale puissent choisir de façon consensuelle, sans changer d'état matrimonial, de se prévaloir de droits, obligations et restrictions analogues au contenu de la *MPA*. La loi, de ce fait, ne privilégie pas une forme d'union par rapport à une autre et n'exprime pas un préjugé défavorable à l'union de fait.

[219] En Nouvelle-Écosse, comme le démontre le juge Bastarache, le législateur définit le contenu de diverses formes d'union et leurs conséquences, mais n'en favorise pas l'une par rapport à l'autre. Le mariage ainsi que l'enregistrement de l'union de

partnership triggered the mutual rights, obligations and restrictions set out in the *MPA*, including the presumption of equal division of property should the relationship break down. Common law couples could also transform their relationships into economic partnerships as contemplated in the *MPA* by entering into domestic contracts that could be enforced under the *MCA* and the *MEA*. They could also purchase property jointly. The legislation did not establish an unacceptable hierarchy among the various forms of conjugal relationships. By expressing a consensual choice or intention, spouses could opt in to the regime of their choice to which the rights and obligations established by the legislature applied. *Walsh* was thus based on a principle of freedom to choose between different marital statuses that had different consequences for spouses, and that principle did not in this context infringe the constitutional equality guarantee. The principle in question continues to be valid in the circumstances of the case at bar despite the subsequent developments in the case law.

[220] In this regard, *Walsh* differed significantly from *Miron*. In the *Insurance Act*, R.S.O. 1980, c. 218, the Ontario legislature had not defined the content of relationships (that is, the relations between the members of a couple). Instead, it had favoured marriage over common law relationships by limiting benefits under an automobile insurance plan on the basis of marital status to those who were married.

[221] The common law spouses in *Miron* had therefore been excluded from certain provisions relating to automobile insurance because they were not married, a ground that was in all probability irrelevant to automobile insurance. As Bastarache J. pointed out in *Walsh*, “[t]he marital status of the couple should have had no bearing on the availability of the benefit”: para. 53. In the legislation at issue in *Miron*, the Ontario legislature had not defined the legal content of the spouses’ relationship with one another. Rather, it had given one class of couples a privilege that expressed or perpetuated prejudice in favour of marriage and against common law relationships.

fait emportent les droits, obligations et restrictions mutuels prévus par la *MPA*, dont la présomption de partage égal des biens à la rupture de la relation. Les couples en union de fait peuvent aussi transformer leur union en association économique tel que prévu par la *MPA* en concluant un contrat familial susceptible d’exécution en application de la *MCA* et de la *MEA*. Ils peuvent également acheter des biens en copropriété. Ces mesures législatives n’établissent pas de hiérarchie inadmissible entre les différentes formes d’union conjugale. Les conjoints, par l’expression d’une volonté ou d’un choix consensuel, peuvent se soumettre au régime de leur choix qui comporte les droits et obligations établis par la législation. L’arrêt *Walsh* repose ainsi 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. Ce principe conserve sa validité dans le cadre du présent litige, malgré l’évolution jurisprudentielle ultérieure.

[220] À cet égard, l’affaire *Walsh* diffère considérablement de l’arrêt *Miron*. En effet, le législateur ontarien dans la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1980, ch. 218, ne définissait pas le contenu des unions (c.-à-d. les rapports des membres du couple entre eux). Il privilégiait plutôt le mariage par rapport à l’union de fait en faisant dépendre la prestation de bénéfices prévus par un régime d’assurance automobile de l’état matrimonial qu’est le mariage.

[221] Dans *Miron*, le couple en union de fait se trouvait ainsi exclu de certaines dispositions concernant l’assurance automobile parce que les conjoints n’étaient pas mariés, un motif vraisemblablement sans pertinence relativement à l’assurance automobile. Comme le note le juge Bastarache dans *Walsh*, « [l]’état matrimonial du couple n’aurait dû avoir aucune incidence sur l’admissibilité aux prestations » : par. 53. Dans la loi attaquée au moment de l’affaire *Miron*, le législateur ontarien ne définissait pas le contenu juridique des rapports des conjoints entre eux. Il conférait plutôt à une catégorie de couples un privilège exprimant ou perpétuant un préjugé en faveur du mariage et au détriment de l’union de fait.

[222] Bastarache J. then observed that the *MPA* was not based on stereotypes about common law spouses. To support that conclusion, he considered the contextual factor of correspondence and found that it was not stereotyping to believe that common law couples had chosen to avoid the institution of marriage. The common law spouses in that case had not expressed a consensual intention to change their legal property relationship in any of the ways established by the government, one of which would have been to enter into a domestic contract as a common law couple. Thus, in distinguishing between married and unmarried spouses, the *MPA* was not based on a stereotype that did not correspond to the actual circumstances and characteristics of common law spouses.

[223] *Walsh* can be distinguished in a similar way from *M. v. H.*, in which the Ontario legislature had limited certain provisions of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 (“*FLA*”), to heterosexual common law couples. More specifically, the *FLA* had given opposite-sex common law spouses, but not same-sex common law spouses, the right to seek support if their relationship broke down. The possibility of obtaining support had thus been extended “beyond married persons to include individuals in conjugal opposite-sex relationships of some permanence”: *M. v. H.*, at para. 2; see also para. 52. This differential treatment of same-sex and opposite-sex common law spouses was based on the analogous ground of sexual orientation.

[224] In the *FLA*, the legislature had defined a common law relationship as a conjugal relationship of some permanence. This form of relationship entitled the spouses to support if they ceased living together. Individuals who decided to live in a common law relationship were therefore covered by provisions of the *FLA* that entitled them to apply to a court for support. Although same-sex common law spouses could choose to enter into a relationship similar to the one defined in the *FLA*, they were denied the benefit of that support remedy. A majority of the Court held that the exclusion of

[222] Ensuite, le juge Bastarache fait remarquer que la *MPA* n’est pas basée sur des stéréotypes relatifs aux conjoints de fait. À l’appui de cette conclusion, il évalue le facteur contextuel de correspondance et estime que ce n’est pas un stéréotype que de considérer que les couples en union de fait ont choisi de se soustraire au régime du mariage. Les conjoints de fait en l’espèce n’avaient pas exprimé d’une des manières prévues par l’État, notamment par contrat familial en union de fait, une volonté consensuelle de modifier leurs rapports juridiques de propriété. Ainsi, la *MPA*, en distinguant entre les conjoints mariés et les conjoints non mariés, ne repose pas sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables des conjoints de fait.

[223] L’arrêt *Walsh* se distingue d’une manière analogue de l’arrêt *M. c. H.* Dans cette affaire, le législateur ontarien réservait aux conjoints de fait hétérosexuels l’accès à certaines dispositions de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 (« *LDF* »). Plus précisément, la *LDF* accordait le droit de demander des aliments en cas de rupture de l’union aux conjoints de fait de sexe différent, mais non aux conjoints de fait de même sexe. Dès lors, l’accès potentiel au régime de l’obligation alimentaire était étendu « au-delà du cercle des personnes mariées de manière à inclure les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne de sexe différent » : *M. c. H.*, par. 2; voir aussi par. 52. Cette différence de traitement entre conjoints de fait de même sexe et conjoints de fait de sexe différent était fondée sur le motif analogue qu’est l’orientation sexuelle.

[224] Dans la *LDF*, le législateur définissait l’union de fait comme une union conjugale d’une certaine permanence. Cette forme d’union accorde le droit à des aliments aux conjoints en cas de cessation de leur vie commune. Ainsi, dès lors que des personnes décidaient de former une union de fait, elles se soumettaient aux articles de la *LDF* qui leur donnait accès à une procédure de réclamation d’aliments devant un tribunal. Les conjoints de fait de même sexe, bien qu’ils pouvaient choisir de former une union similaire à celle que définissait la *LDF*, se voyaient priver du bénéfice représenté

same-sex common law spouses “implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence, without regard to their actual circumstances”: *M. v. H.*, at para. 3. Since “[b]eing in a same-sex relationship does not mean that it is an impermanent or a non-conjugal relationship” (*M. v. H.*, at para. 70), the legislature was imposing differential treatment that was found to be discriminatory because it created a disadvantage as a result of stereotyping. It was impossible for same-sex spouses to opt in to Ontario’s legal regime. The exclusion of same-sex couples from the *FLA* was based on an inaccurate and stereotypical characterization of their actual circumstances and therefore violated their dignity.

[225] The opposite was true in *Walsh*, in which the legislature had provided that the presumption of equal division of property was conditional on the expression of a consensual intention (through marriage, a domestic contract or, later, the registration of a common law partnership). Since common law spouses, unlike married spouses, had not expressed such an intention, their exclusion from the *MPA* was not based on an inaccurate and stereotypical characterization of their actual circumstances and did not violate their dignity.

[226] In short, it seems to me that Bastarache J. would have reached the same conclusion in *Walsh* even if the current analytical framework had applied. Although the *MPA* imposed differential treatment based on an analogous ground, that distinction did not create a disadvantage by expressing or perpetuating prejudice or by stereotyping. Accordingly, subject to the differences between the *MPA* and the Quebec scheme, Bastarache J.’s analysis can properly serve as a precedent for our assessment of the infringement of s. 15(1) alleged by A in the instant case. It is true that the Court’s analysis concerned not the obligation of support, but the Nova Scotia legislation’s presumption of equal division of family assets. However, Bastarache J.’s comments on the sources of the distinctions between the various forms of relationships and the consequences of those distinctions remain relevant.

par ce recours alimentaire. Une majorité de la Cour décide alors que cette exclusion des conjoints de fait de même sexe « laisse entendre qu’ils sont jugés incapables de former des unions intimes marquées par l’interdépendance financière, peu importe leur situation » : *M. c. H.*, par. 3. « L’union entre personnes de même sexe n’[étant] pas synonyme d’union non durable ou non conjugale » (*M. c. H.*, par. 70), le législateur établissait ainsi une différence de traitement jugée discriminatoire, parce qu’elle provoquait un désavantage découlant de l’application d’un stéréotype. Elle ne laissait aux conjoints de même sexe aucune possibilité d’opter pour le régime légal ontarien. L’exclusion de la *LDF* des couples de même sexe reposait sur une caractérisation inexacte et stéréotypée de leur situation réelle et violait donc leur dignité.

[225] À l’opposé, dans *Walsh*, le législateur faisait dépendre la présomption de partage égal des biens de l’expression d’une volonté consensuelle (soit par mariage, soit par contrat familial, et plus tard par enregistrement d’union de fait). Les conjoints de fait, contrairement aux conjoints mariés, n’avaient pas manifesté une telle volonté consensuelle. Leur exclusion de la *MPA* ne reposait donc pas sur une caractérisation inexacte et stéréotypée de leur situation réelle et ne violait pas leur dignité.

[226] En somme, il m’apparaît que la conclusion du juge Bastarache dans *Walsh* aurait été la même si elle avait été adoptée dans le cadre juridique actuel. Ainsi, même si la *MPA* créait une différence de traitement fondée sur un motif analogue, cette distinction n’établissait pas de désavantage par l’expression ou la perpétuation d’un préjugé ou par l’application d’un stéréotype. C’est donc à bon droit que l’analyse effectuée par le juge Bastarache, soumise aux différences entre la *MPA* et le régime québécois, peut servir de point d’ancrage précédentiel à notre évaluation de l’atteinte au par. 15(1) qu’allègue A en l’espèce. Certes, l’analyse de la Cour ne portait pas sur l’obligation alimentaire, mais sur la présomption néo-écossaise de partage égal de biens familiaux. Cependant, les réflexions du juge Bastarache sur les sources des distinctions établies entre les différentes formes d’union et leurs

At any rate, even without *Walsh*, the same principles applied under the current analytical framework for s. 15(1) would lead to the conclusions I propose with respect to the Quebec legislation being challenged by A.

H. *Preliminary Comments on the Approach Proposed by the Court of Appeal*

[227] Before actually considering A's constitutional challenge, I believe a clarification is required with regard to the judgment of Dutil J.A. in the Court of Appeal. In her reasons, Dutil J.A. found that the main issues raised by A's appeal concerned [TRANSLATION] "the obligation of support" on the one hand and "the division of property" upon the breakdown of a relationship on the other. That distinction was central to her reasons and served as the framework for her reasoning. The same distinction is central to Deschamps J.'s reasons. Regarding the discrimination that allegedly results from the provisions on partition of property (family patrimony, protection of the family residence, partnership of acquests and compensatory allowance), Dutil J.A. considered herself bound by the reasoning in *Walsh* and concluded on that basis that those provisions are not discriminatory. Deschamps J. concludes that the exclusion of *de facto* spouses from the provisions in question is discriminatory, but that it is justified under s. 1 of the *Charter*.

[228] Dutil J.A. argued that, unlike in the case of the provisions on the partition of property, the obligation of support is not contractual in origin but [TRANSLATION] "exists to meet basic needs and represents an aspect of social solidarity": para. 68. As a result, she found that art. 585 *C.C.Q.*, which deals with the obligation of support, had to be assessed separately from the rest of the impugned provisions, that the reasoning in *Walsh* was not applicable to art. 585 and that s. 15(1) of the *Charter* had to be considered in relation to art. 585 alone. In my opinion, this is incorrect.

conséquences demeurent pertinentes. De toute manière, même en l'absence de l'arrêt *Walsh*, les mêmes principes appliqués dans le cadre actuel d'analyse du par. 15(1) conduiraient aux conclusions que je propose à propos de la législation québécoise attaquée par A.

H. *Commentaires préliminaires sur l'approche préconisée par la Cour d'appel*

[227] Avant de procéder à l'examen proprement dit de la contestation constitutionnelle engagée par A, j'estime qu'une précision s'impose à l'égard de l'opinion de la juge Dutil en Cour d'appel. Dans ses motifs, la juge Dutil considère que la question principale soulevée par le pourvoi de A touche, d'une part, « l'obligation alimentaire » et, d'autre part, « le partage des biens » lors d'une rupture. Cette distinction se situe au cœur de ses motifs et établit le cadre de son raisonnement. La même distinction se retrouve au cœur des motifs de la juge Deschamps. À l'égard de l'allégation de discrimination causée par les dispositions concernant le partage des biens (soit le patrimoine familial, la protection de la résidence familiale, la société d'acquêts et la prestation compensatoire), la juge Dutil s'estime liée par le raisonnement de l'arrêt *Walsh*. Elle conclut donc que ces dispositions ne sont pas discriminatoires. Pour sa part, la juge Deschamps conclut que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de ces dispositions est discriminatoire, mais qu'elle est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

[228] La juge Dutil soutient que, contrairement aux dispositions imposant un partage des biens, l'obligation alimentaire n'a pas d'origine contractuelle et « répond à des besoins de base et participe de la solidarité sociale » : par. 68. Dès lors, elle estime que l'art. 585 *C.c.Q.* concernant l'obligation alimentaire doit être apprécié séparément du reste des dispositions contestées, que le raisonnement de l'arrêt *Walsh* lui est inapplicable et qu'une évaluation sous le par. 15(1) de la *Charte* doit être entreprise isolément à son égard. J'estime que cette proposition est erronée.

[229] I find that the distinction drawn by Dutil J.A. between the “partition of property” and the “obligation of support” is inappropriate, as it 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.

[230] This distinction also overlooks the fact that each of the impugned provisions shapes the spouses’ private patrimonial relationship and that a number of them rebalance the distribution of property between the spouses in some way, including through the payment of certain amounts or the granting of rights of use of or ownership in certain property. As well, by increasing the patrimony of the less wealthy spouse, each of these measures can enhance that spouse’s autonomy and reduce the potential of his or her becoming dependent on government assistance.

[231] In Quebec law, the obligation of support is one of the mandatory effects of marriage (or of a civil union) that the spouses may not renounce in a marriage contract. As an expression of the duty of succour that each spouse owes the other where needed, the obligation of support, like the spouses’ obligation to contribute towards household expenses in proportion to their respective means, is part of the primary regime that the spouses accept when they choose to marry. This obligation, in the form of the duty of succour, lasts as long as the spouses remain married or in a civil union.

[229] Selon moi, la distinction qu’établit la juge Dutil entre « partage des biens » et « obligation alimentaire » est inadéquate. Cette 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.

[230] D’autre part, cette distinction ne tient pas compte du fait que chacune des dispositions contestées module les rapports patrimoniaux privés des conjoints et rééquilibre dans un certain nombre de cas, d’une façon ou d’une autre, la répartition des biens entre eux, notamment par le paiement de certaines sommes ou l’attribution de droits d’usage ou de propriété sur certains biens. De plus, chacune de ces mesures, en bonifiant le patrimoine du conjoint moins nanti, peut rendre ce dernier plus autonome et potentiellement moins dépendant de l’aide de l’État, le cas échéant.

[231] En droit québécois, l’obligation alimentaire constitue l’un des effets impératifs du mariage (ou de l’union civile) auquel les conjoints ne peuvent déroger par contrat de mariage. Manifestation du devoir de secours auquel chaque conjoint est tenu envers l’autre en cas de besoin, l’obligation alimentaire, au même titre que l’obligation de contribuer aux charges du ménage en proportion de ses facultés respectives, fait partie du régime primaire auquel les conjoints adhèrent dès qu’ils choisissent de se marier. Cette obligation, sous la forme du devoir de secours, perdure tant que les conjoints demeurent liés par le mariage ou l’union civile.

[232] However, both the *Civil Code* and the *Divorce Act* provide that such an obligation may be imposed even after the bonds of civil union or marriage have been dissolved. Thus, in *Bracklow*, the Court considered the *Divorce Act* and enquired into the basis for the obligation of support after the marriage bond is dissolved. The Court noted first that support may be awarded to compensate a spouse who has been economically disadvantaged during the marriage: *Bracklow*, at paras. 36, 39 and 49. In this regard, support is similar to a compensatory allowance, since its objective will be to compensate one of the spouses for losses incurred as a result of the marriage and its breakdown.

[233] However, support can also be non-compensatory, and based on the “mere fact that a person who formerly enjoyed intra-spousal entitlement to support now finds herself or himself without it”: *Bracklow*, at para. 41. This basis for the obligation of support “postulates each of the parties to the marriage agreeing, as independent individuals, to marriage and all that it entails — including the potential obligation of mutual support” and “recognizes the artificiality of assuming that all separating couples can move cleanly from the mutual support status of marriage to the absolute independence status of single life, indicating the potential necessity to continue support, even after the marital ‘break’”: *Bracklow*, at paras. 30-31.

[234] As the Court explained, this form of post-divorce support obligation is based on two important factors. First, it is based on the fact that an obligation of support, known as the duty of succour in the civil law, exists during marriage and may remain necessary after a marriage breaks down. Second, it can be seen as one of the many consequences to which individuals agree when they choose to marry. Thus, the choice to get married results in the application of certain mandatory effects codified in the *Civil Code of Québec*, such as the claim that arises for the value of the family patrimony, and of the effects set out in the *Divorce*

[232] Le *Code civil* et la *Loi sur le divorce* prévoient toutefois respectivement qu’une telle obligation peut être imposée même après la dissolution des liens d’union civile ou de mariage. Ainsi, dans l’arrêt *Bracklow*, la Cour étudie la *Loi sur le divorce* et s’interroge sur les fondements de l’obligation alimentaire après la dissolution du lien matrimonial. La Cour souligne d’abord que cette obligation alimentaire peut avoir un objectif compensatoire au profit d’un époux qui aurait été désavantagé économiquement durant le mariage : *Bracklow*, par. 36, 39 et 49. À ce titre, l’obligation alimentaire se rapproche de la prestation compensatoire en ce qu’elle aura pour objectif d’indemniser un des conjoints pour les pertes subies en raison du mariage et de son échec.

[233] Cependant, l’obligation alimentaire peut aussi être de nature non compensatoire et découler du « simple fait qu’une personne qui bénéficiait auparavant d’un droit aux aliments à titre d’époux au sein du mariage se trouve désormais privée de ce droit » : *Bracklow*, par. 41. Ce fondement de l’obligation alimentaire « pose comme principe que chaque partie au mariage souscrit, en tant que personne indépendante, au mariage et à tout ce qu’il entraîne, y compris la possibilité d’une obligation alimentaire mutuelle » et « reconnaît qu’il est irréaliste de supposer que tous les couples qui se séparent pourront facilement passer de l’obligation alimentaire mutuelle du mariage à l’indépendance absolue du célibat, d’où la nécessité éventuelle de poursuivre le versement d’aliments même après la “rupture” du mariage » : *Bracklow*, par. 30-31.

[234] Comme l’explique la Cour, cette forme d’obligation alimentaire après divorce repose sur deux constats importants. D’une part, elle découle du fait qu’une obligation alimentaire, appelée par ailleurs devoir de secours en droit civil, existe durant le mariage et peut demeurer nécessaire après la rupture. D’autre part, elle peut être vue comme une des nombreuses conséquences auxquelles les individus souscrivent lorsqu’ils choisissent de se marier. Dès lors, le choix de se marier emporte l’assujettissement à certains effets impératifs codifiés au *Code civil du Québec*, comme l’ouverture d’une créance pour la valeur

Act, which provides for an obligation of support following the breakdown of a marriage. In both cases, the obligation of support is therefore based on consent to the marriage or civil union.

[235] Accordingly, these appeals cannot be disposed of on the basis of the distinction made by Dutil J.A. between the partition of property and the obligation of support. Indeed, Beauregard J.A. seemed to acknowledge this in his concurring reasons in admitting that, were it not for *Walsh*, the Court of Appeal's reasoning on the discriminatory nature of the support obligation provision would apply equally to the other impugned provisions, such as those on the family patrimony: paras. 192 and 194. The main issue raised by 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*. For the reasons that follow, I find that it is not.

I. A's Discrimination Claim

[236] In these appeals, as I mentioned above, A is challenging the constitutional validity of the provisions of the *Civil Code of Québec* dealing with the family residence (arts. 401 *et seq.*), the family patrimony (arts. 414 *et seq.*), the compensatory allowance (arts. 427 *et seq.*), the partnership of acquests (arts. 432 *et seq.*) and the obligation of spousal support (art. 585) on the basis of the fact that they apply to private legal relationships of married and civil union spouses but not to those of *de facto* spouses. To prove that she has been discriminated against, A must show on a balance of probabilities that the provisions in question create an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground and that the disadvantage is discriminatory because it perpetuates prejudice or stereotypes.

[237] Although the burden of proving that the impugned provisions discriminate in a substantive

du patrimoine familial, ainsi qu'aux effets prévus à la *Loi sur le divorce* qui reconnaît une obligation alimentaire post-rupture de l'union. De part et d'autre, l'obligation alimentaire repose alors sur le consentement au mariage ou à l'union civile.

[235] Dès lors, pour régler le sort de ces pourvois, on ne saurait retenir la distinction qu'effectue la juge Dutil entre partage des biens et obligation alimentaire. Le juge Beauregard, dans son opinion concurrente, semble d'ailleurs reconnaître cette réalité lorsqu'il admet que, n'eût été de l'arrêt *Walsh*, le raisonnement de la Cour d'appel selon lequel la disposition sur l'obligation alimentaire serait discriminatoire s'appliquerait tout autant aux autres dispositions contestées, tel le patrimoine familial : par. 192 et 194. La question principale soulevée par ces pourvois n'est pas de rechercher 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*. Pour les motifs qui suivent, j'estime qu'elle ne l'est pas.

I. L'allégation de discrimination de A

[236] En l'espèce, comme je l'ai exposé plus haut, A conteste la validité constitutionnelle des dispositions du *Code civil du Québec* portant sur la résidence familiale (art. 401 *et suiv.*), le patrimoine familial (art. 414 *et suiv.*), la prestation compensatoire (art. 427 *et suiv.*), la société d'acquêts (art. 432 *et suiv.*) et l'obligation alimentaire entre conjoints (art. 585), en ce qu'elles encadrent les rapports juridiques privés des conjoints mariés et des conjoints unis civilement, mais ignorent ceux des conjoints de fait. Afin d'établir l'existence d'une situation de discrimination, A doit démontrer, par prépondérance des probabilités, que ces dispositions 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.

[237] Bien que la charge de la preuve du caractère réellement discriminatoire des dispositions

sense lies on A, the Court can of course take judicial notice of certain facts. If it does so, it must follow the rules that permit, but define the limits of, judicial notice. As McLachlin J. explained in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, “[j]udicial notice is the acceptance of a fact without proof”: para. 54. In other words, it “dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute”: *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at para. 48.

[238] According to the principles laid down in *Find*, judicial notice applies only where facts are either

(1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy: *R. v. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.); J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1055. [para. 48]

(See also *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 53.)

[239] These categories of facts are obviously limited. A court must therefore be cautious when asked to take judicial notice of particular facts. In particular, it must refrain from taking judicial notice of social phenomena unless they are not the subject of reasonable dispute for the particular purpose for which they are to be used: *Spence*, at para. 65. As Binnie J. explained in *Spence*, the closer a fact approaches the dispositive issue, or the closer it is to the centre of the controversy between the parties, the more stringently the court ought to verify it before taking judicial notice of it: paras. 60-61.

[240] Aside from the facts of which the court may take judicial notice, the general rule of evidence remains the same: “We must decide [the] case on the evidence before us”: *Gosselin*, at para. 66.

attaquées incombe à A, on sait que la Cour peut prendre connaissance d’office de certains faits. Elle applique alors les règles qui admettent la connaissance judiciaire, mais qui en délimitent la portée. Comme l’explique la juge McLachlin dans l’arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, « [l]a connaissance d’office est l’acceptation d’un fait sans preuve » : par. 54. Autrement dit, elle « dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables » : *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, par. 48.

[238] Selon les principes posés dans l’arrêt *Find*, la connaissance d’office ne s’applique qu’à deux types de faits :

(1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; [et] (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable : *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), p. 1055. [par. 48]

(Voir également *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 53.)

[239] Ces catégories de faits sont manifestement restreintes. Dès lors, les tribunaux doivent se montrer prudents lorsqu’on les invite à prendre connaissance d’office de certains faits. Ils doivent notamment se garder de constater d’office l’existence de phénomènes sociaux à moins que ceux-ci n’échappent à toute contestation raisonnable quant à la fin pour laquelle ils sont invoqués : *Spence*, par. 65. Comme l’explique le juge Binnie dans *Spence*, plus un fait a une incidence directe sur l’issue du procès ou plus il touche de près le cœur du litige, plus les tribunaux doivent le soumettre à des vérifications sévères avant d’en admettre d’office l’existence : par. 60-61.

[240] En dehors des faits dont le tribunal peut prendre connaissance d’office, la règle de preuve générale demeure la même : « Nous devons trancher le [. . .] pourvoi en fonction de la preuve qui nous

This rule applies to cases involving allegations of infringements of the right to equality, including appeals to this Court.

(1) Adverse Distinction Based on an Enumerated or Analogous Ground

[241] In this appeal, the first matter to be proved by A presents no problem. The various articles of the *Civil Code* at issue here apply only to persons who are married or in a civil union. They govern the private legal relationships of such persons, but they do not apply to the relationships of *de facto* spouses. They therefore draw a distinction based on the analogous ground of marital status.

[242] 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, regardless of the origin of that patrimony, one of them will be in a worse position after the relationship ends than would a married spouse in a similar patrimonial situation. A married spouse whose marriage breaks down would be entitled to partition under the regimes of family patrimony and partnership of acquests and might also be awarded the ownership of certain movables, the use of the family residence, a compensatory allowance and support. The *de facto* spouse, on the other hand, will not have the rights recognized by the relevant provisions of the *Civil Code*. In reality, however, each form of conjugal relationship is likely to have its share of disadvantages for one or the other of the spouses, depending on their personal circumstances at the time of the breakdown. The nature of these disadvantages will vary with the position of each of the spouses and the nature of the legal regime applicable to them.

a été soumise » : *Gosselin*, par. 66. Cette règle s'applique aux affaires relatives aux allégations de violation du droit à l'égalité, y compris aux pourvois portés devant notre Cour.

(1) Distinction désavantageuse fondée sur un motif énuméré ou analogue

[241] En l'espèce, le premier élément dont A doit faire la preuve ne pose aucun problème. Les divers articles du *Code civil* faisant l'objet du présent litige ne s'appliquent qu'aux personnes mariées ou unies civilement. Ils régissent les rapports juridiques privés établis entre ces dernières, mais ne s'appliquent pas aux rapports entre conjoints de fait. Ces dispositions opèrent ainsi une distinction sur la base du motif analogue qu'est l'état matrimonial.

[242] 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 d'une capacité de gain et d'un patrimoine identiques, quelle que soit l'origine de ce dernier, un des conjoints se trouvera dans une situation moins favorable après la rupture que ne l'aurait été le conjoint marié, placé dans une situation patrimoniale similaire. Dans le cas de la rupture du mariage, ce conjoint bénéficierait d'un droit au partage des régimes de patrimoine familial et de société d'acquêts. Il pourrait aussi se voir octroyer la propriété de certains biens meubles, l'usage de la résidence familiale, une prestation compensatoire ainsi qu'une pension alimentaire. Le conjoint de fait, quant à lui, ne bénéficierait pas des droits reconnus par les dispositions pertinentes du *Code civil*. Toutefois, en réalité, chaque forme d'union conjugale est susceptible d'entraîner sa part de désavantages pour l'un ou l'autre des conjoints selon leur situation personnelle au moment de la rupture. La nature de ces désavantages variera avec la position de chacun des conjoints et la nature du régime juridique auquel il se trouvera assujéti.

[243] The provisions relating to the family patrimony, the family residence, the compensatory allowance, the partnership of acquests and the obligation of support therefore have the effect of creating a distinction based on an analogous ground, and that distinction can result in a disadvantage. What remains to be determined is whether the exclusion of *de facto* spouses from the framework applicable to marriage and civil unions discriminates in a substantive sense by violating the principle of substantive equality protected by s. 15(1) of the *Charter*. According to the general analytical framework in place since *Withler* and *Kapp*, there are two ways for A to prove this. First, she can show that the disadvantageous law perpetuates prejudice against *de facto* spouses. Second, she can show that the disadvantage imposed by the law is based on a stereotype. If either of these things is shown, the impugned provisions will be found to violate s. 15(1).

(2) Perpetuating Prejudice

[244] The first way that substantive inequality may be established is by showing that the impugned disadvantageous law, in purpose or effect, perpetuates prejudice against members of a group on the basis of personal characteristics covered by s. 15(1): *Withler*, at para. 35. Generally speaking, a law will perpetuate prejudice if it denotes a negative attitude or opinion concerning a person that is based on a personal characteristic enumerated in s. 15(1) or a characteristic analogous thereto. The same is true of provisions that attribute greater moral worth to certain persons at the expense of another group of persons on the basis of such a characteristic. Legislation that establishes a hierarchy among different individuals on the basis of their having or not having an enumerated or analogous characteristic would also perpetuate prejudice. As Professor Réaume explains, prejudice also works through the attribution of negative worth to personal characteristics that are important aspects of human identity: pp. 679-80.

[243] Les dispositions portant sur le patrimoine familial, la résidence familiale, la prestation compensatoire, la société d'acquêts et l'obligation alimentaire comportent donc, dans leur effet, une distinction fondée sur un motif analogue et cette distinction peut être la source d'un désavantage. Reste à déterminer si l'exclusion des conjoints de fait de l'encadrement du mariage et de l'union civile est réellement discriminatoire parce qu'elle porterait atteinte au principe d'égalité réelle protégé par le par. 15(1) de la *Charte*. Pour faire cette preuve, conformément au cadre général d'analyse établi depuis les arrêts *Withler* et *Kapp*, A dispose de deux méthodes. D'une part, elle peut démontrer que ces mesures désavantageuses perpétuent un préjugé à l'égard des conjoints de fait. D'autre part, elle peut établir que le désavantage imposé par de telles mesures repose sur un stéréotype. L'une ou l'autre de ces démonstrations mènera à la conclusion que les dispositions attaquées portent atteinte au par. 15(1).

(2) Perpétuation d'un préjugé

[244] La première façon de faire la preuve de l'inégalité réelle est de démontrer que la mesure désavantageuse contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé à l'égard des membres d'un groupe en raison de caractéristiques personnelles visées par le par. 15(1) : *Withler*, par. 35. Généralement, une mesure perpétue un préjugé lorsqu'elle révèle une attitude ou une opinion défavorable à l'égard d'une personne, sur la base d'une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) ou qui lui est analogue. Un constat identique s'impose face à une disposition qui reconnaîtrait une plus grande valeur morale à certaines personnes au détriment d'un autre groupe de personnes sur la base d'une telle caractéristique. Par ailleurs, un préjugé est aussi présent lorsqu'une mesure législative établit une hiérarchie entre différentes personnes du fait de l'existence ou de l'absence d'une caractéristique énumérée ou analogue. Comme l'explique la professeure Réaume, le préjugé s'exprime en outre par l'attribution d'une valeur négative à des caractéristiques personnelles qui constituent des aspects importants de l'identité d'un être humain : p. 679-680.

[245] Prejudice can sometimes be seen on the very face of the legislation, especially if the legislation reflects contempt for or hostility toward the group concerned or if its purpose is to inflict prejudice on a group of persons. In such circumstances, discrimination through the expression or perpetuation of prejudice will likely be intentional.

[246] It is generally accepted that *de facto* spouses in Quebec historically experienced disadvantageous treatment based on intentional prejudice. As I explained above, until the 1980 family law reform, disapproval of “concubinage” was expressed in legislation. This disapproval could be seen in particular in the *Civil Code of Lower Canada*, which effectively prohibited any financial arrangements between *de facto* spouses and also maintained a strict distinction between legitimate children, those born in wedlock, and “natural, incestuous or adulterine” children, those born out of wedlock. These measures were an attempt to prevent individuals from choosing to live in such unions, which at the time were considered [TRANSLATION] “contrary to good morals”: Cossette, at p. 53. Moreover, the only way for *de facto* spouses to legitimate their natural children was to get married, where such a marriage was legally possible.

[247] McLachlin J. described the historical situation of *de facto* spouses as follows in *Miron*:

There is ample evidence that unmarried partners have often suffered social disadvantage and prejudice. Historically in our society, the unmarried partner has been regarded as less worthy than the married partner. The disadvantages inflicted on the unmarried partner have ranged from social ostracism through denial of status and benefits. [Emphasis added; para. 152.]

(See also *Walsh*, at para. 41.)

[248] Thus, there was a period of Quebec history during which *de facto* spouses were subjected

[245] Parfois, le préjugé apparaîtra à la face même de la législation, particulièrement lorsque cette dernière traduit un mépris ou une hostilité envers le groupe concerné, ou lorsque son objectif consiste à infliger un préjudice à un groupe de personne. Dans ces circonstances, la discrimination par l’expression ou la perpétuation d’un préjugé sera vraisemblablement intentionnelle.

[246] Il est généralement admis qu’historiquement, les conjoints de fait du Québec ont subi un traitement désavantageux empreint de préjugés intentionnels. Tel que je l’explique plus haut, jusqu’aux réformes du droit de la famille de 1980, le « concubinage » faisait l’objet d’une désapprobation législative. Celle-ci se manifestait notamment dans le *Code civil du Bas Canada* qui interdisait effectivement tout arrangement financier entre conjoints de fait. D’autre part, le *Code civil du Bas Canada* maintenait une distinction stricte entre les enfants légitimes, nés au sein du mariage, et les enfants « naturels, incestueux ou adultérins », nés hors mariage. Par ces mesures, l’on tentait d’éviter que les individus ne choisissent de vivre au sein de telles unions alors considérées comme « contraire[s] aux bonnes mœurs » : Cossette, p. 53. Par ailleurs, la seule méthode dont disposaient les parents vivant en union de fait pour que leur enfant naturel soit légitime était de se marier, lorsqu’un tel mariage était juridiquement possible.

[247] Décrivant la situation historique des conjoints de fait, la juge McLachlin tient, dans *Miron*, les propos suivants :

De nombreux faits établissent que les partenaires non mariés ont souvent subi un désavantage et un préjudice au sein de la société. En effet, traditionnellement dans notre société, on a considéré que le partenaire non marié avait moins de valeur que le partenaire marié. Parmi les désavantages subis par les partenaires non mariés, mentionnons l’ostracisme social par négation de statut et de bénéfices. [Je souligne; par. 152.]

(Voir également *Walsh*, par. 41.)

[248] Il appert donc que durant une période de l’histoire du Québec, les conjoints de fait ont été

to both legislative hostility and social ostracism. In keeping with the principles stated in *Law*, this historical disadvantage means that particular care must be taken in reviewing any new legislation containing an adverse distinction with respect to certain members of the same group: paras. 63-68. However, the recognition of historical disadvantage does not automatically lead to the conclusion that a distinction remains discriminatory today on the basis that it creates a disadvantage by perpetuating prejudice. It is also necessary that the disadvantage continue to exist today and that the new legislation confirm or perpetuate the legislative and social stigmatization of such spouses.

[249] On this point, I would point out that the limits on freedom of contract imposed on *de facto* spouses, like the distinction between legitimate and natural children, were eliminated in 1980. Furthermore, nothing in the evidence suggests that *de facto* spouses are now subject to public opprobrium or that they are otherwise subject to social ostracism. 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. Statistics from the latest census in 2011 confirm that it exists and is developing in Quebec society. Several of the married spouses with whom certain experts met in conducting sociological studies for the purposes of this litigation even regularly use language specific to *de facto* unions when describing themselves to third parties. The fact that they do so does not support a view that society continues to be suspicious or intolerant of *de facto* unions.

[250] Moreover, the legislature's traditional hostility generally seems to have changed into acceptance of the *de facto* union. As I mentioned above, Quebec social legislation no longer draws distinctions between the various types of conjugality: see, *inter alia*, *An Act respecting financial assistance for education expenses*; *An Act respecting legal aid and the provision of certain other legal services*; *Automobile Insurance Act*. Rather,

victimes d'une hostilité législative accompagnée d'ostracisme social. Conformément aux enseignements de l'arrêt *Law*, ce désavantage historique appelle un examen résolument prudent de toute nouvelle mesure législative comportant une distinction désavantageuse pour certains membres de ce groupe : par. 63-68. Cependant, la reconnaissance d'un désavantage historique n'emporte pas automatiquement la conclusion qu'une distinction demeure aujourd'hui discriminatoire parce qu'elle causerait un désavantage par la perpétuation d'un préjugé. Encore faut-il que, dans le contexte actuel, le désavantage existe toujours et que la nouvelle mesure confirme ou perpétue cette stigmatisation législative et sociale.

[249] Sur ce point, je constate que les limites à la liberté contractuelle imposées aux conjoints de fait, tout comme la distinction entre enfants légitimes et naturels, ont été levées en 1980. De plus, rien dans la preuve ne permet de conclure que l'union de fait fasse aujourd'hui l'objet de l'opprobre populaire ou qu'elle soit autrement victime d'ostracisme social. Les rapports d'expertise déposés par les parties tendent plutôt à démontrer le contraire. L'union de fait serait devenue un mode de conjugualité respecté n'entraînant aucun jugement péjoratif de la part de l'ensemble de la société québécoise. Les statistiques du dernier recensement de 2011 confirment sa présence et son développement dans la vie de la société québécoise. Plusieurs époux rencontrés dans le cadre des études sociologiques entreprises par certains experts aux fins du présent litige utilisent même régulièrement un vocabulaire propre à l'union de fait pour se décrire auprès des tiers. Un tel comportement serait difficilement conciliable avec l'existence d'une société méfiante ou intolérante vis-à-vis de l'union de fait.

[250] On peut aussi constater que l'hostilité législative traditionnelle semble s'être généralement muée en acceptation du phénomène de l'union de fait. À cet effet, rappelons que les lois sociales québécoises n'entretiennent plus de distinctions entre les divers modes de conjugualité : voir notamment *Loi sur l'aide financière aux études*; *Loi sur l'aide juridique et sur la prestation de certains autres services juridiques*; *Loi sur l'assurance*

it applies uniformly to *de facto*, married and civil union spouses both in granting benefits and in imposing obligations where their relations with government institutions are concerned. As we have seen, 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 conjuality.

[251] However, the fact that the form of union chosen by *de facto* spouses now generally seems to have the social and legislative acceptance it formerly lacked does not on its own lead to the conclusion that the law at issue in this case does not express prejudice. Prejudice does not have to be intentional for s. 15(1) of the *Charter* to be violated. If a law has the effect of favouring certain individuals at the expense of others by treating the latter as less worthy, or if it creates a hierarchy between them, even inadvertently, it will be considered to discriminate by expressing prejudice.

[252] In the case at bar, the articles of the *Civil Code of Québec* whose validity is challenged by A have the purpose and effect of regulating the private relationships of married spouses. They do this in two ways, as I explained above.

[253] First, as a result of their marriage, the spouses are subject to a mandatory primary regime that radically alters each spouse's patrimonial rights. More specifically, the primary regime results in the formation of a partial economic union between the spouses. Second, 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 also 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. It expands the partial economic union already created by the primary regime. Upon separation or divorce, this matrimonial regime requires that the value of each spouse's acquests be partitioned. The monetary

automobile. Les conjoints de fait, comme les époux et les conjoints unis civilement, sont soumis à une application uniforme de ces lois tant sur le plan des bénéfices accordés que sur celui des obligations imposées lorsqu'il s'agit de leurs rapports avec les institutions publiques. Comme nous l'avons vu, 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 conjualité divers.

[251] Cependant, le fait qu'à l'heure actuelle la forme d'union choisie par les conjoints de fait paraisse généralement bénéficier d'une acceptation sociale et législative autrefois inexistante, ne suffit pas pour conclure que les mesures contestées en l'espèce n'expriment pas de préjugés. Le préjugé n'a pas à être intentionnel pour porter atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Si une mesure a pour effet de privilégier certains individus au détriment d'autres individus en attribuant aux seconds une valeur inférieure, ou si elle crée, même par inadvertance, une hiérarchie entre eux, elle sera considérée discriminatoire par l'expression d'un préjugé.

[252] En l'espèce, l'objet et l'effet des articles du *Code civil du Québec* dont A conteste la validité sont d'encadrer les rapports privés des époux. Cet encadrement se réalise de deux manières, comme je l'ai exposé.

[253] Premièrement, le mariage emporte l'assujettissement des époux à un régime primaire impératif qui altère radicalement les droits patrimoniaux de chacun des époux. Spécifiquement, ce régime impose la formation d'une union économique partielle entre les époux. Deuxièmement, en l'absence de contrat de mariage prévoyant la séparation de biens ou des modifications au régime légal, le mariage emporte également 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. La société d'acquêts approfondit l'union économique partielle déjà créée par le régime primaire. À la séparation ou au divorce, ce régime matrimonial impose un partage de la valeur des acquêts que possède chaque

impact of this regime can be significant: each spouse's acquets include the proceeds of his or her work during the regime, and the fruits and income due or collected from all his or her private property or acquets during the regime.

[254] 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 legislature did not view cohabitation on its own as an expression of such consent. As a result, the regimes do not apply automatically to *de facto* unions.

[255] Has the legislature in this way established a hierarchy between the various forms of conjugality? Has it expressed a preference for marriage and civil unions at the expense of *de facto* unions? Do the articles of the *Civil Code of Québec* being challenged in this case have the effect of sending a message or conveying a negative image or belief concerning *de facto* spouses?

[256] In my opinion, the answer to these questions must be no. Like the Nova Scotia legislature in enacting the *MPA* at issue in *Walsh*, the Quebec National Assembly has not favoured one form of union over another. This conclusion can be inferred if the questions of freedom of choice and autonomy of the will of the parties are correctly considered. The legislature 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.

[257] This makes it easier to understand the real purpose of these appeals. It concerns the mutual rights and obligations of spouses in the various forms of conjugal relationships available to them in Quebec law. In Quebec family law, these rights and obligations are always available to everyone,

époux. L'impact pécuniaire de ce régime peut être important : les acquêts d'un époux comprennent notamment le produit de son travail au cours du régime ainsi que les fruits et revenus échus ou perçus au cours du régime, provenant de tous ses biens, propres ou acquêts.

[254] 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 législateur ne considère pas que la cohabitation, à elle seule, constitue une manifestation de ce consentement. Dès lors, ces régimes ne s'appliquent pas automatiquement à l'union de fait.

[255] Ce faisant, le législateur crée-t-il une hiérarchie entre les diverses formes de conjugalité? Manifeste-t-il une préférence pour le mariage et l'union civile au détriment de l'union de fait? Les articles du *Code civil du Québec* attaqués en l'espèce ont-ils pour effet de transmettre un message ou de projeter une image ou une croyance négative au sujet des conjoints de fait?

[256] Selon moi, ces questions doivent recevoir une réponse négative. À l'instar du législateur néo-écossais et de la *MPA* en litige dans l'arrêt *Walsh*, l'Assemblée nationale du Québec ne privilégie pas une forme d'union par rapport à une autre. Cette conclusion s'infère si l'on pose correctement les questions de la liberté de choix et de la marge d'autonomie laissée à la volonté des parties. Le législateur 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.

[257] Ceci permet de mieux comprendre l'objet réel de ces pourvois. Il met en cause les droits et obligations mutuels des conjoints en vertu des différentes formes d'union conjugale qui leur sont offertes par la loi au Québec. Dans tous les cas, selon le droit de la famille du Québec, ces droits

but imposed on no one. Their application depends on an express mutual will of the spouses to bind themselves. This express, and not deemed, consent is the source of the obligation of support and of that of partition of spouses' patrimonial interests. As we have seen, 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 without having to modify the form of conjugality they have chosen for their life together.

[258] *M. v. H.* does not preclude this conclusion. In that case, the same-sex spouses were excluded on the basis of their sexual orientation from a regime that required no form of express consent in order to apply. In the case of Quebec, consent is the ordinary rule. For *de facto* spouses, it can take legal forms that are well known and often straightforward, with which legal practitioners, if not the parties themselves, are familiar. If a spouse has concerns about the relative fragility of such agreements in the event of insolvency, agreements with respect to forms of co-ownership are possible.

[259] 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. In this regard, my colleague Abella J. is mistaken in saying that the choice of a form of conjugal relationship, especially that of marriage, is necessarily a mutual one. She criticizes what she describes as the “opt-in” system of Quebec law, arguing that it leaves each member of the couple at the mercy of the other should one of them refuse to marry: para. 375.

et obligations offerts à tous ne sont imposés à personne. Leur mise en œuvre dépend d'une volonté mutuelle explicite de se lier. Ce consentement explicite et non présumé constitue la source des obligations de soutien alimentaire et de partage des intérêts patrimoniaux entre conjoints. Comme on l'a vu, 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 des contrats de vie commune permet aux conjoints de fait de créer entre eux les rapports juridiques qu'ils estiment nécessaires sans devoir modifier la forme de conjugalité dans laquelle ils ont situé leur vie commune.

[258] L'arrêt *M. c. H.* ne fait pas obstacle à cette conclusion. Dans cette affaire, les conjoints de même sexe étaient exclus en vertu de leur orientation sexuelle d'un régime qui n'exigeait aucune forme de consentement explicite pour son application. Dans le cas du Québec, le consentement est la règle commune. Dans le cas des conjoints de fait, il peut prendre des formes juridiques connues, souvent simples et familières aux praticiens du droit, sinon aux parties elles-mêmes. Si l'on entretient des inquiétudes sur la fragilité relative de ces ententes dans des situations d'insolvabilité, des accords relatifs à des formes de copropriété demeurent possibles.

[259] 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 conjoints de fait. À cet égard, ma collègue la juge Abella se méprend sur la nature nécessairement mutuelle de la décision de choisir une forme d'union conjugale, en particulier celle du mariage. Son opinion critique ce qu'elle définit comme le système d'« *opting in* » (système fondé sur l'adhésion volontaire) du droit québécois parce qu'il laisserait chaque membre du couple à la merci de l'autre en cas de refus de conclure un mariage : par. 375.

[260] This represents an incomplete view of marriage and *de facto* unions in contemporary society. If we accept that an individual's freedom to decide and personal autonomy are not purely illusory, his or her decision to continue living with a spouse who refuses to marry has the same value as that of a spouse who gives in to insistent demands to marry.

[261] In Quebec family law, as I mentioned above, choosing a *de facto* union permits spouses to opt out of the primary regime that is mandatory in the case of marriage or a civil union. By making this choice, they avoid entering into that regime and consequently assuming such obligations as that of support or the partition of the family patrimony. My colleague Abella J. adopts a position that would require these spouses to perform positive acts to opt out of a regime they did not intend to adopt. She would thus require them to exercise a freedom of choice whose validity and relevance she nonetheless denies in the context of opting for a particular form of conjugality.

[262] Moreover, the entire history of societal and legal changes that have led to the *de facto* union becoming an accepted form of conjugality in Quebec, far from being irrelevant to the analysis of an allegation that the right to equality has been infringed, is essential if we are to understand the constitutional issue before us and consider it in its context. This context can be understood only in light of the very widespread acceptance of the *de facto* union in Quebec society since the recognition of marital status as an analogous ground of discrimination: *Turpin*, at p. 1332. 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: *Lavoie*, at paras. 47-48, *per* Bastarache J.

[263] That the legislature did not intend to favour marriage or the civil union is made even clearer by the fact that in Quebec law, *de facto* spouses may accept each of the effects of marriage set out in the

[260] Cette opinion présente une vision tronquée du mariage et des unions de fait dans la société contemporaine. Dans la mesure où nous acceptons que la liberté de décision et l'autonomie personnelle ne sont pas de pures illusions, la décision d'un individu de continuer sa vie conjugale avec un conjoint qui refuse de se marier possède la même valeur que celle d'un conjoint qui cède à une demande pressante de conclure un mariage.

[261] Dans le droit de la famille du Québec, comme nous l'avons vu, le choix de l'union de fait permet aux conjoints de se soustraire au régime primaire imposé par le mariage et l'union civile. Ce choix leur évite de s'engager dans ce régime et d'assumer en conséquence des obligations comme le soutien alimentaire ou le partage du patrimoine familial. La position adoptée par ma collègue la juge Abella contraindrait ces conjoints à poser des actes positifs pour choisir de se soustraire à un régime qu'ils n'entendaient pas adopter. Elle obligerait ainsi les conjoints à exercer une liberté de choix dont elle nie cependant la validité et la pertinence lorsqu'il s'agit d'opter pour une forme particulière de conjugalité.

[262] Par ailleurs, loin d'être sans pertinence pour l'analyse de l'allégation d'atteinte à la garantie d'égalité, toute l'histoire de l'évolution sociale et juridique de l'union de fait au Québec, qui en fait l'une des formes de conjugalité reconnues, est indispensable pour comprendre et contextualiser le débat constitutionnel porté devant nous. L'acceptation très généralisée de l'union de fait dans la société québécoise depuis la reconnaissance de l'état matrimonial comme motif analogue de distinction ne peut être négligée pour comprendre ce contexte : *Turpin*, p. 1332. 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 : *Lavoie*, par. 47-48, le juge Bastarache.

[263] L'absence de volonté de privilégier le mariage ou l'union civile est d'autant plus évidente que le droit québécois permet aux conjoints de fait de souscrire à chacun des effets du mariage prévus

impugned provisions. To do so, they must indicate their consent by expressing a clear intention.

[264] Thus, *de facto* spouses can enter into cohabitation agreements in which they can opt in to the rules on the partition of the family patrimony, provide for an obligation of support in the event that their relationship breaks down, grant a right of use of the family residence or reserve the right to claim a compensatory allowance. They can also establish the equivalent of a matrimonial regime and agree to have the rules of the regime of partnership of acquests apply to their relationship. Moreover, under statutory pension plans, *de facto* spouses can apply by mutual agreement for the partition of amounts accrued in one spouse's name. Also, spouses who do not want to proceed by way of an agreement can purchase property as co-owners, thus ensuring that they are entitled to partition the property when their union comes to an end. In the absence of such arrangements, a *de facto* spouse can always go to court to bring an action for unjust enrichment against his or her former spouse in circumstances in which such an action is available.

[265] To paraphrase Bastarache J. in *Walsh*, I believe that this requirement that a consensus between the spouses exist before any significant change is made to their rights of ownership “enhances rather than diminishes respect for the autonomy and self-determination of unmarried cohabitants and their ability to live in relationships of their own design”: para. 50.

[266] In short, I do not consider it 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. Conversely, as we saw in *Miron*, differential treatment of spouses by the government in conferring financial benefits

par les dispositions contestées. Ceux-ci doivent alors manifester leur consentement par l'expression d'une volonté explicite

[264] Les conjoints de fait peuvent ainsi conclure des contrats de vie commune. Par ces contrats, ils sont capables de s'assujettir aux règles de partage du patrimoine familial, de prévoir une obligation alimentaire post-rupture, de s'accorder un droit d'usage de la résidence familiale, ou de se réserver l'octroi d'une prestation compensatoire. Ils peuvent en outre constituer l'équivalent d'un régime matrimonial et s'assujettir aux règles de la société d'acquêts. Les régimes statutaires de rentes et de pensions prévoient en outre que les conjoints de fait peuvent, d'un commun accord, demander le partage des sommes accumulées au nom d'un des conjoints. De plus, les conjoints qui ne désirent pas procéder par la voie contractuelle peuvent acheter des biens en copropriété, s'assurant ainsi d'un droit à leur partage lors de la fin de l'union. En l'absence de tels arrangements, un conjoint de fait peut toujours s'adresser aux tribunaux afin de présenter un recours en enrichissement injustifié contre son ex-conjoint, dans les situations où ce recours est possible.

[265] Paraphrasant les propos du juge Bastarache dans *Walsh*, j'estime qu'en exigeant qu'il existe un consensus entre les conjoints avant d'opérer une importante altération de leurs droits de propriété, « on ne respecte pas moins, mais davantage l'autonomie et l'autodétermination des couples vivant en union libre, de même que leur faculté de vivre dans une forme d'union qu'ils ont eux-mêmes façonnée » : par. 50.

[266] En somme, pour respecter l'objet du par. 15(1), je ne considère pas qu'il soit 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. *A contrario*, comme nous l'avons vu dans l'affaire *Miron*, un traitement différent des conjoints quant à l'attribution de bénéfices

may be a sign that prejudice is being expressed against certain forms of conjugality. On this fundamental distinction, I will repeat the comments of Professor Goubau, who discusses the importance of maintaining the diversity of forms of conjugality in private law and refraining from imposing a single form of conjugal relationship on spouses:

[TRANSLATION] Moreover, our reflection on the appropriateness of extending certain rights traditionally reserved for marriage (and now extended to civil unions) to *de facto* spouses must not confuse, as is done too often, the *recognition* of *de facto* spouses in social law with the idea that they should be *treated in the same way as other spouses* in private law, which, in my view, is the very negation of recognition. In public law and social law, the recognition of conjugality outside marriage, both heterosexual and homosexual, is now a fact. . . . To accept that unmarried couples can, for example, enjoy the benefits of a public pension plan just like married couples or have the same tax disadvantages is in fact to recognize that the private choices made by individuals have nothing to do with their status in society. Making the status of spouse available to all couples under social and public law regardless of the legal forms of their relationships is therefore a genuine way of recognizing the real diversity of conjugality in contemporary society.

On the other hand, to treat all couples in the same way when it comes, for example, to the obligation of support or the partition of the family patrimony, that is, to matters of private law, would amount to denying precisely what creates diversity among couples, namely the voluntary arrangement of the private effects of their conjugality. [Emphasis in original.]

(D. Goubau, “La conjugalité en droit privé: comment concilier ‘autonomie’ et ‘protection’?”, in Lafond and Lefebvre, 153, at p. 156)

[267] I conclude on completing this part of the analysis that the articles of the *Civil Code of Québec* whose constitutional validity is being challenged by A 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

financiers étatiques peut trahir l’expression d’un préjugé défavorable à l’égard de certaines formes de conjugalité. À propos de cette distinction fondamentale, je reprends les commentaires du professeur Goubau, d’après qui il importe de préserver la diversité des modes de conjugalité en droit privé et de se garder d’imposer une forme unique d’union conjugale aux conjoints :

Par ailleurs, dans le cadre de la réflexion sur l’opportunité d’étendre aux conjoints de fait certains droits traditionnellement réservés au mariage (et désormais élargis à l’union civile) il convient de ne pas confondre, comme trop souvent, la question de la *reconnaissance* des conjoints de fait en droit social avec celle de leur *assimilation* en droit privé qui est, à mon avis, la négation même de la reconnaissance. En droit public et social, la reconnaissance de la conjugalité hors mariage, hétérosexuelle et homosexuelle, est maintenant chose acquise. [. . .] Accepter qu’un couple non marié puisse, par exemple, bénéficier au même titre que les gens mariés des avantages d’un régime de rente publique ou qu’il puisse subir les mêmes inconvénients sur le plan fiscal, c’est en réalité reconnaître que les choix privés des individus n’ont rien à voir avec leur statut dans la cité. Ouvrir en droit social et public le statut de conjoints à tous les couples, quelle que soit la forme juridique de leur union, constitue donc une authentique façon de reconnaître la diversité réelle de la conjugalité dans la société contemporaine.

Par contre, assimiler tous les couples lorsqu’il s’agit, par exemple, d’obligation alimentaire ou de partage du patrimoine familial, c’est-à-dire de droit privé, revient à nier ce qui fait précisément la diversité des couples, soit l’organisation volontaire des effets privés de leur conjugalité. [En italique dans l’original.]

(D. Goubau, « La conjugalité en droit privé : comment concilier “autonomie” et “protection” ? », dans Lafond et Lefebvre, 153, p. 156)

[267] Au terme de cette partie de l’analyse, je conclus que 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

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.

[268] At this point of my analysis, I must mention my reservations with respect to the position taken by my colleague Abella J. First of all, she does not recognize the role played by consent in the application of the rights and obligations that result from the various forms of conjugality. And it is odd that the opt-out solution she proposes for parties living in a *de facto* union would itself depend on this mutuality of consent and would not be available to parties who have chosen other forms of conjugal relationships. Next, she fails in practice to consider the social context of the *de facto* union in Quebec. Finally, her analysis would tend to reduce the review of alleged infringements of the right to equality to a requirement that adverse distinctions be found. There would no longer be an analytical framework to guide the courts in considering such matters, and this could affect the legitimacy of their decisions in this regard.

(3) Stereotyping

[269] There is a second way for A to prove substantive inequality, however. She can try to show that the disadvantage imposed by these legislative provisions is based on a stereotype that does not correspond to the actual circumstances or characteristics of *de facto* spouses: *Withler*, at para. 36.

[270] This argument essentially focuses on the issue of the validity of the basic premise of Quebec family law, namely the exercise of autonomy of the will. In Quebec, the legislature has provided that the application of the provisions on the family patrimony, the compensatory allowance, the obligation of support, the family residence

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.

[268] À ce point de mon analyse, je dois souligner mes réserves à l'égard de la position prise par ma collègue la juge Abella. D'abord, elle ne reconnaît pas la réalité du rôle du consentement dans la mise en œuvre des droits et obligations résultant des différentes formes de conjugalité. Curieusement, la solution d'« *opting out* » (régime assorti d'un droit de retrait) qu'elle propose aux parties vivant en une union de fait dépendrait elle-même de cette mutualité du consentement et ne serait pas ouverte aux parties qui ont choisi d'autres formes d'union conjugale. Puis, elle néglige en pratique de considérer le contexte social de l'union de fait au Québec. Enfin, son analyse tendrait à réduire l'étude des allégations de violation de la garantie d'égalité à un pur constat de différences désavantageuses. Il n'y aurait plus de cadre juridique pour gouverner l'intervention des tribunaux en ces matières, situation qui pourrait éventuellement affecter la légitimité de leurs interventions.

(3) Application d'un stéréotype

[269] Cependant, A dispose d'une deuxième possibilité de faire la preuve de l'inégalité réelle. Elle peut tenter de démontrer que le désavantage imposé par ces dispositions législatives repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation ou les caractéristiques véritables des conjoints de fait : *Withler*, par. 36.

[270] Le cœur de cet argument repose essentiellement sur la question de la validité de la prémisses de base du droit de la famille québécois, soit l'exercice de l'autonomie de la volonté. Au Québec, le législateur fait dépendre l'application des dispositions sur le patrimoine familial, la prestation compensatoire, l'obligation alimentaire,

and partnership of acquests are conditional on the expression of a consensual intention (through marriage, a civil union or a cohabitation agreement). It thus refused to impose these measures on persons who have not expressed their consent to be bound by them and, in so doing, took the view that cohabitation alone does not amount to the expression of an intention to be so bound.

[271] If this premise is false and the decision to marry or not to marry does not imply consent to be bound by or excluded from the regimes in the *Civil Code*, the provisions challenged by A could well be based on an inaccurate characterization of the circumstances of Quebec couples. In other words, if autonomy of the will is merely wishful thinking and does not really exist in matrimonial matters, then the distinction made by the legislature does not correspond to the actual circumstances and characteristics of *de facto* spouses and therefore creates a disadvantage based on stereotyping.

[272] There is no evidence in the Court's record in this case that would justify accepting the validity of such an argument and 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.

[273] Nor can I take judicial notice 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: *Find*, at paras. 48 and 60-61.

[274] It is not unreasonable to believe that, in theory, individuals sometimes make uninformed

la résidence familiale et la société d'acquêts de l'expression d'une volonté consensuelle (soit par mariage, par union civile ou par contrat de cohabitation). Il refuse ainsi d'imposer ces mesures aux personnes n'ayant pas exprimé de volonté consensuelle de s'y soumettre et par le fait même, considère que la cohabitation seule ne constitue pas l'expression d'une telle volonté.

[271] Si cette prémisse est fausse et la décision de se marier ou de ne pas se marier n'implique pas le consentement à être assujéti ou soustrait aux régimes prévus par le *Code civil*, les dispositions contestées par A pourraient bien reposer sur une caractérisation inexacte de la situation des couples québécois. Autrement dit, si l'autonomie de la volonté demeure un vœu pieux qui, en matière matrimoniale, n'existe pas réellement, la distinction opérée par le législateur ne correspondrait pas à la situation et aux caractéristiques véritables des conjoints de fait. Elle créerait donc un désavantage reposant sur l'application d'un stéréotype.

[272] En l'espèce, aucune preuve au dossier de la Cour ne me permet d'accepter la validité d'une prétention semblable et 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.

[273] J'estime par ailleurs ne pas pouvoir 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 : *Find*, par. 48 et 60-61.

[274] Il n'est pas déraisonnable de considérer qu'en théorie des individus font parfois des choix

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 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.

[275] In the case at bar, 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.

[276] 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.

[277] In Quebec, the current legal framework for marriage and the other forms of conjugal relationships developed as a result of this type of intervention by the legislature, which intended to remedy problems caused by the evolution of marriage in Quebec and the longstanding preference of couples for the regime of separation of property over community matrimonial regimes.

[278] In the instant case, in the absence of an infringement of s. 15(1) of the *Charter*, the Court has no power to impose on the private relationships of *de facto* spouses a legal framework based on a social policy that differs from the policy adopted by the Quebec legislature. Only the legislature can intervene to change that legislative policy and

peu éclairés et que certaines personnes peuvent ne pas être conscientes des 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.

[275] 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.

[276] 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.

[277] Au Québec, le développement du cadre juridique actuel du mariage et des autres formes d'union conjugale s'explique d'ailleurs par ce type d'intervention législative qui entendait remédier aux problèmes causés par l'évolution du mariage au Québec et la faveur accordée pendant longtemps par les couples à la séparation des biens par rapport aux régimes matrimoniaux communautaires.

[278] Dans l'affaire dont notre Cour est saisie, en l'absence de violation du par. 15(1) de la *Charte*, la Cour n'a pas le pouvoir d'imposer aux rapports privés des conjoints de fait un encadrement juridique basé sur une politique sociale différente de celle qu'a choisie le législateur québécois. Seul le législateur peut intervenir pour modifier cette

remedy any problems encountered by *de facto* spouses.

[279] This type of legislative intervention has in fact occurred in certain provinces. Provincial legislatures have chosen to regulate the private relationships of common law spouses on the basis of their own provinces' legislative objectives. Today, each province defines the effects of *de facto* unions or common law relationships differently, which is a mark of Canadian legal pluralism.

[280] For example, in all provinces except Quebec, and in the territories, cohabitation for a certain number of years gives rise to an obligation of support between common law spouses: see, *inter alia*, *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2; *The Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20; *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128; *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2; *The Family Maintenance Act*, 1997, S.S. 1997, c. F-6.2; *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2.1; *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18; *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, c. D-14. Some provinces, such as Ontario, have imposed this policy to alleviate the burden on the public purse: see, *inter alia*, W. Holland, "Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?" (2000), 17 *Can. J. Fam. L.* 114, at p. 128. In British Columbia, in addition to the obligation of support, certain measures to protect the family residence apply to common law spouses: *Family Relations Act*. In Saskatchewan and Manitoba, common law relationships are, in addition to being subject to a support obligation and measures related to the family residence, subject to the division of family property: *The Miscellaneous Statutes (Domestic Relations) Amendment Act, 2001 (No. 2)*, S.S. 2001, c. 51; *Common Law Partners' Property and Related Amendments Act*, S.M. 2002, c. 48. As we saw above, Nova Scotia's legislation provides that common law partners can choose to register their partnerships and thus be governed by the legal framework applicable to marriage with respect

politique législative et remédier aux difficultés que rencontreraient les personnes vivant en union de fait.

[279] Ce type d'intervention législative a d'ailleurs eu lieu dans certaines provinces. Les législateurs provinciaux ont choisi d'encadrer les rapports privés des conjoints de fait au gré des objectifs législatifs propres à leur province. Signe du pluralisme juridique canadien, chaque province offre aujourd'hui une définition différente des effets de l'union de fait.

[280] Ainsi dans toutes les provinces, sauf le Québec, et les territoires, cohabiter pendant un certain nombre d'années fait naître une obligation alimentaire entre conjoints de fait : voir notamment *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2; *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20; *Maintenance and Custody Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128; *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2; *Loi de 1997 sur les prestations alimentaires familiales*, S.S. 1997, ch. F-6.2; *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2.1; *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18; *Domestic Relations Act*, R.S.A. 2000, ch. D-14. Certaines provinces, comme l'Ontario, ont imposé cette politique pour alléger le fardeau de l'État : voir notamment W. Holland, « Intimate Relationships in the New Millennium : The Assimilation of Marriage and Cohabitation? » (2000), 17 *Rev. can. d. fam.* 114, p. 128. En Colombie-Britannique, en plus de l'obligation alimentaire, les conjoints de fait sont assujettis à certaines mesures de protection de la résidence familiale (*Family Relations Act*), alors qu'en Saskatchewan et au Manitoba, l'union de fait entraîne, en sus de l'obligation alimentaire et des mesures concernant la résidence familiale, un partage des biens à caractère familial : *Loi corrective (relations domestiques) de 2001 (n° 2)*, S.S. 2001, ch. 51; *Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, ch. 48. Comme nous l'avons vu, la Nouvelle-Écosse prévoit quant à elle que les conjoints de fait peuvent choisir d'enregistrer leur union et ainsi s'assujettir

to matrimonial property: *Law Reform 2000 Act*, S.N.S. 2000, c. 29.

(4) Conclusion

[281] I therefore conclude that, although arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484 and 585 *C.C.Q.* 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. The exclusion of *de facto* spouses from the scope of those provisions is not discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* and does not violate the constitutional right to equality. As a result, it is not necessary to proceed to the s. 1 stage of the *Charter* analysis.

V. Disposition

[282] I would allow the appeals of the Attorney General of Quebec and B and dismiss A's appeal, without costs in all cases. I would answer the constitutional questions 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*?

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*?

It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

[283] ABELLA J. (dissenting in result) — 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

à l'encadrement juridique propre au mariage en matière de biens matrimoniaux : *Law Reform (2000) Act*, S.N.S. 2000, ch. 29.

(4) Conclusion

[281] Je conclus donc que les art. 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 *C.c.Q.*, 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. L'exclusion des conjoints de fait du champ d'application de ces dispositions 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 donc pas nécessaire de passer à l'étape de l'analyse sous l'article premier de la *Charte*.

V. Dispositif

[282] Je suis d'avis d'accueillir les appels du procureur général du Québec et de B, et de rejeter l'appel de A, sans dépens dans tous les cas. Je réponds aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

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*?

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*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

[283] LA JUGE ABELLA (dissidente quant au résultat) — 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

of the family property. During separation, their use of the family home and household effects is also protected. These legal protections are not contractual by nature; they are statutorily imposed either presumptively or mandatorily. The spousal support and family property provisions in Quebec are aimed at recognizing and compensating for the roles assumed within the relationship and any resulting dependence and vulnerability on its dissolution.

[284] Many *de facto* spouses — the term used in Quebec for those who are neither married nor in a civil union — share the characteristics that led to these protections. They form long-standing relationships; they divide household responsibilities and develop a high degree of interdependence; and, critically, the economically dependent — and therefore vulnerable — spouse is faced with the same disadvantages when the union is dissolved. Yet *de facto* dependent spouses in Quebec can claim none of the economic protections that are available to those in marriages or civil unions. They have no rights or obligations towards each other under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”). They are entitled to enter into a cohabitation contract to govern their obligations, and can claim child support where appropriate, but they have no right to claim spousal support, no right to divide the family patrimony, and are not governed by any matrimonial regime.

[285] The question before us is whether dependent *de facto* spouses in Quebec should be denied access to fundamental legal protections simply because their spousal relationship lacks the formality of a civil union or marriage. In my respectful view, the total exclusion of *de facto* spouses from the legal protections for both support

droit de demander à l’autre de lui verser un soutien alimentaire, et de réclamer le partage égal des biens familiaux. Leur utilisation de la résidence familiale et des effets mobiliers durant la séparation est également protégée. Ces mesures de protection juridiques ne sont pas de nature contractuelle; elles sont établies par loi et leur application est présumée ou impérative. 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 dépendance et de vulnérabilité qui en résulte à la dissolution de la relation, et à les indemniser en conséquence.

[284] Bien des conjoints de fait, expression utilisée au Québec pour désigner les personnes qui vivent en couple mais ne sont ni mariées ni unies civilement, présentent les caractéristiques qui ont entraîné l’établissement de ces garanties. Ils forment des relations 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 l’union, les mêmes inconvénients que les conjoints mariés ou unis civilement. Pourtant, au Québec, ces conjoints de fait dépendants ne peuvent se prévaloir d’aucune des mesures de protection d’ordre économique ouvertes à ces personnes. Ils n’ont pas de droits ou d’obligations l’un envers l’autre en vertu du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »). Ils sont autorisés à conclure une convention de cohabitation régissant leurs obligations et ils peuvent, s’il y a lieu, réclamer une mesure de soutien alimentaire au profit d’un enfant, mais ils n’ont pas le droit de demander des aliments en faveur du conjoint, ils n’ont pas droit au partage du patrimoine familial et ils ne sont assujettis à aucun régime matrimonial.

[285] Nous avons à décider si l’accès aux mesures de protection juridiques fondamentales doit être refusé aux conjoints de fait dépendants du Québec du seul fait que leur relation conjugale ne présente pas le formalisme de l’union civile ou du mariage. Avec égards pour ceux qui sont d’avis contraire, l’exclusion totale des conjoints de fait du bénéfice

and property given to spouses in formal unions is a violation of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not justified under s. 1. 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.

Facts

[286] Mr. B and Ms. A met in Ms. A's home country in 1992. At the time, she was 17 years old, while Mr. B was 32 and the owner of a lucrative business. The couple saw each other sporadically until 1995, travelling around the world together at times. In early 1995, Ms. A came to live in Canada. They broke up soon after, but saw each other over Christmas and in early 1996, when Ms. A became pregnant with their first child. She gave birth to two other children with Mr. B, in 1999 and 2001.

[287] The couple discussed marriage on at least two occasions. In 1996, Ms. A asked Mr. B to marry her, but he refused, on the basis 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. On January 1, 2000, the topic came up again, though the parties presented different accounts as to whether they agreed to marry. In any event, neither Ms. A nor Mr. B followed up on these plans.

[288] In 2001, the parties discussed separating. They agreed to live together for six months, in an attempt to reconcile, but in October 2001, Ms. A ended the relationship. By the time they stopped living under the same roof in 2002, they had cohabited for seven years. During the relationship, Ms. A had attempted to start a career as a model, but she largely did not work outside of the home and often accompanied Mr. B on his travels.

des mesures de protection juridiques reconnues par le *Code civil* 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* et n'est pas justifiée au regard de l'article premier. 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.

Faits

[286] Monsieur B et M^{me} A se sont rencontrés en 1992, dans le pays d'origine de cette dernière. À l'époque, celle-ci avait 17 ans tandis que M. B était âgé de 32 ans et propriétaire d'une entreprise prospère. Jusqu'en 1995, le couple se voit sporadiquement, voyageant parfois ensemble autour du monde. Au début de 1995, M^{me} A est venue vivre au Canada. Ils ont rompu peu de temps après, mais ils se sont revus à Noël et au début de 1996, lorsque M^{me} A est tombée enceinte de leur premier enfant. Elle a par la suite eu deux autres enfants avec M. B, en 1999 et en 2001.

[287] Madame A et M. B ont parlé de mariage à au moins deux occasions. En 1996, M^{me} A a demandé à M. B de l'épouser, mais ce dernier a refusé, affirmant qu'il ne croyait pas à l'institution du mariage. Il a dit qu'il pourrait envisager de se marier un jour, mais uniquement afin d'officialiser une longue relation. Le 1^{er} janvier 2000, la question du mariage est de nouveau revenue sur le tapis, bien que les parties aient présenté des versions différentes quant à la question de savoir s'ils avaient convenu de se marier. Quoi qu'il en soit, ni M^{me} A ni M. B n'ont donné suite à ces projets.

[288] Les parties ont discuté de séparation en 2001. Elles ont convenu de vivre ensemble pendant six mois, dans une tentative de réconciliation, mais M^{me} A a mis fin à la relation en octobre 2001. Lorsqu'ils ont cessé d'habiter sous le même toit en 2002, ils avaient cohabité pendant sept ans. Au cours de la relation, M^{me} A a tenté d'amorcer une carrière de mannequin, mais essentiellement elle n'a pas travaillé à l'extérieur du foyer et elle accompagnait souvent M. B lors de ses voyages.

[289] In February 2002, Ms. A began proceedings seeking custody of the children, spousal support, a lump sum support payment, and use of the family home. She challenged the constitutionality of certain provisions of the *Civil Code*, claiming access to the same protections as married spouses with respect to support, the family patrimony, the presumptive partnership of acquests regime, and the compensatory allowance. Her constitutional challenges were dismissed by the application judge in the Superior Court of Quebec. The Court of Appeal overturned the decision on support, concluding that the spousal support provision (art. 585 *C.C.Q.*) was unconstitutional. It considered itself bound, however, by this Court's decision in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, and therefore did not interfere with the property aspect of the decision.

[290] Ms. A appealed the Court of Appeal's conclusion that the division of property provision was constitutional. Mr. B and the Attorney General of Quebec also appealed, on the conclusion that the spousal support provisions were unconstitutional.

Analysis

[291] The current legislative scheme in Quebec leaves an economically vulnerable spouse excluded from mandatory support and property division regimes simply because he or she was not in a formally created union. The issue in this appeal is whether this exclusion violates s. 15 of the *Charter*.

[292] It is helpful to review the reasons motivating the development of the modern approach to spousal support and family property regimes.

[289] En février 2002, M^{me} A a intenté une procédure et sollicité la garde des enfants, une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint, une somme forfaitaire au titre des aliments et l'usage de la résidence familiale. Elle a contesté la constitutionnalité de certaines dispositions du *Code civil*, soutenant avoir droit aux mêmes garanties que les conjoints mariés à l'égard des aliments, du patrimoine familial, du régime matrimonial présumé — à savoir la société d'acquêts — et de la prestation compensatoire. Ses arguments constitutionnels ont été rejetés par la juge saisie de la demande en Cour supérieure du Québec. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé la décision concernant le soutien alimentaire, concluant à l'inconstitutionnalité des dispositions relatives au soutien alimentaire (art. 585 *C.c.Q.*) en faveur du conjoint. Toutefois, elle a estimé être liée par l'arrêt de notre Cour *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, et n'est en conséquence pas intervenue à l'égard de l'aspect de la décision de première instance portant sur le partage des biens.

[290] Madame A a interjeté appel de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les dispositions sur le partage des biens sont constitutionnelles. Monsieur B et le procureur général du Québec ont eux aussi fait appel, dans leur cas à l'égard de la conclusion que les dispositions relatives au soutien alimentaire en faveur du conjoint sont inconstitutionnelles.

Analyse

[291] Selon le cadre législatif actuellement en vigueur au Québec, en cas de séparation, les conjoints financièrement vulnérables sont exclus du bénéfice des régimes impératifs en matière de soutien alimentaire et de partage des biens, tout simplement parce qu'ils ne vivaient pas au sein d'une union créée officiellement. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à décider si cette exclusion viole l'art. 15 de la *Charte*.

[292] Il est utile d'examiner les raisons ayant motivé le développement de l'approche moderne à l'égard des régimes relatifs à la pension alimentaire

While the ways in which these regimes have been implemented vary between provinces, the social rationale for the regimes is common across the country.

[293] In Quebec, spouses in marriages or civil unions have an obligation of support during the marriage (art. 585 *C.C.Q.*), which continues following separation, allowing a court to require one spouse to pay support payments to the other (arts. 507, 511 and 521.17 *C.C.Q.*). Following a divorce, the obligation of support under the *Code* ends, and s. 15.2 of the federal *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), governs support orders.

[294] Article 585 of the *Code* has a clearly protective purpose, since it extends the maintenance obligation not only to married or civil union spouses, but also to “relatives in the direct line in the first degree” such as children. The mechanism is adjustable, and support is determined based on “the needs and means of the parties, their circumstances and, as the case may be, the time needed by the creditor of support to acquire sufficient autonomy” (art. 587 *C.C.Q.*; see Jean Pineau and Marie Pratte, *La famille* (2006), at pp. 133 and 782). Moreover, the provisions in the *Code* make it clear that the obligation of support is fundamental. It is of public order and cannot be renounced, ceded or alienated by the dependent spouse, since it is indispensable to his or her survival (*Québec (Procureure générale) v. B.T.*, [2005] R.D.F. 709 (C.A.)).

[295] In other words, Quebec explicitly subordinated a contractual theory of support to a protective one based on mutual obligation, since its law does not allow a couple in a formally recognized union to contract out of the *Civil Code*’s mandatory support provision.

en faveur du conjoint et aux biens familiaux. Bien que la manière dont ces régimes sont mis en œuvre varie d’une province à l’autre, leur raison d’être sur le plan social est la même partout au pays.

[293] Au Québec, les conjoints mariés ou unis civilement ont, au cours du mariage ou de l’union, une obligation de soutien alimentaire (art. 585 *C.c.Q.*) qui survit à la séparation, ce qui permet au tribunal d’enjoindre à un conjoint de verser des aliments à l’autre (art. 507, 511 et 521.17 *C.c.Q.*). À la suite d’un divorce, l’obligation de soutien alimentaire prévue par le *Code* prend fin, et l’art. 15.2 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), régit les ordonnances alimentaires.

[294] L’article 585 du *Code* a clairement un objectif protecteur, puisqu’il étend le bénéfice de l’obligation de soutien alimentaire non seulement aux conjoints mariés ou unis civilement, mais aussi aux « parents en ligne directe au premier degré » comme les enfants. Cette règle est souple et le montant des aliments est fixé en fonction « des besoins et des facultés des parties, des circonstances dans lesquelles elles se trouvent et, s’il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante » (art. 587 *C.c.Q.*; voir Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille* (2006), p. 133 et 782). Qui plus est, le caractère fondamental de l’obligation de soutien alimentaire ressort clairement des dispositions du *Code*. Il s’agit d’une obligation d’ordre public, et le conjoint dépendant ne peut renoncer au droit qui en découle, ni le céder ou l’aliéner, car ce droit est indispensable à sa survie (*Québec (Procureure générale) c. B.T.*, [2005] R.D.F. 709 (C.A.)).

[295] Autrement dit, en matière alimentaire, le Québec a explicitement écarté les règles du contrat au profit d’un régime de protection fondé sur l’existence d’une obligation réciproque, étant donné que son droit ne permet pas aux couples vivant dans une forme d’union officiellement reconnue de se soustraire par contrat à l’application des dispositions impératives du *Code civil* sur l’obligation de soutien alimentaire.

[296] Throughout Canada, provincial and federal law reform commissions were predominantly concerned with the impact of separation and divorce on the economically vulnerable spouse, usually the wife (see British Columbia's Royal Commission on Family and Children's Law, *Family Maintenance* (1975), at p. 7; Ontario's Ministry of the Attorney General, *Family Law Reform* (1976), at p. 1; Manitoba Law Reform Commission, *Reports on Family Law*, Part I — *The Support Obligation*, Report #23 (1976), at p. 19). The Law Reform Commission of Canada concluded in its 1975 working paper 12, *Maintenance on Divorce*, that the right to support — and the obligation to pay it — did not rest on the legal status of either husband or wife, but on the reality of the dependence or vulnerability that the spousal relationship had created:

Financial rights and obligations based upon marriage should be legal results that follow from the internal arrangements made by the spouses in line with their priorities, circumstances and interests rather than being imposed according to traditional legal preconceptions of the sexually determined roles of each spouse. [Emphasis deleted; p. 17.]

[297] In other words, the right to support was not created by marriage *per se*, but by the “reasonable needs” of a vulnerable spouse (*Maintenance on Divorce*, at p. 18). Its purpose was protective: “. . . to enable a former spouse who has incurred a financial disability as a result of marriage to become self-sufficient again in the shortest possible time” (p. 17).

[298] In elaborating on the rationale underlying spousal support in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, this Court held that spousal maintenance “seeks to recognize and account for both the economic disadvantages incurred by the spouse who makes such sacrifices and the economic advantages conferred upon the other spouse” (p. 864). And in *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, McLachlin J. confirmed that the mutual obligation of support is protective: it stresses the interdependencies created by marriage, and “recognizes

[296] Dans l'ensemble du Canada, diverses commissions provinciales et fédérales de réforme du droit se sont attachées principalement aux répercussions de la séparation et du divorce sur le conjoint financièrement vulnérable, en général l'épouse (voir Royal Commission on Family and Children's Law de la Colombie-Britannique, *Family Maintenance* (1975), p. 7; ministère du Procureur général de l'Ontario, *Family Law Reform* (1976), p. 1; Commission de réforme du droit du Manitoba, *Reports on Family Law*, Part I — *The Support Obligation*, Report #23 (1976), p. 19). Dans son document de travail 12 de 1975, intitulé *Les divorcés et leur soutien*, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu que le droit au soutien — et corollairement l'obligation de fournir ce soutien — ne reposait pas sur le statut juridique de l'époux ou de l'épouse, mais sur l'état concret de dépendance ou de vulnérabilité qu'avait créé la relation conjugale :

Les droits et les obligations financières découlant du mariage devraient refléter en droit les accords personnels intervenus entre les conjoints selon leurs intérêts et leur situation, et non imposés conformément à des hypothèses juridiques traditionnelles fixant le rôle [de chacun des époux en fonction de leur sexe]. [Italiques omis; p. 19.]

[297] En d'autres termes, le droit au soutien alimentaire n'était pas créé par le mariage comme tel, mais par les « besoins raisonnables » du conjoint vulnérable (*Les divorcés et leur soutien*, p. 20). Ce droit avait un objectif protecteur : « . . . permettre au conjoint se trouvant dans l'incapacité de subvenir à ses besoins financiers à la suite du mariage de retrouver cette capacité dans les meilleurs délais » (p. 19).

[298] Lorsqu'elle a expliqué la raison d'être du soutien alimentaire en faveur du conjoint dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, notre Cour a jugé que ce soutien « cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre » (p. 864). Puis, dans *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, la juge McLachlin a confirmé que l'obligation mutuelle de soutien alimentaire a un caractère protecteur : cette obligation reflète les

the reality that when people cohabit over a period of time in a family relationship, their affairs may become intermingled and impossible to disentangle neatly” (para. 31). Need is central to this theory, which, as discussed later in these reasons, is conceptually applicable as much to *de facto* relationships as to marriages and civil unions.

[299] *Bracklow* echoes the Law Reform Commission of Canada in noting that the spousal support obligation does not stem from “the bare fact of marriage, so much as the relationship that is established and the expectations that may reasonably flow from it” (para. 44 (emphasis deleted)). Notably, it also rejects the paramountcy of the “clean-break” theory of support (para. 32), whereby each spouse is entitled at marriage breakdown to “what the individuals contracted for” (para. 29).

[300] A concern about the disproportionate number of women who experienced poverty when they separated was also at play in the development of the law. The goal of addressing this imbalance was clear in the work of the law reform commissions. It was also accepted by this Court in *Moge*, which noted that while support obligations were framed in gender-neutral terms, the reality is that “in many if not most marriages, the wife still remains the economically disadvantaged partner” (pp. 849-50). Justice L’Heureux-Dubé explained what spousal support was intended to remedy as follows:

Women have tended to suffer economic disadvantages and hardships from marriage or its breakdown because of the traditional division of labour within that institution. . . . [O]nce the marriage dissolves, the kinds of non-monetary contributions made by the wife may result in

interdépendances créées par le mariage et « reconnaît que, lorsque des gens cohabitent pendant un certain temps dans une relation familiale, leurs affaires peuvent devenir entremêlées et impossibles à démêler de manière ordonnée » (par. 31). La notion de besoin est au cœur de cette théorie, laquelle, comme il sera expliqué plus loin dans les présents motifs, s’applique conceptuellement tout autant aux relations de fait qu’aux mariages et aux unions civiles.

[299] Dans *Bracklow*, la Cour fait écho aux propos de la Commission de réforme du droit du Canada lorsqu’elle souligne que « [c]e n’est pas tant le seul fait du mariage que la relation qui s’établit et les attentes qui peuvent raisonnablement en découler » (par. 44 (soulignement omis)) qui donnent naissance à l’obligation de soutien alimentaire entre conjoints. Fait notable, la Cour rejette aussi la prépondérance de la théorie de la « rupture nette » en matière de soutien alimentaire (par. 32), théorie selon laquelle, au moment de la rupture du mariage, les conjoints ont chacun droit à « ce qu[’ils] se sont engagés par contrat à faire » (par. 29).

[300] Les préoccupations que suscitait le nombre disproportionné de femmes connaissant la pauvreté après la séparation ont également influé sur l’évolution du droit en la matière. L’objectif consistant à corriger ce déséquilibre ressortait clairement des travaux des diverses commissions de réforme du droit. Notre Cour a elle aussi souscrit à cet objectif dans *Moge*, soulignant que, bien que les obligations de soutien alimentaire soient exprimées sans référence à un sexe ou à l’autre, la réalité demeure que, « dans bon nombre de mariages si ce n’est la majorité, c’est l’épouse qui est la partie désavantagée économiquement » (p. 849-850). La juge L’Heureux-Dubé a décrit ainsi ce que les mesures de soutien alimentaire en faveur du conjoint visaient à remédier :

Les femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu’on y retrouve. [. . .] [À] la dissolution du mariage, les contributions non monétaires de l’épouse peuvent donner

significant market disabilities. The sacrifices she has made at home catch up with her and the balance shifts in favour of the husband who has remained in the work force and focused his attention outside the home. In effect, she is left with a diminished earning capacity and may have conferred upon her husband an embellished one. [Emphasis added; pp. 861-62.]

[301] The law dealing with division of family property has also come to be conceptualized in recent years on a protective basis rather than a contractual one. Quebec has legislation making the division of family property between married and civil union spouses equitable. Its legislation dealing with property division for those spouses states that during a marriage or civil union, or during a period of separation, spouses are prohibited from alienating or leasing certain property, including the family residence, without the other's consent (arts. 401 and 404 *C.C.Q.*). The *Code* also establishes the family patrimony, a core of family property that must in principle be shared equally by the spouses on divorce. The provisions creating the family patrimony are of public order, so they cannot be contracted out of, except after separation, divorce or the death of the other spouse (arts. 414 to 416, 419 and 423 *C.C.Q.*).

[302] Except for the family patrimony, spouses in marriages or civil unions are able to choose the matrimonial regime governing their property. The default regime is the partnership of acquests, under which spouses each have control of their own property during the relationship, but most property acquired during the union is divided equally on its dissolution (art. 432 *C.C.Q.*). Alternatively, spouses can elect the separation as to property regime, under which spouses hold their property separately both before and after the union (art. 486 *C.C.Q.*), or a community regime, where property is controlled jointly during the union (art. 492 *C.C.Q.*).

lieu à d'importants désavantages sur le marché du travail. C'est alors que se font sentir les sacrifices consentis; la balance penche en faveur du mari qui est demeuré sur le marché du travail et s'est orienté vers l'extérieur du foyer. En fait, l'épouse se retrouve avec une capacité limitée de gagner sa vie alors qu'elle peut avoir contribué à améliorer celle de son conjoint. [Italiques ajoutés; p. 861-862.]

[301] Au cours des dernières années, le droit relatif au partage des biens familiaux en est lui aussi venu à être considéré, conceptuellement, comme un ensemble de règles possédant une vocation protectrice plutôt qu'un caractère contractuel. Le Québec a établi des dispositions législatives pourvoyant au partage équitable des biens familiaux entre ces conjoints. Ses dispositions sur le partage des biens entre les conjoints mariés ou unis civilement précisent que, pendant la durée du mariage, de l'union civile ou d'une séparation, un conjoint ne peut, sans le consentement de l'autre, aliéner ou louer certains biens, dont la résidence familiale (art. 401 et 404 *C.c.Q.*). Le *Code* prévoit également l'existence d'un patrimoine familial, constitué d'un ensemble de biens familiaux et qui doivent en principe être divisés à parts égales entre ceux-ci au moment du divorce. Comme les dispositions instaurant le patrimoine familial sont d'ordre public, il est interdit aux époux d'écarter par contrat leur application, sauf après la séparation, le divorce ou la mort de l'un des conjoints (art. 414 à 416, 419 et 423 *C.c.Q.*).

[302] Les conjoints mariés ou unis civilement peuvent choisir le régime matrimonial qui régira leurs biens, sauf ceux visés par le patrimoine familial. Le régime applicable par défaut est celui de la société d'acquêts, suivant lequel chacun des conjoints possède, durant la relation, la maîtrise des biens qui lui sont propres, mais la plupart des biens acquis durant celle-ci sont divisés également à sa dissolution (art. 432 *C.c.Q.*). Les conjoints peuvent aussi opter soit pour le régime de la séparation de biens — selon lequel chaque conjoint conserve la maîtrise de ses biens tant avant l'union qu'après (art. 486 *C.c.Q.*) —, soit pour un régime communautaire — en vertu duquel les biens sont administrés conjointement durant l'union (art. 492 *C.c.Q.*).

[303] Finally, on separation or divorce, spouses in marriages or civil unions can claim a compensatory allowance, a court-ordered payment that compensates one spouse for his or her contribution to the enrichment of the other (art. 427 C.C.Q.).

[304] The legislative progression in Quebec from the “community” matrimonial regime, to the partnership of acquests, to the compensatory allowance, and finally to the family patrimony, has been elegantly unfolded by my colleague LeBel J. Two important strands from this history merit particular attention.

[305] The first is that the goal of better protecting economically vulnerable spouses can be seen as motivating each successive stage of reform in Quebec. With many spouses opting for separation of property under the initial community regime, as Prof. Alain Roy explains, [TRANSLATION] “the breakdown of the conjugal relationship brought to light how very vulnerable wives were financially. . . . From this perspective, the legislature had to establish mechanisms to protect wives” (“Le régime législatif de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme”), in Pierre-Claude Lafond and Brigitte Lefebvre, eds., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle* (2003), 165, at p. 170).

[306] In recommending the partnership of acquests as the new default matrimonial regime, the Civil Code Revision Office in 1968 noted that the “freedom and independence” provided to those spouses who chose separation of property “sometimes proves extremely burdensome for one of the consorts and, in certain cases, even results in real injustice” (*Report on Matrimonial Regimes* (1968), at p. 9). The subsequent compensatory allowance and family patrimony regimes targeted the same injustices, which had lingered in spite of the partnership of acquests (for judicial discussion of the respective goals of these regimes, see this

[303] Enfin, en cas de séparation ou de divorce, les conjoints mariés ou unis civilement peuvent demander une prestation compensatoire, à savoir une somme que le tribunal ordonne à un des conjoints de payer à l’autre en compensation de l’apport de ce dernier à l’enrichissement de son conjoint (art. 427 C.c.Q.).

[304] Mon collègue le juge LeBel a exposé de façon élégante le développement de la législation pertinente au Québec, en commençant par le régime matrimonial de la « communauté de biens », puis en poursuivant avec la société d’acquêts, la prestation compensatoire et, enfin, le patrimoine familial. Il se dégage de cet historique deux aspects importants qui méritent une attention particulière.

[305] Premièrement, il est possible de considérer que le désir de mieux protéger les conjoints financièrement vulnérables a motivé chacune des réformes successives au Québec. Comme l’explique le professeur Alain Roy, étant donné que bon nombre de conjoints optaient pour la séparation de biens, lorsque le régime par défaut était celui de la communauté de biens, on pouvait constater à « la rupture du lien conjugal la très grande vulnérabilité des femmes sur le plan financier. [. . .] Dans cette perspective, le législateur se devait d’établir des mécanismes de protection au bénéfice des femmes » (« Le régime juridique de l’union civile : entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., *L’union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle* (2003), 165, p. 170).

[306] Quand l’Office de révision du Code civil a recommandé, en 1968, que le régime de la société d’acquêts devienne le nouveau régime matrimonial applicable par défaut, il a souligné que la « liberté et [. . .] [l]’indépendance » consenties aux conjoints ayant opté pour la séparation de biens « s’avèr[en]t parfois extrêmement onéreuse[s] pour l’un des conjoints et même, en certains cas, abouti[ssent] à une véritable injustice » (*Rapport sur les régimes matrimoniaux* (1968), p. 8). Les régimes de prestation compensatoire et de patrimoine familial instaurés par la suite visaient eux aussi à remédier aux mêmes injustices, lesquelles avaient persisté

Court's *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183, and *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.), at p. 908).

[307] The second strand is that, far from being designed to reflect the actual choices made by married spouses, these measures subordinated those choices to the agenda of protection. In crafting the partnership of acquests regime, which became the presumptive matrimonial regime for all married couples in 1970, the National Assembly abandoned wording that would have presumed that the equal sharing of property it created was an implicit choice by the couple. The Law Reform Commission of Canada applauded this decision, noting that “we cannot assume, in all cases, that the spouses have not made a marriage contract because they consider the legal regime to be the one which suits them best” (*Studies on Family Property Law*, Research Paper: Matrimonial Regimes in Québec (1975), at p. 61). Significantly too, the subsequent provision on compensatory allowance was made part of public order, applying mandatorily to all married couples regardless of matrimonial regime. As a result, couples who had chosen the separation of property regime were largely denied their freedom to contract with respect to contributions made during the marriage.

[308] The same was true under the family patrimony regime, which was also made part of public order. In introducing the new legislation, Monique Gagnon-Tremblay, the Minister responsible for the Status of Women, while noting that a mandatory division of the family patrimony negates freedom of choice, nonetheless said that choice would have to defer to the more important social goal of remedying a legal and social barrier to equality:

malgré l'établissement du régime de la société d'acquêts (pour une analyse judiciaire des objectifs respectifs de ces régimes, voir l'arrêt de notre Cour, *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, ainsi que l'arrêt *Droit de la famille — 977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.), p. 908).

[307] Deuxièmement, loin de tendre à refléter les choix faits que faisaient concrètement les conjoints mariés, ces mesures subordonnaient ces choix à l'objectif de protection. Quand l'Assemblée nationale a conçu le régime de la société d'acquêts, qui est devenu en 1970 le régime matrimonial applicable par défaut à tous les couples mariés, elle n'a pas retenu une formulation qui aurait présumé que le partage égal des biens instauré par ce régime constituait le choix implicite des couples. Cette décision a été applaudie par la Commission de réforme du droit du Canada, qui a souligné qu'« on ne peut pas prétendre, dans tous les cas, que les époux n'ont pas fait de contrat de mariage parce qu'ils considèrent le régime légal comme étant celui qui leur convient le mieux » (*Études sur le droit des biens de la famille*, Recherches préliminaires : Les régimes matrimoniaux au Québec (1975), p. 63). Autre fait notable, la disposition subséquente ayant créé le mécanisme de la prestation compensatoire a été désignée mesure d'ordre public, applicable impérativement à tous les couples mariés, quel que soit leur régime matrimonial. Par conséquent, les couples qui avaient opté pour le régime de la séparation de biens ont essentiellement été privés de la liberté de contracter à l'égard de leurs apports durant le mariage.

[308] Le régime du patrimoine familial, auquel on a aussi conféré le caractère d'ordre public, produisait également le même effet. Lors du dépôt de cette nouvelle mesure législative, tout en soulignant que le partage obligatoire du patrimoine familial niait la liberté de choix, M^{me} Monique Gagnon-Tremblay, la ministre responsable de la Condition féminine, a néanmoins déclaré que cette faculté devait s'effacer devant un objectif social plus important, à savoir écarter un obstacle de nature juridique et sociale à l'égalité :

[TRANSLATION] It was necessary to rethink a legal and social mechanism that tends to reproduce inequality.

. . .

In a word, it seemed to us *that to refuse to introduce a family patrimony on the basis that this new institution is incompatible with certain matrimonial regimes spouses might want to choose would amount to giving greater importance to legal models than to the imperatives of social change*. Were it to do so, the legislature would deprive itself of an essential lever for social change. [Emphasis added.]

(National Assembly, *Journal des débats*, vol. 30, No. 125, 2nd Sess., 33rd Leg., June 8, 1989, at p. 6489)

The opposition critic at the time, Louise Harel, provided crucial support to the measure, noting specifically that it represented a move from formal to substantive equality within marriage:

[TRANSLATION] In our society, for an entire generation, the institution of marriage represented something that was contrary to the principle of equality. Then a legal equality was introduced. And, Mr. President, I cannot place too much emphasis on the fact that, *if we are going to work together to pass this bill, it is precisely because that formal legal equality is not enough. It is precisely to open a new legal path to the full economic and social equality of women*. [Emphasis added.]

(National Assembly, *Journal des débats*, vol. 30, No. 125, 2nd Sess., 33rd Leg., June 8, 1989, p. 6497)

[309] Thus the mandatory nature of both the compensatory allowance and family patrimony regimes highlights the preeminent significance Quebec has accorded to concerns for the protection of vulnerable spouses over other values such as contractual freedom or choice.

[310] These concerns were harmoniously echoed across Canada. The case of *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, contains useful insight into

Il s'agissait, en effet, de repenser une mécanique juridique et sociale qui tend à reproduire l'inégalité.

. . .

Il nous semblait, enfin, *que refuser l'instauration d'un patrimoine familial, au motif que cette nouvelle institution ne cadre pas avec certains régimes matrimoniaux que peuvent vouloir choisir les époux, équivaudrait à donner plus d'importance à des modèles juridiques qu'aux impératifs de mouvement social*. Ce faisant, le législateur se priverait d'un levier nécessaire au changement social. [Italiques ajoutés.]

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, n° 125, 2^e sess., 33^e lég., 8 juin 1989, p. 6489)

M^{me} Louise Harel, la critique de l'opposition à l'époque, a fourni un appui crucial à l'édiction de la mesure, précisant que celle-ci permettait de passer de l'égalité formelle à l'égalité réelle des époux au sein du mariage :

L'institution du mariage, dans notre société, pour toute une génération, a représenté quelque chose de contraire au principe d'égalité. Par la suite, on a introduit une égalité juridique. Et, Monsieur le président, je ne peux pas assez insister sur le fait que, *si nous allons concourir à l'adoption de ce projet de loi, c'est justement parce que cette égalité juridique formelle est insuffisante. C'est justement pour ouvrir une nouvelle voie juridique à la pleine égalité économique et sociale des femmes*. [Italiques ajoutés.]

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, n° 125, 2^e sess., 33^e lég., 8 juin 1989, p. 6497)

[309] Par conséquent, 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.

[310] Il existait une harmonie des préoccupations à cet égard d'un bout à l'autre du Canada. L'arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, nous

the shift to a protective understanding of the division of family property. Dickson J. noted that matrimonial property disputes were “bedevilled by conflicting doctrine and a continuing struggle between the ‘justice and equity’ school . . . and the ‘intent’ school” (p. 442). Intent had ruled the day in the prior case of *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423, which confirmed the century-old approach to matrimonial property: the wife had been denied any share in the property held in her husband’s name because of her inability to prove common intent to vest in her a beneficial interest in the property.

[311] In *Rathwell*, Dickson J. relied instead on the doctrine of constructive trust, which requires no common intent, to award Helen Rathwell a share of the matrimonial property. Common intent, Dickson J. explained, could rarely be found, and to look for it was to misapprehend the way most couples approach their relationship:

. . . the plain fact is that there rarely is agreement [on the disposition of matrimonial property in the event of divorce] because the parties do not turn their minds to the eventuality of separation and divorce.

. . .

. . . There is rarely implied agreement or common intention, apart from the general intention of building a life together. It is not in the nature of things for young married people to contemplate the break-up of their marriage and the division, in that event, of assets acquired by common effort during wedlock. [pp. 444 and 447-48]

The emergence of a constructive trust to resolve matrimonial property disputes, Dickson J. explained,

reflects a diminishing preoccupation with the formalities of real property law and individual property rights and the substitution of an attitude more in keeping with the realities of contemporary family life. . . . The state of

éclaire utilement sur les raisons de l’évolution en faveur d’une perspective protectrice des régimes de partage des biens familiaux. Le juge Dickson a souligné que le règlement des litiges portant sur des biens matrimoniaux était « entravé par des théories contradictoires et un conflit continuuel entre l’école “de justice et d’équité” [. . .] et l’école de l’“intention” » (p. 442). La seconde avait prévalu précédemment dans l’arrêt *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, où la Cour avait confirmé la règle séculaire applicable aux biens matrimoniaux : l’épouse s’était vu nier toute part des biens au nom de son mari, au motif qu’elle n’avait pas été en mesure de prouver l’existence d’une intention commune de lui conférer un intérêt bénéficiaire dans ces biens.

[311] Dans *Rathwell*, le juge Dickson s’est plutôt fondé sur la théorie de la fiducie par interprétation, laquelle n’exige aucune intention commune, pour accorder à M^{me} Helen Rathwell une part des biens matrimoniaux. Comme l’a expliqué le juge Dickson, il est rare de constater l’existence d’une intention commune, et c’est se méprendre sur la manière dont la plupart des couples abordent leur relation que de chercher cette intention :

. . . manifestement il y a rarement un accord [de disposition des biens matrimoniaux en cas de divorce] puisque les parties ne pensent pas à l’éventualité d’une séparation et d’un divorce.

. . .

. . . Il y a rarement une entente expresse préalable ou une entente ou une intention commune implicite, sauf l’intention générale de vivre ensemble. Il n’est pas normal pour de jeunes mariés d’envisager la rupture de leur union et le partage, dans cette éventualité, des avoirs acquis par leur effort commun pendant le mariage. [p. 444 et 447-448]

Le juge Dickson a précisé que l’émergence du recours à la fiducie par interprétation pour régler les litiges relatifs aux biens matrimoniaux

reflète la diminution de l’importance de l’aspect procédural du droit immobilier et des droits individuels de propriété et son remplacement par une attitude plus conforme aux réalités de la vie familiale contemporaine.

legal title may merely reflect conformity with regulatory requirements . . . ; it may, on the other hand, be a matter *of utmost indifference to the spouses as to which name appears on the title, so long as happy marriage subsists* The state of title may be entirely fortuitous [Emphasis added; p. 456.]

[312] This brings us to the status of unmarried spouses in Canada. Historically, they were stigmatized. The children of unmarried relationships, for example, were deemed “illegitimate” and unable to inherit on intestacy. But as social attitudes changed, so did the approaches of legislatures and courts, which came to accept conjugal relationships outside a formal marital framework.

[313] This change reflected an enhanced understanding of what constitutes a “family”. In a 1993 report in which it recommended the extension of both spousal support and division of property regimes to unmarried spouses, the Ontario Law Reform Commission noted that

throughout much of the [*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3], “family” is equated with “marriage”. . . . [T]he Act . . . provides little room for other forms of relationship that embody the fundamental elements of intimacy, mutual economic interdependence, and living together in a “close personal relationship that is of primary importance in both persons’ lives”, which we see as the essence of the concept of “family”.

(*Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act* (1993), at p. 1)

The Report found that in

common-law relationships, which embody virtually all the characteristics of marriage . . . the need to protect the interests of both parties and to ensure equality and

[. . .] Les énonciations d’un titre de propriété peuvent simplement refléter les exigences de la réglementation [. . .]; il se peut, en revanche, qu’il soit *totale*ment indifférent aux conjoints que le titre de propriété soit enregistré au nom de l’un ou de l’autre, tant que dure la félicité conjugale [. . .] Les énonciations du titre de propriété peuvent être entièrement fortuites . . . [Italiques ajoutés; p. 456.]

[312] Ce qui nous amène à la situation des conjoints non mariés au Canada. Ces personnes ont longtemps été stigmatisées. Par exemple, les enfants issus de personnes qui n’étaient pas mariées étaient considérés « illégitimes » et incapables de succéder en l’absence de testament. 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.

[313] Ce changement reflétait une conception plus large de la notion de « famille ». Dans un rapport publié en 1993, dans lequel elle recommandait d’élargir aux conjoints non mariés tant le régime relatif au soutien alimentaire en faveur du conjoint que celui régissant le partage des biens, la Commission de réforme du droit de l’Ontario a formulé l’observation suivante :

[TRADUCTION] . . . dans la majeure partie de la [*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3], « famille » est synonyme de « mariage ». [. . .] [L]a Loi [. . .] laisse peu de place aux autres types de relation qui incarnent les caractéristiques fondamentales d’intimité, d’interdépendance financière et de cohabitation dans le cadre d’une « relation personnelle revêtant une importance primordiale dans la vie des conjoints », une relation qui, selon nous, constitue l’essence de la notion de « famille ».

(*Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act* (1993), p. 1)

Le Rapport faisait également état des conclusions suivantes :

[TRADUCTION] . . . dans les unions de fait, lesquelles présentent virtuellement toutes les caractéristiques du mariage [. . .] le besoin de protéger les intérêts des deux

fairness in the event of the breakdown of the relationship is the same as in marriages.

. . .

Common-law spouses pool their resources and make joint economic plans, they provide each other financial and emotional support, and they raise children. [pp. 2 and 27]

[314] This Court launched the possibility of an equitable division of property for unmarried spouses in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, where it extended the availability of a constructive trust to the division of property between separated common law spouses. Significantly, Dickson J. found that there were no grounds for a distinction in property division between a marriage and a less formally recognized long-term relationship, and that being unmarried was no barrier to the claimant obtaining the fruits of her contribution to a common law partnership.

[315] Subsequently, in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, this Court found that the exclusion of same-sex couples from statutory support benefits violated s. 15(1) of the *Charter*. In developing its analysis, the Court noted that the various features that characterize a conjugal relationship could be found in same-sex relationships. Those features could be “present in varying degrees and not all are necessary for the relationship to be found to be conjugal” (para. 59). A conjugal relationship, in other words, is not a binary question: married or unmarried, opposite-sex or same-sex, economically dependent or economically independent. This decision highlighted an increasing willingness to look past the relationship’s formal wrapping and into its content. It is the *nature* of the relationship that is paramount, not what it is called.

[316] 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.*

parties et d’assurer l’égalité et la justice entre elles en cas d’échec de la relation est le même que dans un mariage.

. . .

Les conjoints de fait mettent leurs ressources en commun et échaudent ensemble des projets économiques, ils se soutiennent mutuellement sur les plans financier et psychologique, et ils élèvent des enfants. [p. 2 et 27]

[314] Notre Cour a ouvert la possibilité d’un partage des biens entre conjoints non mariés dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, où elle a étendu le recours à la notion de fiducie par interprétation au partage des biens entre conjoints de fait séparés. Fait important, le juge Dickson a conclu que rien ne justifiait d’établir des distinctions entre le mariage et les relations de longue durée moins formellement reconnues en ce qui concerne le partage des biens, et que le fait de ne pas être mariée n’empêchait pas la demanderesse de récolter les fruits de son apport à la relation de fait.

[315] Subséquemment, dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, la Cour a jugé que le refus de conférer aux couples de même sexe les avantages prévus par la loi en matière de soutien alimentaire violait le par. 15(1) de la *Charte*. En élaborant son analyse, la Cour a souligné que les différentes caractéristiques d’une relation conjugale pouvaient se trouver dans les unions formées par des conjoints de même sexe. Ces caractéristiques peuvent être « présent[e]s à des degrés divers et [. . .] tou[te]s ne sont pas nécessaires pour que l’union soit tenue pour conjugale » (par. 59). En d’autres termes, l’existence ou non d’une relation conjugale n’est pas déterminée au moyen de propositions alternatives : mariés ou non mariés, sexe opposé ou même sexe, financièrement dépendants ou financièrement autonomes. Cet arrêt a bien fait ressortir la volonté accrue du droit de regarder au-delà des apparences formelles de la relation et d’en examiner le contenu. C’est la *nature* de la relation qui est primordiale, et pas le nom qu’on lui donne.

[316] 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

Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418, the Court found that marital status was an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter*, because while in theory an individual is free to choose whether to marry, there are, in reality, a number of factors that may place the decision out of his or her control. McLachlin J. described the impediments to choice as including:

The law; the reluctance of one's partner to marry; financial, religious or social constraints — these factors and others commonly function to prevent partners who otherwise operate as a family unit from formally marrying. In short, marital status often lies beyond the individual's effective control. [para. 153]

[317] The recognition of marital status as an analogous ground 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 not in fact be a choice at all.

[318] I would make one further observation about the narrative of the treatment of *de facto* or common law unions in Canada. As part of the acceptance of marital status as an analogous ground in *Miron*, McLachlin J. recognized that unmarried spouses have faced historical disadvantage stemming from societal prejudice. She acknowledged that this disadvantage has faded as attitudes have changed, but nonetheless concluded that “the historical disadvantage associated with this group cannot be denied” (para. 152), a significant reminder that there has rarely been, in our lifetime, a bright line demarcating the successful evolution of an historically disadvantaged group into a barrier-free reality. The fact that society appears to have attenuated overtly discriminatory attitudes it once held towards a group does not mean that there is no continuing discriminatory conduct, however benignly or unconsciously motivated.

mesures de protection aux conjoints non mariés. Dans *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la Cour a conclu que l'état matrimonial était un motif analogue pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*, car 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. La juge McLachlin a énuméré certains obstacles susceptibles d'entraver ce choix :

La loi, l'hésitation à se marier de l'un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l'état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. [para. 153]

[317] En reconnaissant à l'état matrimonial le caractère de motif analogue, la Cour a pris acte de la nature complexe et réciproque de la décision de se marier, ainsi que de la myriade de facteurs qui influent sur cette décision. Elle a également reconnu que la décision de vivre ensemble en tant que conjoints non mariés ne constitue peut-être pas du tout un choix dans les faits.

[318] Je tiens à faire une autre observation au sujet de l'historique du traitement réservé aux unions de fait au Canada. Lorsqu'elle a accepté, dans *Miron*, que l'état matrimonial constitue un motif analogue, la juge McLachlin a notamment reconnu le désavantage historique subi par les conjoints non mariés en raison des préjugés de la société à leur endroit. Bien qu'elle ait admis que ce désavantage s'est estompé à mesure que les attitudes ont changé, elle a néanmoins conclu qu'« on ne saurait nier le désavantage historique subi par ce groupe » (par. 152), conclusion qui rappelle de façon importante qu'il est rarement arrivé, à notre époque, qu'une ligne de démarcation nette témoigne clairement du passage fructueux d'un groupe historiquement désavantagé à une réalité dénuée d'obstacles. Le fait que la société semble avoir atténué les attitudes ouvertement discriminatoires qu'elle adoptait à l'égard d'un groupe ne signifie pas que sa conduite soit dépourvue de toute discrimination, même bénigne ou inconsciente.

[319] This is the history that animates our s. 15 inquiry. In *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, 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. Building on the human rights decisions in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, and *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (“*Action Travail*”), McIntyre J., in *Andrews*, noted that

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. [Emphasis added; p. 165.]

He identified the purpose of the equality provision and anti-discrimination law in general, as being to eliminate the exclusionary barriers faced by individuals in the enumerated or analogous groups in gaining meaningful access to what is generally available.

[320] *Andrews* involved a British citizen who challenged the citizenship requirement for admission to the British Columbia bar under the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26. He succeeded because the requirement was found to have drawn a distinction based on an enumerated ground — national origin — and because that distinction resulted in an additional burden on non-citizens, namely a delay of several years before they could become entitled to practise law. The government’s justification was evaluated under s. 1 of the *Charter*.

[321] McIntyre J.’s approach in *Andrews* had several important features. First, it stipulated that

[319] Voilà l’historique qui guide notre analyse fondée sur l’art. 15. Dans *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, 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. S’appuyant sur les arrêts relatifs aux droits de la personne *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 551, et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (« *Action Travail* »), le juge McIntyre a fait les remarques suivantes dans *Andrews* :

... 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. [Italiques ajoutés; p. 165.]

Il a précisé que la disposition sur l’égalité ainsi que les lois luttant contre la discrimination en général ont 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.

[320] Dans l’arrêt *Andrews*, un citoyen britannique contestait la condition relative à la citoyenneté à laquelle il devait satisfaire pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique en vertu de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26. Il a eu gain de cause, car la Cour a conclu que cette exigence établissait une distinction fondée sur un motif énuméré — en l’occurrence l’origine nationale — et que cette distinction imposait un fardeau additionnel aux non-citoyens, c’est-à-dire une attente de plusieurs années avant d’être autorisés à pratiquer le droit. La justification invoquée par le gouvernement a été évaluée au regard de l’article premier de la *Charte*.

[321] La démarche suivie par le juge McIntyre dans *Andrews* comportait plusieurs éléments

“[t]he analysis of discrimination . . . must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them” (p. 180).

[322] Second, the words “without discrimination” require more than a mere distinction in the treatment given to different groups or individuals. Instead, McIntyre J. found that those words were a form of qualifier built into s. 15 which limits the distinctions forbidden by the section to “those which involve *prejudice or disadvantage*” (p. 181 (emphasis added)). McIntyre J.’s definition of discrimination contains the following statement about what constitutes “disadvantage”:

. . . 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*. [Emphasis added; p. 174.]

[323] In sum, 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. As McIntyre J. explained, “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” (p. 182).

[324] *Kapp*, and later *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, restated these principles as follows: (1) Does the law create a distinction based on an enumerated

importants. Premièrement, comme l’a mentionné le juge, « l’analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues » (p. 180).

[322] Deuxièmement, l’expression « indépendamment de toute discrimination » requiert davantage qu’une simple distinction dans le traitement réservé à un groupe ou à des individus. Le juge McIntyre a conclu que cette expression se veut plutôt une forme de réserve, intégrée à l’art. 15, qui a pour effet de limiter les distinctions prohibées par cette disposition à « celles qui entraînent *un préjudice ou un désavantage* » (p. 181 (italiques ajoutés)). Dans la définition qu’il a donnée de la discrimination, le juge McIntyre a dit ceci à propos la notion de « désavantage » :

. . . 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 [. . .], 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*. [Italiques ajoutés; p. 174.]

[323] Bref, 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. Comme l’a expliqué le juge McIntyre, « 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 » (p. 182).

[324] Ces principes ont été reformulés ainsi dans l’arrêt *Kapp* et, plus tard, dans *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396 : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif

or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? (*Kapp*, at para. 17; *Withler*, at para. 30). As the Court stated in *Withler*:

The focus of the inquiry is on the actual impact of the impugned law, taking full account of social, political, economic and historical factors concerning the group. [para. 39]

[325] 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. *Withler* is clear that “[a]t the end of the day there is *only one question*: Does the challenged law violate the norm of substantive equality in s. 15(1) of the *Charter*?” (para. 2 (emphasis added)). Prejudice and stereotyping are two of the indicia that may help answer that question; they are not discrete elements of the test which the claimant is obliged to demonstrate, as Professor Sophia Moreau explains:

Such a narrow interpretation will likely have the unfortunate effect of blinding us to other ways in which individuals and groups, that have suffered serious and long-standing disadvantage, can be discriminated against. This would include cases, for instance, that do not involve either overt prejudice or false stereotyping, but do involve oppression or unfair dominance of one group by another, or involve a denial to one group of goods that seem basic or necessary for full participation in Canadian society.

(“*R. v. Kapp: New Directions for Section 15*” (2008-2009), 40 *Ottawa L. Rev.* 283, at p. 292)

[326] 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

énuméré ou analogue? (2) Cette distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? (*Kapp*, par. 17; *Withler*, par. 30). Comme l’a précisé la Cour dans *Withler* :

L’analyse est centrée sur l’effet réel de la mesure législative contestée, compte tenu de l’ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe. [par. 39]

[325] 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. L’arrêt *Withler* indique clairement que, « [e]n définitive, *une seule question* se pose : La mesure contestée transgresse-t-elle la norme d’égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la *Charte*? » (par. 2 (italiques ajoutés)). Les préjugés et l’application de stéréotypes sont deux des indices susceptibles d’être utiles pour répondre à cette question; il ne s’agit pas, comme l’explique la professeure Sophia Moreau, d’éléments distincts du critère auquel doit satisfaire le demandeur :

[TRADUCTION] Une interprétation aussi étroite aura vraisemblablement le malheureux effet d’occulter d’autres formes de discrimination à l’endroit de personnes et de groupes qui sont depuis longtemps gravement désavantagés. Il pourrait s’agir par exemple de situations où — sans qu’il y ait manifestation ouverte de préjugés ou application injuste de stéréotypes — il y a oppression ou domination injuste d’un groupe par un autre, ou encore négation à un groupe de biens qui paraissent fondamentaux ou nécessaires à une pleine participation à la société canadienne.

(« *R. v. Kapp : New Directions for Section 15* » (2008-2009), 40 *R.D. Ottawa* 283, p. 292)

[326] 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

discriminatory conduct, and discriminatory conduct in turn can reinforce these negative attitudes, since “the very exclusion of the disadvantaged group . . . fosters the belief, both within and outside the group, that the exclusion is the result of ‘natural’ forces, for example, that women ‘just can’t do the job’” (*Action Travail*, at p. 1139). As Walter Tarnopolsky observed:

. . . it is the overt act and not the thought which is prohibited and, as a natural consequence thereof, in many cases action could be contrary to human rights legislation even in the absence of a discriminatory intent, if its *effect* is discriminatory. [Emphasis in original.]

(*Discrimination and The Law in Canada* (1982), at p. 86)

[327] We must be careful not to treat *Kapp* and *Withler* as establishing an additional requirement on s. 15 claimants to prove that a distinction will perpetuate prejudicial or stereotypical 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*. In explaining prejudice in *Withler*, the Court said: “Without attempting to limit the factors that may be useful in assessing a claim of discrimination, it can be said that where the discriminatory effect is said to be the perpetuation of disadvantage or prejudice, evidence that goes to establishing a claimant’s historical position of disadvantage or to demonstrating existing prejudice against the claimant group, as well as the nature of the interest that is affected, will be considered” (para. 38).

[328] It is the discriminatory *conduct* that s. 15 seeks to prevent, not the underlying attitude or motive, as Dickson C.J. explained in *Action Travail*:

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 renforcer cette attitude négative, car « l’exclusion même du groupe désavantagé [. . .] favorise la conviction, tant à l’intérieur qu’à l’extérieur du groupe, qu’elle résulte de forces “naturelles”, par exemple que les femmes “ne peuvent tout simplement pas faire le travail” » (*Action Travail*, p. 1139). Comme l’a fait remarquer Walter Tarnopolsky :

[TRADUCTION] . . . c’est le fait d’agir ouvertement, et non la façon de penser elle-même, qui est prohibé, de telle sorte que, naturellement, dans bien des cas un acte pourrait contrevenir aux lois sur les droits de la personne même en l’absence d’intention discriminatoire, si l’*effet* de cet acte est discriminatoire. [En italique dans l’original.]

(*Discrimination and The Law in Canada* (1982), p. 86)

[327] Il faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont 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*. Expliquant la notion de préjugé dans *Withler*, la Cour a indiqué ce qui suit : « Sans vouloir limiter les facteurs susceptibles d’être utiles dans l’appréciation d’une allégation de discrimination, disons que, dans les cas où l’effet discriminatoire découlerait de la perpétuation d’un désavantage ou d’un préjugé, entreraient en ligne de compte les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé ou fait l’objet de préjugés, ainsi que la nature de l’intérêt touché » (par. 38).

[328] 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, comme l’a expliqué le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Action Travail* :

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. [p. 1139, citing the *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984).]

This was reiterated in *Withler*, where the Court said: "Whether the s. 15 analysis focuses on perpetuating disadvantage or stereotyping, the analysis involves looking at the circumstances of members of the group and the *negative impact* of the law on them" (para. 37 (emphasis added)).

[329] That was the lesson learned from the former "dignity" test from *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, which required claimants to establish that the impugned law had "the effect of perpetuating or promoting *the view* that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society" (para. 51 (emphasis added)). In *Kapp*, this Court recognized that "dignity" was an underlying objective of the whole *Charter*, not a discrete and additional component of the equality test that the claimant had the burden of proving:

... human dignity is an abstract and subjective notion that ... cannot only become confusing and difficult to apply; it has also proven to be an *additional* burden on equality claimants ... [Emphasis in original; para. 22.]

Similarly, prejudice and stereotyping are neither separate elements of the *Andrews* test, nor categories into which a claim of discrimination must fit. A claimant need not prove that a law promotes negative *attitudes*, a largely unquantifiable burden.

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. [p. 1139, citant le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984).]

Ce principe a été réitéré en ces termes par notre Cour dans l'arrêt *Withler* : « Qu'elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué, l'analyse requise par l'art. 15 appelle l'examen de la situation des membres du groupe et de *l'incidence négative* de la mesure sur eux » (par. 37 (italiques ajoutés)).

[329] C'est la leçon qui a été tirée de l'ancien critère fondé sur la « dignité », qui avait été établi dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et qui obligeait le demandeur à établir que la mesure contestée « perpétu[ait] ou favoris[ait] *l'opinion* que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne » (par. 51 (italiques ajoutés)). Dans l'arrêt *Kapp*, notre Cour a reconnu que la protection de la « dignité » constitue un objectif fondamental de l'ensemble de la *Charte*, et non un élément additionnel distinct devant être prouvé par le demandeur dans le cadre de l'analyse relative à l'égalité :

... la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer [. . .], mais encore s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité ... [En italique dans l'original; par. 22.]

De même, les préjugés et l'application de stéréotypes ne représentent ni des éléments particuliers du critère établi dans l'arrêt *Andrews*, ni des catégories auxquelles doit se rattacher la plainte de discrimination. Le demandeur n'a pas besoin de prouver que la loi qu'il conteste répand des *attitudes* négatives, un aspect essentiellement impossible à mesurer.

[330] Requiring claimants, therefore, to prove that a distinction perpetuates negative attitudes about them imposes a largely irrelevant, not to mention ineffable 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

or reasonable is inconsistent with this substantive equality approach to s. 15(1) since it redirects the analysis from the *impact* of the distinction on the affected individual or group to the legislature's *intent* or *purpose*. As McIntyre J. warned in *Andrews*, an approach to s. 15(1) based on assessing the "reasonableness" of the legislative distinction would be a "radical departure from the analytical approach to the *Charter*", under which "virtually no role would be left for s. 1" (pp. 181-82). It would also effectively turn the s. 15(1) analysis into a review of whether the legislature had a "rational basis" for excluding a group from a statutory benefit. This reduces the test for discrimination to "a prohibition on intentional discrimination based on irrational stereotyping" (Sheila McIntyre, "Deference and Dominance: Equality Without Substance", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95, at p. 104). 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.

est raisonnable ou motivée par de bonnes intentions serait incompatible avec l'approche axée sur l'égalité réelle à l'étape du par. 15(1), car l'analyse porterait alors non plus sur *l'effet* de la distinction sur l'individu ou le groupe touché mais sur *l'intention* ou *l'objectif* du législateur. Conformément à la mise en garde formulée par le juge McIntyre dans *Andrews*, le recours à une approche axée sur l'appréciation du caractère « déraisonnable » de la distinction établie par la loi s'éloignerait « radicalement de la façon analytique d'aborder la *Charte* » et « aurait pour effet de dépouiller pratiquement de tout rôle l'article premier » (p. 182). Elle aurait en outre concrètement pour effet de transformer l'analyse fondée sur le par. 15(1) en un examen visant à déterminer si la décision du législateur de nier à un groupe le bénéfice de la loi avait un « fondement rationnel ». Tout cela réduirait l'analyse relative à la discrimination au rôle de [TRADUCTION] « prohibition des mesures discriminatoires intentionnelles basées sur des stéréotypes irrationnels » (Sheila McIntyre, « Deference and Dominance : Equality Without Substance », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95, p. 104). 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.

[334] This crucial distinction between the s. 15 analysis and the s. 1 justificatory step of the equality test brings us to another legal issue of particular importance in this case: the proper stage in the analysis to address the effect of the *choice* not to marry. In *Miron*, the fact that marital status is not a real choice was the basis for designating marital status as an analogous ground under s. 15(1). McLachlin J. accepted that the choice to marry is constrained by a number of factors. Her reasons, already briefly referred to, bear more fulsome repetition:

[334] Cette distinction cruciale entre les deux étapes de l'analyse relative à l'égalité, soit l'examen fondé sur l'art. 15 et l'étape de la justification suivant l'article premier, nous amène à une autre question juridique qui revêt une importance particulière en l'espèce : la détermination de l'étape de l'analyse à laquelle il convient d'examiner l'effet du *choix* de ne pas se marier. Dans *Miron*, l'état matrimonial a été reconnu comme un motif analogue de discrimination pour l'application du par. 15(1), en raison du fait que la décision de se marier ou non ne constitue pas véritablement un choix. La juge McLachlin a admis que la décision de se marier est limitée par certains facteurs. Ses motifs, que j'ai cités brièvement plus tôt, valent d'être répétés, cette fois plus longuement :

In theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry. In practice, however, the reality may be otherwise. The sanction of the union by the state through civil marriage cannot always be obtained. The law; the reluctance of one's partner to marry; financial, religious or social constraints — these factors and others commonly function to prevent partners who otherwise operate as a family unit from formally marrying. In short, marital status often lies beyond the individual's effective control. In this respect, marital status is not unlike citizenship, recognized as an analogous ground in *Andrews*: the individual exercises limited but not exclusive control over the designation. [para. 153]

[335] Any discussion of the reasonableness of distinctions based on this ground, or justifications for such distinctions, must take place under s. 1. To focus on the “choice” to marry at the s. 15(1) stage is not only contrary to the approach in *Andrews*, it is completely inconsistent with *Miron* and undermines the recognition of marital status as an analogous ground. By definition, analogous grounds are “personal characteristic[s] that [are] immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity” (*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13). This Court has firmly rejected the context-dependency of analogous grounds: they are not deemed immutable in some legislative contexts and a matter of choice in others. Rather, they stand as “constant marker[s] of potential legislative discrimination” (*Corbiere*, at para. 10). Having accepted marital status as an analogous ground, it is contradictory to find not only that *de facto* spouses *do* 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.

En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Il n'est pas toujours possible d'obtenir la sanction de l'union par l'État par un mariage civil. La loi, l'hésitation à se marier de l'un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l'état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. À ce point de vue, l'état matrimonial n'est pas différent de la citoyenneté, qui a été reconnue comme un motif analogue dans l'arrêt *Andrews*; la personne exerce un contrôle limité, mais non exclusif sur son état matrimonial. [par. 153]

[335] Toute appréciation du caractère raisonnable des distinctions fondées sur ce motif ou de leur justification doit être effectuée à l'étape de l'article premier. Le fait de se pencher sur le « choix » de se marier 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 tout à fait incompatible avec l'arrêt *Miron* et compromettrait la qualité de motif analogue reconnue à l'état matrimonial. Les motifs analogues ont été définis comme étant des « caractéristique[s] personnelle[s] qui [sont] soit immuable[s], soit modifiable[s] uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 13). Notre Cour a fermement refusé de faire dépendre du contexte l'existence des motifs analogues : un motif ne saurait être réputé immuable dans certains contextes législatifs et constituer une question de choix dans d'autres. Au contraire, un tel motif représente « un indicateur permanent de discrimination législative potentielle » (*Corbiere*, par. 10). La Cour ayant reconnu l'état matrimonial comme motif analogue, il est contradictoire de conclure non seulement que les conjoints de fait ont *effectivement* 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*.

[336] Moreover, this Court has repeatedly rejected arguments that choice protects a distinction from a finding of discrimination. In *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, the employer argued that a different amount of compensation for women who took time off from work while pregnant was not discriminatory because “pregnancy is a voluntary state and, like other forms of voluntary leave, it should not be compensated” (p. 1236). Dickson C.J. refused to accept that pregnancy was a choice, noting that an emphasis on choice would be “against one of the purposes of anti-discrimination legislation . . . the removal of unfair disadvantages which have been imposed on individuals or groups in society” (p. 1238). In other words, not only was pregnancy not a “true choice”, but choice was *irrelevant* to the question of discrimination.

[337] In *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, the Court was faced with a question of discrimination on the grounds of citizenship. The claimants challenged a provision of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1985, c. P-33, that gave the Public Service Commission the discretion to prefer Canadian citizens in open competitions for employment. Bastarache J., for the majority, expressly rejected the argument, relied on by Arbour J. in her separate reasons, that the claimants could have chosen to obtain Canadian citizenship. In their own reasons, which agreed with Bastarache J. on this point, McLachlin C.J. and L’Heureux-Dubé J. were even clearer in rejecting choice as justifying discriminatory treatment:

. . . the fact that a person could avoid discrimination by modifying his or her behaviour does not negate the discriminatory effect. If it were otherwise, an employer who denied women employment in his factory on the ground that he did not wish to establish female changing facilities could contend that the real cause of

[336] 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. Dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, l’employeur prétendait que la rémunération différente versée aux femmes qui s’absentaient du travail pendant leur grossesse ne constituait pas de la discrimination, parce que « la grossesse est un état voulu et [. . .], comme les autres formes d’absence volontaire, elle ne saurait faire l’objet de prestations » (p. 1236). Le juge en chef Dickson a refusé de souscrire à l’argument selon lequel la grossesse résulte d’un choix, indiquant que le fait de s’attacher à la notion de choix irait « à l’encontre de l’un des objets des lois anti-discrimination [. . .] la suppression des désavantages injustes imposés à des personnes ou à des groupes dans la société » (p. 1238). Autrement dit, non seulement la grossesse ne résulte pas d’un « choix véritable », mais l’existence d’un choix n’est *pas pertinente* pour statuer sur la discrimination.

[337] Dans l’affaire *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, la Cour était saisie de la question de la discrimination fondée sur la citoyenneté. Les demanderesse contestaient une disposition de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-33, qui conférait à la Commission de la fonction publique le pouvoir discrétionnaire de privilégier les candidats détenant la citoyenneté canadienne à l’occasion de concours publics en vue de doter un poste. Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache a expressément rejeté l’argument sur lequel s’est appuyée la juge Arbour dans son opinion distincte et suivant lequel les demanderesse auraient pu choisir d’obtenir la citoyenneté canadienne. Dans leurs propres motifs, qui concordaient avec ceux du juge Bastarache sur ce point, la juge en chef McLachlin et la juge L’Heureux-Dubé ont rejeté plus clairement encore l’argument voulant que l’existence d’un choix justifierait un traitement discriminatoire :

. . . le fait qu’une personne puisse éviter la discrimination en modifiant son comportement n’en supprime pas l’effet discriminatoire. S’il en était autrement, l’employeur qui refuserait d’embaucher des femmes dans son usine parce qu’il ne veut pas mettre un vestiaire à leur disposition pourrait prétendre que la cause réelle de l’effet

the discriminatory effect is the woman's "choice" not to use men's changing facilities. The very act of forcing some people to make such a choice violates human dignity, and is therefore inherently discriminatory. The law of discrimination thus far has not required applicants to demonstrate that they could not have avoided the discriminatory effect in order to establish a denial of equality under s. 15(1). [para. 5]

[338] Having reviewed the distinct analytical approaches to the s. 15(1) analysis and s. 1 justificatory step and the significance of this Court's finding that marital status is an analogous ground, I turn to the final legal issue that commands the Court's attention: the applicability of this Court's decision in *Walsh*. Because the equality analysis under s. 15(1) of the *Charter* has evolved substantially in the decade since *Walsh* was decided, I would, with respect, decline to follow *Walsh*. Two aspects of the majority's decision in *Walsh* are, in fact, manifestly contrary to the substantive equality analysis developed in *Kapp* and *Withler*, namely its approach to the issue of choice and its reliance on the heterogeneity of common law relationships.

[339] *Walsh*, similarly to the case before us, considered the role of freedom of choice in a s. 15 application dealing with the exclusion of common law spouses from a family property regime. The majority judgment in *Walsh* found that "people who marry can be said to freely accept mutual rights and obligations" while common law spouses cannot. In turn, it found that common law spouses "are free to take steps to deal with their personal property" privately (para. 55). *Walsh* was determinatively applied by the trial judge in the case before us, and in part by the Court of Appeal.

[340] As noted, in *Walsh* freedom of choice was key to the s. 15(1) analysis. Although the *Walsh* majority accepted that some common law spouses

discriminatoire est le « choix » des femmes de ne pas utiliser le vestiaire des hommes. Le seul fait de contraindre certaines personnes à faire ce type de choix viole la dignité humaine et est discriminatoire en soi. Jusqu'à maintenant, le droit en matière de discrimination n'a pas exigé que le demandeur prouve qu'il n'aurait pu éviter l'effet discriminatoire pour que soit reconnue l'atteinte à l'égalité garantie au par. 15(1). [par. 5]

[338] Après avoir passé en revue les différentes approches établies pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 15(1) et l'étape de justification au regard de l'article premier, et avoir rappelé l'importance de la conclusion de notre Cour selon laquelle l'état matrimonial constitue un motif analogue, je vais maintenant examiner la dernière question juridique qui requiert notre attention : l'applicabilité de l'arrêt *Walsh* de notre Cour. 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*, avec égards, je m'abstiendrai de le suivre. Deux aspects de la décision des juges majoritaires dans *Walsh* vont, en fait, manifestement à l'encontre de l'analyse relative à l'égalité réelle élaborée dans les arrêts *Kapp* et *Withler*, c'est-à-dire l'approche suivie dans cette décision à l'égard de la question de l'existence d'un choix et le fait qu'on y ait invoqué l'hétérogénéité des unions de fait.

[339] Tout comme dans l'affaire dont nous sommes saisis, dans *Walsh*, la Cour a été appelée à considérer le rôle de la liberté de choisir dans une demande fondée sur l'art. 15 concernant l'exclusion des conjoints de fait d'un régime de partage des biens matrimoniaux. Selon les juges majoritaires, « on peut dire des personnes qui se marient qu'elles ont librement accepté des droits et obligations réciproques », ce qu'on ne peut dire des conjoints de fait. Ensuite, les juges ont conclu que ces conjoints « peuvent en toute liberté prendre des mesures à l'égard de leurs biens personnels » de gré à gré (par. 55). En l'espèce, la juge de première instance s'est appuyée de façon déterminante sur l'arrêt *Walsh*, et la Cour d'appel l'a appliqué en partie.

[340] Comme je l'ai mentionné précédemment, dans l'affaire *Walsh*, la question de la liberté de choisir a constitué un aspect clé de l'analyse fondée

would suffer disadvantage under the *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, it held that because they could *choose* to marry, their exclusion from the legislative scheme was not an issue that fell within the protection of s. 15(1):

While there is no denying that inequities may exist in certain unmarried cohabiting relationships and that those inequities may result in unfairness between the parties on relationship breakdown, there is no constitutional requirement that the state extend the protections of the MPA to those persons. *The issue here is whether making a meaningful choice matters, and whether unmarried persons are prevented from taking advantage of the benefits of the MPA in an unconstitutional way.* [Emphasis added; para. 57.]

The majority in *Walsh* accepted that marital status is an analogous ground, but justified distinctions within this ground by pointing to an individual's "choice" to marry. This contradicts the approach to substantive equality under s. 15(1), where any argument concerning the reasonableness of the legislation is considered under s. 1. Contrary to this approach, the majority of the Court in *Walsh* collapsed the justification into the s. 15 analysis, leaving the claimants to justify what should analytically have been part of the government's burden.

[341] The majority in *Walsh* went on to find that despite the adverse impact suffered by some unmarried spouses under the *Matrimonial Property Act*, the claimant had failed to satisfy the dignity test. Again, the majority emphasized the importance of the claimant's choice, concluding that a legislative regime that respected the personal autonomy and freedom of choice of an individual *enhanced* rather than detracted from their dignity. This reliance on dignity is the analytic approach this Court eschewed in *Kapp* when it dropped "dignity" as a required component in the s. 15(1) analysis

sur le par. 15(1). Tout en admettant que certains conjoints de fait seraient désavantagés par l'application de la *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, les juges majoritaires ont néanmoins conclu que, comme les conjoints de fait pouvaient *choisir* de se marier ou non, leur exclusion du bénéfice du régime établi par la loi ne faisait pas intervenir la protection du par. 15(1) :

Personne ne nie qu'il puisse exister des iniquités chez certains couples non mariés et qu'une injustice entre les parties puisse en résulter à la rupture de leur union, mais aucune règle constitutionnelle n'oblige l'État à étendre la portée de la MPA pour les protéger. *Il faut en l'occurrence déterminer si la faculté de faire un choix utile mérite d'être maintenue et si les personnes non mariées sont privées inconstitutionnellement de l'accès aux bénéfices de la MPA.* [Italiques ajoutés; par. 57.]

Dans *Walsh*, les juges majoritaires ont reconnu que l'état matrimonial constitue un motif analogue, mais ils ont justifié les distinctions qu'ils faisaient au sein du groupe visé par ce motif en invoquant le « choix » qu'ont les gens de se marier ou non. Un tel raisonnement va à l'encontre de l'approche relative à l'égalité réelle dans l'analyse fondée sur le par. 15(1), approche suivant laquelle tout argument concernant le caractère raisonnable du texte de loi en cause est considéré à l'étape de l'article premier. Dérigeant à cette approche, les juges de la majorité dans *Walsh* ont amalgamé l'étape de la justification à celle de l'analyse fondée sur l'art. 15, obligeant ainsi les demandeurs à apporter une justification qui, sur le plan analytique, aurait dû incomber à l'État.

[341] Dans *Walsh*, les juges majoritaires ont ensuite conclu que, malgré l'effet préjudiciable de la *Matrimonial Property Act* sur certains conjoints de fait, la demanderesse n'avait pas satisfait au critère de l'atteinte à la dignité. Une fois de plus, les juges majoritaires ont souligné l'importance du choix dont disposait la demanderesse et conclu qu'un régime législatif respectant l'autonomie et la liberté de choisir d'une personne a pour effet de *favoriser* la dignité de cette dernière et non de la compromettre. Cette prise en compte de la dignité est l'approche analytique qu'a écartée la Cour dans

because it had become an undue evidentiary burden for claimants.

[342] In *Walsh*, the majority's focus on choice rather than on the impact of the distinction on members of the group also paid insufficient attention to the requirement for a true substantive equality analysis, affirmed in *Kapp* and *Withler*. In contrast to formal equality, which assumes an "autonomous, self-interested and self-determined" individual, substantive equality looks not only at the choices that are available to individuals, but at "the social and economic environments in which [they] pla[y] out" (Margot Young, "Unequal to the Task: 'Kapp'ing the Substantive Potential of Section 15", in Sanda Rodgers and Sheila McIntyre, eds., *The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, at pp. 190-91 and 196).

[343] This is not to suggest that the issue of choice is entirely irrelevant to a claim under s. 15(1). It may be an important factor in determining whether a ground of discrimination qualifies as an analogous ground. In addition, it may factor into the s. 1 analysis. Examining choice at the s. 1 stage instead of integrating it into the discrimination analysis as the majority did in *Walsh* properly places the onus on the government to justify the exclusion based on freedom of choice, rather than compromising the s. 15(1) analysis. It is not the claimant's burden to disprove the legislative purpose for the exclusion, but the government's to demonstrate it under s. 1.

[344] *Walsh* is also at odds with the substantive equality analysis of *Kapp* and *Withler* in its

l'arrêt *Kapp*, lorsqu'elle a cessé de considérer la « dignité » comme un élément essentiel de l'analyse fondée sur le par. 15(1), au motif que ce critère était devenu un fardeau de preuve indu pour les demandeurs.

[342] De plus, en s'attachant à la liberté de choisir plutôt qu'à l'effet de la distinction sur les membres du groupe, les juges majoritaires dans *Walsh* n'ont pas accordé suffisamment d'attention à la nécessité de procéder à une véritable analyse de l'égalité réelle, exigence confirmée dans les arrêts *Kapp* et *Withler*. Contrairement à l'égalité formelle, qui suppose une personne [TRADUCTION] « autonome, agissant dans son propre intérêt et décidant par elle-même », l'égalité réelle tient compte non seulement des choix qui s'offrent à la personne, mais également du « contexte socioéconomique dans lequel il[s] s'inscrive[nt] » (Margot Young, « Unequal to the Task : "Kapp"ing the Substantive Potential of Section 15 », dans Sanda Rodgers et Sheila McIntyre, dir., *The Supreme Court of Canada and Social Justice : Commitment, Retrenchment or Retreat* (2010), 183, p. 190-191 et 196).

[343] Cela ne signifie pas que la question de l'existence d'un choix est entièrement dénuée de pertinence dans l'examen d'une demande présentée en vertu du par. 15(1). Cette question pourrait constituer un facteur important afin de déterminer si un motif de discrimination constitue un motif analogue. En outre, elle pourrait jouer un rôle dans l'analyse fondée sur l'article premier. Le fait de considérer la question du choix à cette étape — au lieu de l'intégrer à l'analyse relative à la discrimination, comme l'ont fait les juges majoritaires dans *Walsh* — a pour effet d'imposer à juste titre à l'État le fardeau de tenter de justifier l'exclusion par l'existence d'une liberté de choisir, et évite de compromettre l'analyse fondée sur le par. 15(1). En effet, il n'incombe pas au demandeur de prouver que l'objectif visé par le législateur en édictant l'exclusion est mal fondé, mais plutôt à l'État de justifier cet objectif au regard de l'article premier.

[344] L'arrêt *Walsh* s'écarte également de l'analyse relative à l'égalité réelle prévue par

emphasis on the heterogeneity of common law relationships. The *Walsh* majority found this heterogeneity to be a pertinent distinction between married spouses and unmarried spouses. The majority accepted that some common law spouses suffered adverse impact, but emphasized that “many persons in circumstances similar to those of the parties, that is, opposite sex individuals in conjugal relationships of some permanence, have chosen to avoid the institution of marriage and the legal consequences that flow from it” (para. 43). The majority relied on the fact that not *all* common law spouses suffered discrimination as a basis for rejecting the s. 15(1) claim.

[345] The importance the *Walsh* majority placed on the heterogeneity of unmarried relationships resulted from its use of the then operative comparator group analysis. The majority assessed the discrimination claim by comparing two groups: married heterosexual cohabitants and unmarried heterosexual cohabitants. Although the majority in *Walsh* found that the “functional similarities” between married and common law spouses may be substantial, it held that “it would be wrong to ignore the significant heterogeneity that exists within the claimant’s comparator group [i.e. unmarried heterosexual cohabitants]” (para. 39).

[346] The majority’s reasoning in *Walsh* illustrates the problems with comparator groups that the subsequent decision in *Withler* sought to address, namely that “a mirror comparator group analysis may fail to capture substantive inequality, may become a search for sameness, may shortcut the second stage of the substantive equality analysis, and may be difficult to apply” (para. 60). In *Walsh*, the fact that the comparator group of married spouses was not perfectly mirrored by the group of unmarried spouses, based on the heterogeneity

les arrêts *Kapp* et *Withler* en insistant sur l’hétérogénéité des unions de fait. Dans *Walsh*, les juges majoritaires ont conclu que cette hétérogénéité représente un motif de distinction pertinent entre les conjoints mariés et les conjoints non mariés. Tout en reconnaissant que certains conjoints de fait subissent des effets préjudiciables du fait de leur statut, les juges majoritaires ont souligné que « de nombreuses personnes se trouvant dans une situation semblable à celle des parties, c’est-à-dire des personnes de sexe opposé vivant dans une union conjugale d’une certaine permanence, ont choisi de se soustraire à l’institution du mariage et aux conséquences juridiques qui en découlent » (par. 43). Un des motifs invoqués par les juges de la majorité pour rejeter la plainte fondée sur le par. 15(1) est le fait que les conjoints de fait ne sont pas *tous* victimes de discrimination.

[345] L’importance qu’ont accordée les juges de la majorité dans *Walsh* au caractère hétérogène des relations unissant des personnes non mariées résulte du fait qu’ils ont appliqué l’analyse basée sur des groupes de comparaison qui avait cours à l’époque. Les juges majoritaires ont examiné la plainte de discrimination en comparant deux groupes : les conjoints hétérosexuels mariés et les conjoints hétérosexuels non mariés. Bien que les juges majoritaires aient conclu que les « similitudes fonctionnelles » entre les unions formelles et les unions de fait pouvaient être importantes, ils ont décidé que « ce serait une erreur [. . .] que de faire abstraction de la grande hétérogénéité du groupe de comparaison auquel appartient l’auteur de l’allégation [c’est-à-dire les conjoints hétérosexuels non mariés] » (par. 39).

[346] Le raisonnement de la majorité dans *Walsh* illustre les difficultés que pose le recours à des groupes de comparaison, difficultés que l’arrêt subséquent *Withler* a cherché à régler, à savoir qu’« une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l’inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l’analyse de l’égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer » (par. 60). Dans l’affaire *Walsh*, le fait que le groupe

of the latter, short-circuited the analysis of the actual adverse impact experienced by a significant proportion of unmarried spouses.

[347] For all these reasons, and with great respect, I think, unlike the Court of Appeal, we can appropriately proceed to the application of the s. 15(1) test in this case untethered from *Walsh*.

Application

[348] The first step in s. 15(1) is to identify the distinction at issue and determine whether it is based on an enumerated or analogous ground. This is easily demonstrated in this case. The exclusion of *de facto* spouses from the economic protections for formal spousal unions is a distinction based on marital status, an analogous ground.

[349] We must then consider whether the distinction is discriminatory. That it imposes a disadvantage is clear, in my view: the law excludes economically vulnerable and 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 the couple's freedom of contract or choice. The disadvantage this exclusion perpetuates is an historic one: it continues to deny *de facto* spouses access to economic remedies they have always been deprived of, remedies the National Assembly considered indispensable for the protection of married and civil union spouses.

[350] There is little doubt that some *de facto* couples are in relationships that are functionally similar to formally recognized spousal relationships. When introducing family law reforms in 1976, the Ontario Ministry of the Attorney General

de comparaison, en l'occurrence les conjoints mariés, n'était pas le reflet exact de groupe des conjoints non mariés, vu l'hétérogénéité du second, a court-circuité l'analyse des effets préjudiciables réels subis par une proportion appréciable de conjoints non mariés.

[347] Pour toutes ces raisons et, avec égards, contrairement à la Cour d'appel, j'estime que l'on peut à juste titre appliquer à la présente espèce l'analyse fondée sur le par. 15(1) sans être tenu de suivre l'arrêt *Walsh*.

Application

[348] La première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) consiste à bien circonscrire la distinction invoquée et à déterminer si elle repose sur un motif énuméré ou sur un motif analogue, ce qui est facile à démontrer en l'espèce. L'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des protections de nature économique dont jouissent les unions formelles constitue une distinction basée sur l'état matrimonial, un motif analogue.

[349] Il faut ensuite se demander si la distinction est discriminatoire. Le fait qu'elle impose un désavantage est clair à mon avis : la loi exclut les conjoints de fait financièrement vulnérables et 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 l'Assemblée nationale a jugé indispensables pour protéger les conjoints mariés ou unis civilement.

[350] Il fait peu de doute que certaines unions de fait sont fonctionnellement similaires aux unions formellement reconnues. En 1976, lors du dépôt de sa réforme du droit de la famille, le ministère du Procureur général de l'Ontario a reconnu que

acknowledged that the functional characteristics of unmarried relationships justified some protection:

When a man and woman have been living together in a relationship of some permanence, their lives take on the same financial characteristics as a legally recognized marriage. Often the couple both contribute to household expenses. One may be just as dependent on the other for certain tasks as married persons are.

(*Family Law Reform*, at p. 18)

[351] On the same note, the British Columbia Law Institute commented that people in “relationship[s] that resembl[e] marriage may suffer economic prejudice when the relationship ends” and “are also in need of protection” (*Report on Recognition of Spousal and Family Status* (1998), at p. 7). The Law Reform Commission of Nova Scotia noted that, due to the functional similarities, unmarried relationships “deserve to be treated similarly by the law” as marriages (*Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997), at p. 21). And the Law Reform Commission of Saskatchewan tied these functional similarities to the goals of matrimonial property legislation, commenting that

[t]he realities of marriage, not the legal status it creates, justified [matrimonial property] legislation. If long-term common law relationships are functionally similar, the mechanism by which the status is created is less important than the fact that the status entails social expectations that are usually associated with marriage.

(Discussion Paper, “Common Law Relationships Under the Matrimonial Property Act”, July 1997 (online), at p. 12)

[352] This understanding of the functional similarity of *de facto* unions to marriages, it should be stressed, is shared in Quebec, where the Civil

les caractéristiques fonctionnelles des relations unissant des personnes non mariées justifiaient de leur accorder une certaine protection :

[TRANSDUCTION] Lorsqu’un homme et une femme vivent ensemble dans le cadre d’une relation d’une certaine permanence, leur union acquiert les mêmes caractéristiques financières qu’un mariage légalement reconnu. Souvent, les deux conjoints contribuent aux charges du ménage. Il se peut que, pour certaines tâches, un des conjoints dépende de l’autre tout autant que cela se produit chez les personnes mariées.

(*Family Law Reform*, p. 18)

[351] Dans le même ordre d’idées, le British Columbia Law Institute a fait remarquer que les personnes vivant au sein d’une [TRANSDUCTION] « relation qui ressemble au mariage risquent de subir un préjudice économique en cas de rupture » et « elles ont elles aussi besoin de protection » (*Report on Recognition of Spousal and Family Status* (1998), p. 7). Selon la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse, en raison de similitudes fonctionnelles, les relations unissant des personnes non mariées [TRANSDUCTION] « méritent un traitement similaire en droit » à celui réservé aux mariages (*Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia* (1997), p. 21). Pour sa part, la Commission de réforme du droit de la Saskatchewan a rattaché ces similitudes fonctionnelles aux objectifs de la loi régissant le partage des biens matrimoniaux, formulant les commentaires suivants :

[TRANSDUCTION] Les réalités du mariage, et non la situation juridique qui en découle, justifiaient de légiférer [en matière de patrimoine familial]. Si les unions de fait de longue durée présentent des similitudes fonctionnelles, le mécanisme créant le statut est moins important que le fait que ce statut emporte, sur le plan social, des attentes généralement associées au mariage.

(Document de travail, « Common Law Relationships Under the Matrimonial Property Act », juillet 1997 (en ligne), p. 12)

[352] Cette conception des similitudes fonctionnelles entre les unions de fait et les mariages est, il convient de le souligner, également partagée

Code Revision Office, in proposing changes to the regime governing *de facto* spouses in 1978, accepted these functional similarities, commenting that “[d]e facto unions, though perhaps more tenuous, are often as stable as marriages” (*Report on the Québec Civil Code* (1978), vol. II — *Commentaries*, t. 1, at p. 113).

[353] This Court has also readily recognized that some *de facto* spouses share the functional characteristics of those in formal marriages. In the context of spousal support obligations, Cory and Iacobucci JJ. held in *M. v. H.* that unmarried same-sex couples, unmarried opposite-sex couples, and married couples, can all fulfill the “generally accepted characteristics of a conjugal relationship [which] include shared shelter, sexual and personal behaviour, services, social activities, economic support and children, as well as the societal perception of the couple” (para. 59). And in *Pettkus v. Becker*, Dickson J. acknowledged that there was “no basis for any distinction, in dividing property and assets, between marital relationships and those more informal relationships which subsist for a lengthy period” and that the unmarried parties “lived as man and wife” (p. 850).

[354] Even if there is a range of need or vulnerability among *de facto* spouses, as there must inevitably be, this Court has held that heterogeneity within a claimant group does not defeat a claim of discrimination. In *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, Dickson C.J., as he had in *Brooks*, squarely rejected the idea that for a claim of discrimination to succeed, all members of a group had to receive uniform treatment from the impugned law:

While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual’s personal characteristics, *discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that*

au Québec. En effet, en 1978, lorsque l’Office de révision du Code civil a proposé des modifications au régime régissant les unions de fait, il a reconnu l’existence de ces similitudes, faisant remarquer que « [l]’union de fait, pour être plus fragile, n’en est pas moins, souvent, aussi stable que le mariage » (*Rapport sur le Code civil du Québec* (1978), vol. II — *Commentaires*, t. 1, p. 115).

[353] Notre Cour a elle aussi volontiers admis que certaines unions de fait présentent les caractéristiques fonctionnelles des mariages. Quant aux obligations alimentaires entre conjoints, les juges Cory et Iacobucci ont conclu, dans l’arrêt *M. c. H.*, que tant les couples de même sexe non mariés, que les couples de sexe opposé non mariés et les couples mariés peuvent posséder les « caractéristiques généralement acceptées de l’union conjugale, soit le partage d’un toit, les rapports personnels et sexuels, les services, les activités sociales, le soutien financier, les enfants et aussi l’image sociétale du couple » (par. 59). Qui plus est, dans l’arrêt *Pettkus c. Becker*, le juge Dickson a reconnu que « [r]ien ne justifie que l’on fasse une distinction, lors du partage des biens et de l’actif, entre les personnes mariées et les personnes liées par une relation moins formelle qui dure depuis longtemps »; il a également reconnu que, sans être mariées, les parties « [avaient] vécu comme mari et femme » (p. 850).

[354] Même s’il existe un éventail de besoins ou de situations de vulnérabilité à l’intérieur du groupe des conjoints de fait, comme cela est d’ailleurs inévitable, notre Cour a conclu que l’hétérogénéité d’un groupe de demandeurs n’est pas fatale à une plainte de discrimination. Dans *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, le juge en chef Dickson a carrément rejeté, tout comme il l’avait fait dans *Brooks*, l’idée voulant que, pour qu’une plainte de discrimination soit accueillie, tous les membres du groupe en question doivent être traités de la même manière par la mesure législative contestée :

Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu’en raison de ses caractéristiques personnelles, *il n’est pas nécessaire, pour qu’il y ait discrimination, que tous les membres du*

ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. It is rare that a discriminatory action is so bluntly expressed as to treat all members of the relevant group identically. In nearly every instance of discrimination the discriminatory action is composed of various ingredients with the result that some members of the pertinent group are not adversely affected, at least in a direct sense, by the discriminatory action. *To deny a finding of discrimination in the circumstances of this appeal is to deny the existence of discrimination in any situation where discriminatory practices are less than perfectly inclusive.* It is to argue, for example, that an employer who will only hire a woman if she has twice the qualifications required of a man is not guilty of sex discrimination if, despite this policy, the employer nevertheless manages to hire some women. [Emphasis added; pp. 1288-89.]

[355] Although *Janzen* and *Brooks* were decided in the human rights context, they were applied in the *Charter* context in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, where Gonthier J. held that “[t]his Court has long recognized that differential treatment can occur . . . despite the fact that not all persons belonging to the relevant group are equally mistreated” (para. 76). In other words, even if only some members of an enumerated or analogous group suffer discrimination by virtue of their membership in that group, the distinction and adverse impact can still constitute discrimination.

[356] The National Assembly enacted economic safeguards for spouses in formal unions based on the need to protect them from the economic consequences of their assumed roles. Since many spouses in *de facto* couples exhibit the same functional characteristics as those 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

groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l’attribution d’une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l’objet. S’il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. En effet, il arrive rarement qu’une mesure discriminatoire soit si nettement exprimée qu’elle s’applique de façon identique à tous les membres du groupe-cible. Dans presque tous les cas de discrimination, la mesure discriminatoire comporte divers éléments de sorte que certains membres du groupe concerné ne sont pas atteints, tout au moins de façon directe, par la mesure discriminatoire. *Refuser de conclure à la discrimination dans les circonstances de ce pourvoi équivaut à nier l’existence de la discrimination chaque fois que les pratiques discriminatoires ne touchent pas l’ensemble du groupe-cible.* C’est affirmer, par exemple, que l’employeur qui n’engage une femme que si elle a deux fois plus de diplômes qu’un homme n’est pas coupable de discrimination sexuelle si, en dépit de cette politique, il engage tout de même quelques femmes. [Italiques ajoutés; p. 1288-1289.]

[355] Bien que les arrêts *Janzen* et *Brooks* aient été décidés dans le contexte des droits de la personne, ils ont par la suite été appliqués dans l’affaire touchant la *Charte*, *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, où le juge Gonthier a conclu que « [n]otre Cour reconnaît depuis longtemps qu’une différence de traitement peut [exister] même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités » (par. 76). Autrement dit, même si quelques membres seulement d’un groupe énuméré ou analogue sont victimes de discrimination du fait de leur appartenance à ce groupe, la distinction qui est faite et son effet préjudiciable peuvent tout de même constituer de la discrimination.

[356] L’Assemblée nationale a édicté des garanties économiques en faveur des conjoints vivant dans des unions formelles, au motif qu’il était nécessaire de les protéger des conséquences financières des rôles qu’ils jouent au sein de la relation. Comme bon nombre de conjoints vivant au sein d’unions de fait présentent les mêmes caractéristiques fonctionnelles que ceux vivant dans des unions formelles, y compris le même risque qu’un des conjoints se

protections perpetuates historic disadvantage against them based on their marital status.

[357] 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. Nor need we consider whether the exclusions promote the view that the individual is less capable or worthy of recognition as a human being or citizen — which, as discussed in *Kapp*, would be difficult to prove. 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*.

[358] This brings us to the s. 1 analysis. The application judge found that the purpose of the exclusion of *de facto* spouses from the presumptive statutory protections was to preserve their freedom to choose to be outside the legal regimes governing marriage and civil unions. The Court of Appeal questioned whether, in the context of spousal support, freedom of choice can qualify as a pressing and substantial objective. Quebec has implemented *mandatory* provisions relating to support, they noted, thereby denying spouses in marriages or civil unions any freedom of choice in the interests of protecting and compensating economically vulnerable spouses. *De facto* spouses, on the other hand, have been excluded from similar protection based on the very freedom of choice Quebec has decided is irrelevant for formally recognized spousal relationships. However, since the objective of preserving freedom of choice was not vigorously challenged by the parties before this Court, I would accept it for the purposes of the s. 1 analysis.

retrouve financièrement vulnérable ou 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.

[357] 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. Il n'est pas non plus nécessaire de se demander si l'exclusion répand l'opinion que l'individu concerné est moins capable ou moins digne d'être reconnu en tant qu'être humain ou que citoyen — élément qui, comme il est expliqué dans *Kapp*, serait difficile à prouver. 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.

[358] Ce qui nous amène à l'analyse fondée sur l'article premier. La juge saisie de la demande a conclu que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection prévues par la loi et dont l'application est présumée avait pour objectif de préserver la liberté de ces personnes de choisir de ne pas être visées par les régimes légaux régissant les mariages et les unions civiles. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont pour leur part émis des doutes quant à savoir si, dans le contexte du soutien alimentaire en faveur du conjoint, le maintien de la liberté de choisir peut être considéré comme un objectif urgent et réel. Ils ont souligné que le Québec a adopté des dispositions *impératives* en matière de soutien alimentaire et a, de ce fait, retiré aux conjoints mariés ou unis civilement leur liberté de choisir, dans un souci de protection et d'indemnisation des conjoints financièrement vulnérables. Par contre, les conjoints de fait se sont vu refuser ce genre de protection, en raison de cette même liberté de choisir que le Québec a estimé non pertinente dans le cas des relations conjugales reconnues formellement. Toutefois, comme l'objectif consistant à préserver la liberté de choisir n'a pas été débattu vigoureusement devant notre Cour par les parties, je l'accepte pour les besoins de l'analyse fondée sur l'article premier.

[359] At the rational connection stage, the government does not face a heavy burden. It must show “that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so” (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 48). While I find the connection tenuous, I cannot say that excluding *de facto* spouses from the support and division of property protections is wholly unconnected to the goal of allowing couples the freedom to be outside the legal regimes governing marriage and civil union.

[360] The critical stage in this case, in my view, is minimal impairment, under which “the government must show that the measures at issue impair the right . . . as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160). In my view, an outright exclusion of *de facto* spouses cannot be said to be minimally impairing of their equality rights. A presumptively protective scheme, on the other hand, with a right on the part of *de facto* spouses to opt out, is an example of an alternative 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.

[361] This Court has generally been reluctant to defer to the legislature in the context of total exclusions from a legislative scheme. In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, the Court described the lack of funding for sign language interpretation as an approach that did not “reasonably balanc[e] the competing social demands which our society must address” (para. 93, citing *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 314). Similarly, in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, the Court held

[359] À l’étape de l’examen du lien rationnel, l’État ne supporte pas un lourd fardeau. Il doit démontrer « qu’il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l’objectif, et non qu’elle y contribuera effectivement » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 48). Bien que le lien invoqué en l’espèce soit ténu à mes yeux, je ne peux affirmer que le fait d’exclure les conjoints de fait du bénéfice des mesures de protection relatives au soutien alimentaire et au partage des biens n’a absolument aucun rapport avec l’objectif qui consiste à accorder à ces couples la liberté de choisir de ne pas être visés par les régimes légaux régissant le mariage et l’union civile.

[360] Dans le présent pourvoi, l’étape cruciale de l’analyse est à mon avis celle de l’atteinte minimale, étape à laquelle « le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160). À mon avis, il est impossible d’affirmer que l’exclusion totale des conjoints de fait porte atteinte de façon minimale à leur droit à l’égalité. En revanche, un régime dont la protection s’appliquerait de manière présumée et qui serait assorti d’un droit de retrait en faveur des conjoints de fait constitue un exemple de solution de rechange propre 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.

[361] 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. Dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, la Cour a dit, au sujet du financement de services d’interprétation gestuelle, qu’une telle approche n’établissait pas « un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s’attaquer notre société » (par. 93, citant *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 314). De même,

that, even allowing for “a healthy measure of flexibility . . . , the complete denial of unemployment benefits [was] not an acceptable method of achieving any of the government objectives” (p. 47). And in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, in the context of the total exclusion of sexual orientation from human rights protections, the Court found that “the call for judicial deference [was] inappropriate” (para. 127).

[362] The antipathy towards complete exclusions is hardly surprising, since the government is required under s. 1 to “explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen” (*RJR-MacDonald*, at para. 160). 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.

[363] I concede that the exclusion of *de facto* spouses from spousal support and property regimes in Quebec was a carefully considered policy choice. As my colleague LeBel J. points out, 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.

[364] This Court concluded in *M. v. H.* that there should be deference to the policy choices that the legislature is “in a better position than the court to make, as in the case of difficult policy judgments

dans *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, la Cour a conclu que, même en reconnaissant au législateur « la possibilité de jouir d’une large souplesse [. . .] [le fait d’]interdire complètement l’accès aux prestations d’assurance-chômage ne constitu[ait] pas une méthode acceptable pour atteindre l’un quelconque des objectifs énoncés précédemment » (p. 47). Et, dans l’affaire *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, relativement à la décision d’exclure totalement l’orientation sexuelle des motifs de distinction interdits en matière de protection des droits de la personne, la Cour a jugé qu’« il ne conv[enait] pas d’invoquer le principe de la retenue judiciaire » (par. 127).

[362] Cette aversion pour les exclusions complètes n’est guère 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 » (*RJR-MacDonald*, par. 160). 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.

[363] Je concède que 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. Comme le souligne mon collègue le juge LeBel, 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.

[364] Dans *M. c. H.*, notre Cour a conclu qu’il y a lieu de faire montre de déférence à l’égard des décisions de politique générale que le législateur est « mieux en mesure de faire que le tribunal, comme

regarding the claims of competing groups or the evaluation of complex and conflicting social science research” (para. 79). But it went on to find that the question of spousal support entitlement was *not* a question on which the legislature should be given deference:

[Since] no group will be disadvantaged by granting members of same-sex couples access to the spousal support scheme under the [*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3], the notion of deference to legislative choices in the sense of balancing claims of competing groups has no application . . . [para. 126]

[365] The argument was made that *de facto* spouses have other mechanisms available to them that compensate for their exclusion from the support and division of property regimes, specifically the ability to sign a cohabitation agreement and the possibility of claiming for unjust enrichment. However, these contractual and statutory protections available to *de facto* spouses in Quebec fall far short of what married and civil union spouses obtain presumptively, both in their content and in their realistic availability to the most vulnerable *de facto* spouses. The Court in *M. v. H.* has already rejected the view that the availability of either of these options meant that there was no discrimination against same-sex couples who were excluded from spousal support. It held that “neither the common law equitable remedies nor the law of contract are adequate substitutes for the *FLA*’s spousal support regime” and that “if these remedies were considered satisfactory there would have been no need for the spousal support regime” (para. 124). As shall be seen, these alternatives are, in my respectful view, equally inadequate as substitutes for division of property.

par exemple des jugements de principe difficiles concernant les demandes de groupe concurrents ou l’évaluation de recherches complexes et contradictoires en sciences humaines » (par. 79). Toutefois, elle a poursuivi en statuant que la question du droit des conjoints au soutien alimentaire *n’était pas* une question qui commandait la déférence envers le législateur :

Étant donné qu’aucun groupe ne sera défavorisé par l’octroi aux membres des couples de même sexe de l’accès au régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la [*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3], la notion de retenue à l’égard des choix du législateur appelé à trouver un point d’équilibre entre des groupes concurrents n’a aucune application en l’espèce. [par. 126]

[365] On a plaidé que les conjoints de fait disposent d’autres mécanismes compensant leur exclusion du bénéfice des régimes relatifs au soutien alimentaire et au partage des biens, à savoir la faculté de signer des contrats de cohabitation ou d’exercer une action pour enrichissement injustifié. Or, ces mesures de protection de nature contractuelle et législative dont disposent les conjoints de fait au Québec sont de beaucoup inférieures à celles qu’obtiennent par voie de présomption les conjoints mariés ou unis civilement, autant du point de vue de leur teneur que de la possibilité réaliste que les conjoints de fait les plus vulnérables puissent s’en prévaloir. La Cour a déjà rejeté, dans *M. c. H.*, la thèse selon laquelle la possibilité de recourir à l’une ou l’autre de ces solutions signifiait qu’il n’y avait aucune discrimination à l’endroit des conjoints de même sexe exclus du bénéfice des dispositions relatives au soutien alimentaire. La Cour a jugé que « ni les recours en *equity* prévus par la common law ni le droit des contrats ne peuvent être adéquatement substitués au régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* » et que « si ces recours étaient jugés satisfaisants, le régime de l’obligation alimentaire entre conjoints serait inutile » (par. 124). Comme nous le verrons, ces solutions de rechange sont à mon humble avis tout aussi inadéquates pour remplacer le régime de partage des biens.

[366] With respect to cohabitation agreements, Iacobucci J. in *M. v. H.* found that they did not provide an adequate justification for the exclusion of same-sex couples from the statute (see para. 124). A contract requires positive action on the part of the spouses. That means that “[t]hose who want to resolve support issues before the relationship breaks down are forced either to expend resources to devise a suitable contractual arrangement or risk being left without a remedy in law” (para. 122). *De facto* spouses face the same alternative with respect to division of property: since they are excluded from presumptive statutory regimes, they must either expend resources to create contractual protections or accept the risk of being unprotected. Iacobucci J. noted further that contracts provided inferior protection than a statute, such as against bankruptcy (para. 123).

[367] As to the ability of *de facto* spouses to claim unjust enrichment, *M. v. H.* also firmly rejected this as a viable alternative for spousal support. The Court found that unjust enrichment addressed different interests than a support order and that such a claim was “more onerous [to] claimants [and] available under far narrower circumstances” (para. 120). These comments are a full answer to the notion that the availability of a claim for unjust enrichment is an equitable substitute for spousal support.

[368] A claim for unjust enrichment is equally inadequate as a substitute for a statutorily presumptive division of property. The greatest difference between unjust enrichment and the presumptive or mandatory division of property in the *Code* is the burden placed on the claimant. While the partnership of acquests and the family patrimony presume equal sharing, unjust enrichment requires

[366] Relativement aux contrats de cohabitation, le juge Iacobucci a conclu, dans *M. c. H.*, qu’ils ne constituaient pas une solution adéquate pour justifier l’exclusion des conjoints de même sexe du bénéfice de la loi (voir le par. 124). Un contrat nécessite des gestes concrets de la part des conjoints. En d’autres mots, « [c]eux qui veulent régler la question [du soutien alimentaire] avant la rupture de l’union sont obligés soit de faire préparer à leur frais une convention adéquate, soit de prendre le risque de se retrouver sans recours juridique » (par. 122). Les conjoints de fait sont placés devant le même dilemme en ce qui concerne le partage des biens : comme ils sont exclus du bénéfice des régimes légaux dont l’application est présumée, ils doivent soit faire dresser à leurs frais une convention de partage soit accepter les risques découlant du fait de n’être pas protégés. Le juge Iacobucci a en outre mentionné que les contrats offrent une protection inférieure à celle accordée par la loi, par exemple en cas de faillite (par. 123).

[367] Pour ce qui est de la faculté qu’ont les conjoints de fait d’intenter un recours pour enrichissement injustifié, la Cour a également conclu de manière non équivoque dans *M. c. H.* qu’un tel recours ne constituait pas une solution de rechange valable à une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint. Elle a jugé qu’une action pour enrichissement injustifié porte sur des intérêts différents de ceux visés par une ordonnance alimentaire et qu’une telle action « impos[e] des exigences plus grandes aux demandeurs et ne peu[t] être exercé[e] qu’en des circonstances bien plus restreintes » (par. 120). Ces remarques réfutent entièrement l’argument voulant que la possibilité d’intenter une action pour enrichissement injustifié remplace équitablement les mesures de soutien alimentaires en faveur du conjoint.

[368] L’action pour enrichissement injustifié constitue une solution de rechange tout aussi inadéquate au partage des biens présumé par la loi. La principale différence entre cette action et les dispositions du *Code* qui s’appliquent de manière impérative ou présumée au partage des biens est le fardeau de preuve qui est imposé au demandeur par la première. Tandis que le régime de la société

the claimant to establish his or her contribution before the court will order any corresponding compensation.

[369] Critical on this point, in my view, is the legislative history of the family property provisions. As discussed above, the family patrimony was adopted in response to the perceived weaknesses of the compensatory allowance, which allows a spouse to claim compensation for their *demonstrated* contributions to the enrichment of the patrimony of the other spouse (art. 427 *C.C.Q.*). In other words, the compensatory allowance fulfills a very similar role to unjust enrichment. However, the National Assembly specifically decided that the compensatory allowance was an insufficient remedy, because it imposed too high a burden on the claimant. As a result, it established the family patrimony, which was mandatory, did not require proof of contribution, and presumed equal sharing. In light of the fact that the legislature itself did not consider an unjust enrichment-type remedy to be sufficient protection in marital spousal relationships, unjust enrichment is an inadequate alternative remedy for *de facto* spouses under s. 1.

[370] As this Court noted in *Martin*, we can look to the measures taken by the rest of Canada in considering whether there are alternative, less infringing options available (para. 112). Every other province has extended spousal support to unmarried spouses. They have drawn different borders by setting minimum periods of cohabitation before couples are subject to their regimes, and have preserved freedom of choice by allowing couples to opt out. Saskatchewan, Manitoba, British Columbia, Nunavut and the Northwest Territories have also extended statutory division of property to unmarried spouses (with British Columbia's law to that effect

d'acquêts et celui régissant le patrimoine familial ont pour effet de présumer le partage égal du patrimoine, le demandeur à une action pour enrichissement injustifié doit faire la preuve de son apport avant que le tribunal puisse ordonner le paiement d'une indemnité correspondant à cet apport.

[369] À mon avis, l'historique législatif des dispositions concernant les biens familiaux est crucial à cet égard. Comme nous l'avons vu, les règles relatives au patrimoine familial ont été édictées pour remédier à ce qu'on percevait comme des lacunes du mécanisme de la prestation compensatoire, lequel permet aux conjoints mariés ou unis civilement de réclamer une indemnité en compensation de leurs apports *prouvés* à l'enrichissement du patrimoine de l'autre conjoint (art. 427 *C.c.Q.*). Autrement dit, la prestation compensatoire joue un rôle très semblable à celui de l'action pour enrichissement injustifié. Toutefois, l'Assemblée nationale a clairement décidé que la prestation compensatoire constituait une mesure de réparation insuffisante, parce qu'elle impose un fardeau trop lourd au demandeur. Par conséquent, elle a établi le régime du patrimoine familial, qui s'applique impérativement, ne nécessite pas la preuve d'un apport et crée une présomption de partage égal des biens. Compte tenu du fait que le législateur lui-même a considéré qu'un recours analogue à l'action pour enrichissement injustifié ne protégeait pas suffisamment les conjoints mariés ou unis civilement, une telle action constitue, dans le cas des conjoints de fait, une solution de rechange inadéquate au regard de l'article premier.

[370] Comme notre Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Martin*, il est possible d'examiner les mesures adoptées dans le reste du Canada pour déterminer s'il existe des solutions de rechange moins attentatoires que les mesures contestées (par. 112). Toutes les autres provinces ont élargi aux conjoints non mariés le bénéfice du soutien alimentaire en faveur du conjoint. Chaque législateur a tracé les contours propres à son régime en fixant 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. La Saskatchewan,

not yet in force). In spite of the lack of a uniform position on division of property, however, and regardless of the various thresholds that the rest of Canada has drawn for unmarried spouses, the existence of these alternatives to total exclusion is instructive.

[371] Quebec is, of course, in no way obliged to mimic any other province's treatment of *de facto* spouses. Quebec not only has a separate system of private law from the rest of Canada, it also has unique historical and societal values which it has a right to express through its legislation. The fact of these other regimes, however, can be helpful in determining that there *is* a less impairing way to fulfill the objective of preserving freedom of choice.

[372] The current opt *in* protections may well be adequate for some *de facto* spouses who enter their relationships with sufficient financial security, legal information, and the deliberate intent to avoid the consequences of a more formal union. But their ability to exercise freedom of choice can be equally protected under a protective regime with an opt *out* mechanism. The needs of the economically vulnerable, however, require presumptive protection no less in *de facto* unions than in more formal ones.

[373] Professor Hélène Belleau's expert report notes that the *de facto* spouses in her sample most likely to be aware that they did not benefit from the same legal protections as married or civil union spouses were those familiar with law through their profession, their spouse's profession, or a prior separation with a previous spouse. Professor Belleau explains that beyond this group who have had some personal or professional experience with law, most

le Manitoba, la Colombie-Britannique, le Nunavut et les Territoires du Nord-Ouest ont étendu l'application des dispositions législatives sur le partage des biens aux conjoints non mariés (la loi de la Colombie-Britannique n'étant toutefois pas encore en vigueur). Toutefois, malgré l'absence d'uniformité sur la question du partage des biens, et en dépit des seuils différents établis dans le reste du Canada pour l'application de ces régimes aux conjoints non mariés, l'existence de ces solutions de rechange à l'exclusion totale est instructive.

[371] Il va de soi que le Québec n'est pas tenu de reproduire le traitement réservé aux conjoints de fait par une autre province. Non seulement le Québec dispose-t-il d'un système de droit privé différent de celui du reste du Canada, mais il possède également des valeurs historiques et sociales uniques, qu'il a le droit d'exprimer par ses lois. Cependant, 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.

[372] Le système actuel d'*adhésion volontaire* aux mesures de protection peut fort bien convenir à certains conjoints de fait qui, au début de leur relation, jouissent d'une sécurité financière suffisante, sont adéquatement renseignés sur le plan juridique et entendent délibérément 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 de protection 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.

[373] Dans son rapport d'expertise, la professeure Hélène Belleau signale que, parmi les conjoints de fait ayant participé à son enquête, les personnes les plus susceptibles de savoir qu'elles ne bénéficiaient pas des mêmes protections légales que les conjoints mariés ou unis civilement étaient celles qui étaient familières avec le droit en raison de leur profession ou de celle de leur conjoint, ou qui avaient déjà vécu une séparation. La professeure Belleau explique

spouses rarely consider, or are ignorant of, the law surrounding *de facto* unions:

[TRANSLATION] On the whole, it was clear that the respondents were mistaken about the rights and obligations applicable to marriage, which they associated more generally with conjugal life, and therefore also with couples living in *de facto* unions. . . .

The majority of *de facto* spouses and of married spouses think that couples who have been living together in *de facto* unions for several years, or where they have children, have the same rights and obligations in the case of a breakdown. . . .

Aside from this misunderstanding, it was also observed that couples rarely discuss legal questions, in particular because such questions are incompatible with the notion of being in love. To discuss the legal questions that circumscribe the conjugal relationship inevitably leads one to foresee the possibility of an eventual breakup. In the context of a proposed marriage or a *de facto* relationship, these questions are not really compatible with the notion of being in love. . . .

For the majority of *de facto* spouses and of married spouses, legal questions are not included in the reflection that takes place when deciding whether to get married. At any rate, they believe that they have the same rights and obligations as married spouses. [Joint Record, vol. 8, at pp. 70-71]

Similarly, in “Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships” (2003), 29 *Queen’s L.J.* 41, at p. 53, Nicholas Bala points out that,

while it is doubtless true that “some” cohabitants live together because they have consciously chosen not to assume the obligations of marriage, many cohabitants give little thought to their rights and obligations, or are ill-informed or understandably confused about exactly what rights common-law partners have.

[374] This echoes Dickson J.’s observations in *Rathwell* that for many spouses, issues of economic or legal rights arising from their relationship are

que, à part ce groupe de personnes ayant acquis une certaine expérience personnelle ou professionnelle du droit, la plupart des conjoints réfléchissent rarement aux règles juridiques applicables aux unions de fait ou bien ne les connaissent pas :

Dans l’ensemble, il ressort clairement que les répondants méconnaissent les droits et obligations encadrant le mariage qu’ils associent plus généralement à la vie conjugale et donc aussi, aux couples vivant en union de fait. . . .

La majorité des conjoints de fait et des conjoints mariés pensent que les couples vivant en union de fait depuis quelques années, ou lorsqu’ils ont un enfant, ont les mêmes droits et obligations advenant une rupture. . . .

Au-delà de cette méconnaissance, on constate également que les questions légales sont peu abordées par les couples, notamment parce qu’elles vont à contre-courant de l’idéologie amoureuse. Aborder les questions juridiques qui balisent la relation conjugale conduit inévitablement à entrevoir la possibilité d’une rupture éventuelle. Ces questions dans le cadre d’un projet de mariage ou encore d’une relation de conjoint de fait cadrent difficilement avec l’idéologie amoureuse. . . .

Pour la majorité des conjoints de fait et des conjoints mariés, les questions légales ne font pas partie de la réflexion autour de l’idée de se marier ou non. Ils croient, de toute manière, avoir les mêmes droits et obligations que les gens mariés. [Dossier conjoint, vol. 8, p. 70-71]

De même, dans « Controversy Over Couples in Canada : The Evolution of Marriage and Other Adult Interdependent Relationships » (2003), 29 *Queen’s L.J.* 41, p. 53, le professeur Nicholas Bala fait la remarque suivante :

[TRADUCTION] . . . s’il ne fait aucun doute que « certains » conjoints vivent en union de fait parce qu’ils ont sciemment choisi de ne pas assumer les obligations qui découlent du mariage, de nombreux autres réfléchissent peu à leurs droits et à leurs obligations ou sont soit mal informés soit à juste titre incertains en ce qui concerne la nature exacte des droits des conjoints de fait.

[374] Ces observations font écho à celles qu’a faites le juge Dickson dans l’arrêt *Rathwell* et selon lesquelles, pour de nombreux conjoints, les droits

not a preoccupation when the relationship is a happy one. Many couples — married or *de facto* — simply “do not turn their minds to the eventuality of separation and divorce” (p. 444). This lack of awareness of a great number of *de facto* spouses, confirmed by the evidence, 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.

[375] A further weakness of the current opt-in system is its failure to recognize that the choice to formally marry is a mutual decision. One member of a couple can decide to refuse to marry or enter a civil union and thereby deprive the other of the benefit of needed spousal support when the relationship ends. In her dissenting reasons in *Walsh*, L’Heureux-Dubé J. observed that “[t]his results in a situation where one of the parties to the cohabitation relationship preserves his or her autonomy at the expense of the other: ‘The flip side of one person’s autonomy is often another’s exploitation’” (para. 152, citing W. H. Holland, “Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap?”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 369, at p. 380). The case before us resonates with this observation: Ms. A consistently wanted to marry, but Mr. B refused, depriving Ms. A of access to the possibility of spousal support at the end of the relationship.

[376] At the end of the day, the methodology for remedying the s. 15 breach lies with the Quebec legislature. The Quebec scheme currently gives *de facto* spouses the choice of entering into a contract to enshrine certain protections, or marrying and receiving all the protections provided by law, or remaining unbound by any mutual rights or obligations. None of these choices is compromised by a

économiques et juridiques découlant de leur union ne les préoccupent pas tant que le bonheur règne au sein du couple. Bon nombre de couples — mariés ou vivant en union de fait — « ne pensent pas à l’éventualité d’une séparation et d’un divorce », tout simplement (p. 444). Cette méconnaissance qui existe chez un grand nombre de conjoints de fait, et que confirme d’ailleurs la preuve à cet effet, 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.

[375] 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. Un des membres du couple peut décider de refuser de se marier ou de s’unir civilement et ainsi priver l’autre du bénéfice d’un soutien alimentaire nécessaire lorsque la relation prend fin. Dans les motifs dissidents qu’elle a exposés dans *Walsh*, la juge L’Heureux-Dubé a souligné qu’« [i]l en résulte une situation où l’une des parties à l’union de fait conserve son autonomie au détriment de l’autre : [TRADUCTION] “Le revers de l’autonomie de l’un, c’est souvent l’exploitation de l’autre” » (par. 152, citant W. H. Holland, « Marriage and Cohabitation — Has the Time Come to Bridge the Gap? », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993 — Family Law : Roles, Fairness and Equality* (1994), 369, p. 380). L’affaire dont nous sommes saisis correspond tout à fait à la situation évoquée dans cette observation : M^{me} A réitérait constamment son souhait de se marier, mais M. B s’y refusait, privant ainsi M^{me} A de la possibilité d’obtenir un soutien alimentaire en cas de rupture de la relation.

[376] Ultiment, c’est au législateur québécois qu’il appartient de choisir la façon de remédier à la violation de l’art. 15. Selon le régime québécois actuel, 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 rester libres de quelque droit ou

presumptively protective scheme of some sort. It is entirely possible for Quebec to design a regime that retains all of these choices. 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 dissolution of their relationship.

[377] In view of the conclusion that the provisions are not minimally impairing since other mechanisms for preserving choice are available, it is unnecessary, strictly speaking, to consider the final step of *Oakes*. Nonetheless, there seems to me to be some value in clarifying why the deleterious impact of the exclusion is more pronounced than its salutary effects. The harm of excluding all *de facto* spouses from the protection of the spousal support and family property regimes is clearly profound. Hallée J. at the Superior Court found, based on census figures and expert reports, that the number of *de facto* unions in Quebec continues to rise, representing 34.6% of all Quebec unions in 2006. These exclusions thus impact over a third of Quebec couples.

[378] 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

obligation réciproque que ce soit. Aucune de ces solutions ne serait compromise par un régime dont la protection s'appliquerait de manière présumée. Il est tout à fait possible pour le Québec de concevoir un régime qui offrirait toutes ces possibilités. 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 également 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 financièrement vulnérables en cas d'échec de la relation.

[377] Compte tenu de la conclusion selon laquelle les dispositions en cause ne sont pas minimalement attentatoires étant donné qu'il existe d'autres mécanismes qui permettraient de préserver la liberté de choisir, il n'est pas nécessaire, à proprement parler, de procéder à la dernière étape de l'analyse établie dans *Oakes*. Néanmoins, j'estime que le fait de préciser les raisons pour lesquelles les effets préjudiciables de l'exclusion du bénéfice des mesures de protection sont plus prononcés que ses effets bénéfiques pourrait avoir une certaine utilité. Le préjudice causé par l'exclusion de tous les conjoints de fait du bénéfice de la protection des régimes applicables en matière de soutien alimentaire en faveur du conjoint et de biens familiaux est évidemment profond. La juge Hallée de la Cour supérieure a conclu, à la lumière des données du recensement et de rapports d'expertise, que le nombre d'unions de fait au Québec ne cesse de croître. En 2006, elles représentaient 34,6 % de toutes les unions dans cette province. L'exclusion du bénéfice des régimes susmentionnés a donc une incidence sur plus du tiers des couples québécois.

[378] 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

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.

[379] 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. Leaving aside the trenchant observation of McLachlin J. in *Miron* about whether such choices are realistically genuine, this freedom would be equally protected under a presumptive scheme. Those for whom a *de facto* union is truly a chosen means to preserve economic independence can still achieve this result by opting out. Since this salutary effect can be achieved without in any way impairing 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 spousal support and family property regimes.

[380] Because the distinction in excluding *de facto* spouses from the protective support regime in art. 585 and the division of property provisions in arts. 401 to 430, 432, 433 and 448 to 484 of the *Civil Code* cannot be justified, these articles are unconstitutional.

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. Or, 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.

[379] 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. Abstraction faite de la remarque incisive de la juge McLachlin dans *Miron* quant au caractère véritablement authentique d'un tel choix, cette liberté serait tout aussi bien protégée dans le cadre d'un régime qui s'appliquerait de manière présumée. 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.

[380] Étant donné que la distinction découlant de l'exclusion des conjoints de fait de la protection du régime de soutien alimentaire établi à l'art. 585 et des mesures de partage des biens prévues aux art. 401 à 430, 432, 433 et 448 à 484 du *Code civil* ne peut être justifiée, ces dispositions sont inconstitutionnelles.

[381] I would therefore allow Ms. A's appeal in part and dismiss the appeals of the Attorney General of Quebec and Mr. B.

English version of the reasons of Deschamps, Cromwell and Karakatsanis JJ. delivered by

[382] DESCHAMPS J. (dissenting in part in result) — I agree with Abella J. that 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. Unlike my colleague, however, I do not view all these measures as a package. Nor can I endorse the position of my colleague LeBel J. that the majority of the protective measures constitute a mandatory primary regime with a single dominant objective. 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. My analysis leads me to conclude that only the exclusion from support is not justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Charter*”).

[383] Aside from support, the measures in question are the matrimonial regime, the compensatory allowance, the family residence and the family patrimony. The effect of these various measures, which are the result of successive actions by the Quebec legislature, has been to gradually increase the protection provided to married and civil union spouses. However, art. 585 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), establishes that the right to support granted to persons in need who are part of the family unit is distinct in that it does not have a compensatory function and does not depend on the consent of the debtor of support. This provision is different from the provisions on partition of property, which address a greater

[381] En conséquence, j’accueillerais l’appel de M^{me} A en partie et je rejetterais les appels interjetés par le procureur général du Québec et M. B.

Les motifs des juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis ont été rendus par

[382] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente en partie quant au résultat) — Je suis d’accord avec la juge Abella pour conclure que 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. Je ne peux cependant, comme le fait ma collègue, considérer ces différentes mesures sur un même pied. Par ailleurs, je ne peux non plus adhérer à la thèse de mon collègue le juge LeBel selon laquelle la majorité des mesures de protection constituent un régime primaire impératif visant un seul et même objectif dominant. 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. Suivant l’analyse que j’en fais, seule l’exclusion de la pension alimentaire n’est pas justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »).

[383] Outre la pension alimentaire, les mesures en cause sont le régime matrimonial, la prestation compensatoire, la résidence familiale et le patrimoine familial. Ces différentes mesures, qui résultent d’interventions successives du législateur québécois, ont eu pour effet d’augmenter progressivement la protection accordée aux personnes mariées ou unies civilement. Par contre, l’art. 585 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), consacre le caractère distinct du droit à une pension alimentaire reconnu aux personnes nécessiteuses faisant partie de la cellule familiale, et ce, indépendamment de toute fonction compensatoire ou du consentement du débiteur alimentaire. Cette disposition se distingue de celles régissant le partage des biens,

variety of needs, including the needs to protect vulnerable spouses, to compensate for contributions made by the parties while living together and to recognize the economic union formed by married and civil union spouses. I agree with the Court of Appeal's conclusion that the exclusion of *de facto* spouses from the protection of support cannot be treated the same way as their exclusion from that of the other measures (2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259). For the reasons that follow, I would dismiss the appeals.

[384] In my analysis on the right of *de facto* spouses to equality, I will not be relying directly on *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325. I find that certain aspects of that decision have not survived the recent decisions of this Court 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, particularly the fact that, according to it, the possibility for the parties of marrying to benefit from the measures relating to patrimonial property was one of the factors to be applied in determining whether the right to equality was infringed rather than in determining whether the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. In my opinion, the fact that the parties' freedom of choice was invoked at the infringement stage of the analysis can only be attributed to the application of the test established in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The autonomy of the will of the parties becomes relevant only at the justification stage, since this is the objective being pursued by the Quebec legislature.

[385] My colleagues LeBel and Abella JJ. do not take issue with the recognition of marital status as an analogous ground for the purposes of the analysis under s. 15 of the *Charter*. LeBel J. finds that the distinction at issue is not discriminatory. With respect, I agree instead with Abella J.'s analysis of s. 15 of the *Charter*. The exclusion of *de facto* spouses from the protections provided for in the *C.C.Q.* perpetuates a historical disadvantage (*Withler*, at paras. 3, 35, 37 and 54). The Court has recognized the fact of being unmarried as an

lesquelles répondent à des besoins plus variés, dont celui de protéger le conjoint vulnérable, de compenser l'apport des parties durant la vie commune et de reconnaître le fait de l'union économique formée par les couples mariés ou unis civilement. Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'exclusion des conjoints de fait de toute protection alimentaire ne peut être traitée de la même manière que l'exclusion des conjoints de fait de la protection des autres mesures (2010 QCCA 1978, [2010] R.J.Q. 2259). Pour les motifs qui suivent, je rejeterais les appels.

[384] Dans mon analyse du droit des conjoints de fait à l'égalité, je ne m'appuie pas directement sur l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325. En effet, j'estime que certains aspects de cette décision n'ont pas survécu aux récents arrêts de notre Cour *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, particulièrement le fait que la faculté qu'ont les parties de se marier pour bénéficier des mesures relatives aux biens patrimoniaux ait été considérée comme un des facteurs dans l'analyse de l'atteinte au droit à l'égalité plutôt que dans celle de la justification au regard de l'article premier de la *Charte*. Le fait que la liberté de choisir des parties ait été invoquée à l'étape de l'étude de l'atteinte au droit ne peut, à mon avis, s'expliquer que par l'application de la grille d'analyse établie dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. L'autonomie de la volonté des parties n'intervient, selon moi, qu'à l'étape de la justification, puisqu'il s'agit de l'objectif avancé par le législateur québécois.

[385] Mes collègues les juges LeBel et Abella ne remettent pas en question la reconnaissance de l'état matrimonial comme motif analogue pour les besoins de l'analyse fondée sur l'art. 15 de la *Charte*. Le juge LeBel conclut que la distinction en litige n'est pas discriminatoire. Avec égards pour l'opinion qu'exprime mon collègue, je souscris à l'analyse que fait la juge Abella de l'art. 15 de la *Charte*. L'exclusion des conjoints de fait du bénéfice des protections prévues par le *C.c.Q.* perpétue un désavantage historique (*Withler*, par. 3,

analogous ground because, historically, unmarried persons were 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 (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 152). The Attorney General of Quebec therefore had to justify this distinction.

I. Justification

[386] From a functional perspective, all the impugned measures have the effect of protecting married and civil union spouses who are in need following a separation. However, since support and the other protections do not have all the same bases, I find that the Court of Appeal was correct to distinguish support.

[387] In *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, at para. 15, McLachlin J. (as she then was), writing for the Court, recognized that there are three possible bases for support: the first is compensatory, the second contractual and the third non-compensatory. Although the “autonomist” trend that has predominated for the last 50 years or so has emphasized the compensatory and contractual aspects, the non-compensatory basis nevertheless continues to be relevant. McLachlin J.'s comments on the noncompensatory basis for support in the context of marriage are general enough to extend to *de facto* spouses (para. 31):

The mutual obligation view of marriage also serves certain policy ends and social values. First, it recognizes

35, 37 et 54). La Cour a reconnu que le statut de personne non mariée constitue un motif analogue, parce que, historiquement, 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 (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 152). Il était donc nécessaire pour le procureur général du Québec de justifier cette distinction.

I. Justification

[386] Fonctionnellement, toutes les mesures en cause ont pour effet de protéger les personnes mariées ou unies civilement qui se retrouvent dans le besoin à la suite d'une séparation. Cependant, comme les fondements sur lesquels reposent l'aide alimentaire et les autres mesures de protection ne sont pas tous les mêmes, j'estime que la Cour d'appel a eu raison d'établir une distinction pour la pension alimentaire.

[387] Dans *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, par. 15, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), qui s'exprimait alors pour la Cour, a reconnu que la pension alimentaire peut reposer sur trois fondements, un premier de nature compensatoire, un deuxième de nature contractuelle et un troisième de nature non compensatoire. Si le courant autonomiste qui prédomine depuis une cinquantaine d'années a mis au premier plan les aspects compensatoire et contractuel, le fondement non compensatoire demeure néanmoins toujours présent. Le caractère général des propos de la juge McLachlin au sujet du fondement non compensatoire de la pension alimentaire dans le contexte du mariage permet de les étendre aux conjoints de fait (par. 31) :

La conception du mariage fondée sur l'obligation mutuelle satisfait également à certains objectifs de politique

the reality that when people cohabit over a period of time in a family relationship, their affairs may become intermingled and impossible to disentangle neatly. When this happens, it is not unfair to ask the partners to continue to support each other (although perhaps not indefinitely). Second, it recognizes the artificiality of assuming that all separating couples can move cleanly from the mutual support status of marriage to the absolute independence status of single life, indicating the potential necessity to continue support, even after the marital “break”. Finally, it places the primary burden of support for a needy partner who cannot attain post-marital self-sufficiency on the partners to the relationship, rather than on the state, recognizing the potential injustice of foisting a helpless former partner onto the public assistance rolls. [Emphasis added.]

[388] These comments, together with others she had made in *Miron*, make it clear that the non-compensatory basis is just as valid for *de facto* spouses as for married and civil union spouses, since *de facto* spouses may find themselves in a position of vulnerability without having had the choice of getting married or not getting married (*Miron*, at para. 153):

In theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry. In practice, however, the reality may be otherwise. The sanction of the union by the state through civil marriage cannot always be obtained. The law; the reluctance of one’s partner to marry; financial, religious or social constraints — these factors and others commonly function to prevent partners who otherwise operate as a family unit from formally marrying. In short, marital status often lies beyond the individual’s effective control. [Emphasis added.]

[389] The changes that have been made to the rules governing support in Quebec confirm that this measure is distinct. In the codification of 1866, the Quebec legislature provided that married persons had an obligation of succour to one another (art. 173 of the *Civil Code of Lower Canada*, obligation reiterated in art. 392 of the *Civil Code of Québec*). At the time of the major reform of family law in 1980, the legislature considered it appropriate to

générale et à certaines valeurs sociales. Premièrement, elle reconnaît que, lorsque des gens cohabitent pendant un certain temps dans une relation familiale, leurs affaires peuvent devenir entremêlées et impossibles à démêler de manière ordonnée. Quand cela se produit, il n’est pas injuste de demander aux partenaires de continuer à subvenir mutuellement à leurs besoins (quoique peut-être pas indéfiniment). Deuxièmement, elle reconnaît qu’il est irréaliste de supposer que tous les couples qui se séparent pourront facilement passer de l’obligation alimentaire mutuelle du mariage à l’indépendance absolue du célibat, d’où la nécessité éventuelle de poursuivre le versement d’aliments même après la « rupture » du mariage. Enfin, elle impose aux partenaires de la relation, plutôt qu’à l’État, l’obligation principale de verser des aliments au partenaire dans le besoin qui est incapable de parvenir à l’indépendance économique après le mariage, reconnaissant qu’il pourrait être injuste d’obliger un ex-partenaire sans ressources à joindre les rangs des assistés sociaux. [Je souligne.]

[388] Conjugués à ceux qu’elle a formulés dans *Miron*, ces commentaires font clairement ressortir que le fondement non compensatoire est tout aussi valable pour les conjoints de fait que pour les personnes mariées ou unies civilement, car ils peuvent se retrouver dans une situation de vulnérabilité sans avoir eu le choix de se marier ou non (*Miron*, par. 153) :

En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre. Il n’est pas toujours possible d’obtenir la sanction de l’union par l’État par un mariage civil. La loi, l’hésitation à se marier de l’un des partenaires, les contraintes financières, religieuses ou sociales sont autant de facteurs qui empêchent habituellement des partenaires, qui par ailleurs fonctionnent comme une unité familiale, de se marier officiellement. Bref, l’état matrimonial échappe souvent au contrôle de la personne. [Je souligne.]

[389] L’évolution des règles régissant la pension alimentaire au Québec confirme le caractère distinct de cette mesure. Dès la codification en 1866, le législateur québécois a prévu l’obligation de secours entre personnes mariées (art. 173 du *Code civil du Bas Canada*, obligation reprise à l’art. 392 du *Code civil du Québec*). Lors de la grande réforme du droit de la famille en 1980, le législateur a jugé pertinent de faire de l’obligation alimentaire résultant

make the obligation of support resulting from the creation of a family unit a separate requirement. That obligation was incorporated into the *Civil Code of Québec* (1980), in art. 633. When the *Civil Code of Québec* was enacted in 1991, the obligation was set out in art. 585, which is in Book Two on the family, under Title Three, “Obligation of Support”. That title is separate from the one dealing with the rules of marriage, namely Title One, “Marriage”. In 2002, the obligation in question was extended to civil union spouses.

[390] It can be seen from the legislative history as set out by LeBel J. that the autonomist trend had a strong influence on the reform of the rules governing cohabitation. However, that trend was not what led to the recognition of the obligation of support itself or to the decision to make it a separate obligation. Rather, art. 585 reflects the non-compensatory basis, which is closely tied to the creation of the “family unit” referred to in *Miron*. This interpretation is reinforced by the observation that art. 585 includes not only married and civil union spouses but also children and relatives. In short, the family unit benefits from the right to support.

[391] The bases for the other disputed measures vary. Several of them can easily be linked to the autonomist movement, while others are motivated by a desire to protect the disadvantaged spouse and establish rules of fairness between spouses. The oldest of the measures, the legal regime of partnership of acquests (art. 432), was adopted in 1970. As LeBel J. explains, it was introduced to counter a tendency among spouses to choose the regime of separation of property, which often left wives with nothing if the marriage broke down. The regime of partnership of acquests gives spouses control over the property they acquire during the marriage and provides a basis for recognizing, if the marriage breaks down and property is to be partitioned, that the marriage gave rise to an “economic union” that results in a presumptive claim to equal standards of living: *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 870. Two of the other measures were part of the major reform of family law that took place in 1980: the compensatory

de la création d’une unité familiale une prescription autonome. Cette obligation est intégrée au *Code civil du Québec* (1980) à l’art. 633. À l’occasion de l’adoption du *Code civil du Québec* en 1991, elle est inscrite à l’art. 585, qui fait partie du Livre deuxième, traitant de la famille, sous le Titre troisième « De l’obligation alimentaire », un titre distinct de celui touchant les règles régissant le mariage, à savoir le Titre premier « Du mariage ». En 2002, l’obligation en question a été étendue aux conjoints unis civilement.

[390] Il ressort de l’historique législatif fait par le juge LeBel que la réforme des règles régissant la vie commune a été fortement influencée par le courant autonomiste. Ce courant n’est cependant à l’origine ni de la reconnaissance de l’obligation alimentaire elle-même ni de la décision d’en faire une obligation autonome. L’article 585 reprend plutôt le fondement non compensatoire intimement lié à la création de l’« unité familiale » évoquée dans l’arrêt *Miron*. Cette interprétation est renforcée par la constatation que cette disposition inclut non seulement les époux et les conjoints unis civilement mais aussi les enfants et les parents. En somme, l’unité familiale bénéficie du droit aux aliments.

[391] Le fondement des autres mesures contestées varie. Plusieurs peuvent facilement être rattachées au mouvement autonomiste, alors que d’autres découlent de la volonté de protéger le conjoint défavorisé et établissent des règles d’équité conjugale. La plus ancienne des mesures, le régime légal de la société d’acquêts (art. 432), a été adoptée en 1970. Comme le précise le juge LeBel, l’instauration de ce régime visait à contrer la tendance des époux à choisir le régime de la séparation de biens, lequel laissait souvent les épouses démunies lors de la rupture. Le régime de la société d’acquêts confère aux époux la maîtrise des biens qu’ils acquièrent pendant le mariage et permet, lors de la rupture et du partage, de reconnaître que le mariage fait naître une « union économique » donnant lieu à une présomption d’égalité de niveau de vie : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 870. Deux des autres mesures font partie de la grande réforme du droit de la famille de 1980, à savoir la prestation compensatoire (art. 427 à 430)

allowance (arts. 427 to 430) and the family residence (arts. 401 to 413). As can be seen from the wording of art. 427, the former has a compensatory basis and is intended to recognize the contribution one spouse may have made to the other spouse's patrimony. The purpose of this measure is to protect the spouse who made the contribution, thereby ensuring that the spouses' economic autonomy is recognized — one spouse does not work for the other as a volunteer. As for the provisions protecting the family residence, their fundamental purpose is to protect the family unit. The final measure, the family patrimony (arts. 414 to 426), dates back to 1989. I agree with LeBel J. that the legislature's objectives were to "remedy the problems encountered by women who had married under the regime of separation of property, make up for the ineffectiveness of the compensatory allowance and redefine marriage" (para. 74). Thus, the purpose of these provisions is, first and foremost, to protect the contributions made by the spouses and establish a legislative framework for the economic partnership of the parties in relation to family property.

[392] Because of the diversity of legislative sources and the variety of objectives being pursued and means that have been adopted by the Quebec legislature, it is impossible to place the majority of the measures at issue under a single umbrella, that of the "protection of vulnerable persons", or to conclude that these measures should form an inflexible unit described as a "primary" regime, which, I should add, is a concept to which the legislature did not refer. Moreover, 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.

[393] There is another reason, a pragmatic one, why a distinction must be drawn between the measures related to property and those related to support. 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 such as the family residence or pension plans can be acquired

et la résidence familiale (art. 401 à 413). Comme le libellé de l'art. 427 l'indique, la première a un fondement compensatoire et vise à faire reconnaître la contribution qu'un époux peut avoir apportée au patrimoine de son conjoint. Cette mesure vise à protéger le conjoint ayant été à la source de l'apport, permettant de reconnaître par le fait même l'autonomie économique des époux — l'un n'est pas au service bénévole de l'autre. Les dispositions relatives à la protection de la résidence familiale visent fondamentalement à protéger la cellule familiale. La dernière mesure, le patrimoine familial (art. 414 à 426), date de 1989. À l'instar du juge LeBel, je suis d'avis que les objectifs poursuivis par le législateur sont les suivants : « . . . remédier aux difficultés subies par les femmes mariées en séparation de biens, pallier l'inefficacité de la prestation compensatoire et redéfinir le mariage » (par. 74). Ces dispositions ont donc d'abord et avant tout pour but de protéger la contribution des conjoints et de consacrer l'union économique des parties pour ce qui est des biens familiaux.

[392] La diversité des sources législatives de même que la variété des objectifs poursuivis et des moyens utilisés par le législateur québécois ne permettent ni de regrouper la majorité des mesures en cause sous un chapeau unique, à savoir la « protection des personnes vulnérables », ni de conclure que ces mesures devraient former un bloc rigide dit « primaire », notion que le législateur n'utilise d'ailleurs pas. De plus, 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.

[393] Un autre facteur, pragmatique celui-là, commande de distinguer les mesures qui ont trait à la propriété de celles qui concernent la pension alimentaire. 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 comme la résidence familiale ou des

only as a result of a conscious act. 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. In short, I find that the Court of Appeal was correct to distinguish the right to support from the patrimonial rights.

II. Support

[394] I agree with Abella J. that, since the parties do not really dispute that the objective of promoting the autonomy of the parties is pressing and substantial, the Court need not discuss this stage of the justification analysis in detail. I also agree with her that there is a rational connection, given that even a tenuous connection will satisfy the constitutional requirement in this regard. Since the obligation of support is mandatory for married and civil union spouses, the exclusion of *de facto* spouses means that those who do not wish to be bound by such an obligation are able to avoid it. This is the confirmation of a situation that, although undesirable in cases in which interdependence is the cause of the vulnerability of the spouse in need, constitutes a form of autonomy nonetheless.

[395] However, I cannot agree that this measure meets the minimal impairment test. The affected interest is vital to persons who have been in a relationship of interdependence. I will take the liberty of adapting the following comment of Cory and Iacobucci JJ. in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 72, to the context of the case at bar:

... the interest protected by [support] is fundamental, namely the ability to meet basic financial needs following the breakdown of a relationship characterized by intimacy and economic dependence. Members of [unmarried] couples are entirely ignored by the statute, notwithstanding the undeniable importance to them of the benefits accorded by the statute.

régimes de rente ne peut résulter que d'un geste conscient. 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. En somme, j'estime que la Cour d'appel a eu raison de distinguer le droit à la pension alimentaire des droits patrimoniaux.

II. Pension alimentaire

[394] À l'instar de la juge Abella, j'estime qu'en l'absence de contestation réelle par les parties du caractère urgent et réel de l'objectif de promotion de l'autonomie des parties, la Cour ne devrait pas s'attarder sur cet élément de l'analyse de la justification. Comme elle, je reconnais aussi l'existence d'un lien rationnel, compte tenu du fait qu'un tel lien, même ténu, satisfait à l'exigence constitutionnelle. Puisque l'obligation alimentaire s'impose impérativement aux conjoints mariés ou unis civilement, le fait de ne pas assujettir à celle-ci les conjoints de fait permet à la partie ou aux parties qui ne veulent pas être liées par cette obligation d'y échapper. C'est la consécration d'un état qui, bien que peu souhaitable dans les cas où l'interdépendance est la cause de la vulnérabilité du conjoint dans le besoin, demeure tout de même une forme d'autonomie.

[395] Je ne peux cependant me rallier à la thèse voulant que cette mesure satisfasse au critère de l'atteinte minimale. L'intérêt touché est vital pour les personnes ayant vécu une relation d'interdépendance. Je me permets d'adapter au contexte de la présente affaire les propos tenus par les juges Cory et Iacobucci, dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 72 :

... le droit protégé par [la pension alimentaire] est fondamental, savoir la capacité de satisfaire à des besoins financiers de base après la rupture d'une union caractérisée par l'intimité et la dépendance financière. La loi passe complètement sous silence les membres des couples [non mariés], malgré l'importance indéniable que revêtent pour ces derniers les avantages qu'elle confère.

[396] 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, 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. As the majority of the Court recognized in *Miron*, it is possible for a couple to remain unmarried contrary to the ardent wish of one of its members, the vulnerable one. As McLachlin J. said, freedom of choice is, or may be, theoretical.

[397] The Quebec government’s decision to take care of persons in need by providing them with social assistance benefits is not likely to make up for the exclusion of *de facto* spouses from the protection of support. Minimalist assistance such as this is not an adequate response. Social assistance is intended to be a measure of last resort and is not a reasonable substitute for support from a spouse who can afford to pay it.

[398] In *Walsh*, since the Court was not dealing with the issue of exclusion from support, it did not enquire into either the bases for the obligation of support or the fact that a relationship of interdependence may develop and be imposed on one of the parties without his or her having made a personal choice in this regard. That case is therefore of no assistance on this aspect of the instant case.

[399] The concept of “mutual obligation” as the non-compensatory basis for the obligation of support must guide legislators in seeking ways to

[396] 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 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. Comme le reconnaît la majorité de la Cour dans l’arrêt *Miron*, il est possible qu’un couple ne soit pas marié en dépit du désir profond de l’un des membres du couple, la partie vulnérable. Comme l’a dit la juge McLachlin, la liberté de choix est, ou peut être, théorique.

[397] La décision de l’État québécois de prendre en charge les personnes démunies en leur fournissant des prestations d’aide sociale ne constitue pas une mesure propre à compenser l’exclusion des conjoints de fait de la protection de la pension alimentaire. Cette assistance minimaliste n’est pas une réponse adéquate. L’aide sociale se veut une mesure de dernier recours et ne constitue pas un substitut raisonnable au soutien alimentaire que peut payer le conjoint qui en a les moyens.

[398] Dans l’arrêt *Walsh*, comme la Cour n’était pas saisie de la question de l’exclusion du bénéfice de la protection alimentaire, elle ne s’est interrogée ni sur les fondements de l’obligation alimentaire ni sur le fait qu’une relation d’interdépendance peut se créer et s’imposer à une des parties sans que cette situation ne résulte de son choix personnel. Cette décision n’est donc d’aucun secours sur cet aspect de la présente affaire.

[399] La notion d’« obligation mutuelle » comme fondement non compensatoire de l’obligation alimentaire doit inspirer les législateurs dans la

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. The legislature could, for example, have imposed on the parties an obligation to resolve their separation fairly and imposed on the dissatisfied party the burden of proving that the conditions of separation are unfair. Such a requirement would respect the autonomy of the parties while preventing abuse. This is only one of a number of possible solutions, and I mention it only to illustrate the fact that the legislature has less intrusive means at its disposal. The finding that there is a total exclusion from support without any mitigation of the effects of that exclusion is sufficient for me to conclude, like the Court of Appeal, that this measure is not justified under s. 1 of the *Charter*.

III. Measures Related to Rights of Ownership

[400] In my opinion, I must accept, as in the case of support, that the objective of promoting the autonomy of the parties is pressing and substantial and that a rational connection has been established.

[401] Regarding the compensatory allowance, I find that the exclusion of *de facto* spouses from this measure represents a minimal impairment. On the one hand, the right is in effect patrimonial in nature. In this regard, I take into account my conclusion that a spouse who can afford to do so must pay support to a spouse who needs it. The negation of this protective measure therefore does not compromise the basic ability of the former spouse to survive the breakdown of the relationship of interdependence with as much dignity as possible. On the other hand, although the legislature did not eliminate this measure, the debate that preceded the enactment of the provisions on the family patrimony shows that it was dissatisfied with decisions in which courts had failed to give sufficient recognition to the spouses' respective contributions. That debate should provide the courts with a sound basis for interpreting the

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. Le législateur aurait pu, par exemple, imposer aux parties l'obligation de régler leur séparation de façon équitable et imposer à la personne insatisfaite le fardeau de prouver l'iniquité des conditions de séparation. Une telle exigence respecterait l'autonomie des parties tout en prévenant les abus. Il ne s'agit là que d'une solution parmi d'autres, que je présente uniquement pour illustrer que le législateur dispose de moyens moins attentatoires. La constatation qu'il y a exclusion totale du bénéfice de la pension alimentaire, sans aucune mitigation des effets de cette situation, me suffit pour conclure, comme la Cour d'appel, que cette mesure n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

III. Mesures touchant les droits de propriété

[400] Comme pour l'analyse touchant à la pension alimentaire, je dois à mon avis accepter que l'objectif de recherche d'autonomie des parties est urgent et réel et que le lien rationnel a été établi.

[401] En ce qui a trait à la prestation compensatoire, je reconnais que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de cette mesure constitue une atteinte minimale. D'une part, il s'agit en effet d'un droit de nature patrimoniale. Je tiens compte de ma conclusion que le conjoint qui en a les moyens doit payer une pension alimentaire à celui qui en a besoin. La négation de cette mesure de protection ne compromet donc pas la capacité fondamentale de l'ex-conjoint de survivre à la rupture de la relation d'interdépendance le plus dignement possible. D'autre part, bien que cette mesure n'ait pas été éliminée par le législateur, les débats législatifs qui ont précédé l'adoption des dispositions sur le patrimoine familial révèlent l'insatisfaction du législateur à l'endroit de la jurisprudence ne reconnaissant pas suffisamment l'apport respectif des conjoints. Ces débats devraient offrir aux tribunaux

Civil Code's provisions on unjust enrichment in a manner consistent with the concept of equality entrenched in the *Charter*. Although total exclusion was certainly not the only possible solution for the legislature, the means that are still available to the vulnerable party are sufficient to meet the minimal impairment and balance of convenience tests.

[402] As for the partnership of acquests — the legal matrimonial regime — I find that this measure is also justified. First, this right too is patrimonial in nature. Unlike support, this measure does not relate to the ability of vulnerable persons to meet their basic needs. Next, participation in the legal regime requires a positive action by the parties. It is not a state resulting solely from the passage of time like the state of dependency that can gradually take hold in the parties' relationship. Although it is not a contract, the formalization of a union through a marriage or civil union ceremony nevertheless constitutes consent that is given at a specific time, most often before a relationship of interdependence develops. In seeking ways to promote the autonomy of the parties, it was difficult for the legislature to avoid providing for, in parallel with the conventional regimes and the legal regime, a "no regime" option. In addition, like married and civil union spouses who opt for the legal regime, *de facto* spouses, while living together, remain completely autonomous and retain full ownership of the property they acquire. Of course, some *de facto* spouses will not be concerned about maintaining a fair division of the property acquired during the time they live together. If one spouse has been unjustly enriched at the other's expense, however, this could be rectified by an action for unjust enrichment, interpreted, as I mentioned above, generously and in a manner consistent with the *Charter*.

[403] My reasons for concluding that the exclusion of *de facto* spouses from the protection of the family patrimony is justified are similar to those

une base solide leur permettant d'interpréter les dispositions du *Code civil* concernant l'enrichissement injustifié d'une manière conforme au concept d'égalité consacré par la *Charte*. Certes, l'exclusion totale n'était pas la seule solution à la disposition du législateur, mais les moyens dont peut toujours se prévaloir la partie vulnérable sont suffisants pour satisfaire au critère de l'atteinte minimale et à celui de la balance des inconvénients.

[402] Pour ce qui est de la société d'acquêts — le régime matrimonial légal —, j'estime que cette mesure est elle aussi justifiée. D'abord, ici encore, il s'agit d'un droit de nature patrimoniale. À l'inverse de la pension alimentaire, cette mesure n'influe pas sur la capacité de la personne vulnérable de subvenir à ses besoins de base. Ensuite, le régime légal est un régime auquel les parties adhèrent en faisant un geste positif. Il ne constitue pas un état qui résulte du seul écoulement du temps, comme l'état de dépendance qui peut s'installer graduellement entre les parties. Quoiqu'il ne s'agisse pas d'un contrat, la formalisation de l'union par la cérémonie du mariage ou de l'union civile constitue toutefois un consentement donné à un moment précis, lequel précède habituellement la relation d'interdépendance. Dans la recherche des moyens propres à favoriser l'autonomie des parties, le législateur pouvait difficilement éviter de prévoir, parallèlement aux régimes conventionnels et au régime légal, une option « sans régime ». De plus, tout comme les époux ou les conjoints unis civilement qui optent pour le régime légal, les conjoints de fait conservent pendant la vie commune toute leur autonomie ainsi que la pleine propriété des biens dont ils se portent acquéreurs. Évidemment, il arrivera que certains conjoints de fait ne se soucieront pas de maintenir une répartition équitable des biens acquis pendant leur vie commune. Toutefois, si un conjoint s'est enrichi injustement aux dépens de l'autre, le recours en enrichissement injustifié — interprété comme je l'ai décrit ci-dessus de façon généreuse et conforme à la *Charte* — pourra corriger cette situation.

[403] Les motifs m'amenant à conclure que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la protection du patrimoine familial est justifiée

set out above. First, the affected interest is once again patrimonial in nature. Next, property becomes part of the family patrimony because the parties have deliberately decided to acquire it. Neither a residence nor movable property becomes part of a party's patrimony over time without concrete action being taken. Unlike the interdependence that sometimes steals into conjugal life, over which the parties have no real control, the acquisition of patrimonial property results from decisions regarding which the government is justified in respecting the autonomy of the parties. The rules on the family patrimony were not established without causing a stir in Quebec society. At the time when they were adopted, there were transitional measures allowing married spouses to opt out of the protection so that they could not complain that their property had been "expropriated". In the future, individuals would be able to opt out of these rules by not marrying.

[404] I recognize that support and the division of assets are both measures that make it possible to ease the burden created by the breakdown of a relationship of economic interdependence. However, the division of patrimonial property on the basis of an economic union in which each party is entitled to an equal share is based first and foremost on a laudable objective pursued by the legislature. The government had the power to impose measures of patrimonial protection on a given group, and it was not obliged to impose them on everyone. Those who are excluded from the application of these measures nevertheless do not lack ways to form an economic union analogous to the one imposed on persons who are married or in a civil union; they can, for example, purchase their residence jointly. There are protections that apply to spouses even if they have not formalized their relationship by choosing a protected form of union. As I mentioned above, a vulnerable spouse who is in need could be awarded support. Thus, in assessing what the debtor of support can afford to pay, the court must take all the debtor's resources, including patrimonial property, into account. To

se rapprochent de ceux que j'ai exposés précédemment. D'abord, l'intérêt visé a, lui aussi, un caractère patrimonial. Ensuite, les biens composant le patrimoine familial en font partie parce que les parties ont pris la décision délibérée de les acquérir. Ni une résidence, ni des meubles ne s'introduisent au fil du temps dans le patrimoine d'une partie sans un geste concret à cet effet. À la différence de l'interdépendance qui s'insinue parfois dans la vie conjugale sans que les parties ne puissent vraiment influencer sur cette situation, l'acquisition de biens patrimoniaux procède de décisions pour lesquelles l'État est justifié de respecter l'autonomie des parties. L'instauration des règles régissant le patrimoine familial ne s'est pas faite sans créer de remous au sein de la société québécoise. Lors de l'adoption du régime, des mesures transitoires permettaient aux conjoints mariés de s'exclure de sa protection, afin qu'ils ne puissent se plaindre d'avoir d'une certaine manière fait l'objet d'une « expropriation ». Pour le futur, la façon de s'exclure du champ d'application de ce régime consistait à ne pas se marier.

[404] Je reconnais que l'attribution d'une pension alimentaire et la répartition d'éléments d'actif sont toutes deux des mesures permettant d'atténuer les difficultés créées par la rupture d'une relation d'interdépendance économique. Cependant, la répartition des biens patrimoniaux sur la base d'une union économique dans laquelle chaque partie a droit à une part égale repose d'abord et avant tout sur un objectif louable poursuivi par le législateur. L'État avait le pouvoir d'imposer des mesures de protection patrimoniale à un groupe donné, et il n'était pas obligé de les imposer à tous. Ceux qui sont exclus de l'application de ces mesures ne sont pas pour autant démunis de tout moyen de former une union économique analogue à celle imposée aux personnes mariées ou unies civilement, par exemple ils peuvent acheter leur résidence en commun. Les conjoints qui ne formalisent pas leur relation en choisissant un mode d'union protégé disposent tout de même de moyens de protection. Comme je l'ai précisé, le conjoint vulnérable peut se voir attribuer une pension alimentaire s'il est dans le besoin. Ainsi, dans l'évaluation des moyens du débiteur alimentaire, le tribunal doit tenir compte

ensure that the needs of the spouse in need are met, the court does not necessarily have to make an award of patrimonial property.

[405] In light of the objective of promoting the autonomy of the parties, the positive actions the parties must take to acquire family property and the flexibility the courts have in assessing the resources available for the payment of support, I find that the exclusion of *de facto* spouses from the protection of the family patrimony satisfies the minimal impairment requirement.

[406] The disadvantages of this measure do not outweigh its advantages, since, although the parties do not have an automatic right, there are nevertheless other ways for them to obtain sufficient protection.

[407] One issue remains: that of the family residence. Although this protection was originally adopted as a separate measure from the protection of the family patrimony, there are now a number of ways in which these two measures overlap, so I do not intend to engage in a separate analysis. However, I would note that the courts have taken a flexible approach, exercising their incidental powers with regard to the family residence. Indeed, an order to that effect was made in the instant case.

[408] In summary, I conclude that the exclusion of *de facto* spouses from support is not justified, but that their exclusion from the patrimonial measures is justified.

[409] For these reasons, I would dismiss the appeals and affirm the decision of the Court of Appeal to suspend the declaration of constitutional invalidity of art. 585 *C.C.Q.* for a period of 12 months, without costs.

de l'ensemble des ressources de ce dernier, y compris des biens patrimoniaux. La solution que retient le tribunal pour s'assurer que les besoins du conjoint nécessaire sont satisfaits ne passe pas nécessairement par l'attribution de la propriété de biens patrimoniaux.

[405] Compte tenu de l'objectif consistant à favoriser l'autonomie des parties, des gestes positifs que les parties doivent poser pour acquérir des biens familiaux et de la flexibilité dont disposent les tribunaux dans l'évaluation des ressources disponibles pour le paiement de la pension alimentaire, j'estime que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la protection du patrimoine familial satisfait à l'exigence d'atteinte minimale.

[406] Les désavantages de cette mesure n'excèdent pas ses avantages, car si les parties ne bénéficient pas d'un droit automatique, d'autres moyens leur sont néanmoins ouverts pour obtenir une protection suffisante.

[407] Reste la question de la résidence familiale. Quoique, à l'origine, cette protection ait été adoptée en tant que mesure distincte de la protection du patrimoine familial, plusieurs aspects de ces mesures se confondent maintenant. Je n'entends donc pas procéder à une analyse distincte. Je signalerai cependant que les tribunaux ont utilisé une approche flexible, usant de leurs pouvoirs accessoires concernant la résidence familiale. C'est d'ailleurs une ordonnance de ce genre qui a été prononcée dans la présente instance.

[408] En résumé, je conclus que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la pension alimentaire n'est pas justifiée mais que celle visant les mesures patrimoniales l'est.

[409] Pour ces motifs, je rejetterais les appels et je confirmerais la décision de la Cour d'appel de suspendre la déclaration d'invalidité constitutionnelle de l'art. 585 *C.c.Q.* pour une période de 12 mois, le tout sans frais.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

[410] THE CHIEF JUSTICE — One of the responsibilities of provincial legislatures across Canada is to provide laws to deal with disputes concerning support and property of couples in conjugal relationships. In the old days, the problem was seen as simple; most couples were married, and it sufficed — or was thought to suffice — to pass laws regulating what happened when married couples separated.

[411] No longer are matters so simple. Increasingly, in all parts of Canada, couples are choosing to live together without being married. The stigma that once attached to these relationships has faded. The law has recognized that married couples and unmarried couples are entitled to equal treatment, for example with respect to insurance regime benefits, and that treating married couples differently from unmarried couples may be discriminatory and violate the equality guarantee of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *Miron v. Trudel*, [1985] 2 S.C.R. 418.

[412] The legislatures of different provinces have responded to this challenge in different ways. In many parts of Canada, the choice has been to apply to *de facto* spouses an attenuated version of the mandatory regime that applies to married couples, unless the *de facto* couple formally chooses to opt out. For example, some provinces apply to *de facto* spouses the spousal support aspects of the mandatory regime applicable to married spouses. The Province of Quebec has chosen a different approach. Its law contemplates two completely different and distinct legal regimes — one for married couples and couples in civil unions, and one for *de facto* spouses. Couples who choose to marry or to enter into a civil union are subject to a mandatory regime governing both property and support (the “mandatory regime”). Upon separation, the family patrimony is divided between the spouses, and one spouse may be ordered to make support payments

[410] LA JUGE EN CHEF — Au Canada, les législatures provinciales sont notamment responsables de légiférer quant au règlement des litiges qui peuvent survenir relativement aux droits alimentaires et patrimoniaux des personnes qui entretiennent une relation conjugale. Autrefois, le problème pouvait être facilement résolu : la plupart des couples étaient mariés et il suffisait — ou on jugeait qu’il suffisait — d’adopter des lois régissant la séparation des couples mariés.

[411] Les choses ne sont plus aussi simples. Dans toutes les régions du pays, les couples choisissent de plus en plus de faire vie commune sans être mariés. Les stigmates jadis rattachés à ce type de relations se sont estompés. Le droit a reconnu que tant les couples mariés que les couples non mariés ont droit à un traitement égal, par exemple quant aux bénéfices qu’ils peuvent tirer d’un régime d’assurance, et que le fait de traiter les couples mariés différemment de ceux qui ne le sont pas peut être discriminatoire et enfreindre le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Miron c. Trudel*, [1985] 2 R.C.S. 418.

[412] Les législatures provinciales ont relevé ce défi de diverses manières. Dans de nombreuses régions du pays, le législateur a choisi d’assujettir les conjoints de fait — à moins qu’ils ne s’y soustraient formellement — à une version atténuée du régime qui s’applique obligatoirement aux couples mariés. Par exemple, certaines provinces appliquent aux conjoints de fait les obligations alimentaires du régime applicable aux époux. Le Québec a choisi une approche différente. Ses dispositions législatives prévoient deux régimes législatifs totalement différents et distincts — un pour les couples mariés ou unis civilement, l’autre pour les couples vivant en union de fait. Ceux qui choisissent de se marier ou de contracter une union civile sont assujettis à un régime obligatoire qui encadre les droits et obligations patrimoniaux et alimentaires des conjoints (le « régime obligatoire »). Advenant une rupture, les biens du couple sont partagés entre

to the other. Couples who choose not to marry or to enter into a civil union — and this category is much larger in Quebec than in other provinces — are not subject to the mandatory regime that applies to married and civil union couples, and are free to craft whatever arrangements suit them. Unless they provide otherwise, each partner holds his or her property as an individual, and cannot be ordered to divide it with the other partner on separation. Nor, subject to exceptions related to children, can one partner be ordered to pay support to the other partner.

[413] Underlying the Quebec policy is the desire to enhance the right of Quebec couples to choose the regime they prefer, the one that best suits their particular needs. The policy is aimed at enhancing their choice and autonomy. Instead of a single norm based on the mandatory regime, there is a distinct choice between two different regimes: the mandatory regime, providing for a division of property and spousal support upon the dissolution of marriage or civil union, and a regime of full autonomy, allowing *de facto* spouses complete freedom to provide for the consequences of a break-up. The evidence is clear that this dual regime approach enjoys wide popularity in Quebec; many couples deliberately choose not to marry or to enter into a civil union in order to avoid the mandatory regime. If a couple does not marry or enter into a civil union, they will not be required to share their property or pay spousal support if the relationship ends. No special opt-out agreement is required, unlike in other provinces. The Quebec approach is grounded in Quebec's unique history and social situation, as my colleague LeBel J. explains.

[414] The issue in this case is whether the Province of Quebec can maintain the dual regime

les conjoints et l'un d'entre eux peut être tenu de verser une pension alimentaire à l'autre. Les couples qui choisissent de ne pas se marier et de ne pas s'unir civilement — une catégorie de couples nettement plus importante au Québec que dans les autres provinces — ne sont pas assujettis au régime obligatoire que je viens d'évoquer. Ils sont libres de concevoir les arrangements qui leur conviennent. Ainsi, advenant une séparation, chaque conjoint conserve les biens qui lui appartiennent sans risquer d'être tenu de les partager avec l'autre, à moins que les partenaires n'en aient décidé autrement. De même, sous réserve de l'obligation alimentaire qui leur incombe à l'égard des enfants, ils ne peuvent non plus être tenus de se verser des aliments l'un à l'autre.

[413] C'est le désir d'accroître le droit des couples québécois de choisir le régime qu'ils préfèrent, soit celui qui convient le mieux à leurs besoins, qui sous-tend la politique du Québec. Cette politique vise à accroître leur libre choix ainsi que leur autonomie. Plutôt que de fixer une seule norme fondée sur le régime obligatoire, la loi donne un choix clair entre deux régimes distincts : le régime obligatoire, qui prévoit le partage des biens et le soutien alimentaire entre conjoints lors de la dissolution du mariage ou de l'union civile, et un régime de pleine autonomie, qui laisse les conjoints de fait totalement libres de convenir des conséquences d'une rupture. Selon la preuve, ce modèle à deux régimes distincts est manifestement très populaire au Québec; de nombreux couples choisissent délibérément de ne pas se marier et de ne pas s'unir civilement pour éviter d'être assujettis au régime obligatoire. Advenant leur séparation, les conjoints qui ne sont ni mariés ni unis civilement n'auront pas à partager leurs biens ou à payer une pension alimentaire pour conjoint. Aucune entente n'est nécessaire pour que ces conjoints ne soient soumis à aucune obligation, ce qui diffère des régimes en vigueur dans les autres provinces. Comme l'explique mon collègue le juge LeBel, l'approche du Québec est ancrée dans son histoire et dans son contexte social uniques.

[414] En l'espèce, nous sommes appelés à déterminer si le Québec peut maintenir les deux régimes

approach that its legislature has adopted. A argues that this approach is unconstitutional because it unjustifiably discriminates against *de facto* spouses by denying them access to the more protective mandatory regime that applies to married and civil union couples. Accordingly, she argues that the Quebec law must be struck down and replaced by a regime that treats married, civil union and *de facto* spouses the same with respect to property division and spousal support upon separation.

[415] I agree with LeBel J. that the Quebec dual regime approach is constitutional. Unlike LeBel J., I conclude — as do my colleagues Deschamps J. and Abella J. — that the law violates the equality guarantee in s. 15 of the *Charter*. However, I find that the limit on the equality right of *de facto* spouses imposed by the law is reasonable and justifiable in a free and democratic society. Quebec's goal is to enhance the choice and autonomy of couples in conjugal relationships. This policy goal is important to Quebec. Treating *de facto* spouses differently from married and civil union spouses enhances this goal, and does so in a proportionate way. The fact that Quebec has chosen a different policy than other provinces in keeping with its own history and social values does not make the law unconstitutional.

I. Section 15: Does the Quebec Law Discriminate Against *De Facto* Spouses?

A. The Section 15 Analysis

[416] I agree with the s. 15 analysis set out in Abella J.'s reasons, which flows from the refinements to the s. 15 analysis that the Court made 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. I disagree, however, as to whether the legislative scheme is justified under s. 1 of the *Charter*.

distincts créés par le législateur. A fait valoir que ce modèle est inconstitutionnel parce qu'il discrimine sans justification les conjoints de fait en leur niant l'accès aux mesures plus protectrices du régime obligatoire qui s'applique aux couples mariés ou unis civilement. En conséquence, elle soutient que le régime législatif du Québec doit être invalidé et remplacé par un régime qui traite les couples mariés ou unis civilement et ceux qui ne le sont pas de la même façon en ce qui a trait aux droits alimentaires et patrimoniaux advenant une séparation.

[415] Je suis d'accord avec le juge LeBel pour conclure que le modèle québécois est constitutionnel. Contrairement à lui, je conclus toutefois — comme le font mes collègues les juges Deschamps et Abella — que les dispositions législatives en cause violent le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*. Cependant, j'estime que cette atteinte au droit à l'égalité que la loi impose aux conjoints de fait constitue une limite raisonnable qui se justifie dans une société libre et démocratique. Le Québec vise à accroître le libre choix des personnes en couple ainsi que leur autonomie. C'est un objectif important pour la province. Traiter les conjoints de fait différemment des couples mariés ou unis civilement favorise cet objectif et le fait de manière proportionnée. Le fait que le Québec ait choisi une politique différente de celles adoptées par les autres provinces, et ce, en conformité avec son histoire et ses valeurs sociales propres, n'invalide pas pour autant son régime législatif.

I. Article 15 : le régime législatif du Québec est-il discriminatoire à l'endroit des conjoints de fait?

A. L'analyse relative à l'art. 15

[416] Je suis d'accord avec l'analyse de la juge Abella relative à l'art. 15 de la *Charte*. Cette analyse découle de l'approche peaufinée par la Cour dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, et dans *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396. Je ne suis toutefois pas d'accord quant à la question de savoir si le régime législatif est justifié au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article premier.

[417] Section 15 of the *Charter* protects against discrimination on the basis of personal characteristics, the enumerated or analogous grounds. Marital status is such a ground. To constitute discrimination, the impugned law must have the purpose or effect “of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration”: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 88(3)(C); see also *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171.

[418] Most recently, this Court has articulated the approach in terms of two steps: (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 false stereotyping?: *Kapp*, at para. 17; *Withler*, at para. 30. 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: *Withler*, at para. 38; *Kapp*, at para. 19.

[419] A few further points that touch on differences between my reasons and those of LeBel J. bear noting. First, 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”: *Law*, at para. 60.

[417] L’article 15 de la *Charte* protège contre la discrimination fondée sur des caractéristiques personnelles, à savoir les motifs énumérés ou analogues. Le statut matrimonial est un de ces motifs. Pour qu’il soit discriminatoire, le régime législatif contesté doit avoir pour objet ou pour effet « de perpétuer ou de promouvoir l’opinion que l’individu touché est moins capable ou est moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération » : *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 88(3)(C); voir aussi *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 171.

[418] Plus récemment, la Cour a formulé le cadre d’analyse applicable à une demande fondée sur l’art. 15 en la décrivant comme une approche en deux étapes : (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 de préjugés ou l’application de stéréotypes erronés? : *Kapp*, par. 17; *Withler*, par. 30. 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 pré-existant 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 : *Withler*, par. 38; *Kapp*, par. 19.

[419] Il vaut la peine de mentionner quelques autres points relatifs à des divergences entre mes motifs et ceux du juge LeBel. Premièrement, 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 » : *Law*, par. 60.

[420] Second, a legal distinction can be discriminatory *either* in purpose or in effect. As a practical matter, legislatures seldom set out to discriminate on purpose; discrimination when it occurs is usually a matter of unintended effect.

[421] Finally, and related to this, it is important to maintain the analytical distinction between s. 15 and s. 1. While the public policy basis for legislation has a limited relevance to the s. 15 analysis, it is central to the s. 1 inquiry: see *Andrews*, at pp. 177-78. This flows from the two-stage model of constitutional review inherent in the *Charter*. As Aharon Barak, former President of the Supreme Court of Israel, puts it:

... what is the case when the legal system has adopted a two-stage model [of constitutional review], such as in Germany, Canada, South Africa, and Israel? ... Should public interest considerations be included in the first stage or the second or in both stages? Should public interest considerations affect the determination of the right's scope, or should consideration of these interests be postponed to the stage of ... the discussion regarding proportionality?

. . .

The proper location for public interest considerations is in the second stage of the constitutional review, as part of the discussion of the justification of the limitation on the constitutional right.

(*Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (2012), at pp. 75-76)

B. *Application of the Section 15 Framework to A's Claim of Discrimination*

[422] The first question is whether this Court's decision in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325, resolves

[420] Deuxièmement, une distinction dans la loi peut être discriminatoire *soit* par son objet, *soit* par son effet. D'un point de vue pratique, il est rare que le législateur ait l'intention d'adopter une loi discriminatoire; lorsqu'il y a discrimination, c'est habituellement le fruit d'un effet inattendu.

[421] Finalement, et cela est lié à ce qui précède, il importe de garder distinctes les analyses que commandent respectivement l'art. 15 et l'article premier. Tandis que les politiques publiques qui sous-tendent une loi ont peu de pertinence au stade de l'analyse fondée sur l'art. 15, elles ont une importance capitale pour l'analyse fondée sur l'article premier : voir *Andrews*, p. 177-178. Cette approche découle du modèle d'examen de la constitutionnalité d'une loi en deux étapes, qui est intrinsèque à la *Charte*. Comme l'a affirmé Aharon Barak, ancien président de la Cour suprême d'Israël :

[TRADUCTION] ... qu'en est-il des systèmes juridiques dotés d'un modèle [de contrôle de la constitutionnalité] en deux étapes, à l'instar de ceux qui existent en Allemagne, au Canada, en Afrique du Sud et en Israël? [...] Les considérations d'intérêt public devraient-elles être prises en compte à la première étape ou à la deuxième ou aux deux? Devraient-elles avoir une incidence sur la détermination de la portée du droit ou leur examen devrait-il être plutôt reporté à l'étape [...] de l'analyse de la proportionnalité?

. . .

C'est à la deuxième étape du contrôle de la constitutionnalité qu'il convient de tenir compte des considérations d'intérêt public, soit lors de l'analyse de la justification de l'atteinte au droit protégé par la Constitution.

(*Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations* (2012), p. 75-76)

B. *L'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 15 à l'allégation de discrimination de A*

[422] La première question à trancher est celle de savoir si la décision de la Cour dans *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83,

this appeal. Like my colleague Abella J., I am of the view that *Walsh* does not bind this Court in the present case. *Walsh* involved different issues (division of property only) and was decided at an earlier point in our evolving appreciation of s. 15. More fundamentally, however, I agree with Abella J. that 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. Freedom of choice and autonomy are public interest considerations. They are relied on by Quebec to justify the obvious fact that its law may disadvantage some *de facto* spouses by denying claims to property division and support in circumstances where they may not have truly chosen to forego the protections of the mandatory regime, but rather have been unable to access them due to their partner's refusal to marry. As discussed above, under s. 15 of the *Charter*, public policy considerations should be considered at the second stage of the constitutional analysis.

[423] In my view, the Quebec dual regime approach makes discriminatory distinctions that limit the s. 15 equality right of *de facto* spouses. All the elements of a s. 15 violation are present. The law denies *de facto* spouses protections available to married and civil union spouses. These distinctions are made on the basis of the analogous ground of marital status: *Miron*. The distinctions create a disadvantage: *de facto* spouses do not automatically benefit from a series of provisions that ensure an equitable division of property and continued financial support at the end of a relationship characterized by financial interdependence (*Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 401 *et seq.*, 414 *et seq.*, 427 *et seq.*, 432 and 585). Finally, the disadvantage is discriminatory from the point of view of a reasonable person placed in circumstances similar to those of A. The law in fact shows less concern for people in A's position than for married and civil union spouses on break-up of the

[2002] 4 R.C.S. 325, résout le présent pourvoi. À l'instar de ma collègue la juge Abella, je suis d'avis que cet arrêt ne lie pas la Cour dans la présente affaire. Des questions différentes devaient y être tranchées (soit des questions relatives uniquement au partage des biens) et l'appréciation de l'art. 15 a évolué depuis cet arrêt. Plus fondamentalement toutefois, je souscris à l'opinion de la juge Abella selon laquelle 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. Le libre choix et l'autonomie sont des considérations d'intérêt public; le Québec se fonde sur elles pour justifier le fait manifeste que sa loi peut désavantager certains conjoints de fait en leur niant tout droit à un partage des biens et à une pension alimentaire dans des circonstances où ils n'ont peut-être pas réellement choisi de renoncer aux mesures protectrices du régime obligatoire, mais plutôt n'y ont pas eu accès en raison du refus de leur partenaire de se marier. Comme je l'ai évoqué précédemment, dans le contexte d'une demande fondée sur l'art. 15 de la *Charte*, les considérations d'intérêt public sont prises en compte à la deuxième étape de l'analyse constitutionnelle.

[423] À mon avis, le recours par le législateur québécois à deux régimes distincts crée une distinction discriminatoire qui porte atteinte au droit à l'égalité des conjoints de fait garanti par l'art. 15. Tous les éléments nécessaires pour conclure à une violation de l'art. 15 sont présents. La loi nie aux conjoints de fait les mesures de protection dont jouissent les conjoints mariés ou unis civilement. Les distinctions sont fondées sur un motif analogue, soit l'état matrimonial : *Miron*. Elles créent un désavantage : les conjoints de fait ne bénéficient pas automatiquement d'une série de dispositions qui assurent le partage équitable des biens du couple et le soutien financier continu au terme d'une relation caractérisée par une interdépendance économique (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 401 *et suiv.*, 414 *et suiv.*, 427 *et suiv.*, 432 *et suiv.*). Finalement, le désavantage est discriminatoire du point de vue d'une personne raisonnable placée dans une situation similaire à celle de A. En effet, à

relationship. As it applies to people in A's situation, it perpetuates the effects of historical disadvantage rooted in prejudice *and* rests on a false stereotype of choice rather than on the reality of the claimant's situation.

[424] LeBel J.'s review of the relevant legislative history demonstrates that the purpose and intent animating the impugned provisions are not discriminatory. The Quebec legislature did not view *de facto* spouses as inferior or second-class spouses.

[425] However, this does not end the inquiry. It is necessary to go on to ask whether the adverse distinctions made by the law against *de facto* spouses discriminate against them in effect, on the approach to s. 15 set out above.

[426] In its effect, the Quebec scheme denies separated *de facto* partners important protections that it accords to separated married and civil union partners, despite the fact that they may not have meaningfully exercised a choice of regime. It is reasonable to infer from this, subject to a full analysis of the relevant contextual factors, that the law that denies them these protections treats them as less deserving of concern, respect and consideration.

[427] A reasonable person in A's situation would conclude that the law perpetuates pre-existing disadvantage. *De facto* spouses in Quebec suffer from significant pre-existing disadvantage. Until the enactment of the family law reform in 1980, the legislation actively discouraged and marginalized *de facto* spousal relationships, by prohibiting *de facto* spouses from contractually agreeing to obligations stemming from their relationships and by de-legitimizing their offspring. While the

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 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.

[424] L'examen de l'historique législatif pertinent auquel a procédé le juge LeBel démontre que l'objectif et l'intention qui ont présidé à l'adoption des dispositions contestées ne sont pas discriminatoires. Le législateur québécois ne considérait pas les conjoints de fait comme des conjoints inférieurs ou de seconde classe.

[425] Cette constatation ne met toutefois pas fin à l'examen auquel nous devons procéder. En effet, il est nécessaire de poursuivre l'analyse en nous demandant si les distinctions désavantageuses créées par la loi au détriment des conjoints de fait sont discriminatoires par leurs effets, selon le cadre d'analyse de l'art. 15 énoncé précédemment.

[426] Le modèle québécois a pour effet de priver les ex-conjoints de fait des importantes mesures de protection qu'il consent aux ex-conjoints mariés ou unis civilement, et ce même si, dans les faits, ils pourraient ne pas avoir réellement exercé un choix de régime. Il est raisonnable d'en déduire, sous réserve d'une analyse complète des facteurs contextuels pertinents, que la loi qui les prive de ces mesures de protection les traite comme s'ils étaient moins dignes d'intérêt, de respect ou de considération.

[427] Une personne raisonnable placée dans la situation de A pourrait en conclure que la loi perpétue un désavantage préexistant. Les conjoints de fait au Québec souffrent en effet de désavantages préexistants considérables. Jusqu'à l'adoption de la réforme du droit de la famille en 1980, la loi décourageait activement les unions de fait et les marginalisait. Elle le faisait en interdisant aux conjoints de fait de convenir contractuellement des obligations découlant de leur relation et en privant

legislative animus that underlay those measures has disappeared, the present law continues to exclude *de facto* spouses from the protective schemes of Quebec family law.

[428] Equally, a reasonable person in A's position would conclude that in denying her recourse to spousal support and equitable property division, the law relies on false stereotypes. The law assumes that *de facto* partners choose to forego the protections it offers to married and civil union partners. Yet people in A's situation have not in fact chosen to forego the protections of the mandatory regime. A's real choice was of a different nature: she could either remain in a *de facto* relationship with B, or walk away from it after having become accustomed to the lifestyle she shared with him. More broadly, the law rests on the assumption that *de facto* partners will provide for their needs by making their own agreements or arrangements for property and support. Again, for claimants in A's situation, this assumption fails to accord with the reality of their situation.

[429] What then of context? Quebec's argument is that when the denial of protection to *de facto* partners is considered in the context of the absence of prejudice against *de facto* partners in Quebec and the desire to enhance the choice and autonomy of Quebec couples, the denial does not promote the view that *de facto* partners are less worthy of concern and protection than married and civil union partners, and hence is not discriminatory.

[430] The first difficulty with this argument is that it does not consider the distinction from the perspective of a reasonable person *in the claimant's position*, as the equality jurisprudence requires. It may be that some *de facto* spouses are not prejudiced by the law because they choose to be unmarried and make alternate agreements or arrangements that

de légitimité les enfants nés de telles unions. Même si l'opprobre de la loi qui sous-tendait ces mesures a disparu, la loi actuelle continue d'exclure les conjoints de fait des régimes protecteurs offerts par le droit de la famille québécois.

[428] De même, une personne raisonnable placée dans la situation de A pourrait conclure qu'en lui niant le droit au soutien alimentaire ainsi qu'au partage des biens, la loi se fonde sur des stéréotypes erronés. 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. Or, dans les faits, les personnes placées dans la situation de A n'ont pas renoncé à ces mesures qui découlent du régime obligatoire. Le choix qu'A avait à faire était d'une tout autre nature : elle pouvait soit rester en union de fait avec B, soit quitter ce dernier après s'être habituée au train de vie qu'elle partageait avec lui. Plus largement, la loi se fonde sur la prémisse que les conjoints de fait subviennent à leurs propres besoins en convenant de leurs propres ententes et arrangements patrimoniaux et alimentaires. Je le répète, pour les demandeurs placés dans la situation de A, cette hypothèse ne concorde pas avec leur situation réelle.

[429] Qu'en est-il alors du contexte? Selon le Québec, l'absence de mesures protectrices pour les conjoints de fait devrait être examinée en fonction du contexte actuel : il n'existe pas de préjugés à l'encontre des conjoints de fait et l'objectif du législateur est l'accroissement du libre choix des personnes en couple ainsi que de leur autonomie. Prise dans ce contexte, la privation qui vise les conjoints de fait ne favorise donc pas l'opinion selon laquelle ils sont moins dignes d'intérêt et de protection que les conjoints mariés ou unis civilement et n'est donc pas discriminatoire.

[430] La première faille dans ce raisonnement réside dans le fait qu'il ne tient pas compte de la distinction du point de vue d'une personne raisonnable placée dans la situation de la demanderesse, comme l'exige la jurisprudence sur le droit à l'égalité. Il se peut que la loi ne cause aucun préjudice à certains conjoints de fait qui choisissent

suit them. But from the perspective of a person in the claimant's position, who has as a matter of fact been denied the right to choose, it is reasonable to view the law as treating her as less deserving of concern and consideration than married and civil union spouses.

[431] The second and related difficulty with Quebec's argument is that it imports public interest considerations — the goal of maximizing choice and autonomy for conjugal partners as a whole — into the s. 15 analysis. Such interests, as I discussed above, should not be considered at the first stage of determining whether a right has been limited, but at the second stage of determining whether the limitation on the right is justified.

II. Is the Breach of Section 15 Justified Under Section 1 of the *Charter*?

[432] The equality analysis under the *Charter* is a two-stage process. The first stage asks whether the law limits the right at issue. The second stage asks whether that limit is reasonable and justified in a free and democratic society (s. 1).

[433] For the reasons just discussed, I conclude that the dual regime approach — which denies *de facto* spouses the protections of the mandatory regime accorded to married and civil union spouses — treats *de facto* spouses unequally and discriminates against them contrary to s. 15 of the *Charter*. The remaining question is whether this limit on the equality right of *de facto* spouses is justified under s. 1 of the *Charter*.

de ne pas se marier ou s'unir civilement et qui concluent d'autres ententes ou arrangements qui leur conviennent. Cependant, du point de vue d'une personne placée dans la situation de la demanderesse qui, dans les faits, n'a pas pu exercer le droit de choisir, il est raisonnable de croire que la loi la traite comme une personne moins digne d'intérêt et de considération que les conjoints mariés ou unis civilement.

[431] Le point de vue défendu par le Québec contient une deuxième faille liée à la première : il déplace les considérations d'intérêt public — soit l'objectif de maximiser le libre choix des personnes qui entretiennent une relation conjugale ainsi que leur autonomie — à l'étape de l'analyse portant sur l'art. 15. Comme je l'ai mentionné précédemment, de tels intérêts ne doivent pas être examinés à la première étape de l'analyse, soit celle où l'on doit déterminer s'il a été porté atteinte à un droit, mais plutôt à la deuxième étape, soit celle qui consiste à décider si l'atteinte est justifiée.

II. La violation de l'art. 15 est-elle justifiée au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article premier de la *Charte*?

[432] L'analyse d'une demande fondée sur une atteinte au droit à l'égalité protégé par la *Charte* consiste en un processus en deux étapes. Dans le cadre de la première, le tribunal doit se demander si le texte législatif porte atteinte au droit en cause. Dans le cadre de la seconde, il doit déterminer si l'atteinte est raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique (article premier).

[433] Pour les motifs que je viens d'exposer, je conclus que le modèle québécois à deux régimes distincts, qui nie aux conjoints de fait les mesures de protection du régime obligatoire accordées aux conjoints mariés ou unis civilement, traite les conjoints de fait différemment et établit à leur égard une discrimination contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Il reste donc à décider si cette 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*.

[434] The state bears the burden of establishing justification on a balance of probabilities. The state must demonstrate (1) a sufficiently important objective to justify an infringement of a *Charter* right, (2) a rational connection between that objective and the means chosen by the state, (3) that the means are minimally impairing of the right at issue, and (4) that the measure's effects on the *Charter*-protected right are proportionate to the state objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

A. An Important Objective

[435] The objective of the distinction between *de facto* spouses and married or civil union couples made by the Quebec dual regime approach is to promote choice and autonomy for all Quebec spouses with respect to property division and support. Those who choose to marry choose the protections — but also the responsibilities — associated with that status. Those who choose not to marry avoid these state-imposed responsibilities and protections, and gain the opportunity to structure their relationship outside the confines of the mandatory regime applicable to married and civil union spouses.

[436] The legislature pursued this objective in response to rapidly changing attitudes in Quebec with respect to marriage, namely a rejection of the gender inequalities associated with the tradition of marriage, a shift away from the influence of the Church and the assertion of values linked to individualism: B. Moore, “Culture et droit de la famille: de l’institution à l’autonomie individuelle” (2009), 54 *McGill L.J.* 257, at p. 268. The legislator sought to accommodate the social rejection of the traditional control by the state and the Church over intimate relationships. When the family patrimony provisions were adopted in Quebec, the responsible Minister stated that a harmonization of the legislative treatment of marriage and of *de facto* spousal relationships [TRANSLATION] “would not be without consequences, for what then would

[434] C’est à l’État qu’il incombe de faire la preuve de la justification suivant la prépondérance des probabilités. Il doit démontrer (1) que l’objectif poursuivi est suffisamment important pour justifier une atteinte à un des droits garantis par la *Charte*, (2) qu’il existe un lien rationnel entre cet objectif et les moyens choisis par l’État, (3) que les moyens choisis portent minimalement atteinte au droit en cause et (4) que les effets de la mesure sur les droits protégés par la *Charte* sont proportionnés à l’objectif poursuivi par l’État : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

A. Un objectif important

[435] La distinction entre les couples mariés ou unis civilement et les conjoints de fait créée par le modèle québécois à deux régimes distincts vise la promotion du libre choix et de l’autonomie de tous les conjoints au Québec en ce qui a trait au partage des biens et au soutien alimentaire. Ceux qui choisissent de se marier ou de s’unir civilement choisissent les mesures protectrices — mais aussi les obligations — qui découlent de leur statut. Ceux qui font plutôt le choix de l’union de fait se soustraient aux mesures de protection ainsi qu’aux obligations prescrites par l’État et sont libres de structurer leur relation de couple sans être confinés aux règles du régime obligatoire applicable aux conjoints mariés ou unis civilement.

[436] Le législateur a poursuivi cet objectif en réponse aux changements rapides survenus dans les attitudes au Québec à l’égard du mariage, soit en réponse au rejet du modèle d’inégalité des sexes associée à l’institution du mariage, à la perte d’influence de l’Église et à l’affirmation de valeurs associées à l’individualisme : B. Moore, « Culture et droit de la famille : de l’institution à l’autonomie individuelle » (2009), 54 *R.D. McGill* 257, p. 268. Le législateur a voulu respecter le rejet exprimé par la société à l’égard du contrôle traditionnellement exercé par l’État et l’Église sur les relations intimes. Lors de l’adoption des dispositions sur le patrimoine familial au Québec, le ministre responsable a affirmé que l’uniformisation des dispositions législatives applicables au mariage et à l’union de fait « ne serait pas sans conséquence,

be the meaning of marriage or the value in the civil context of religious marriage, and what would be the form of union developed by those who do not want to be regulated?”: National Assembly, *Journal des débats*, vol. 30, No. 125, 2nd Sess., 33rd Leg., June 8, 1989, p. 6487 (emphasis added).

[437] The objective of the law is sufficiently important to justify an infringement of the right to equality.

B. *Rational Connection*

[438] The distinction made by the law between married, civil union and *de facto* spouses is rationally connected to the state objective of preserving the autonomy and freedom of choice of Quebec spouses. Without this distinction, the clear choice between a regime of division of property and support on the one hand, and a regime of full autonomy on the other hand, would be absent. The Quebec approach only imposes state-mandated obligations on spouses who have made a conscious and active choice to accept those obligations. The requirement of an active choice to undertake obligations is consistent with the objective of enhancing autonomy.

C. *Minimum Impairment*

[439] The *Oakes* test requires that impugned provisions impair the infringed right “as little as is reasonably possible”: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772. This Court has recognized that the state must have a margin of appreciation in selecting the means to achieve its objective: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 999; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paras. 35 and 53; *Edwards Books and Art*. The question is whether the impugned provisions fall within a range of reasonable alternatives: *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769, at para. 61; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160; *McKinney v.*

car quel serait alors le sens du mariage ou la valeur civile du mariage religieux et quelle serait la forme d’union développée par ceux qui ne veulent pas être réglementés? » : Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 30, n° 125, 2^e sess., 33^e lég., 8 juin 1989, p. 6487 (je souligne).

[437] L’objectif de la loi est suffisamment important pour justifier une atteinte au droit à l’égalité.

B. *Lien rationnel*

[438] La distinction que la loi établit entre les conjoints mariés ou unis civilement et les conjoints de fait a un lien rationnel avec l’objectif de l’État qui consiste à préserver le libre choix et l’autonomie des conjoints au Québec. Sans cette distinction, le choix clair entre le régime qui prévoit le partage du patrimoine et le soutien alimentaire, d’une part, et celui de l’autonomie complète, d’autre part, n’existerait pas. 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. L’exigence d’un choix qui soit exercé activement de se conformer à ces obligations est par ailleurs conforme à l’objectif d’accroître l’autonomie des couples.

C. *Atteinte minimale*

[439] Selon le test formulé dans l’arrêt *Oakes*, les dispositions contestées doivent porter atteinte au droit « aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772. La Cour a accordé à l’État une certaine latitude dans le choix du moyen pour réaliser son objectif : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 999; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 35 et 53; *Edwards Books and Art*. La question qu’il faut trancher est celle de savoir si les dispositions contestées font partie d’une gamme de mesures raisonnables (*Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769, par. 61; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3

University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 285-86; *Hutterian Brethren*, at para. 37. This is particularly the case where the impugned measures “attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values”: *McKinney*, at p. 285; *Hutterian Brethren*, at para. 53.

[440] In addition, the minimum impairment test is informed by the values of federalism. “The uniformity of provincial laws that would be entailed by a stringent requirement of least drastic means is in conflict with the federal values of distinctiveness, diversity and experimentation”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 2, p. 38-39; see also *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, at para. 275. The test must not be applied in a manner that amounts to identifying the Canadian province that has adopted the “preferable” approach to a social issue and requiring that all other provinces follow suit.

[441] A argues that the Quebec dual regime approach does not minimally impair the equality right of *de facto* spouses. She argues that choice and autonomy can be respected without excluding *de facto* spouses entirely from the mandatory regime applicable to married and civil union spouses. She points to other provinces, where aspects of the mandatory regime apply to *de facto* spouses, unless they have formally opted out of that regime. Under such schemes, *de facto* spouses are denied protection only if they have agreed to that result. Unlike A, they are not effectively left unprotected because their partner did not consent to marriage. She also argues that a scheme that allowed for judicial intervention where property division and/or support are warranted would be less impairing of her equality right than the current scheme.

[442] There is no doubt that schemes can be conceived — and indeed have been adopted in

R.C.S. 199, par. 160; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 285-286; *Hutterian Brethren*, par. 37), particulièrement lorsque les mesures en question « tentent d’établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées » : *McKinney*, p. 285; *Hutterian Brethren*, par. 53.

[440] En outre, le critère relatif à l’atteinte minimale doit respecter les valeurs du fédéralisme. [TRADUCTION] « L’uniformité des lois provinciales qui découlerait de l’obligation stricte d’opter pour les moyens les moins attentatoires irait à l’encontre des valeurs du fédéralisme que sont le caractère distinct, la diversité et l’expérimentation » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 38-39; voir également *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, par. 275. L’application de ce volet du test ne consiste pas à désigner la province ayant adopté la démarche « préférable » à l’égard d’une question sociale pour ensuite exiger des autres provinces qu’elles lui emboîtent le pas.

[441] A fait valoir que le modèle québécois à deux régimes distincts ne porte pas une atteinte minimale au droit à l’égalité des conjoints de fait. Selon elle, il est possible de respecter leur choix et leur autonomie sans pour autant les soustraire totalement au régime obligatoire applicable aux couples mariés ou unis civilement. Elle fait référence à d’autres provinces où des aspects du régime obligatoire s’appliquent aux conjoints de fait, à moins que ceux-ci ne s’y soient soustraient expressément. Selon ces régimes, les conjoints de fait ne sont privés de protection advenant une rupture que s’ils ont convenu qu’il en serait ainsi. Contrairement à A, ils ne sont pas laissés dans les faits sans protection parce que leur partenaire n’a pas voulu se marier. A prétend également qu’un modèle qui habiliterait le tribunal à intervenir dans les cas où il serait équitable de partager les biens et de fixer une pension alimentaire attenterait moins à son droit à l’égalité que la situation actuelle.

[442] Il ne fait aucun doute qu’il serait possible de concevoir des modèles qui portent moins

other provinces — that impair the equality right of *de facto* spouses to a lesser degree than the Quebec scheme. However — and this is the important point — such approaches would be less effective in promoting the goals of the Quebec scheme of maximizing choice and autonomy for couples in Quebec. The question at the minimum impairment stage is whether the limit imposed by the law goes too far *in relation to the goal the legislature seeks to achieve*. “Less drastic means which do not actually achieve the government’s objective are not considered at this stage”: *Hutterian Brethren*, at para. 54.

[443] A presumptive scheme that applied the mandatory regime to all spouses, subject to the right to opt out, would automatically sweep in all couples. Even if *de facto* spouses were given the opportunity to opt out, this scheme would offer a narrower conception of choice than does Quebec’s current approach. Indeed, opting out would require agreement and positive action on the part of *de facto* spouses. The Quebec scheme, by contrast, allows couples to avoid state-imposed obligations simply by not marrying. The state-free zone created by the Quebec scheme is thus broader than under a presumptive regime.

[444] The Quebec scheme has the benefit of giving spouses the opportunity to perform a cost-benefit analysis of staying in a *de facto* relationship that does not confer any rights upon them, but that *correlatively does not impose any legal obligations on them*: R. Leckey, “Chosen Discrimination” (2002), 18 *S.C.L.R.* (2d) 445, at p. 458. The legislature has chosen to avoid mandatory protective provisions that important segments of the population may view as paternalistic, by instead allowing spouses to weigh the consequences of their choices and to make decisions accordingly.

[445] What then of the absence of judicial recourse? Quebec is the only province that provides

atteinte au droit à l’égalité des conjoints de fait que ne le fait le modèle québécois — c’est d’ailleurs ce qu’ont fait d’autres provinces. Toutefois, et c’est là un élément important, de telles solutions serviraient moins efficacement les objectifs que vise le régime 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’atteinte qui découle de la loi va trop loin *par rapport à l’objectif du législateur* : « Les moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade » (*Hutterian Brethren*, par. 54).

[443] Un régime protecteur qui s’appliquerait par défaut, à moins d’une volonté expresse contraire, aurait pour effet d’englober tous les couples. Même si les conjoints de fait pouvaient choisir de s’y soustraire, ce modèle donnerait aux couples un choix plus restreint que ne le fait le modèle québécois actuel. En effet, les conjoints de fait qui voudraient se prévaloir du droit de se soustraire au régime seraient tenus de s’entendre à ce sujet et de poser des gestes concrets pour arriver à leurs fins. Au contraire, le modèle québécois actuel permet aux couples de ne pas être assujettis aux obligations prescrites par l’État tout simplement en ne se mariant pas. La zone exempte de l’intervention de l’État créée par le modèle québécois est donc plus étendue qu’elle ne le serait dans le contexte d’un régime d’application par défaut.

[444] Le régime québécois a l’avantage de donner aux conjoints l’occasion de faire un calcul coût-bénéfice du statut de conjoints de fait qui ne leur confère aucun droit, mais *qui, en contrepartie, ne leur impose aucune obligation* : R. Leckey, « Chosen Discrimination » (2002), 18 *S.C.L.R.* (2d) 445, p. 458. Le législateur a choisi de ne pas adopter de dispositions protectrices obligatoires que d’importants segments de la population pourraient juger paternalistes et a plutôt permis aux conjoints de soupeser les conséquences de leurs choix et de prendre des décisions en conséquence.

[445] Qu’en est-il alors de l’absence de recours judiciaire? Le Québec est la seule province où

for no court intervention whatsoever to ensure that *de facto* spouses exercised a meaningful choice to forego legal protection of their interests in the event of a breakdown of the relationship. Permitting judges to intervene and make orders for property and support for *de facto* spouses would obviously be less impairing of their equality right than the Quebec regime. However, again there would be a trade-off in diminished choice and autonomy. The Quebec scheme leaves it up to partners to choose whether to opt into the mandatory regime and leaves them the discretion to manage their independence if they do not opt in. Allowing judges to make orders would limit those choices, and result in individuals who thought they were free to structure their affairs finding themselves bound by judicially imposed obligations.

[446] Finally, it is suggested that the law does not meet the minimal impairment requirement because it affects support as well as property. For the reasons just discussed, allowing judges to award support would undermine the legislative goal of maximizing choice and autonomy. A judge, not the parties, would decide. The question at this stage of the analysis is whether the legislative goal could be achieved in a way that impacts the right less, not whether the legislative goal should be altered. Moreover, the protective effects of support and property division are intertwined and cannot be readily separated.

[447] For these reasons, I conclude that the Quebec law falls within a range of reasonable alternatives for maximizing choice and autonomy in the matter of family assets and support.

D. *Proportionality*

[448] Ultimately, the infringement of a protected right must be proportionate to the benefits of

aucune intervention judiciaire n'est prévue pour garantir que les conjoints de fait ont exercé un choix éclairé en renonçant à la protection légale de leurs droits advenant une rupture. Permettre aux juges d'intervenir ou de rendre des ordonnances quant aux patrimoines des conjoints de fait ou quant à une quelconque obligation alimentaire restreindrait forcément moins leur droit à l'égalité que ne le fait le régime québécois. Cela dit, il faudrait alors encore renoncer à une part de libre choix et d'autonomie. Le régime québécois laisse aux partenaires le soin de choisir de s'astreindre ou non au régime obligatoire et leur accorde le pouvoir discrétionnaire de gérer leur indépendance s'ils choisissent de ne pas le faire. Si les juges étaient autorisés à rendre des ordonnances à leur égard, cela limiterait ce libre choix et des individus qui avaient cru pouvoir gérer leurs affaires à l'écart de l'intervention de l'État se retrouveraient liés par des obligations qui leur seraient imposées par la cour.

[446] Finalement, d'aucuns soutiennent que la loi ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale parce qu'elle a une incidence tant sur les droits alimentaires que sur les droits patrimoniaux. Pour les motifs que je viens d'exposer, autoriser les juges à octroyer des aliments minerait l'objectif de la loi, soit de maximiser le libre choix et l'autonomie. Ce serait alors un juge, et non les conjoints, qui déciderait. À cette étape de l'analyse, la question à trancher 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. En outre, les mesures protectrices que constituent l'octroi d'aliments et le partage des biens sont interreliées et ne peuvent être facilement traitées distinctement.

[447] Pour ces motifs, je conclus que 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.

D. *Proportionnalité*

[448] Finalement, l'atteinte à un droit garanti doit être proportionnelle aux avantages que procure

pursuing the state objective, having regard to the impact of the law on the exercise of the right and the broader public benefits it seeks to achieve.

[449] The impact of the Quebec scheme on the exercise and enjoyment of the equality right is significant. However, the discriminatory effects of the exclusion of *de facto* spouses from the mandatory regime are attenuated in the modern era, as compared to earlier points in Quebec's history. The impugned provisions do not appear to perpetuate animus against *de facto* spouses. All parties to this appeal agreed that the *de facto* spousal relationship is a popular form of relationship in Quebec. There is no longer any stigma attached to *de facto* spousal relationships. Many spouses in Quebec appreciate and take advantage of the ability to structure their relationship outside the traditional strictures of marriage. The impugned provisions enhance the freedom of choice and autonomy of many spouses as well as their ability to give personal meaning to their relationship. Against this must be weighed the cost of infringing the equality right of people like A, who have not been able to make a meaningful choice. Critics can say and have said that the situation of women like A suggests that the legislation achieves only a formalistic autonomy and an illusory freedom. However, the question for this Court is whether the unfortunate dilemma faced by women such as A is disproportionate to the overall benefits of the legislation, so as to make it unconstitutional. 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 each province to legislate for its population, the answer to this question is no.

la recherche des objectifs de l'État, compte tenu de l'incidence du texte législatif sur l'exercice du droit en cause et des avantages d'intérêt public plus larges qu'il vise à atteindre.

[449] L'incidence du régime québécois sur l'exercice et la jouissance du droit à l'égalité est considérable. Cependant, les effets discriminatoires de l'exclusion des conjoints de fait du régime obligatoire sont atténués à l'ère moderne par rapport à ce qu'ils étaient à divers moments antérieurs de l'histoire du Québec. Les dispositions contestées ne semblent pas perpétuer d'animosité à l'endroit des conjoints de fait. Toutes les parties au présent litige ont convenu que l'union de fait est populaire au Québec et qu'il n'y est plus rattaché quelque stigmate que ce soit. De nombreuses personnes vivant en couple au Québec comprennent la possibilité qui est la leur de structurer leur relation autrement que par le seul mariage traditionnel et s'en prévalent. Les dispositions contestées accroissent le libre choix et l'autonomie de nombreux conjoints de même que leur capacité à donner un sens personnel à leur relation. C'est à la lumière de ces réalités qu'il faut mesurer le coût de l'atteinte au droit à l'égalité pour les personnes comme A qui n'ont pas réellement pu faire un choix. Il est possible de prétendre, à tort ou à raison, que la situation de femmes comme A peut mener à la conclusion que le modèle québécois n'offre qu'une autonomie formelle et une liberté illusoire. Cependant, la question que doit trancher la Cour est celle de savoir si le malheureux dilemme auquel sont confrontées les femmes comme A est disproportionné par rapport à l'ensemble des avantages que procure le texte législatif, au point de le rendre inconstitutionnel. 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, c'est par la négative qu'il faut répondre à la question.

III. Conclusion

[450] I would allow the appeals of B and the Attorney General of Quebec and find the Quebec scheme to be constitutional. I would dismiss A's appeal and would not award costs.

Appeals of the Attorney General of Quebec and B allowed, appeal of A dismissed, DESCHAMPS, CROMWELL and KARAKATSANIS JJ. dissenting in part in the result, ABELLA J. dissenting in the result.

Solicitors for the appellant/respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the appellant/respondent A: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the appellant/respondent B: Norton Rose Canada, Montréal; Suzanne H. Pringle, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec: Garneau, Verdon, Michaud, Samson, Québec.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Martha McCarthy & Company, Toronto; O'Hanlon, Sanders, Teixeira, Montréal.

III. Conclusion

[450] Je suis d'avis d'accueillir les appels de B et du procureur général du Québec et de conclure à la constitutionnalité du modèle québécois. Je suis en outre d'avis de rejeter l'appel de A et de ne pas accorder de dépens.

Pourvois du procureur général du Québec et de B accueillis, pourvoi de A rejeté, les juges DESCHAMPS, CROMWELL et KARAKATSANIS sont dissidents en partie quant au résultat et la juge ABELLA est dissidente quant au résultat.

Procureurs de l'appelant/intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'appelante/intimée A : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs de l'appelant/intimé B : Norton Rose Canada, Montréal; Suzanne H. Pringle, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des associations de familles monoparentales et recomposées du Québec : Garneau, Verdon, Michaud, Samson, Québec.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Martha McCarthy & Company, Toronto; O'Hanlon, Sanders, Teixeira, Montréal.