



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2013 Vol. 1

1^{er} cahier, 2013 Vol. 1

Cited as [2013] 1 S.C.R. 3-269

Renvoi [2013] 1 R.C.S. 3-269

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	SÉBASTIEN LAFRANCE	IDA SMITH
JANICE CHENEY	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH
MONIQUE DELORME		ANNE-MARIE NOËL

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoins administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Quebec (Attorney General) v. A 61

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

R. v. Manning 3

Criminal law — Forfeiture orders — Accused who had previously been convicted for multiple alcohol-related driving offences and breaches of probation orders and undertakings pleading guilty to the charge of driving a motor vehicle while impaired by drugs or alcohol — Crown requesting order of forfeiture of motor vehicle — Whether trial judge erred in refusing to issue order.

R. v. O'Brien 7

Criminal law — Offences — Uttering threats — Elements of offence — Mens rea — Respondent repeatedly telling ex-girlfriend that he would kill her — Ex-girlfriend testifying that words uttered by accused did not intimidate her or cause her fear as accused frequently

SOMMAIRE

Québec (Procureur général) c. A 61

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

R. c. Manning 3

Droit criminel — Ordonnances de confiscation — Plaidoyer de culpabilité présenté à l'égard d'une accusation de conduite avec les facultés affaiblies par l'alcool ou une drogue par un accusé ayant déjà été déclaré coupable de multiples infractions relatives à la conduite sous l'effet de l'alcool et manquements à des ordonnances de probation et à des engagements — Demande de confiscation d'un véhicule automobile présentée par le ministère public — Le juge du procès a-t-il fait erreur en refusant de rendre l'ordonnance demandée?

CONTENTS (Continued)

talked in that manner — Whether trial judge erred in law in determining that accused did not have requisite mens rea — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. Ryan 14

Criminal Law — Defences — Duress — Abused wife paying “hit man” to murder husband who has threatened her life — Whether duress is available in law as a defence where the threats made against the accused were not made for the purpose of compelling the commission of an offence — Statutory and common law parameters of defence of duress — Whether stay of proceedings is appropriate in circumstances of case.

R. v. Sanichar 54

Criminal law — Appeals — Trial judge convicting accused of several charges involving physical and sexual abuse — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — Whether appeal raises question of law — Whether Court of Appeal erred in setting aside convictions and ordering new trial.

SOMMAIRE (Suite)

R. c. O'Brien 7

Droit criminel — Infractions — Menaces — Éléments de l'infraction — Mens rea — Intimé ayant dit à plusieurs reprises à son ex-petite amie qu'il la tuerait — Ex-petite amie témoignant ne pas avoir été intimidée ni effrayée par les paroles de l'accusé parce qu'il lui parlait souvent ainsi — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'accusé n'avait pas la mens rea requise? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)a).

R. c. Ryan 14

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — « Tueur à gages » payé par une femme battue dont la vie est menacée par son mari pour assassiner ce dernier — Le moyen de défense fondé sur la contrainte peut-il être invoqué en droit lorsque les menaces à l'endroit de l'accusée n'ont pas été proférées dans le but de la forcer à commettre une infraction? — Paramètres législatifs et de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte — L'arrêt des procédures est-il approprié en l'espèce?

R. c. Sanichar 54

Droit criminel — Appels — Accusé déclaré coupable au procès relativement à plusieurs chefs d'accusation liés à des sévices corporels et des agressions sexuelles — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Le pourvoi soulève-t-il une question de droit? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les déclarations de culpabilité et en ordonnant un nouveau procès?

**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Volume 1, 2013

1^{er} volume, 2013

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alphide Manning *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario, Canadian Civil
Liberties Association and British Columbia
Civil Liberties Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MANNING

2013 SCC 1

File No.: 34358.

2012: December 5; 2013: January 17.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Forfeiture orders — Accused who had previously been convicted for multiple alcohol-related driving offences and breaches of probation orders and undertakings pleading guilty to the charge of driving a motor vehicle while impaired by drugs or alcohol — Crown requesting order of forfeiture of motor vehicle — Whether trial judge erred in refusing to issue order.

Held: The appeal should be allowed and the forfeiture order granted.

In applying s. 490.41(3) of the *Criminal Code*, the trial judge held that he was bound to consider the objectives and principles of sentencing set out in s. 718 and following of the *Code*. This error is fatal to his conclusion. The respondent failed to satisfy this Court that the impact of forfeiture would be “disproportionate” within the meaning of s. 490.41(3). The order of forfeiture sought by the Crown should therefore be granted.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alphide Manning *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l’Ontario,
Association canadienne des libertés civiles et
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. MANNING

2013 CSC 1

N° du greffe : 34358.

2012 : 5 décembre; 2013 : 17 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Ordonnances de confiscation — Plaidoyer de culpabilité présenté à l’égard d’une accusation de conduite avec les facultés affaiblies par l’alcool ou une drogue par un accusé ayant déjà été déclaré coupable de multiples infractions relatives à la conduite sous l’effet de l’alcool et manquements à des ordonnances de probation et à des engagements — Demande de confiscation d’un véhicule automobile présentée par le ministère public — Le juge du procès a-t-il fait erreur en refusant de rendre l’ordonnance demandée?

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l’ordonnance de confiscation est rendue.

Dans son application du par. 490.41(3) du *Code criminel*, le juge du procès a conclu qu’il était contraint de tenir compte des objectifs et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 et suivants du *Code*. Cette erreur est fatale à sa conclusion. L’intimé n’a pas été en mesure de convaincre la Cour que l’effet de la confiscation serait « démesuré » au sens du par. 490.41(3). L’ordonnance de confiscation demandée par le ministère public doit donc être rendue.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 490.41(3).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Thibault, Pelletier and Dufresne JJ.A.), 2011 QCCA 900, SOQUIJ AZ-50753167, [2011] Q.J. No. 5287 (QL), 2011 CarswellQue 15720, affirming a decision of Boisjoli J. refusing to order the forfeiture of offence-related property. Appeal allowed.

Robin Tremblay and Jean-François Bouvette, for the appellant.

Patrick Jacques, for the respondent.

Written submissions only by *Simon William and François Lacasse*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Susan Ficek and Melissa Adams, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Catherine Beagan Flood and Joshua A. Krane, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Audrey Boctor and Douglas C. Mitchell, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] FISH J. — Alphide Manning, the respondent on this appeal, pleaded guilty at trial to impaired driving and the Crown, upon his conviction, sought forfeiture of the truck driven by Mr. Manning at the time of his arrest.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 490.41(3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Thibault, Pelletier et Dufresne), 2011 QCCA 900, SOQUIJ AZ-50753167, [2011] J.Q. n° 5287 (QL), 2011 CarswellQue 5023, qui a confirmé la décision du juge Boisjoli refusant d'ordonner la confiscation d'un bien infractionnel. Pourvoi accueilli.

Robin Tremblay et Jean-François Bouvette, pour l'appelante.

Patrick Jacques, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement par *Simon William et François Lacasse*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Susan Ficek et Melissa Adams, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Catherine Beagan Flood et Joshua A. Krane, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Audrey Boctor et Douglas C. Mitchell, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE FISH — Lors de son procès, M. Alphide Manning, l'intimé au présent pourvoi, a plaidé coupable à une accusation de conduite avec les facultés affaiblies. À la suite du prononcé de la déclaration de culpabilité, le ministère public a sollicité la confiscation du camion que conduisait M. Manning au moment de son arrestation.

[2] The trial judge declined to grant the order of forfeiture requested by the Crown.

[3] Our sole concern here is with s. 490.41(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which, in its relevant part, reads as follows:

. . . if a court is satisfied that the impact of an order of forfeiture made under subsection 490.1(1) or 490.2(2) would be disproportionate to the nature and gravity of the offence, the circumstances surrounding the commission of the offence and the criminal record, if any, of the person charged with or convicted of the offence, as the case may be, it may decide not to order the forfeiture of the property or part of the property and may revoke any restraint order made in respect of that property or part.

[4] In applying that provision here, the trial judge held that he was bound to consider the objectives and principles of sentencing set out in s. 718 and following of the *Criminal Code*.

[5] We agree with the Quebec Court of Appeal (2011 QCCA 900 (CanLII)) that the trial judge erred in this regard: see *R. v. Craig*, 2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762, at para. 13.

[6] Unlike the Court of Appeal, however, and with the greatest of respect, we believe that the trial judge's error is fatal to his conclusion.

[7] Moreover, on the record as we have it, we are not satisfied that the impact of the order of forfeiture sought by the Crown was "disproportionate", within the meaning of s. 490.41(3) of the *Criminal Code*. In concluding otherwise, the trial judge erroneously emphasized Mr. Manning's personal circumstances and failed to give appropriate weight, as required by s. 490.41(3), to Mr. Manning's criminal record, including *five* convictions for alcohol-related driving offences and *three* for breaches of probation orders or undertakings.

[2] Le juge du procès a refusé de rendre l'ordonnance de confiscation demandée par le ministère public.

[3] La seule question qui nous occupe en l'espèce concerne l'application du par. 490.41(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, dont le passage pertinent est libellé ainsi :

. . . le tribunal peut ne pas ordonner la confiscation de tout ou partie de biens infractionnels confiscables en vertu des paragraphes 490.1(1) ou 490.2(2) et annuler toute ordonnance de blocage à l'égard de tout ou partie des biens, s'il est convaincu que la confiscation serait démesurée par rapport à la nature et à la gravité de l'infraction, aux circonstances de sa perpétration et, s'il y a lieu, au casier judiciaire de la personne accusée ou reconnue coupable de l'infraction, selon le cas.

[4] Dans son application de cette disposition en l'espèce, le juge du procès a conclu qu'il était contraint de tenir compte des objectifs et des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718 et suivants du *Code criminel*.

[5] À l'instar de la Cour d'appel du Québec (2011 QCCA 900 (CanLII)), nous sommes d'avis que le juge de première instance a commis une erreur à cet égard : voir *R. c. Craig*, 2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762, par. 13.

[6] Toutefois, contrairement à la Cour d'appel, et avec égards, nous estimons que l'erreur commise par le juge du procès est fatale à sa conclusion.

[7] En outre, au vu du dossier dont nous disposons, nous ne sommes pas convaincus que la confiscation sollicitée par le ministère public était « démesurée », au sens où il faut entendre ce mot pour l'application du par. 490.41(3) du *Code criminel*. En tirant une conclusion différente, le juge du procès a erronément mis l'accent sur la situation personnelle de M. Manning et n'a pas accordé, comme l'exige le par. 490.41(3), le poids voulu au casier judiciaire de ce dernier, notamment *cinq* déclarations de culpabilité à l'égard d'infractions relatives à la conduite sous l'effet de l'alcool et *trois* à l'égard de manquements à des ordonnances de probation ou à des engagements.

[8] Accordingly, we would allow the appeal and grant the order of forfeiture sought by the Crown.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Baie-Comeau, Quebec.

Solicitor for the respondent: Patrick Jacques, Beauport, Quebec.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

[8] Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel et de rendre l'ordonnance de confiscation demandée par le ministère public.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Baie-Comeau, Québec.

Procureur de l'intimé : Patrick Jacques, Beauport, Québec.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kelly Joseph O'Brien *Respondent*

INDEXED AS: R. v. O'BRIEN

2013 SCC 2

File No.: 34694.

2012: December 6; 2013: January 17.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Offences — Uttering threats — Elements of offence — Mens rea — Respondent repeatedly telling ex-girlfriend that he would kill her — Ex-girlfriend testifying that words uttered by accused did not intimidate her or cause her fear as accused frequently talked in that manner — Whether trial judge erred in law in determining that accused did not have requisite mens rea — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

While the accused was incarcerated, he had a telephone conversation with his ex-girlfriend during which he repeatedly told her that he would kill her upon his release if she proceeded with her planned abortion of their child. The accused was charged with uttering threats. At trial, the ex-girlfriend testified that the words uttered by the accused had not intimidated her or caused her fear as the accused frequently talked in that manner. The accused was acquitted, the trial judge having a reasonable doubt whether the accused intended his words to intimidate or be taken seriously. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal.

Held (McLachlin C.J. and Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Fish, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: It is an essential element of the offence under s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code* that the accused intended his or her words to intimidate or to be taken seriously. The trial judge properly considered the words uttered in the context of the evidence of the recipient of the threats and concluded that the evidence left her with a reasonable doubt as to whether the accused had the requisite intent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Kelly Joseph O'Brien *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. O'BRIEN

2013 CSC 2

N° du greffe : 34694.

2012 : 6 décembre; 2013 : 17 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Infractions — Menaces — Éléments de l'infraction — Mens rea — Intimé ayant dit à plusieurs reprises à son ex-petite amie qu'il la tuerait — Ex-petite amie témoignant ne pas avoir été intimidée ni effrayée par les paroles de l'accusé parce qu'il lui parlait souvent ainsi — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'accusé n'avait pas la mens rea requise? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)a).

Lors d'une conversation téléphonique tenue pendant son incarcération, l'accusé a dit à plusieurs reprises à son ex-petite amie, enceinte de lui, qu'il la tuerait à sa libération si elle se faisait avorter comme elle le prévoyait. Il a été accusé d'avoir proféré des menaces. Dans son témoignage au procès, l'ex-petite amie a affirmé que les paroles de l'accusé ne l'avaient pas intimidée ni effrayée, parce que l'accusé lui parlait souvent ainsi. L'accusé a été acquitté, le juge du procès ayant un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé avait prononcé ces paroles dans l'intention d'intimider ou d'être pris au sérieux. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Fish, Cromwell, Moldaver et Wagner : Le fait que l'accusé prononce les paroles en cause dans l'intention d'intimider ou d'être pris au sérieux constitue un élément essentiel de l'infraction consistant à proférer des menaces prévue à l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel*. La juge du procès a envisagé à juste titre les mots prononcés à la lumière du témoignage de la personne à qui ils étaient destinés et elle a conclu qu'il subsistait un

There is no basis on which to conclude that the trial judge committed any error of law in concluding as she did.

Per McLachlin C.J. and Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The trial judge erred in making the perception of the recipient of the threat the determinative factor in the assessment of the accused's intent. The nature of the relationship between the accused and the recipient of a threat forms part of the circumstances surrounding the offence. However, whether the recipient of a threat takes that threat seriously is not an element of the *mens rea* of the accused.

Cases Cited

By Fish J.

Discussed: *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72.

By Rothstein J. (dissenting)

R. v. Clemente, [1994] 2 S.C.R. 758; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 264.1(1), 693(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Steel, Beard and MacInnes JJ.A.), 2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144, 538 W.A.C. 144, 280 C.C.C. (3d) 481, [2012] 5 W.W.R. 265, [2012] M.J. No. 28 (QL), 2012 CarswellMan 25, affirming the acquittal of the accused. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Abella and Rothstein JJ. dissenting.

Rekha Malaviya and Amiram Kotler, for the appellant.

Michael P. Cook and Marie-France Major, for the respondent.

doute quant à savoir si l'accusé avait l'intention requise. Rien ne permet de conclure que la juge du procès a commis une erreur de droit en concluant comme elle l'a fait.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella et Rothstein (dissidents) : La juge du procès a commis une erreur en considérant la perception de la personne ayant fait l'objet des menaces comme le facteur déterminant de l'analyse de l'intention de l'accusé. La nature des rapports entre l'accusé et la personne ayant fait l'objet des menaces font partie des circonstances dans lesquelles s'inscrit l'infraction. Toutefois, le fait que le destinataire d'une menace la prenne ou non au sérieux ne constitue pas un élément de la *mens rea* requise.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts analysés : *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

R. c. Clemente, [1994] 2 R.C.S. 758; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1), 693(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Steel, Beard et MacInnes), 2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144, 538 W.A.C. 144, 280 C.C.C. (3d) 481, [2012] 5 W.W.R. 265, [2012] M.J. No. 28 (QL), 2012 CarswellMan 25, qui a confirmé l'acquiescement de l'intimé. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Abella et Rothstein sont dissidents.

Rekha Malaviya et Amiram Kotler, pour l'appelante.

Michael P. Cook et Marie-France Major, pour l'intimé.

The judgment of Fish, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Fish, Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

FISH J. —

LE JUGE FISH —

I

I

[1] This appeal from a judgment of the Manitoba Court of Appeal comes to us as of right, pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*.

[1] Il s'agit d'un appel interjeté de plein droit, en vertu de l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, à l'encontre d'un jugement de la Cour d'appel du Manitoba.

[2] In virtue of that provision, the Attorney General may appeal to this Court “on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents”. Here, the question is whether the trial judge, in acquitting the respondent Kelly Joseph O'Brien, erred in law as to the *mens rea* of the offence with which he was charged. I agree with the majority in the Court of Appeal that she did not (2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144).

[2] Aux termes de cette disposition, le procureur général peut interjeter appel devant notre Cour « sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident ». En l'espèce, la question est celle de savoir si, en acquittant l'intimé Kelly Joseph O'Brien, la juge du procès a fait erreur en droit quant à la *mens rea* de l'infraction dont il était accusé. Tout comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, j'estime qu'elle n'a pas commis d'erreur à cet égard (2012 MBCA 6, 275 Man. R. (2d) 144).

[3] I would therefore dismiss the appeal.

[3] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II

II

[4] The respondent was charged with uttering a threat to cause death or bodily harm to another person, contrary to s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. He was charged as well, in a separate count, with threatening to damage that person's property, contrary to s. 264.1(1)(b).

[4] L'intimé a été accusé d'avoir menacé de causer la mort ou des lésions corporelles à une personne, une infraction prévue à l'al. 264.1(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. On lui reprochait également, dans un chef distinct, d'avoir menacé d'endommager les biens de cette personne, en contravention à l'al. 264.1(1)b).

[5] In her brief reasons for judgment, delivered orally, the trial judge held — correctly, in my view — that the *actus reus* of the offence created by s. 264.1(1)(a) is “the actual speaking or uttering of the threats of death or serious bodily harm”. And, again correctly, the trial judge held that the *mens rea* “is that the words are meant [to convey] a threat. In other words they are meant to intimidate”.

[5] Dans de brefs motifs prononcés à l'audience, la juge du procès a conclu — à juste titre selon moi — que l'*actus reus* de l'infraction créée par l'al. 264.1(1)a) consiste dans [TRADUCTION] « le fait de proférer ou de prononcer les menaces de mort ou de lésions corporelles graves ». Et elle a défini ainsi — également à juste titre — la *mens rea* de l'infraction : « les paroles visent [à transmettre] une menace. Autrement dit, elles visent à intimider ».

[6] This understanding of the essential elements of a charge under s. 264.1(1)(a) conforms fully with the governing decisions of this Court.

[6] Cette interprétation des éléments essentiels de l'infraction prévue à l'al. 264.1(1)a) est tout à fait conforme aux arrêts pertinents de notre Cour.

[7] Speaking for the Court in *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758, at p. 763, Cory J. stated:

Under the present section the *actus reus* of the offence is the uttering of threats of death or serious bodily harm. The *mens rea* is that the words be spoken or written as a threat to cause death or serious bodily harm; that is, they were meant to intimidate or to be taken seriously. [Emphasis deleted.]

See, to the same effect, *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, at p. 82.

[8] Moreover, before rendering judgment, the trial judge took care to recess the proceedings for the express purpose of reviewing the decision of this Court in *Clemente*. In her reasons for judgment, as I have already mentioned, she then proceeded to set out her understanding of the law in full conformity with that decision.

III

[9] At no point in her reasons did the trial judge state, as the Crown contends, that she was acquitting the accused solely because the recipient of the threats did not take them seriously.

[10] Rather, after setting out the law correctly, the trial judge quite properly felt bound “to consider the words [uttered by Mr. O’Brien] in the context of the evidence of [the person to whom they were directed]”. That evidence was relevant and therefore admissible for the purpose of assessing the context in which the words were spoken.

[11] As Cory J. explained in *Clemente*, at p. 762:

... the question of whether the accused had the intent to intimidate, or that his words were meant to be taken seriously will, in the absence of any explanation by the accused, usually be determined by the words used, the context in which they were spoken, and the person to whom they were directed.

[7] Le juge Cory, qui s’exprimait au nom de la Cour dans l’arrêt *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, a tenu les propos suivants, à la p. 763 :

Sous le régime de la présente disposition, l’*actus reus* de l’infraction est le fait de proférer des menaces de mort ou de blessures graves. La *mens rea* est l’intention de faire en sorte que les paroles prononcées ou les mots écrits soient perçus comme une menace de causer la mort ou des blessures graves, c’est-à-dire comme visant à intimider ou à être pris au sérieux. [Soulignement omis.]

Voir, au même effet, *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, p. 82.

[8] En outre, avant de rendre jugement, la juge du procès a pris le soin de suspendre l’audience dans le but exprès d’examiner l’arrêt *Clemente* rendu par notre Cour. Dans ses motifs, comme je l’ai expliqué précédemment, la juge a ensuite exposé son interprétation du droit applicable, interprétation en parfaite conformité avec cette décision.

III

[9] Contrairement à ce que prétend le ministère public, nulle part dans ses motifs la juge du procès n’a affirmé avoir acquitté l’accusé pour la seule raison que la personne ayant fait l’objet des menaces ne les avait pas prises au sérieux.

[10] Après avoir correctement exposé les principes applicables, la juge du procès a plutôt estimé, à juste titre, qu’elle était tenue [TRADUCTION] « d’envisager les mots [prononcés par M. O’Brien] à la lumière du témoignage de [la personne à qui ils étaient destinés] ». Ce témoignage était pertinent, et donc admissible pour apprécier le contexte dans lequel les mots s’inscrivaient.

[11] Comme l’a expliqué le juge Cory dans l’arrêt *Clemente*, p. 762 :

... la question de savoir si l’accusé avait l’intention d’intimider ou si les termes qu’il a employés visaient à être pris au sérieux sera habituellement tranchée, en l’absence d’explication de la part de l’accusé, en fonction des mots utilisés, du contexte dans lequel ils s’inscrivent et de la personne à qui ils étaient destinés.

[12] Manifestly, the trial judge asked herself the right question. Her answer was that the evidence left her with a reasonable doubt whether Mr. O'Brien had acted with the requisite *mens rea* of the offence with which he was charged. And she entered an acquittal for that reason.

IV

[13] I agree with the Crown that it is not an essential element of the offence under s. 264.1(1)(a) that the recipient of the threats uttered by the accused feel intimidated by them or be shown to have taken them seriously. All that needs to be proven is that they were *intended by the accused to have that effect*.

[14] Here, the trial judge was left with a reasonable doubt in that regard. Another judge might well have decided otherwise, but for the reasons given, I am not persuaded that the trial judge committed the error of law imputed to her by the Crown in concluding as she did.

[15] I would therefore dismiss the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Abella and Rothstein JJ. were delivered by

[16] ROTHSTEIN J. (dissenting) — Kelly O'Brien was charged with two counts of uttering threats contrary to s. 264.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and two counts of breach of probation.

[17] The charges arose as a result of statements made by Mr. O'Brien during a telephone call to his ex-girlfriend, Ms. W, while he was incarcerated. Ms. W was pregnant with his child and was planning to have an abortion because she suspected him of having had an affair with another woman. Mr. O'Brien told Ms. W that he would kill her if she went through with the abortion.

[12] Manifestement, la juge du procès s'est posé la bonne question. Elle y a répondu en concluant que la preuve soulevait un doute raisonnable quant à savoir si M. O'Brien avait la *mens rea* nécessaire pour commettre l'infraction reprochée. Et c'est pour cette raison qu'elle a prononcé son acquittement.

IV

[13] À l'instar du ministère public, j'estime qu'il n'est pas essentiel, pour faire la preuve de l'infraction prévue à l'al. 264.1(1)a), de démontrer que la personne ayant fait l'objet des menaces proférées par l'accusé s'est sentie intimidée par ces dernières ou les a prises au sérieux. Il suffit de prouver que l'accusé *avait l'intention qu'elles produisent un tel effet*.

[14] En l'espèce, la juge du procès a considéré qu'il subsistait un doute raisonnable à cet égard. Un autre juge aurait pu arriver à une conclusion différente, mais je ne suis pas convaincu, pour les motifs exposés précédemment, que la juge du procès a commis l'erreur de droit que lui reproche le ministère public en concluant comme elle l'a fait.

[15] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Abella et Rothstein rendus par

[16] LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) — Kelly O'Brien devait répondre à deux chefs d'accusation selon lesquels il avait proféré des menaces, une infraction prévue au par. 264.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et à deux chefs d'accusation pour défaut de se conformer à une ordonnance de probation.

[17] Les accusations découlaient des déclarations faites par M. O'Brien à son ex-petite amie, M^{me} W, lors d'une conversation téléphonique tenue tandis qu'il était incarcéré. M^{me} W, qui attendait un enfant de lui, avait l'intention de se faire avorter, car elle soupçonnait M. O'Brien d'avoir eu une aventure avec une autre femme. Ce dernier a dit à M^{me} W qu'il la tuerait si elle se faisait avorter.

[18] The *actus reus* of uttering threats has been conceded by Mr. O'Brien and is not in issue in this appeal. The only issue before this Court is whether the trial judge properly assessed the *mens rea* of the offence of uttering threats.

[19] At trial, Mr. O'Brien's counsel submitted that if "at the end of the day [the recipient of the threats] simply just didn't feel threatened . . . just didn't feel scared it's my respectful submission that the offence at law has not been made out" (A.R., at p. 57). On the other hand, the Crown submitted that "in law . . . it matters not that the words were not taken seriously" (A.R., at p. 57).

[20] The learned trial judge, referring to *R. v. Clemente*, [1994] 2 S.C.R. 758, said in the course of argument that while "the comments have to be uttered with the intent to intimidate or instill . . . fear. . . . The case also indicates that such threats have to be taken seriously" (A.R., at p. 59). The trial judge then retired to review *Clemente*.

[21] After a short adjournment, she returned to the courtroom to deliver her oral reasons. In dealing with the mental element, the trial judge stated that she had a reasonable doubt about "the *mens rea* of the offence because of the evidence of Ms. [W], the fact she did not take [the threats] seriously" (A.R., at p. 4).

[22] Respectfully, the trial judge's holding misinterprets the *mens rea* of the offence of uttering threats as set out in *Clemente* and *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72. The *Clemente* test asks the question: "Looked at objectively, in the context of all the words written or spoken and having regard to the person to whom they were directed, would the questioned words convey a threat of serious bodily harm to a reasonable person?" (p. 762, quoting *McCraw*, at p. 83).

[18] M. O'Brien a reconnu avoir commis les actes qui constituent l'*actus reus* de l'infraction consistant à proférer des menaces, et cette question n'est pas en litige dans le présent pourvoi. La seule question que la Cour doit trancher est celle de savoir si la juge du procès a bien analysé la *mens rea* relative à cette infraction.

[19] Au procès, l'avocat de M. O'Brien a utilisé l'argument suivant : [TRADUCTION] « en fin de compte, [si la destinataire des menaces] ne s'est tout simplement pas sentie menacée [. . .] n'a tout simplement pas eu peur, je soutiens respectueusement que la perpétration de l'infraction n'a pas été établie en droit » (d.a., p. 57). Pour sa part, le ministère public a fait valoir que, [TRADUCTION] « en droit, [. . .] il n'importe pas que les déclarations ne soient pas prises au sérieux » (d.a., p. 57).

[20] La juge du procès, faisant allusion à l'arrêt *R. c. Clemente*, [1994] 2 R.C.S. 758, a précisé au cours de la plaidoirie que, bien que [TRADUCTION] « les paroles doivent être prononcées avec l'intention d'intimider ou de susciter [. . .] la crainte. [. . .] Cet arrêt indique également que les menaces doivent être prises au sérieux » (d.a., p. 59). La juge du procès s'est ensuite retirée pour examiner l'arrêt *Clemente*.

[21] Après une brève suspension de l'audience, elle a rendu ses motifs oralement. Au sujet de l'élément moral, elle a affirmé qu'il subsistait un doute raisonnable quant à [TRADUCTION] « la *mens rea* de l'infraction en raison du témoignage de M^{me} [W], du fait qu'elle n'a pas pris [les menaces] au sérieux » (d.a., p. 4).

[22] En toute déférence, je suis d'avis que la juge du procès n'a pas interprété la *mens rea* de l'infraction consistant à proférer des menaces conformément aux arrêts *Clemente* et *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72. Le critère applicable, exposé dans l'arrêt *Clemente* est le suivant : « Considérés de façon objective, dans le contexte de tous les mots écrits ou énoncés et compte tenu de la personne à qui ils s'adressent, les termes visés constituent-ils une menace de blessures graves pour une personne raisonnable? » (p. 762, citant *McCraw*, p. 83).

[23] The trial judge did not ask herself what a reasonable person would objectively perceive. Rather, she asked herself what Ms. W perceived. According to *Clemente*, the trial judge was required to determine whether the reasonable person would consider that the words were uttered as threats by “regard[ing] them objectively, and review[ing] them in light of the circumstances in which they were uttered, the manner in which they were spoken, and the person to whom they were addressed” (p. 763). Accordingly, the relationship between Mr. O’Brien and Ms. W is not irrelevant. It forms part of the context and circumstances surrounding the offence. However, whether the recipient of a threat takes the threat seriously is not, in and of itself, an element of the *mens rea* of the accused.

[24] Here, the trial judge erred in making Ms. W’s perception the determinative factor in assessing the accused’s intent to instill fear in her and to intimidate her so that she would not have the abortion.

[25] I am not unmindful of the “cautio[n] [to] appellate judges not to dissect, parse, or microscopically examine the reasons of a trial judge” (*R. v. C.L.Y.*, 2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5, at para. 11, referring to *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 203-5). However, in my respectful opinion, the error of law made by the trial judge is self-evident.

[26] I would accordingly allow the appeal, enter a conviction and remit the matter to the Provincial Court of Manitoba for sentencing.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. and ABELLA and ROTHSTEIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Smith Corona Van Dongen & Cook, Winnipeg; Supreme Advocacy, Ottawa.

[23] La juge du procès ne s’est pas demandé quelle serait la perception objective d’une personne raisonnable. Elle a plutôt analysé la perception de M^{me} W. Suivant l’arrêt *Clemente*, la juge du procès était tenue de déterminer si une personne raisonnable considérerait les paroles prononcées comme des menaces en les « examina[n]t objectivement, en tenant compte des circonstances dans lesquelles elles s’inscrivent, de la manière dont elles ont été prononcées et de la personne à qui elles étaient destinées » (p. 763). Partant, les rapports qu’entretenaient M. O’Brien et M^{me} W sont pertinents; ils font partie du contexte et des circonstances dans lesquels s’inscrit l’infraction. Toutefois, le fait que le destinataire d’une menace la prenne ou non au sérieux ne constitue pas à lui seul un élément de la *mens rea* requise.

[24] En l’espèce, la juge du procès a considéré à tort la perception de M^{me} W comme le facteur déterminant de l’analyse visant à décider si l’accusé avait l’intention de susciter la crainte chez M^{me} W et de l’intimider pour l’empêcher de se faire avorter.

[25] Je n’oublie pas les remarques faites antérieurement « pour avertir les juges d’appel de ne pas disséquer, décortiquer ni examiner à la loupe les motifs d’un juge de première instance » (*R. c. C.L.Y.*, 2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5, par. 11, mentionnant *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), p. 203-205). J’estime néanmoins que l’erreur de droit commise par la juge du procès saute aux yeux.

[26] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’inscrire une déclaration de culpabilité et de renvoyer l’affaire à la Cour provinciale du Manitoba pour la détermination de la peine.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN et les juges ABELLA et ROTHSTEIN sont dissidents.

Procureur de l’appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l’intimé : Smith Corona Van Dongen & Cook, Winnipeg; Supreme Advocacy, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nicole Patricia Ryan *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Women’s Legal Education and Action Fund and Criminal Lawyers’ Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. RYAN

2013 SCC 3

File No.: 34272.

2012: June 14; 2013: January 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal Law — Defences — Duress — Abused wife paying “hit man” to murder husband who has threatened her life — Whether duress is available in law as a defence where the threats made against the accused were not made for the purpose of compelling the commission of an offence — Statutory and common law parameters of defence of duress — Whether stay of proceedings is appropriate in circumstances of case.

R was the victim of a violent, abusive and controlling husband. She believed that he would cause her and their daughter serious bodily harm or death and that she had no safe avenue of escape other than having him killed. She spoke to an undercover RCMP officer posing as a hit man and agreed to pay him \$25,000 to kill her husband. She gave \$2,000, an address and a picture of her husband to the officer. She was arrested and charged with counselling the commission of an offence not committed contrary to s. 464(a) of the *Criminal Code*. The trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the requisite elements of the offence were established. The only issue

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nicole Patricia Ryan *Intimée*

et

Procureur général de l’Ontario, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et Criminal Lawyers’ Association of Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. RYAN

2013 CSC 3

N° du greffe : 34272.

2012 : 14 juin; 2013 : 18 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 DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Moyens de défense — Contrainte — « Tueur à gages » payé par une femme battue dont la vie est menacée par son mari pour assassiner ce dernier — Le moyen de défense fondé sur la contrainte peut-il être invoqué en droit lorsque les menaces à l’endroit de l’accusée n’ont pas été proférées dans le but de la forcer à commettre une infraction? — Paramètres législatifs et de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte — L’arrêt des procédures est-il approprié en l’espèce?

R était victime d’un époux violent et dominateur. Elle craignait qu’il les blesse gravement ou les tue, elle et leur fille, et croyait que le seul moyen de s’en sortir sans danger était de le faire tuer. Elle a communiqué avec un agent d’infiltration de la GRC se faisant passer pour un tueur à gages et a accepté de lui verser 25 000 \$ pour qu’il tue son époux. Elle a versé 2 000 \$ à l’agent et lui a fourni l’adresse et une photo de son époux. Elle a été arrêtée et accusée, en vertu de l’al. 464a) du *Code criminel*, d’avoir conseillé la perpétration d’une infraction qui n’a pas été commise. Le juge de première instance était convaincu hors de tout doute raisonnable que les éléments essentiels

at trial was whether the defence of duress applied. The trial judge accepted R's evidence that the sole reason for her actions was intense and reasonable fear arising from her husband's threats of death and serious bodily harm to herself and their daughter. The trial judge found that the common law defence of duress applied and acquitted R. On appeal, for the first time, the Crown argued that duress was not available to R in law. The Court of Appeal upheld the acquittal.

Held (Fish J. dissenting in part): The appeal should be allowed and the proceedings should be stayed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: The defence of duress is only available when a person commits an offence while under compulsion of a threat made for the purpose of compelling him or her to commit the offence. This was not R's situation and the defence of duress was not available to her. If an accused is threatened without compulsion, his or her only defence is self-defence.

The Court of Appeal erred in law in finding that there was no principled basis upon which to exclude R from relying on the defence of duress. Although the defences of duress and self-defence are both based on the idea of normative involuntariness and both apply where the accused acted in response to an external threat, significant differences between these defences justify maintaining a meaningful juridical difference between them. The rationale underlying each defence is profoundly distinct. Duress, like the defence of necessity, is an excuse. The act, usually committed against an innocent third party, remains wrong but the law excuses those who commit the act in a morally involuntary manner, where there was realistically no choice but to commit the act. Self-defence, in contrast, is a justification based on the principle that it is lawful in defined circumstances to resist force or a threat of force with force. The victim, also the attacker, is the author of his or her own misfortune. Generally, the justification of self-defence ought to be more readily available than the excuse of duress. Thus, if infliction of harm on a person who threatened or attacked the accused is not justified by the law of self-defence, it would be curious if the accused's response would nonetheless be excused by the more restrictive law of duress. Duress, which is an amalgam of statutory and common law

de l'infraction avaient été établis. La seule question en litige au procès consistait à déterminer si la défense fondée sur la contrainte s'appliquait. Le juge de première instance a ajouté foi au témoignage de R selon lequel l'unique motif invoqué par elle pour justifier ses actes était la crainte intense et raisonnable que lui inspirait son époux lorsqu'il les menaçait, elle et leur fille, de les tuer ou de leur infliger des lésions corporelles graves. Estimant que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'appliquait, le juge de première instance a acquitté R. Lors de l'appel, pour la première fois, le ministère public a soutenu que R ne pouvait pas invoquer la contrainte comme moyen de défense en droit. La Cour d'appel a confirmé l'acquittement.

Arrêt (le juge Fish est dissident en partie) : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt des procédures est ordonné.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Le moyen de défense fondé sur la contrainte peut seulement être invoqué lorsqu'une personne commet une infraction sous la contrainte d'une menace proférée dans le but de la forcer à commettre cette infraction. Ce n'était pas le cas de R et elle ne pouvait pas invoquer ce moyen de défense. Si un accusé a été menacé sans aucun élément de contrainte, son seul moyen de défense est la légitime défense.

La Cour d'appel a commis une erreur de droit en déclarant qu'il n'existait aucune raison de principe permettant d'interdire à R d'invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. Bien que la contrainte et la légitime défense reposent toutes deux sur l'idée de caractère involontaire normatif et qu'elles s'appliquent dans les cas où l'accusé a agi en réaction à une menace extérieure, les différences importantes entre ces moyens de défense justifient le maintien d'une différence juridique importante entre eux. Le principe sous-jacent à chacun est nettement distinct. La contrainte, à l'instar de la nécessité, constitue une excuse. L'acte, habituellement perpétré à l'endroit d'un tiers innocent, demeure répréhensible, mais la loi en excuse l'auteur qui a agi d'une manière involontaire au sens moral, s'il a commis l'acte dans des circonstances où il ne disposait vraiment d'aucun autre choix. La légitime défense, par ailleurs, est une justification qui repose sur le principe voulant qu'il est légitime, dans des circonstances bien définies, d'opposer la force à la force ou à une menace d'employer la force. La victime, qui est également l'agresseur, est l'auteur de son propre malheur. En règle générale, la justification de la légitime défense devrait être plus facile à invoquer que l'excuse de la contrainte. Par conséquent, si le fait d'infliger une blessure à une personne ayant menacé ou

elements, cannot be extended to apply where the accused meets force with force in situations where self-defence is not available. Duress is, and must remain, an applicable defence only in situations where the accused has been compelled to commit a specific offence under threats of death or bodily harm.

This appeal underlines the need for further clarification of the law of duress. The statutory version of the defence applies to principals and the common law to parties. The statutory version of the offence also excludes a long list of offences from its operation. Nonetheless, the defence of duress, in its statutory and common law forms, is largely the same and both forms share the following common elements: there must be an explicit or implicit threat of present or future death or bodily harm — this threat can be directed at the accused or a third party; the accused must reasonably believe that the threat will be carried out; there must be no safe avenue of escape, evaluated on a modified objective standard; there must be a close temporal connection between the threat and the harm threatened; there must be proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused, also evaluated on a modified objective standard; and the accused cannot be a party to a conspiracy or association whereby he or she is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association.

The circumstances of this case are exceptional and warrant a stay of proceedings. Although the appeal should be allowed, it would not be fair to subject R to another trial. The abuse she suffered and the protracted nature of these proceedings have taken an enormous toll on her. The law of duress was unclear which made resort to the defence at trial unusually difficult. Furthermore, the Crown changed its position about the applicable law between the trial and appeal process, raising a serious risk that the consequences of decisions made during the

attaque l'accusé n'est pas justifié par le droit applicable en matière de légitime défense, il serait étrange que la réplique de l'accusé soit néanmoins excusée par le droit plus astreignant de la contrainte. Le moyen de défense fondé sur la contrainte, qui s'appuie sur un amalgame d'éléments issus tant de dispositions législatives que de la common law, ne saurait être élargi de manière à s'appliquer aux situations où l'accusé oppose la force à la force lorsque la légitime défense ne peut être invoquée. La contrainte est, et doit demeurer, un moyen de défense qui ne peut être invoqué que dans des cas où l'accusé a été forcé de commettre une infraction précise en réplique à des menaces de mort ou de lésions corporelles.

Le présent pourvoi souligne la nécessité d'apporter des éclaircissements supplémentaires au droit en matière de contrainte. La version législative du moyen de défense s'applique aux auteurs principaux d'infractions et la common law aux participants à des infractions. La version législative de l'infraction exclut également de son application une longue liste d'infractions. Néanmoins, la version législative ainsi que la version de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte sont en grande partie identiques et partagent les éléments constitutifs suivants : il doit y avoir eu des menaces explicites ou implicites de causer la mort ou des lésions corporelles, dans l'immédiat ou dans le futur — ces menaces peuvent viser l'accusé ou un tiers; l'accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, que ces menaces seront mises à exécution; il doit n'exister aucun moyen de s'en sortir sans danger, et cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée; il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer; il doit y avoir proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige, et cet élément est lui aussi évalué en fonction d'une norme objective modifiée; l'accusé ne peut avoir participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte et avoir su vraiment que les menaces et la contrainte l'incitant à commettre une infraction criminelle constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels.

Les circonstances exceptionnelles de l'espèce commandent l'arrêt des procédures. Bien qu'il y ait lieu d'accueillir l'appel, il serait injuste d'imposer à R un autre procès. Elle a été sérieusement affectée par les mauvais traitements qu'elle a subis, ainsi que par ces interminables procédures. Le droit applicable en matière de contrainte manque de clarté, d'où la difficulté particulière d'y recourir en première instance comme moyen de défense. En outre, le changement du point de vue du ministère public concernant le droit applicable, intervenu

conduct of R's defence cannot be undone in the context of a new trial.

Per Fish J. (dissenting in part): The defence of duress was not available to R and the acquittal must be set aside. However, a judicial stay of proceedings is not warranted on the record. A stay is a drastic remedy of last resort and available only in the clearest of cases. These criteria are not satisfied. A new trial should be ordered, leaving it to the Crown to decide whether the public interest requires a new trial in the particular circumstances of the case.

Cases Cited

By LeBel and Cromwell JJ.

Explained: *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; **referred to:** *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Howe*, [1987] A.C. 417; *R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. v. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1; *R. v. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *R. v. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360; *R. v. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII); *R. v. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL); *United States v. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (2009); *United States v. Gamboa*, 439 F.3d 796 (2006); *United States v. Montes*, 602 F.3d 381 (2010).

By Fish J. (dissenting in part)

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “bodily harm”, 8(3), 17, 34(1), 464(a), 695.

entre la tenue du procès et la procédure d'appel, se traduisait par un risque sérieux que les conséquences des décisions prises dans la conduite de la défense de R ne puissent pas être annulées dans le contexte d'un nouveau procès.

Le juge Fish (dissident en partie) : L'intimée ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte et l'acquiescement doit être annulé. Toutefois, le dossier qui nous a été présenté ne justifie pas un arrêt judiciaire des procédures. L'arrêt des procédures constitue une réparation draconienne de dernier recours et ne peut être accordé que dans les cas les plus manifestes. Ces critères ne sont pas remplis. Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et de laisser au ministère public le soin de décider s'il est dans l'intérêt public de tenir un nouveau procès compte tenu des circonstances particulières de l'espèce.

Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Cromwell

Arrêt expliqué : *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Howe*, [1987] A.C. 417; *R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304; *R. c. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1; *R. c. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *R. c. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360; *R. c. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII); *R. c. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL); *United States c. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (2009); *United States c. Gamboa*, 439 F.3d 796 (2006); *United States c. Montes*, 602 F.3d 381 (2010).

Citée par le juge Fish (dissident en partie)

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « lésions corporelles », 8(3), 17, 34(1), 464(a), 695.

Authors Cited

- Baker, Dennis J. *Textbook of Criminal Law*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.
- Coughlan, Stephen G. “Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change?” (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 147.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston: Little, Brown, 1978.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.
- Paciocco, David M. “No-one Wants to Be Eaten: The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress” (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240.
- Parent, Hughes. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’impunitabilité*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2005.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Reuters, 2011.
- Yeo, Stanley. “Defining Duress” (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Saunders and Oland J.J.A.), 2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, 953 A.P.R. 255, 269 C.C.C. (3d) 480, 84 C.R. (6th) 249, [2011] N.S.J. No. 157 (QL), 2011 CarswellNS 177, affirming an acquittal entered by Farrar J., 2010 NSSC 114, 289 N.S.R. (2d) 273, 916 A.P.R. 273, [2010] N.S.J. No. 154 (QL), 2010 CarswellNS 182. Appeal allowed, Fish J. dissenting in part.

William D. Delaney, Q.C., and Jennifer A. MacLellan, for the appellant.

Joel E. Pink, Q.C., Brian H. Greenspan, Andrew Nielsen and Naomi M. Lutes, for the respondent.

John Corelli and Holly Loubert, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Christine Boyle, Q.C., for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the Women’s Legal Education and Action Fund.

Doctrine et autres documents cités

- Baker, Dennis J. *Textbook of Criminal Law*, 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 2012.
- Coughlan, Stephen G. « Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation : Implications of Radical Change? » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 147.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Boston : Little, Brown, 1978.
- Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.
- Paciocco, David M. « No-one Wants to Be Eaten : The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress » (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240.
- Parent, Hughes. *Traité de droit criminel*, t. 1, *L’impunitabilité*, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2005.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 6th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Reuters, 2011.
- Yeo, Stanley. « Defining Duress » (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Saunders et Oland), 2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, 953 A.P.R. 255, 269 C.C.C. (3d) 480, 84 C.R. (6th) 249, [2011] N.S.J. No. 157 (QL), 2011 CarswellNS 177, qui a confirmé un acquittement prononcé par le juge Farrar, 2010 NSSC 114, 289 N.S.R. (2d) 273, 916 A.P.R. 273, [2010] N.S.J. No. 154 (QL), 2010 CarswellNS 182. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident en partie.

William D. Delaney, c.r., et Jennifer A. MacLellan, pour l’appelante.

Joel E. Pink, c.r., Brian H. Greenspan, Andrew Nielsen et Naomi M. Lutes, pour l’intimée.

John Corelli et Holly Loubert, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Christine Boyle, c.r., pour les intervenants l’Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

Susan M. Chapman and Howard Krongold, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

LEBEL AND CROMWELL JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal raises a novel question: may a wife, whose life is threatened by her abusive husband, rely on the defence of duress when she tries to have him murdered? The Nova Scotia courts concluded that she may and acquitted the respondent, Nicole Ryan, of counselling the commission of her husband's murder. The Crown appeals.

[2] As we see it, the defence of duress is available when a person commits an offence while under compulsion of a threat made *for the purpose of compelling* him or her to commit it. That was not Ms. Ryan's situation. She wanted her husband dead because he was threatening to kill her and her daughter, not because she was being threatened for the purpose of compelling her to have him killed. That being the case, the defence of duress was not available to her, no matter how compelling her situation was viewed in a broader perspective. It is also our view, however, that the uncertainty surrounding the law of duress coupled with the Crown's change of position between trial and appeal created unfairness to Ms. Ryan's defence in this case. As a result, we would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

[3] The appeal presents an opportunity to bring more clarity to the law of duress in Canadian criminal law. Some of the relevant law is statutory, but aspects of the provisions have been found to be

Susan M. Chapman et Howard Krongold, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LES JUGES LEBEL ET CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève une question inédite : une femme dont la vie est menacée par son mari violent peut-elle invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte lorsqu'elle tente de le faire assassiner? Les tribunaux de la Nouvelle-Écosse ont conclu par l'affirmative et ont acquitté l'intimée, M^{me} Nicole Ryan, d'avoir conseillé la perpétration du meurtre de son époux. Le ministère public interjette appel de cet acquittement.

[2] À notre avis, le moyen de défense fondé sur la contrainte peut être invoqué lorsqu'une personne commet une infraction sous la contrainte d'une menace proférée *dans le but de la forcer* à commettre cette infraction. Ce n'était pas le cas de M^{me} Ryan. Elle voulait faire tuer son mari parce qu'il menaçait de les tuer, elle et sa fille, et non parce que quelqu'un la menaçait dans le but de la forcer à le faire tuer. Pour cette raison, elle ne pouvait pas invoquer ce moyen de défense, peu importe, dans une perspective plus large, les circonstances impérieuses auxquelles elle devait faire face. En revanche, nous estimons également que l'incertitude entourant le droit en matière de contrainte, conjuguée au changement de position du ministère public entre le procès et l'appel, a porté atteinte au droit de M^{me} Ryan à une défense équitable. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures.

[3] Le pourvoi offre l'occasion de clarifier le droit pénal canadien en matière de contrainte. Une partie du droit applicable tire son origine de dispositions législatives, quoique certains aspects de celles-ci

unconstitutional. Other aspects of the relevant law are judge-made. The patchwork quilt nature of the present law has given rise to significant uncertainty about the parameters of both the statutory and common law elements of the defence and the relationship between them. In relation to this larger issue, our view is that the common law and statutory versions of the defence may be substantially harmonized in the manner we will set out in detail later in our reasons.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Facts*

[4] The respondent, Nicole Ryan, has been the victim of a violent, abusive and controlling husband. She believed that he would cause her and their daughter serious bodily harm or death as he had threatened to do many times.

[5] In September of 2007, she began to think about having her husband murdered. Over the course of the next seven months, she spoke to at least three men whom she hoped would kill him. In December 2007 or January 2008, she paid one man \$25,000 to carry out the killing, but he then refused, demanding more compensation. She approached another person and was contacted by a third, an undercover RCMP officer, posing as a “hit man”. On March 27, 2008, she met with this individual and agreed to pay him to kill her husband. The agreed upon price was \$25,000, with \$2,000 paid in cash that day. The killing was to take place the coming weekend. Later that same night, she provided an address and a picture of her husband to the “hit man”. Shortly after, she was arrested and charged with counselling the commission of an offence not committed contrary to s. 464(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

aient été jugés inconstitutionnels. D’autres aspects du droit applicable sont d’origine jurisprudentielle. Ce morcellement des règles actuelles a créé beaucoup d’incertitude quant aux paramètres des éléments constitutifs de ce moyen de défense, issus tant de dispositions législatives que de la common law, et quant au lien à établir entre les uns et les autres. À propos de cette question plus large, nous estimons que la version législative et la version de common law de ce moyen de défense peuvent être en grande partie harmonisées de la manière que nous exposerons en détail plus loin dans nos motifs.

II. Aperçu des faits et des procédures

A. *Les faits*

[4] L’intimée, Nicole Ryan, était victime d’un époux violent et dominateur. Elle craignait qu’il les blesse gravement ou les tue, elle et sa fille, comme il avait d’ailleurs menacé de le faire à de nombreuses reprises.

[5] En septembre 2007, l’idée de faire assassiner son époux a germé en elle. Au cours des sept mois qui ont suivi, elle a parlé à au moins trois hommes qu’elle espérait voir tuer son époux. En décembre 2007 ou janvier 2008, elle a versé une somme de 25 000 \$ à un homme pour qu’il se charge du meurtre, mais celui-ci a par la suite refusé, exigeant une somme plus importante. M^{me} Ryan s’est ensuite adressée à quelqu’un d’autre, mais une troisième personne, un agent d’infiltration de la GRC se faisant passer pour un « tueur à gages », a communiqué avec elle. Le 27 mars 2008, elle a rencontré ce dernier et accepté de le payer pour qu’il tue son époux. Le prix convenu était de 25 000 \$, dont 2 000 \$ devaient être versés en argent liquide le jour même. Le meurtre devait être commis la fin de semaine suivante. Plus tard au cours de la même soirée, elle a fourni l’adresse et une photo de son époux au « tueur à gages ». Peu de temps après, elle a été arrêtée et accusée, en vertu de l’al. 464a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, d’avoir conseillé la perpétration d’une infraction qui n’a pas été commise.

[6] At trial, there was no issue that the elements of the offence had been proved and the trial judge, Farrar J. (as he then was), indicated that he was satisfied beyond a reasonable doubt that the requisite elements of the offence of counselling the commission of an offence had been established. He based this conclusion on the respondent's admission that the Crown had proved a *prima facie* case and on the audio and video tapes of recorded conversations with the undercover officer and a statement made on arrest (trial judge's reasons, at paras. 4-6). The only issue at trial was whether the respondent's otherwise criminal acts were excused because of duress. The accused had raised that the common law defence of duress applied. The Crown argued that *on the facts of this case*, the components of duress were not present. But it did not argue at trial, as it did later on appeal, that the defence of duress was not available *in law* to the respondent (transcript, at pp. 22-23; trial judgment, 2010 NSSC 114 (CanLII), at paras. 7-8).

[7] The trial judge accepted the respondent's evidence that the relationship and the events she had described relating to that relationship were true. For example, Mr. Ryan's violent and threatening behaviour included outbursts at least once a week, where he would throw things at the respondent's head, physically assault her and threaten to kill her (trial judgment, at para. 17). The respondent testified that Mr. Ryan often told her that he would kill her and their daughter if she ever tried to leave him (para. 33), and that he would "burn the fucking house down" while she and her daughter were inside (para. 45).

[8] The trial judge had no difficulty in concluding that Mr. Ryan was a manipulative, controlling and abusive husband who sought to control the actions of

[6] Au procès, nul n'a contesté que les éléments de l'infraction avaient été prouvés. Le juge de première instance, le juge Farrar (maintenant juge à la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse), a affirmé être convaincu hors de tout doute raisonnable que les éléments essentiels de l'infraction consistant à conseiller la perpétration d'une infraction avaient été établis. Il a fondé cette conclusion sur l'admission par l'intimée selon laquelle le ministère public avait prouvé l'infraction *prima facie*, sur les enregistrements audio et vidéo des conversations entre elle et l'agent d'infiltration et sur une déclaration qu'elle avait faite lors de son arrestation (motifs du juge de première instance, par. 4-6). La seule question en litige au procès consistait à déterminer si la contrainte excusait les actes par ailleurs criminels commis par l'intimée. L'accusée a soutenu que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'appliquait. Pour sa part, le ministère public a plaidé que, *compte tenu des faits de l'espèce*, les éléments constitutifs de la contrainte n'étaient pas présents. Mais, en première instance, il n'a pas plaidé, comme il l'a fait plus tard en appel, que le moyen de défense fondé sur la contrainte ne pouvait pas être invoqué *en droit* par l'intimée (transcription, p. 22-23; jugement de première instance, 2010 NSSC 114 (CanLII), par. 7-8).

[7] Le juge de première instance a cru que le témoignage de l'intimée sur sa relation avec son époux et sa description des événements s'y rapportant correspondaient à la réalité. Par exemple, le comportement violent et menaçant de M. Ryan se manifestait au moins une fois par semaine par des scènes au cours desquelles il lançait des objets à la tête de l'intimée, l'agressait physiquement et menaçait de la tuer (jugement de première instance, par. 17). L'intimée a témoigné que M. Ryan lui disait souvent qu'il les tuerait, elle et sa fille, si jamais elle tentait de le quitter (par. 33), et qu'il [TRADUCTION] « mettrait le feu à la foutue maison » pendant qu'elle et sa fille se trouvaient à l'intérieur (par. 45).

[8] Le juge de première instance a conclu sans difficulté que M. Ryan était un époux manipulateur, dominateur et violent, qui tentait de contrôler les

the respondent, be they social, familial or marital. The judge found that the respondent's sole reason for her actions was her fear of her husband which arose from his threats of death and serious bodily harm to herself and their daughter (paras. 149-52). He also was satisfied that the respondent had led evidence to the requisite standard that she reasonably believed that Mr. Ryan would cause her and her daughter serious bodily injury and that there was no safe avenue of escape other than having him killed.

[9] The judge concluded that the respondent was in a very vulnerable state, had lost a considerable amount of weight, was dissociated and despondent. She had an intense and reasonable fear of Mr. Ryan, was feeling helpless, felt she had lost control and felt she was threatened with annihilation. While she had engaged the police and other agencies in an effort to assist her in the past, the evidence was that her problems were viewed as a "civil matter". She felt so vulnerable that the phone call of the undercover police officer appeared to her as the solution to all her problems (para. 73). On the basis of these findings, the trial judge found that the common law defence of duress applied, and acquitted the accused.

[10] The Crown appealed but the Court of Appeal unanimously upheld the trial judge's verdict of acquittal. On the appeal, for the first time, the Crown took the position that duress was not available in law as a defence to the respondent on these facts. Duress, the Crown contended, applies only when an accused is forced by threats to commit an offence against a third party (2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, at para. 56). MacDonald C.J.N.S. (Saunders and Oland J.J.A. concurring) rejected the Crown's submission. Simply put, the Court of Appeal found that the focus of the defence of duress is to absolve an accused of criminal liability when his or her conduct is morally involuntary. Therefore,

faits et gestes de l'intimée, dans tous les aspects de sa vie sociale, familiale ou conjugale. Selon lui, l'unique motif invoqué par l'intimée pour justifier ses actes était la crainte que lui inspirait son époux lorsqu'il les menaçait, elle et leur fille, de les tuer ou de leur infliger des lésions corporelles graves (par. 149-152). Il était également convaincu que l'intimée avait prouvé, selon la norme applicable, qu'elle avait des motifs raisonnables de croire que M. Ryan leur infligerait, à elle et à sa fille, des lésions corporelles graves et que le seul moyen de s'en sortir sans danger était de le faire tuer.

[9] Le juge a jugé que l'intimée se trouvait dans un état de très grande vulnérabilité, qu'elle avait perdu beaucoup de poids, et qu'elle était déconnectée et découragée. Victime d'une peur intense et raisonnable de M. Ryan, elle se sentait impuissante, et elle avait l'impression d'avoir perdu le contrôle de sa vie et d'être menacée d'anéantissement. Même si, par le passé, elle avait fait intervenir la police ainsi que d'autres organismes dans le but d'obtenir de l'aide, la preuve révèle que ses problèmes étaient considérés comme une [TRADUCTION] « affaire de nature civile ». Elle se sentait tellement vulnérable que l'appel téléphonique de l'agent d'infiltration lui avait semblé être la solution à tous ses problèmes (par. 73). À la lumière de ces conclusions, le juge de première instance a jugé que le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s'appliquait, et a acquitté l'accusée.

[10] Le ministère public a interjeté appel, mais la Cour d'appel a confirmé à l'unanimité le verdict d'acquittal rendu par le juge de première instance. Lors de l'appel, pour la première fois, le ministère public a soutenu que, compte tenu des faits de l'espèce, l'intimée ne pouvait pas invoquer la contrainte comme moyen de défense en droit. Selon le ministère public, la contrainte s'applique seulement lorsqu'un accusé est forcé, sous la menace, à commettre une infraction contre un tiers (2011 NSCA 30, 301 N.S.R. (2d) 255, par. 56). Le juge en chef MacDonald (avec l'accord des juges Saunders et Oland) a rejeté l'argument du ministère public. En bref, la Cour d'appel a conclu que le

the analysis should focus on the accused's predicament and not on who did what to whom in who's presence. It followed that the respondent should not be denied the defence of duress simply because the victim was not a third party, but the aggressor. The court saw no principled basis to justify a distinction between the aggressor as opposed to a third party being the targeted victim.

[11] The court reviewed the case law in this area which emphasizes the need for triers of fact to fully understand the plight of battered spouses who, having reacted to threats from their abusive partners, rely on the defence of duress. MacDonald C.J.N.S. also highlighted the need for the defence to be sufficiently flexible, when appropriate, to accommodate the dark reality of spousal abuse.

III. Analysis

A. *Issues*

[12] The appeal raises three issues:

1. Is duress available in law as a defence where the threats made against the accused were not made for the purpose of compelling the commission of an offence?
2. If not, and the appeal must therefore be allowed, what order should be made and, in particular, in the unusual circumstances of this case, should a stay of proceedings be entered?
3. Can the law of duress be clarified and how?

moyen de défense fondé sur la contrainte vise à dégager un accusé de sa responsabilité criminelle lorsque son comportement est involontaire au sens moral. Par conséquent, l'analyse devait principalement porter sur la situation difficile dans laquelle se trouvait l'accusée, et non pas sur la question de savoir qui avait fait quoi, à qui, et en présence de qui. En conséquence, l'intimée ne devait pas être privée du moyen de défense fondé sur la contrainte du seul fait que la victime n'était pas un tiers, mais l'agresseur. La cour n'a reconnu aucune raison de principe capable de justifier une distinction entre l'agresseur et un tiers pris en cible.

[11] À cette occasion, la cour a passé en revue la jurisprudence en la matière qui souligne que les juges des faits doivent bien comprendre la situation pénible dans laquelle se trouvent les conjoints battus qui, en réaction aux menaces proférées par leur conjoint violent, invoquent le moyen de défense fondé sur la contrainte. Le juge en chef MacDonald a également insisté sur le fait que ce moyen de défense devait être suffisamment souple, lorsque cela est approprié, pour tenir compte de la sombre réalité de la violence conjugale.

III. Analyse

A. *Les questions en litige*

[12] Le présent pourvoi soulève trois questions :

1. Peut-on invoquer en droit la contrainte comme moyen de défense lorsque les menaces dont l'accusée a fait l'objet n'ont pas été proférées dans le but de la forcer à commettre une infraction?
2. Dans la négative, le pourvoi doit être accueilli, mais dans ce cas, quelle ordonnance devrait être rendue et, notamment, vu les circonstances inhabituelles de l'affaire, un arrêt des procédures devrait-il être ordonné?
3. Le droit en matière de contrainte peut-il être clarifié et, dans l'affirmative, de quelle manière?

B. *Is Duress a Possible Defence?*

[13] The Crown asserted that the defence of duress is not open to the accused, on the facts of this case. The Court of Appeal reasoned that, if the respondent had herself attacked her husband, self-defence would represent a potential avenue of defence (para. 99). The court saw “no principled basis to justify a distinction between the aggressor as opposed to a third party being the targeted victim” (para. 99). In other words, while duress has traditionally applied where the person making the threat and the victim are different, this fact does not justify restricting duress to that sort of situation. As the Court of Appeal commented, it would be “ironic” that the respondent might have a defence of self-defence if she had attacked her husband herself, but no defence where she responded to the same threat by hiring someone else to kill him (para. 99). In short, the Court of Appeal thought it appropriate to develop the common law of duress in order to fill a gap in the law of self-defence.

[14] The Crown argues that the Court of Appeal wrongly held that there was no principled basis for refusing to extend the defence of duress to cover these facts. In order to address this argument, we need to review the state of the common law defence of duress.

[15] We begin our analysis with *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, which touched on the question of the differences and relationship between duress, necessity and self-defence. One of the issues in *Hibbert* was whether the common law defence of duress incorporated the requirement that no “safe avenue of escape” be available to the accused. Lamer C.J. approached this question by examining the juristic nature of the defence

B. *La contrainte constitue-t-elle un moyen de défense pouvant être invoqué?*

[13] Le ministère public a affirmé que, d’après les faits de l’espèce, l’accusée ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. La Cour d’appel a estimé que, si l’intimée avait elle-même agressé son époux, la légitime défense aurait constitué un possible moyen de défense (par. 99). La cour n’a reconnu [TRADUCTION] « aucune raison de principe permettant d’établir une distinction entre l’agresseur et un tiers pris en cible » (par. 99). En d’autres termes, bien que le moyen de défense fondé sur la contrainte ait traditionnellement été appliqué dans les cas où la personne proférant des menaces et la victime étaient des personnes différentes, ce seul fait ne justifierait pas de restreindre ce moyen de défense à ce genre de situation. Comme la Cour d’appel l’a précisé, il serait [TRADUCTION] « ironique » que l’intimée puisse invoquer la légitime défense si elle a agressé elle-même son époux, mais qu’elle ne puisse invoquer aucun moyen de défense si elle a répliqué aux mêmes menaces en recrutant une autre personne pour le tuer (par. 99). Bref, la Cour d’appel a jugé approprié de faire évoluer les règles de common law en matière de contrainte afin de combler une lacune dans le droit applicable à la légitime défense.

[14] Le ministère public soutient que la Cour d’appel a conclu à tort qu’aucune raison de principe ne permettait de refuser d’étendre aux faits en cause l’application du moyen de défense fondé sur la contrainte. Pour répondre à cet argument, nous devons examiner les règles actuelles de la common law quant à ce moyen de défense.

[15] Nous commencerons notre analyse par un examen de l’arrêt *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973, qui traitait notamment des différences et des liens existant entre la contrainte, la nécessité et la légitime défense. L’une des questions soulevées dans cette affaire était de savoir si le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte comportait l’exigence que l’accusé ne dispose d’aucun « moyen de s’en sortir sans danger ». Le

of duress and its relationship to other common law defences (para. 46). This led him to consider the relationship between self-defence, duress and necessity.

[16] In this case, unlike in *Hibbert*, we must resolve the question of whether the differences between duress and self-defence justify maintaining a meaningful juridical difference between them. In our view, and with great respect to the contrary view of the Court of Appeal, they do. In other words, we conclude that the Court of Appeal erred in law when it found that there is “no principled basis” upon which the respondent should be excluded from relying on the defence of duress.

[17] With respect to the relationship between duress and necessity, Lamer C.J. in *Hibbert* concluded that the “the similarities between the two defences are so great that consistency and logic require that they be understood as based on the same juristic principles” and that to do otherwise “would be to promote incoherence and anomaly in the criminal law” (para. 54). Their common foundation is that both are excuses, “based on the idea of normative involuntariness” (para. 54), as Dickson J. (as he then was) had found in the case of the defence of necessity in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. The relationship among duress and necessity on one hand and self-defence on the other was less clear. All three apply in “essentially similar” situations: each is concerned with providing a defence to what would otherwise be criminal conduct because the accused acted in response to an external threat (para. 60). As the then Chief Justice explained in *Hibbert*,

juge en chef Lamer a abordé cette question par l’étude de la nature juridique du moyen de défense fondé sur la contrainte et son lien avec les autres moyens de défense en common law (par. 46). Cette étude l’a amené à se pencher sur la question des liens entre la légitime défense, la contrainte et la nécessité.

[16] En l’espèce, contrairement à l’affaire *Hibbert*, nous devons décider si les différences entre la contrainte et la légitime défense justifient le maintien d’une différence juridique importante entre ces deux moyens de défense. En toute déférence pour l’opinion contraire de la Cour d’appel, nous estimons que c’est le cas. En d’autres mots, nous concluons que la Cour d’appel a commis une erreur de droit en déclarant qu’il n’existe [TRADUCTION] « aucune raison de principe » permettant d’interdire à l’intimée d’invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte.

[17] Dans son étude du lien entre la contrainte et la nécessité, le juge en chef Lamer, dans *Hibbert*, a conclu que « les ressemblances entre les deux moyens de défense sont telles qu’il s’impose, par souci d’uniformité et de logique, de les considérer comme fondés sur les mêmes principes juridiques » et que « toute autre solution reviendrait à favoriser l’incohérence et l’anomalie dans le droit criminel » (par. 54). Le fondement commun de ces deux moyens de défense réside dans le fait qu’ils constituent, dans l’un et l’autre cas, des excuses qui « repose[nt] sur l’idée de caractère involontaire normatif » (par. 54), comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l’avait conclu à l’égard du moyen de défense fondé sur la nécessité dans l’arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, par. 54. Toutefois, le lien entre la contrainte et la nécessité, d’une part, et la légitime défense, d’autre part, était moins évident. Les trois moyens de défense s’appliquent dans des situations [TRADUCTION] « essentiellement similaires » : ils visent tous à justifier ce qui, par ailleurs, constituerait un comportement criminel parce que l’accusé a agi en réaction à une menace extérieure (par. 60). Le juge en chef Lamer a résumé comme suit dans l’arrêt *Hibbert* la relation entre ces moyens de défense :

[t]he defences of self-defence, necessity and duress all arise under circumstances where a person is subjected to an external danger, and commits an act that would otherwise be criminal as a way of avoiding the harm the danger presents. [para. 50]

[18] However, there are also significant differences among the defences. As Lamer C.J. explained,

a distinction can be drawn between self-defence, on the one hand, and duress and necessity, on the other, that might well provide a basis for a meaningful juridical difference. In cases of self-defence, the victim of the otherwise criminal act at issue is himself or herself the originator of the threat that causes the actor to commit what would otherwise be an assault or culpable homicide In this sense, he or she is the author of his or her own deserts, a factor which arguably warrants special consideration in the law. In cases of duress and necessity, however, the victims of the otherwise criminal act . . . are third parties, who are not themselves responsible for the threats or circumstances of necessity that motivated the accused's actions. [Emphasis in original; para. 50.]

[19] In this passage, the Chief Justice alludes to two differences that “[may] well provide a basis for a meaningful juridical difference” between duress and self-defence (para. 50).

[20] First, self-defence is based on the principle that it is lawful, in defined circumstances, to meet force (or threats of force) with force: “an individual who is unlawfully threatened or attacked must be accorded the right to respond” (M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 532). The attacker-victim is, as the Chief Justice put it, “the author of his or her own deserts” (para. 50). On the other hand, in duress and necessity, the victim is generally an innocent third party (see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (6th ed. 2011), at p. 511). Second, in self-defence, the victim simply attacks or threatens the accused; the motive for the attack or threats is irrelevant. In duress, on the other hand, *the purpose of the threat* is to compel the accused to commit an offence. To put it simply, self-defence is an attempt to stop the victim's threats or assaults by

Les moyens de défense fondés sur la légitime défense, la nécessité et la contrainte entrent tous en jeu dans des circonstances où une personne est exposée à un danger extérieur et qui, pour éviter le danger qui la menace, accomplit un acte qui serait par ailleurs criminel. [par. 50]

[18] Toutefois, des différences importantes distinguent ces moyens de défense, comme le juge en chef Lamer le précise dans ce passage :

. . . il est possible d'établir, entre la légitime défense, d'une part, et la contrainte et la nécessité, d'autre part, une distinction qui pourrait bien fonder une différence juridique utile. Dans les cas de légitime défense, la victime de l'acte par ailleurs criminel est elle-même l'auteur de la menace qui amène l'acteur à commettre ce qui constituerait par ailleurs des voies de fait ou un homicide coupable [. . .] Dans ce sens, elle ne reçoit que ce qu'elle mérite et on pourrait soutenir que ce facteur mérite une attention particulière en droit. Dans les cas de contrainte et de nécessité, cependant, les victimes de l'acte par ailleurs criminel [. . .] sont des tiers qui ne sont pas eux-mêmes responsables des menaces ou des circonstances de l'état de nécessité qui ont poussé l'accusé à agir. [Souligné dans l'original; par. 50.]

[19] Dans ce passage, le Juge en chef évoque deux différences qui « pourrai[en]t bien fonder une différence juridique utile » entre la contrainte et la légitime défense (par. 50).

[20] Premièrement, la légitime défense repose sur le principe voulant qu'il est légitime, dans des circonstances bien définies, d'opposer la force à la force (ou aux menaces d'employer la force) : [TRADUCTION] « une personne qui est illégalement menacée ou agressée doit avoir le droit de répliquer » (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 532). L'agresseur-victime, comme l'affirme le Juge en chef, « ne reçoit que ce qu'[il] mérite » (par. 50). Cependant, dans les cas de contrainte et de nécessité, la victime est généralement un tiers innocent (voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (6^e éd. 2011), p. 511). Deuxièmement, dans les cas de légitime défense, la victime agresse ou menace tout simplement l'accusé; le motif de l'agression ou des menaces n'a pas d'importance. Dans les cas de contrainte,

meeting force with force; duress is succumbing to the threats by committing an offence.

[21] However, these are not the only differences between duress and self-defence. It seems to us that there are two other significant differences which must be taken into account.

[22] One is that self-defence is completely codified by the provisions of the *Criminal Code*. Thus, Parliament has established the parameters of self-defence in their entirety. They are no longer found, even in part, in the common law. Duress, on the other hand, is partly codified and partly governed by judge-made law as preserved by s. 8(3) of the *Code*.

[23] Another is that the underlying rationales of the defences are profoundly distinct. The rationale underlying duress is that of moral involuntariness, which was entrenched as a principle of fundamental justice in *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at para. 47: “It is a principle of fundamental justice that only voluntary conduct — behaviour that is the product of a free will and controlled body, unhindered by external constraints — should attract the penalty and stigma of criminal liability.” It is upon this foundation that we build the defences of duress and necessity. As Lamer C.J. put it in *Hibbert*, the underlying concept of both defences is “normative involuntariness”, in other words, that there is “no legal way out” (para. 55). While the test to be met is not dictated by this generally stated rationale underlying the defence, its requirements are heavily influenced by it. As was discussed in *Perka*, defences built on the principle of moral involuntariness are classified as excuses. The law excuses those who, although morally blameworthy, acted in a morally involuntary manner. The act remains wrong, but the author of the offence will not be punished because it was committed in circumstances in which there was

par contre, *la menace a pour but* de forcer l’accusé à commettre une infraction. En clair, la légitime défense constitue une tentative par la victime de mettre fin aux menaces ou aux agressions qu’elle subit en opposant la force à la force; pour sa part, la contrainte amène une personne à succomber aux menaces en commettant une infraction.

[21] Toutefois, il ne s’agit pas des seules différences entre la contrainte et la légitime défense. En effet, selon nous, deux autres différences importantes doivent être prises en compte.

[22] L’une de celles-ci réside dans le fait que la légitime défense est entièrement codifiée dans le *Code criminel*. Ainsi, les paramètres de la légitime défense sont définis dans leur intégralité par le législateur et ne se retrouvent plus dans la common law, pas même en partie. Par contre, même si elle est en partie codifiée, la contrainte demeure en partie régie par la jurisprudence que le par. 8(3) du *Code* garde en vigueur.

[23] Une autre de ces différences concerne les assises respectives de ces moyens de défense, nettement distinctes les unes des autres. Le caractère involontaire au sens moral constitue le principe sous-jacent à la contrainte. L’arrêt *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 47, a reconnu ce principe comme un principe de justice fondamentale : « Un principe de justice fondamentale veut que seule la conduite volontaire — le comportement qui résulte du libre arbitre d’une personne qui a la maîtrise de son corps, en l’absence de toute contrainte extérieure — entraîne l’imputation de la responsabilité criminelle et la stigmatisation que cette dernière provoque. » C’est sur cette base que nous constituons les moyens de défense fondés sur la contrainte et la nécessité. Comme le juge en chef Lamer l’a affirmé dans *Hibbert*, le concept sous-jacent aux deux moyens de défense est le « caractère involontaire normatif »; en d’autres mots, il ne doit exister « aucun “moyen de s’en sortir légalement” » (par. 55). Bien que le critère auquel il faut satisfaire ne soit généralement pas dicté par cette justification sous-jacente au moyen de défense, cette justification influence fortement ses exigences. Comme il a été mentionné

realistically no choice (*Ruzic*, at para. 34; *Perka*, at p. 248). The principle of moral involuntariness is “[a] concessio[n] to human frailty” in the face of “agonising choice” (*Ruzic*, at para. 40; Stuart, at p. 490). The commission of the crime is “remorselessly compelled by normal human instincts” (*Perka*, at p. 249). As LeBel J. put it in *Ruzic*: “Morally involuntary conduct is not always inherently blameless” (para. 41).

[24] Despite its close links to necessity and duress, self-defence, on the other hand, is a justification (*Perka*, at pp. 246 and 269). It “challenges the wrongfulness of an action which technically constitutes a crime” (*Perka*, at p. 246; see also H. Parent, *Traité de droit criminel* (2nd ed. 2005), vol. 1, *L'imputabilité*, at pp. 587-88). For different views, see S. G. Coughlan, “Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change?” (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 147, at p. 158; see also Manning and Sankoff, at p. 342, and K. Roach, *Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 294. In determining whether the defence is available, less emphasis is placed on the particular circumstances and concessions to human frailty and more importance is attached to the action itself and the reason why the accused was justified in meeting force with force.

[25] We do not, for the present purpose, need to delve too deeply into the distinction between justifications and excuses and questions of exactly how and when the distinction is to be drawn in all cases. For the purposes of this appeal, the distinction simply expresses an underlying difference in principle between the two defences: while in a case of duress we excuse an act that we still consider to be wrong, the impugned act in a case of self-defence

dans l'arrêt *Perka*, les moyens de défense reposant sur le principe du caractère involontaire au sens moral sont considérés comme des excuses. La loi excuse les personnes qui, bien qu'ayant agi de façon répréhensible sur le plan moral, l'ont fait d'une manière involontaire au sens moral. L'acte demeure répréhensible, mais l'auteur de l'infraction ne sera pas puni parce qu'il l'a commise dans des circonstances où il ne disposait vraiment d'aucun autre choix (*Ruzic*, par. 34; *Perka*, p. 248). Le principe du caractère involontaire au sens moral exprime « une concession à la faiblesse humaine » dans le contexte d'un [TRADUCTION] « choix déchirant » (*Ruzic*, p. 40; Stuart, p. 490). La perpétration du crime est « poussé[e] implacablement par les instincts normaux de l'être humain » (*Perka*, p. 249). Comme le juge LeBel l'a rappelé dans *Ruzic* : « La conduite moralement involontaire n'est pas toujours irréprochable en soi » (par. 41).

[24] Malgré sa proche parenté avec la nécessité et la contrainte, la légitime défense est, par ailleurs, une justification (*Perka*, p. 246 et 269). Elle « a pour effet de repousser le caractère mauvais d'un acte qui techniquement constitue un crime » (*Perka*, p. 246; voir également H. Parent, *Traité de droit criminel* (2^e éd. 2005), t. 1, *L'imputabilité*, p. 587-588). Pour des points de vue différents, voir S. G. Coughlan, « Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation : Implications of Radical Change? » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 147, p. 158; voir également Manning et Sankoff, p. 342, et K. Roach, *Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 294. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le moyen de défense peut être invoqué, il convient d'accorder moins d'importance aux circonstances particulières et aux concessions à la faiblesse humaine, mais plus à l'acte lui-même ainsi qu'au motif pour lequel l'accusé était justifié d'avoir opposé la force à la force.

[25] Dans l'affaire qui nous intéresse, il est inutile de s'attarder sur la distinction à établir entre les notions de justification et d'excuse, d'une part, et sur les questions de savoir exactement comment et quand la distinction doit être faite dans tous les cas, d'autre part. Aux fins du présent pourvoi, la distinction traduit tout simplement une différence de principe sous-jacente entre les deux moyens de défense : dans un cas de contrainte, nous excusons

is considered right. The question then, is whether these differences support a principled distinction between duress and self-defence. In our view they do, for two main reasons.

[26] Given the different moral qualities of the acts involved, it is generally true that the justification of self-defence ought to be more readily available than the excuse of duress. And so it is. Unlike duress, self-defence does not require that any course of action other than inflicting the injury was “demonstrably impossible” or that there was “no other legal way out”. Under the former self-defence provisions, for example, a person who is the victim of an unprovoked unlawful assault is entitled to use as much force as is necessary to defend himself, provided he does not intend to cause death or grievous bodily harm (s. 34(1); see Parent, pp. 605-6). Under the recently adopted provisions in Bill C-26, self-defence is available in circumstances in which a person believes on reasonable grounds that force is being used against him or her and responds reasonably for the purpose of self-defence (s. 34(1)).

[27] Thus, if infliction of harm on a person who threatened or attacked the accused is not justified by the law of self-defence, it would be curious if the accused’s response would nonetheless be excused by the more restrictive law of duress. For the sake of the coherence of the criminal law, the defence of self-defence ought to be more readily available, not less readily available, than the defence of duress in situations in which the accused responds directly against the source of the threat.

[28] These distinctive underlying principles of self-defence and duress take on added significance when we remember that in Canadian law, self-defence is exhaustively codified, whereas duress is

un acte que nous estimons toujours répréhensible, alors que dans un cas de légitime défense, l’acte reproché est jugé bon. Il s’agit donc de savoir si ces différences justifient l’établissement d’une distinction de principe entre la contrainte et la légitime défense. À notre avis, la réponse est affirmative, et ce, pour deux raisons principales.

[26] Compte tenu du fait que les actes en cause reflètent des qualités morales différentes, il est en général vrai que la justification de la légitime défense devrait être plus facile à invoquer que l’excuse de la contrainte, ce qui est d’ailleurs effectivement le cas. À la différence de la contrainte, le droit applicable en matière de légitime défense n’exige pas de démontrer qu’il était « manifestement impossible » de faire autre chose que d’infliger la blessure ou qu’il n’existait « aucun “moyen de s’en sortir légalement” ». Par exemple, en vertu des anciennes dispositions régissant la légitime défense, la victime d’une agression non provoquée avait le droit d’utiliser la force nécessaire pour se défendre si, en ce faisant, elle n’avait pas l’intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves (par. 34(1); voir Parent, p. 605-606). En vertu des dispositions récemment adoptées dans le cadre du projet de loi C-26, la légitime défense peut être invoquée lorsqu’une personne a des motifs raisonnables de croire que la force est utilisée contre elle et qu’elle réplique par la force raisonnable en vue de se défendre (par. 34(1)).

[27] Par conséquent, si le fait d’infliger une blessure à une personne ayant menacé ou attaqué l’accusé n’est pas justifié par le droit applicable en matière de légitime défense, il serait étrange que la réplique de l’accusé soit néanmoins excusée par le droit plus astreignant de la contrainte. Afin d’assurer la cohérence du droit pénal, le moyen de défense fondé sur la légitime défense devrait être plus facile et non pas plus difficile à invoquer que le moyen de défense fondé sur la contrainte dans les cas où l’accusé réplique directement contre la source de la menace.

[28] Ces principes sous-jacents propres à la légitime défense et à la contrainte prennent une importance accrue quand on se rappelle qu’en droit canadien, la légitime défense fait l’objet d’une codification

an amalgam of statutory and common law elements. This means that the courts must take care not to use the flexibility of the common law to develop duress in ways that circumvent limitations and restrictions imposed by Parliament on the defence of self-defence. This would amount to judicial abrogation of parts of the *Criminal Code*. The courts intervene to interpret and apply the statutory rules governing self-defence, not to set them aside in the absence of a constitutional challenge.

[29] Duress cannot be extended so as to apply when the accused meets force with force, or the threat of force with force in situations where self-defence is unavailable. Duress is, and must remain, an applicable defence only in situations where the accused has been compelled to commit a specific offence under threats of death or bodily harm. This clearly limits the availability of the offence to particular factual circumstances. The common law elements of duress cannot be used to “fill” a supposed vacuum created by clearly defined statutory limitations on self-defence.

[30] This is even clearer when one considers — as explained above — the fundamental distinctions between both defences. Not only is one a justification and the other an excuse, but they also serve to avoid punishing the accused in completely different situations. If, for example, the accused was threatened with death or bodily harm without any element of compulsion, his or her only remedy is self-defence. If, on the other hand, the accused was compelled to commit a specific unlawful act under threat of death or bodily harm, the available defence is duress. In a case where there was a threat without compulsion, the accused cannot rely on duress simply because he or she did not employ direct force and thus, was excluded from relying on the self-defence provisions of the *Code*. As

minutieuse, tandis que le moyen de défense fondé sur la contrainte s’appuie sur un amalgame d’éléments issus tant de dispositions législatives que de la common law. En conséquence, les tribunaux doivent se garder d’abuser de la souplesse de la common law pour développer le moyen de défense fondé sur la contrainte de manière à contourner les limites et les restrictions imposées par le législateur au moyen de défense de la légitime défense. Une telle attitude conduirait à l’abrogation par voie judiciaire de parties du *Code criminel*. Or, les tribunaux interviennent pour interpréter et appliquer les règles législatives régissant la légitime défense, et non pas pour les écarter en l’absence de contestation fondée sur la Constitution.

[29] La notion de contrainte ne peut pas être élargie de manière à s’appliquer aux situations où l’accusé oppose la force à la force, ou à la menace de la force, lorsque la légitime défense ne peut être invoquée. La contrainte est, et doit demeurer, un moyen de défense qui ne peut être invoqué que dans des cas où l’accusé a été forcé de commettre une infraction précise en réplique à des menaces de mort ou de lésions corporelles. Ce principe limite clairement à certaines situations de fait précises la possibilité d’invoquer ce moyen de défense. Les éléments de common law constituant la contrainte ne peuvent donc pas être utilisés pour « combler » un présumé vide créé par les limites bien définies par la loi en matière de légitime défense.

[30] Ce principe se pose avec encore plus de clarté lorsque l’on tient compte — comme nous l’avons déjà expliqué — des distinctions fondamentales qui existent entre les deux moyens de défense. Non seulement l’un des moyens de défense est une justification et l’autre une excuse, mais les deux moyens permettent aussi à l’accusé d’éviter une punition dans des situations tout à fait différentes. Si, par exemple, l’accusé a été menacé de mort ou de lésions corporelles sans aucun élément de contrainte, son seul recours est la légitime défense. Si, par contre, il a été contraint de commettre un acte illégal précis en réplique à des menaces de mort ou de lésions corporelles, la contrainte est le moyen de défense qu’il peut invoquer. Dans le cas de menace sans contrainte, l’accusé ne peut invoquer le moyen

Glanville Williams' latest editor, Dennis J. Baker, wrote about the availability of "pure" duress (as opposed to duress of circumstances, which is an entirely different defence): "On principle, the offence must be one expressly or impliedly ordered by the villain, the order being backed up by his threat. (Or the defendant must have believed that.) . . . As a matter of justice the defence should only be available where the defendant commits a crime that he has been directly coerced to commit" (*Textbook of Criminal Law* (3rd ed. 2012), at paras. 25-037 and 25-039).

[31] Consider the result arrived at by the Court of Appeal in this case. The respondent responded to threats against her and her child of bodily harm and death in ways which, in the view of the Court of Appeal, would not entitle her to rely on the defence of self-defence. We add that the appeal to the Court was also presented on the assumption that self-defence was not potentially open to the respondent on these facts. For the purposes of these reasons, we do not need to decide this point. If this is the case, the extension of the law of duress to meet the respondent's situation has made the law incoherent at the level of principle. Following the logic of the Court of Appeal's conclusions, duress, which deals with wrongful but excused conduct would be more readily available than self-defence, which addresses rightful conduct, in a situation in which the accused responded to threats by trying to eliminate them. And yet, according to the underlying rationale, excuses ought to be more restrictively defined than justifications (see, e.g., Stuart, at p. 511).

[32] The difficulty that this creates is not, in our view, limited to a lack of analytical tidiness. The

de défense fondé sur la contrainte simplement parce qu'il n'a pas employé la force directe et que, par conséquent, il n'est pas autorisé à invoquer les dispositions du *Code* portant sur la légitime défense. Dans ses commentaires sur la possibilité d'invoquer la contrainte « pure » (par opposition à la contrainte résultant des circonstances, qui constitue un moyen de défense tout à fait différent) Dennis J. Baker, le dernier auteur à avoir revu l'ouvrage de Glanville Williams, écrit : [TRADUCTION] « [e]n principe, la perpétration de l'infraction doit être expressément ou implicitement ordonnée par le malfaiteur, cet ordre étant appuyé par ses menaces (ou le défendeur doit avoir eu le sentiment qu'il en était ainsi.) [. . .] Pour des raisons de justice, le moyen de défense ne devrait pouvoir être invoqué que lorsque le défendeur commet un crime qu'il a été directement contraint de commettre » (*Textbook of Criminal Law* (3^e éd. 2012), par. 25-037 et 25-039).

[31] Examinons maintenant le résultat auquel est arrivée la Cour d'appel en l'espèce. L'intimée a répliqué aux menaces de lésions corporelles et de mort proférées contre elle et son enfant d'une manière qui, selon la Cour d'appel, ne lui donnait pas le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur la légitime défense. Nous ajoutons que l'appel à la Cour d'appel a également été interjeté en présumant que, compte tenu de ces faits, l'intimée ne pouvait éventuellement invoquer la légitime défense. Aux fins des présents motifs, nous n'avons pas à trancher ce point. Si tel est le cas, le fait d'étendre la portée du droit en matière de contrainte de façon à remédier au cas de l'intimée a rendu incohérents les principes mêmes du droit applicable. En effet, suivant la logique des conclusions de la Cour d'appel, la contrainte, qui a trait à un comportement répréhensible, mais excusé, serait plus facile à invoquer que la légitime défense, laquelle a trait à un comportement légitime dans une situation où l'accusé réplique à des menaces en tentant de les éliminer. Pourtant, selon le raisonnement sous-jacent, les excuses devraient être définies de manière plus restrictive que les justifications (voir, p. ex., Stuart, p. 511).

[32] À notre avis, le problème qu'entraîne un tel raisonnement ne se limite pas à un manque de

result of this case is in effect a judicial amendment of the law of self-defence. This point is underlined by the fact that neither in the sources cited by the parties nor in our own research has duress been extended to a case in which the threat was not made for the purpose of compelling the commission of an offence and the victim was the person making the threat.

[33] In our opinion, the Court of Appeal erred in law in finding that duress is a legally available defence on these facts. Duress is available only in situations in which the accused is threatened for the purpose of compelling the commission of an offence.

C. Remedy

[34] The next issue is what order should be made, given our conclusion that the Court of Appeal erred in law and the appeal of the Crown should be allowed. In our view, the interests of justice require that a stay of proceedings be entered as the Court is authorized to do in the clearest of cases by s. 695 of the *Code* (see, e.g., *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, at para. 23; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at pp. 18-23).

[35] It is apparent that the law of duress was unclear, which made resort to it as a defence unusually difficult. Coupled with that consideration is the problem in this case that the Crown changed its position about the applicable law between the trial and the appeal process. The trial proceeded on the basis that duress was available as a matter of law to Ms. Ryan if the facts supported it. She therefore went to trial on the basis that the issues were mainly the factual ones relating to whether she had pointed to evidence capable of raising a reasonable doubt about the various components of duress. Presumably, decisions about the conduct of the defence were made on this basis and might have

précision de l'analyse. En fait, l'issue de la présente affaire constitue aussi une modification par voie judiciaire du droit applicable à la légitime défense. Cet élément ressort du fait que, ni dans les sources citées par les parties, ni dans nos propres recherches, la portée du moyen de défense fondé sur la contrainte n'avait été étendue au point de s'appliquer à un cas où les menaces n'avaient pas été proférées en vue de contraindre une personne à commettre une infraction et où la victime était l'auteur des menaces.

[33] Selon nous, la Cour d'appel a commis une erreur de droit en concluant que, compte tenu des faits, la contrainte constituait un moyen de défense qui pouvait être invoqué aux termes de la loi. En effet, la contrainte ne peut être invoquée que dans les cas où l'accusé fait l'objet de menaces en vue de le contraindre à perpétrer une infraction.

C. Réparation

[34] La prochaine question en litige est celle de décider quelle ordonnance devrait être rendue, compte tenu de notre conclusion selon laquelle la Cour d'appel a commis une erreur de droit et que le pourvoi interjeté par le ministère public devrait être accueilli. À notre avis, l'intérêt de la justice commande l'inscription d'un arrêt des procédures, ce que la Cour a le pouvoir d'ordonner dans les cas les plus manifestes aux termes de l'art. 695 du *Code* (voir, p. ex., *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, par. 23; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, p. 18-23).

[35] Il est évident que le droit applicable en matière de contrainte manque de clarté, d'où la difficulté particulière d'y recourir comme moyen de défense. S'ajoute à ce facteur le problème que crée en l'espèce le changement du point de vue du ministère public concernant le droit applicable entre la tenue du procès et la procédure d'appel. Le procès s'était déroulé sur la base de la prémisse que M^{me} Ryan pouvait, en droit, invoquer la contrainte si les faits appuyaient cette position. Elle s'est donc présentée au procès en croyant que les questions en litige étaient surtout les questions de fait consistant à savoir si elle avait renvoyé à des éléments de preuve susceptibles de soulever

been made differently had the legal position later adopted by the Crown on appeal, that duress was not open to her in law, been known at the time of trial. There is therefore a serious risk that some of the consequences of those decisions could not be undone in the context of a new trial and this raises concern about the fairness of ordering a new trial. In addition, the abuse which she suffered at the hands of Mr. Ryan took an enormous toll on her, as, no doubt, have these protracted proceedings, extending over nearly five years, in which she was acquitted at trial and successfully resisted a Crown appeal in the Court of Appeal. There is also the disquieting fact that, on the record before us, it seems that the authorities were much quicker to intervene to protect Mr. Ryan than they had been to respond to her request for help in dealing with his reign of terror over her. A stay of proceedings is warranted only in the clearest of cases (see *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 615). In our opinion, Ms. Ryan's case falls into the residual category of cases requiring a stay: it is an exceptional situation that warrants an exceptional remedy. In all of the circumstances, it would not be fair to subject Ms. Ryan to another trial. In the interests of justice, a stay of proceedings is required to protect against this oppressive result (see *Power*, at pp. 615-16; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 91).

D. *Can the Law of Duress be Clarified?*

[36] This appeal underlines the need for further clarification of the law of duress. The statutory version of the defence applies to principals and the common law to parties. Important aspects of the statutory version were found to be unconstitutional

un doute raisonnable quant aux divers éléments constitutifs de la contrainte. Vraisemblablement, des décisions concernant la conduite de la défense ont été prises sur ce fondement et auraient pu être différentes si elle avait été connue au moment du procès le moyen de droit défendu en appel par le ministère public selon lequel M^{me} Ryan ne pouvait, en droit, invoquer la contrainte. Il existe donc un risque sérieux que certaines des conséquences de ces décisions ne puissent pas être annulées dans le contexte d'un nouveau procès, et il pourrait alors être injuste d'ordonner un nouveau procès. En outre, M^{me} Ryan a été sérieusement affectée par les mauvais traitements que lui a infligés M. Ryan, ainsi que, nul doute, par ces interminables procédures, s'étirant sur presque cinq ans, et au cours desquelles elle a d'abord été acquittée en première instance avant de s'opposer avec succès à l'appel du ministère public en Cour d'appel. Il est aussi troublant de constater, à la lumière du dossier, que les autorités compétentes ont semblé démontrer un plus grand empressement à intervenir pour protéger M. Ryan qu'à réagir à la demande de M^{me} Ryan lorsqu'elle sollicitait leur aide pour mettre un terme au règne de terreur que lui imposait son époux. Certes, l'arrêt des procédures n'est justifié que dans les cas les plus manifestes (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 615). À notre avis, toutefois, le cas de M^{me} Ryan relève de la catégorie résiduelle des affaires exigeant un arrêt des procédures : il s'agit d'une situation exceptionnelle qui commande une réparation exceptionnelle. Compte tenu de toutes les circonstances, il serait injuste d'imposer à M^{me} Ryan un autre procès. Aussi, dans l'intérêt de la justice, un arrêt des procédures s'impose-t-il à des fins de protection contre ces conséquences abusives (voir *Power*, p. 615-616; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 91).

D. *Le droit en matière de contrainte peut-il être clarifié?*

[36] Le présent pourvoi souligne la nécessité d'apporter des éclaircissements supplémentaires au droit en matière de contrainte. La version législative du moyen de défense s'applique aux auteurs principaux d'infractions et la common

in *Ruzic*, and the provision remains in place with two significant deletions as a result. The statutory version of the defence excludes a long list of offences from its operation, but various courts have found some of these exclusions to be unconstitutional. For example, in *R. v. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308, the Nova Scotia Provincial Court declared the following:

... s. 17 of the *Criminal Code* in so far as it eliminates the defence of duress and/or necessity in offences concerning robbery is of no force and effect as being contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in particular s. 7 of the *Charter*. [para. 5]

There is uncertainty about the similarities and differences between the common law and the statutory versions of the defence. Within the limits of the judicial role, in the development of the law, additional clarification is needed.

[37] In our view, after the decision of the Court in *Ruzic*, some reappraisal and some adjustment of both the interpretation of the statutory version of the defence and of the common law seems necessary. We begin with a recapitulation of what was decided in *Ruzic* and then address the various components of the statutory and common law versions of the defence.

(1) An Overview of *Ruzic*

[38] In *Ruzic*, the Court dealt with the constitutionality of parts of the statutory defence of duress, located in s. 17 of the *Criminal Code*. The accused in *Ruzic* admitted importing heroin from Serbia into Canada. She argued that she should be excused from criminal liability because a third party in Serbia had threatened to harm her mother unless she committed the offence, and the Serbian police would not have been able to protect her mother. The accused conceded that her claim of duress did not

law aux participants à des infractions. Des aspects importants de la version législative ont été jugés inconstitutionnels dans *Ruzic*. La disposition demeure toujours en vigueur, mais a par contre fait l'objet de deux suppressions importantes. La version législative de l'infraction exclut une longue liste d'infractions de son application, mais divers tribunaux ont jugé que certaines de ces exclusions étaient inconstitutionnelles. Par exemple, dans *R. c. Fraser* (2002), 3 C.R. (6th) 308, la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] ... l'art. 17 du *Code criminel*, dans la mesure où il élimine le moyen de défense fondé sur la contrainte ou sur la nécessité dans les cas d'infractions liées au cambriolage, est inopérant, car il contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, à son art. 7. [par. 5]

Une incertitude plane ainsi au sujet des ressemblances et des différences entre la version de common law et la version législative de l'infraction. Dans les limites du rôle joué par les tribunaux dans l'évolution du droit, des éclaircissements supplémentaires s'imposent.

[37] Selon nous, après la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Ruzic*, une réévaluation partielle et des rajustements ponctuels de l'interprétation, tant de la version législative que de la version de common law, du moyen de défense fondé sur la contrainte semble nécessaire. Nous résumerons d'abord les conclusions adoptées dans *Ruzic*, puis nous traiterons des divers éléments constitutifs de la version législative et de la version de common law du moyen de défense.

(1) Aperçu de l'arrêt *Ruzic*

[38] Dans *Ruzic*, la Cour a traité de la constitutionnalité de certaines parties de la version législative du moyen de défense fondé sur la contrainte, qui sont prévues à l'art. 17 du *Code criminel*. Dans cette affaire, l'accusée a avoué avoir importé de l'héroïne au Canada à partir de la Serbie. Elle a toutefois prétendu qu'elle devait être excusée de toute responsabilité criminelle parce qu'un tiers en Serbie avait menacé de s'en prendre à sa mère si elle ne commettait pas l'infraction en cause, et que

satisfy the immediacy and presence preconditions of the statutory defence. She challenged the constitutionality of s. 17, which reads as follows:

17. A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if the person believes that the threats will be carried out and if the person is not a party to a conspiracy or association whereby the person is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm, aggravated sexual assault, forcible abduction, hostage taking, robbery, assault with a weapon or causing bodily harm, aggravated assault, unlawfully causing bodily harm, arson or an offence under sections 280 to 283 (abduction and detention of young persons).

[39] In upholding the accused's acquittal based on the defence of duress, a unanimous Court in *Ruzic* held that portions of s. 17 violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were not saved by s. 1.

[40] In its analysis, the Court first addressed the question of whether it is a principle of fundamental justice that morally involuntary conduct should not be punished. The principle of moral involuntariness recognizes that "[a] person acts in a morally involuntary fashion when, faced with perilous circumstances, she is deprived of a realistic choice whether to break the law" (*Ruzic*, at para. 29). In concluding that the principle of moral involuntariness was indeed a principle of fundamental justice, the Court noted that the treatment of criminal offenders as autonomous and freely choosing agents is a key organizing principle of criminal law. As a result, it is a violation of s. 7 of

la police serbe aurait été incapable de la protéger. L'accusée a reconnu que son argument fondé sur la contrainte ne remplissait pas les conditions préalables d'imédiateté et de présence permettant d'invoquer le moyen de défense prévu par la loi. Toutefois, elle a contesté la constitutionnalité de l'art. 17, qui est ainsi libellé :

17. Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésions corporelles de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle ne participe à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte. Toutefois, le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'agression sexuelle, l'agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles, l'agression sexuelle grave, le rapt, la prise d'otage, le vol qualifié, l'agression armée ou infliction de lésions corporelles, les voies de fait graves, l'infliction illégale de lésions corporelles, le crime d'incendie ou l'une des infractions visées aux articles 280 à 283 (enlèvement et séquestration d'une jeune personne).

[39] En confirmant l'acquiescement de l'accusée appuyé sur le moyen de défense fondé sur la contrainte, la Cour, dans *Ruzic*, a conclu à l'unanimité que des parties de l'art. 17 violaient l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et leur justification ne pouvait se démontrer au sens de l'article premier.

[40] Dans son analyse, la Cour s'est d'abord demandée si le refus de punir une conduite involontaire au sens moral constituait un principe de justice fondamentale. Une action est considérée comme involontaire au sens moral quand « [u]ne personne agit de façon moralement involontaire lorsqu'une situation périlleuse ne lui laisse pas d'autre choix réaliste que d'enfreindre la loi » (*Ruzic*, par. 29). En concluant que le principe du caractère involontaire au sens moral était bel et bien un principe de justice fondamentale, la Cour a souligné que la reconnaissance des auteurs d'une infraction criminelle comme des personnes douées de raison capables d'affecter des choix autonomes

the *Charter* to convict a person who has no realistic choice and whose behaviour is, therefore, morally involuntary.

[41] The Court then considered whether the immediacy and presence requirements in s. 17 infringe the fundamental principle of moral involuntariness by limiting the defence of duress to a person who commits an offence under a threat of immediate bodily harm from a person present when the offence is committed. The Court concluded that the immediacy and presence requirements, taken together, preclude threats of future harm and thereby infringe the *Charter*. The underinclusiveness of s. 17 violates the liberty and security interests protected under s. 7 because of the potential to convict persons who, placed under duress by threats of future harm, have not acted voluntarily. This violation is not justifiable under s. 1.

[42] The Court clarified that s. 17 requires only that the threat be made *to* the accused, not that the *object* of the threatened harm be the accused herself. Therefore, under s. 17, the threat of harm need not be directed at the accused personally but may be directed against a third party. Additionally, the Court confirmed its previous decisions in *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, and *Hibbert*, which held that s. 17 applies only to persons who commit offences as principals, while the common law defence of duress remains available to parties to an offence. Finally, the Court declined to address the question of whether the list of excluded offences in s. 17 violates the *Charter*, as none of the offences at issue in the appeal was contained in the list (para. 19).

constitue un principe directeur fondamental de notre droit pénal. Par conséquent, déclarer coupable une personne qui n'a pas d'autre choix réaliste et dont le comportement est, par conséquent, moralement involontaire constitue une violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[41] La Cour s'est ensuite demandée si les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 contrevenaient au principe fondamental du caractère involontaire au sens moral en limitant le moyen de défense fondé sur la contrainte au cas d'une personne qui commet une infraction en raison de menaces de lésions corporelles susceptibles d'être mises à exécution immédiatement par une personne présente lorsque l'infraction est commise. La Cour a conclu que les exigences d'immédiateté et de présence, considérées ensemble, excluent les menaces de préjudice futur, et violent donc la *Charte*. La portée trop limitative de l'art. 17 viole le droit à la liberté et à la sécurité protégé par l'art. 7, car elle peut mener à la condamnation de personnes qui, placées sous l'effet de la contrainte résultant de menaces de préjudice futur, n'ont pas agi volontairement. Cette violation ne peut être justifiée aux termes de l'article premier.

[42] La Cour a précisé que l'art. 17 exigeait uniquement que les menaces soient proférées à l'accusé, et non pas que celui-ci soit lui-même l'*objet* des menaces de préjudice. Par conséquent, l'art. 17 n'exige pas que les menaces de préjudice visent directement l'accusé. Selon cette disposition, ces menaces peuvent être dirigées vers un tiers. De plus, la Cour a confirmé les décisions qu'elle avait déjà rendues dans les arrêts *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189, et *Hibbert*. Dans ces arrêts, elle avait conclu que l'art. 17 ne s'appliquait qu'à l'auteur principal d'une infraction, alors que seuls les participants à une infraction peuvent soulever le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. Enfin, la Cour a refusé d'examiner si la liste des infractions exclues figurant à l'art. 17 violait la *Charte*, car aucune des infractions en litige dans le pourvoi ne faisait partie de cette liste (par. 19).

(2) The Statutory Defence of Duress Post-*Ruzic*

[43] What, therefore, remains of s. 17 after *Ruzic*? The Court did not strike down s. 17 in its entirety; it was found unconstitutional only “in part” (para. 1). As a result, the following four requirements of the statutory defence remain intact after the Court’s ruling in *Ruzic*:

1. there must be a threat of death or bodily harm directed against the accused or a third party;
2. the accused must believe that the threat will be carried out;
3. the offence must not be on the list of excluded offences; and
4. the accused cannot be a party to a conspiracy or criminal association such that the person is subject to compulsion.

[44] However, the Court in *Ruzic* did not leave the statutory defence in place simply stripped of its unconstitutional portions. The Court supplemented the interpretation and application of s. 17 with elements from the common law defence of duress, which it found to be “more consonant with the values of the *Charter*” (para. 56). In other words, the Court in *Ruzic* used the common law standard to interpret the affirmative requirements of the statute (see D. M. Paciocco, “No-one Wants to Be Eaten: The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress” (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240, at p. 273).

[45] Where ambiguities or gaps exist in the partially struck-down s. 17, the common law defence of duress operates to clarify and flesh out the statutory defence:

The analysis of duress in common law will also be useful as it will shed some light on the appropriate rules which had to be applied to the defence of the accused in the case

(2) La contrainte comme moyen de défense prévu par la loi, après l’arrêt *Ruzic*

[43] Que reste-t-il donc de l’art. 17 après l’arrêt *Ruzic*? La Cour n’a pas invalidé complètement l’art. 17, ne le déclarant inconstitutionnel qu’« en partie » (par. 1). Par conséquent, les quatre conditions nécessaires pour invoquer le moyen de défense prévu par la loi demeurent inchangées après l’arrêt *Ruzic* :

1. il doit y avoir une menace de causer la mort ou des lésions corporelles visant l’accusé ou un tiers;
2. l’accusé doit croire que les menaces seront mises à exécution;
3. l’infraction ne doit pas figurer sur la liste des infractions exclues;
4. l’accusé ne participe à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte.

[44] Toutefois, la Cour, dans *Ruzic*, n’a pas seulement confirmé l’opposabilité du moyen de défense prévu par la loi en vigueur après l’avoir simplement dépouillé de ses parties inconstitutionnelles. Elle a aussi complété l’interprétation et l’application de l’art. 17 avec des éléments du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte qui, selon elle, « s’accord[ent] davantage avec les valeurs de la *Charte* » (par. 56). Autrement dit, elle s’est servie, dans cette affaire, de la norme de common law pour interpréter les conditions positives de la loi (voir D. M. Paciocco, « No-one Wants to Be Eaten : The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress » (2010), 56 *Crim. L.Q.* 240, p. 273).

[45] En cas d’ambiguïtés ou de lacunes dans l’art. 17 partiellement invalidé, le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte s’applique de façon à préciser et à compléter le moyen de défense prévu par la loi :

L’analyse de la contrainte en common law verra son utilité confirmée du fait qu’elle permettra de clarifier les règles qui devaient être appliquées au moyen de défense

at bar and which will now be applied in all other cases, once s. 17 of the *Criminal Code* is partially struck down. [Emphasis added; *Ruzic*, at para. 55.]

[46] In *Ruzic*, the Court articulated and analyzed the following three key elements of the common law defence of duress, which now operate in s. 17 cases alongside the four requirements remaining in the statutory defence: (1) no safe avenue of escape; (2) a close temporal connection; and (3) proportionality (see Parent, at pp. 549-50).

(a) *No Safe Avenue of Escape*

[47] The defence of duress “focuses on the search for a safe avenue of escape” (*Ruzic*, at para. 61). Following the decision in *Hibbert*, the Court in *Ruzic* concluded that the defence does not apply to persons who could have legally and safely extricated themselves from the situation of duress. In order to rely on the defence, the accused must have had no safe avenue of escape, as measured on the modified objective standard of the reasonable person similarly situated.

(b) *A Close Temporal Connection*

[48] There must be “a close temporal connection between the threat and the harm threatened” (*Ruzic*, at para. 96). The close connection between the threat and its execution must be such that the accused loses the ability to act voluntarily. The requirement of a close temporal connection between the threat and the harm threatened is linked with the requirement that the accused have no safe avenue of escape. As the Court in *Ruzic* indicated, a threat that is “too far removed in time . . . would cast doubt on the seriousness of the threat and, more particularly, on claims of an absence of a safe avenue of escape” (para. 65).

[49] As long as the immediacy and presence requirements in s. 17 remained intact, the safe

de l'accusée en l'espèce et qui deviendront dorénavant applicables dans tous les autres cas, après l'invalidation partielle de l'art. 17 du *Code criminel*. [Nous soulignons; *Ruzic*, par. 55.]

[46] Dans l'arrêt *Ruzic*, la Cour a énoncé et analysé, relativement au moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, trois éléments clés qui s'appliquent maintenant dans les causes relatives à l'art. 17, conjointement avec les quatre conditions qui comporte encore le moyen de défense fondé sur la loi : (1) aucun moyen de s'en sortir sans danger; (2) un lien temporel étroit; (3) la proportionnalité (voir Parent, p. 549-550).

a) *Aucun moyen de s'en sortir sans danger*

[47] Le moyen de défense fondé sur la contrainte « se concentre sur la recherche d'un moyen de s'en sortir sans danger » (*Ruzic*, par. 61). À la suite de sa décision rendue dans *Hibbert*, la Cour a conclu, dans *Ruzic*, que ce moyen de défense ne s'appliquait pas aux personnes qui auraient pu échapper légalement et sans danger à la situation de contrainte. Pour pouvoir invoquer ce moyen de défense, l'accusé ne doit disposer d'aucun moyen de s'en sortir sans danger. Ce critère est lui-même évalué en fonction de la norme objective modifiée de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire.

b) *Un lien temporel étroit*

[48] Il doit exister « un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer » (*Ruzic*, par. 96). Ce lien étroit entre les menaces et leur exécution doit être tel que l'accusé perde la capacité d'agir volontairement. L'exigence d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer est liée à l'exigence que l'accusé ne dispose d'aucun moyen de se soustraire sans danger à la menace. Comme la Cour l'a expliqué dans *Ruzic*, des menaces « proférées longtemps auparavant [. . .] contribueraient à mettre en doute leur propre gravité et, plus particulièrement, l'argument de l'absence de moyen de s'en sortir sans danger » (par. 65).

[49] Tant que les exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17 demeuraient inchangées, les

avenue of escape and close temporal connection factors had little relevance. A threat of immediate death or bodily harm which the recipient believes will be carried out by a person present ensured a close temporal connection and would most likely leave no safe avenue of escape. However, once the immediacy and presence requirements were struck from s. 17, the common law requirements of no safe avenue of escape and the close temporal connection became a critical means of assessing whether the accused's actions were morally involuntary.

[50] In addition, once the immediacy and presence requirements were struck, it followed that the accused's belief that the threat would be carried out must be evaluated on a modified objective standard of the reasonable person similarly situated. Section 17 provides that a person will be excused "if the person believes that the threats will be carried out". On its face, therefore, the section requires a purely subjective belief, a lower standard that made sense when the threat was clearly immediate and the threatener physically present on the scene. Once the immediacy and presence requirements are removed, however, measuring the accused's belief that the threat will be carried out necessarily demands a higher standard of evaluation. In other words, the accused's actual belief must also be reasonable.

[51] By reading in the requirements of safe avenue of escape and close temporal connection, the purely subjective standard becomes an evaluation based on a modified objective standard. These two elements, in conjunction with the belief that the threat will be carried out, must be analyzed as a whole: the accused cannot reasonably believe that the threat would be carried out if there was a safe avenue of escape and no close temporal connection between the threat and the harm threatened.

facteurs relatifs au moyen de se soustraire sans danger à la menace et au lien temporel étroit n'étaient guère pertinents. Des menaces de mort ou de lésions corporelles immédiates qui, selon leur destinataire, seront exécutées par une personne présente garantissaient l'existence d'un lien temporel étroit et ne laissaient au destinataire aucun moyen de s'en sortir sans danger. Toutefois, depuis l'invalidation des exigences d'immédiateté et de présence de l'art. 17, les exigences de la common law relatives à l'absence de moyen de se soustraire sans danger à la menace et au lien temporel étroit sont devenues des moyens essentiels pour évaluer le caractère moralement involontaire des actes de l'accusé.

[50] De plus, après l'invalidation des exigences d'immédiateté et de présence, la croyance de l'accusé voulant que les menaces seraient mises à exécution devait désormais être évaluée en fonction d'une norme objective modifiée de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire. En effet, l'art. 17 prévoit qu'une personne sera excusée « si elle croit que les menaces seront mises à exécution ». Donc, à première vue, l'article exige une croyance purement subjective, une norme moins exigeante qui était logique lorsque les menaces étaient manifestement immédiates et que leur auteur était physiquement présent sur les lieux. Cependant, une fois supprimées les exigences d'immédiateté et de présence, l'appréciation de la croyance de l'accusé que les menaces seront mises à exécution commande nécessairement une norme d'évaluation plus exigeante. En d'autres termes, la croyance réelle de l'accusé doit également être raisonnable.

[51] En interprétant les exigences d'un moyen de s'en sortir sans danger et d'un lien temporel étroit, la norme purement subjective devient une évaluation fondée sur une norme objective modifiée. Ces deux éléments, conjugués à la croyance que les menaces seront mises à exécution, doivent être analysés dans leur ensemble : l'accusé ne peut raisonnablement croire que les menaces seront mises à exécution s'il y a une possibilité de se soustraire à la menace sans danger et s'il n'existe aucun lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer.

[52] The addition of the common law requirements to replace the now defunct immediacy and presence elements of s. 17 thus act to temper the once purely subjective belief as to the threat. Furthermore, they bring the statutory provision in line with the principle of moral involuntariness. Considering that society's opinion of the accused's actions is an important aspect of the principle, it would be contrary to the very idea of moral involuntariness to simply accept the accused's subjective belief without requiring that certain external factors be present. Citing *R. v. Howe*, [1987] A.C. 417 (H.L.), at p. 426, Baker agrees that "[t]he threat 'must involve a threat of such a degree of violence that "a person of reasonable firmness" with the characteristics and in the situation of the defendant could not have been expected to resist'" (para. 25-015). He specifically mentions that there must be reasonable grounds for the accused's belief that the threat would be carried out (paras. 25-015 and 25-016).

(c) *Proportionality*

[53] The defence of duress requires proportionality between the threat and the criminal act to be executed. In other words, the harm caused must not be greater than the harm avoided. Proportionality is measured on the modified objective standard of the reasonable person similarly situated, and it includes the requirement that the accused will adjust his or her conduct according to the nature of the threat: "The accused should be expected to demonstrate some fortitude and to put up a normal resistance to the threat" (*Ruzic*, at para. 62).

[54] Proportionality is a crucial component of the defence of duress because, like the previous two elements, it derives directly from the principle of moral involuntariness: only an action based on a proportionally grave threat, resisted with normal fortitude, can be considered morally involuntary. Furthermore, since the principle of moral involuntariness was judged to be a principle of fundamental

[52] L'ajout des exigences de common law dans le but de remplacer les éléments désormais invalidés d'imédiateté et de présence de l'art. 17 tempère donc l'application du critère de la croyance purement subjective dans la gravité des menaces. De plus, ces nouvelles exigences harmonisent la disposition législative avec le principe du caractère involontaire au sens moral. L'opinion de la société sur la conduite de l'accusé constitue un aspect important du principe; il serait donc contraire à la nature même du caractère involontaire au sens moral d'accepter sans plus la croyance subjective de l'accusé, sans obliger la présence de certains facteurs externes. Renvoyant à l'arrêt *R. c. Howe*, [1987] A.C. 417 (H.L.), p. 426, Baker convient que [TRADUCTION] « [l]es menaces "doivent comporter un degré de violence à ce point important qu'on peut penser 'qu'une personne raisonnablement déterminée' ayant les mêmes caractéristiques et se trouvant dans la même situation que le défendeur n'aurait pas pu résister" » (par. 25-015). Il affirme expressément que l'accusé doit avoir des motifs raisonnables de croire que les menaces seront mises à exécution (par. 25-015 et 25-016).

c) *La proportionnalité*

[53] Le moyen de défense fondé sur la contrainte exige un rapport de proportionnalité entre les menaces proférées et l'acte criminel qui serait commis. En d'autres termes, le préjudice causé ne doit pas être plus grave que le préjudice évité. La proportionnalité s'apprécie en fonction de la norme objective modifiée de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable, et comporte l'exigence que l'accusé adapte sa conduite en fonction de la nature des menaces proférées : « On doit s'attendre à ce que l'accusé démontre un certain courage et oppose une résistance normale aux menaces proférées » (*Ruzic*, par. 62).

[54] La proportionnalité constitue une composante fondamentale du moyen de défense fondé sur la contrainte parce que, tout comme les deux éléments précédents, elle découle directement du principe du caractère involontaire au sens moral. En effet, seule une action fondée sur des menaces proportionnellement graves auxquelles l'accusé s'oppose en démontrant un courage normal peut

justice in *Ruzic*, it must be read into s. 17 in order to comply with the statutory interpretation rule that courts must prefer the constitutional interpretation of a statute.

(3) The Common Law Defence of Duress Post-*Ruzic*

[55] Following this Court's analysis in *Ruzic*, we can conclude that the common law of duress comprises the following elements:

- an explicit or implicit threat of death or bodily harm proffered against the accused or a third person. The threat may be of future harm. Although, traditionally, the degree of bodily harm was characterized as "grievous", the issue of severity is better dealt with at the proportionality stage, which acts as the threshold for the appropriate degree of bodily harm;
- the accused reasonably believed that the threat would be carried out;
- the non-existence of a safe avenue of escape, evaluated on a modified objective standard;
- a close temporal connection between the threat and the harm threatened;
- proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused. This is also evaluated on a modified objective standard;
- the accused is not a party to a conspiracy or association whereby the accused is subject to compulsion and actually knew that threats and

être considérée comme involontaire au sens moral. De plus, comme l'arrêt *Ruzic* a décidé que le principe du caractère involontaire au sens moral était un principe de justice fondamentale, son inclusion par interprétation dans l'art. 17 s'impose afin de respecter la règle d'interprétation législative selon laquelle que les tribunaux doivent privilégier l'interprétation constitutionnelle d'une loi.

(3) Le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte après l'arrêt *Ruzic*

[55] Suivant l'analyse faite par la Cour dans l'arrêt *Ruzic*, nous pouvons conclure que les règles de common law en matière de contrainte comprennent les éléments suivants :

- des menaces explicites ou implicites de mort ou de lésions corporelles proférées contre l'accusé ou un tiers. Les menaces peuvent porter sur un préjudice futur. Bien que, traditionnellement, le degré de préjudice corporel ait été décrit comme devant être « grave », il vaut mieux examiner cette question de la gravité à l'étape de la proportionnalité, qui représente un critère capable d'établir le degré approprié de préjudice corporel;
- l'accusé croyait, pour des motifs raisonnables, que les menaces seraient mises à exécution;
- il n'existe aucun moyen de se soustraire sans danger à la menace; cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer;
- il doit exister un rapport de proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige. Cet élément doit également être évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- l'accusé n'a participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte, et savait vraiment que les menaces et la contrainte

coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association.

[56] We will discuss these elements in turn.

(a) *Threat of Death or Bodily Harm*

[57] For an accused to be able to rely on the common law defence of duress, there must have been a threat of death or bodily harm. This threat does not necessarily need to be directed at the accused (*Ruzic*, at para. 54). It can be either explicit or implied (*R. v. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (Ont. C.A.), at p. 320; see also *R. v. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1 (C.A.)).

[58] The strict immediacy or imminence requirement found in the defence of necessity was not imported into the common law defence of duress. Rather, this immediacy requirement is “interpreted as a requirement of a close connection in time, between the threat and its execution in such a manner that the accused loses the ability to act freely” (*Ruzic*, at para. 65). This position was also held in *Langlois*, where Fish J.A. (as he then was) held that the issue is not the immediacy or imminence of the threat, but whether “the accused failed to avail himself or herself of some opportunity to escape or to render the threat ineffective” (*R. v. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28 (Que. C.A.), at p. 50). The lack of a strict immediacy requirement not only strengthens the assertion that threats can be made to third parties, but also supports the conclusion in *Ruzic*, at para. 86, that the threats made can be of future harm.

[59] The harm threatened must be death or bodily harm. Traditionally, courts have qualified this bodily harm as needing to be “grievous” or “serious” (see, e.g., *Hibbert*, at paras. 21 and 23). However, this higher threshold is not necessary in light of the existence of the proportionality requirement — inherent in the principle of moral involuntariness

l’incitant à commettre une infraction criminelle constituait une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels.

[56] Examinons maintenant chacun de ces éléments.

a) *Menaces de mort ou de lésions corporelles*

[57] Pour qu’un accusé puisse invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, il doit y avoir eu menaces de mort ou de lésions corporelles. Ces menaces ne doivent pas nécessairement être proférées contre l’accusé (*Ruzic*, par. 54). Elles peuvent être explicites ou implicites (*R. c. Mena* (1987), 34 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Ont.), p. 320; voir également *R. c. McRae* (2005), 77 O.R. (3d) 1 (C.A.)).

[58] L’exigence stricte d’immédiateté ou d’imminence que l’on retrouve dans le moyen de défense fondé sur la nécessité n’a pas été introduite dans le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. De fait, cette exigence d’immédiateté est plutôt « interprété[e] comme exigeant la présence d’un lien temporel si étroit entre les menaces et leur mise à exécution que l’accusé devient incapable d’agir librement » (*Ruzic*, par. 65-66). Ce point de vue se retrouve aussi dans l’arrêt *Langlois*, où le juge Fish (maintenant juge à la Cour suprême) a conclu que la question en litige n’était ni l’immédiateté ni l’imminence des menaces, mais plutôt celle de savoir si [TRADUCTION] « l’accusé a omis de saisir une occasion de s’en sortir ou d’échapper aux menaces » (*R. c. Langlois* (1993), 80 C.C.C. (3d) 28 (C.A. Qué.), p. 50). L’absence d’exigence stricte d’immédiateté non seulement renforce l’affirmation voulant que des menaces puissent être faites à des tiers, mais aussi la conclusion tirée dans *Ruzic*, par. 86, que les menaces proférées peuvent avoir trait à un préjudice futur.

[59] Le préjudice que l’on menace de causer doit être la mort ou des lésions corporelles. Traditionnellement, les tribunaux ont affirmé que les lésions corporelles devaient être « graves » (voir, p. ex., *Hibbert*, par. 21 et 23). Toutefois, ce critère plus exigeant n’est pas nécessaire. En effet, l’existence de l’exigence de proportionnalité —

— which acts as the ultimate barrier for those who seek to rely on the defence.

[60] At section 2, the *Criminal Code* defines the term “bodily harm” as “any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature”. Removing the “grievous” or “serious” element of the bodily harm requirement and dealing with the requisite degree of harm at the proportionality stage will not unduly broaden the common law defence of duress. The two-pronged nature of the proportionality requirement, a concept which we will more fully develop below, will prevent such an outcome. First, the harm caused must be measured against the harm threatened. Second, the accused must meet society’s standards for the reasonable person similarly situated, which includes a capacity to resist the threat to some degree.

[61] Theoretically, it could be possible to have caused less harm than threatened, yet still not be afforded the defence of duress because the behaviour and reaction of the accused as a whole is judged unacceptable for that individual in that particular circumstance. For example, inflicting quite minor harm in reaction to the threat of quite minor harm might fulfill the “equal or lesser harm” requirement, but would certainly not constitute a situation where society would be ready to excuse the act as morally involuntary.

[62] If the threat is of insufficient seriousness, the offence committed in reaction to that threat cannot be proportional. The voluntariness of an act depends on its proportionality: an individual cannot claim to have lost the ability to act freely when the harm threatened does not meet society’s threshold. For these reasons, the degree of bodily harm that

inhérente au principe du caractère involontaire au sens moral — constitue un obstacle ultime pour les personnes qui tentent d’invoquer ce moyen de défense.

[60] À son art. 2, le *Code criminel* définit comme suit le terme « lésions corporelles » : « Blessure qui nuit à la santé et au bien-être d’une personne et qui n’est pas de nature passagère ou sans importance. » Le retrait de l’élément de « gravité » de l’exigence relative aux lésions corporelles et l’examen du degré exigé de préjudice à l’étape de la proportionnalité n’élargiront pas indûment la portée du moyen de défense de common law fondé sur la contrainte. En effet, le double aspect de l’exigence de proportionnalité, une caractéristique que nous analyserons davantage un peu plus loin, évitera un tel résultat. Premièrement, le préjudice causé doit être évalué en fonction du préjudice dont on est menacé. Deuxièmement, la conduite de l’accusé doit satisfaire aux normes de la société relatives à la personne raisonnable qui se trouve dans une situation similaire, qui incluent la capacité d’opposer une certaine résistance à la menace.

[61] En théorie, il pourrait advenir qu’un accusé ait causé un préjudice moins grave que celui dont il a été menacé, sans pourtant pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte parce que son comportement et sa réaction, dans leur ensemble, sont jugés inacceptables pour une personne similaire placée dans cette circonstance particulière. Par exemple, le fait d’infliger un préjudice plutôt mineur en réaction à la menace de se voir infliger un préjudice plutôt mineur pourrait satisfaire à l’exigence du « préjudice égal ou moindre », mais ne constituerait certes pas une situation où la société serait disposée à excuser l’acte en raison de son caractère involontaire au sens moral.

[62] Si les menaces ne sont pas assez graves, l’infraction commise en réaction à celles-ci ne peut pas être proportionnelle. Le caractère volontaire d’un acte dépend de sa proportionnalité : une personne ne peut pas prétendre avoir perdu la capacité d’agir librement lorsque le préjudice dont on la menace ne rencontre pas les normes

will make the defence available is best dealt with at the proportionality stage.

[63] Therefore, in order to fulfill this first requirement of the common law defence of duress, there must have been an explicit or implicit, present or future threat of death or bodily harm, directed at the accused or a third person.

(b) *Reasonable Belief that Threat Will Be Carried Out*

[64] In addition, the accused must have reasonably believed that the threat would be carried out. This element is analyzed on a modified objective basis, that is, according to the test of the reasonable person similarly situated.

(c) *No Safe Avenue of Escape*

[65] This element of the common law defence was specifically addressed in *Ruzic*, at para. 61. Once again, the test, evaluated on a modified objective basis, is that of a reasonable person similarly situated:

The courts will take into consideration the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics. The process involves a pragmatic assessment of the position of the accused, tempered by the need to avoid negating criminal liability on the basis of a purely subjective and unverifiable excuse.

In other words, a reasonable person in the same situation as the accused and with the same personal characteristics and experience would conclude that there was no safe avenue of escape or legal alternative to committing the offence. If a reasonable person similarly situated would think that there was a safe avenue of escape, the requirement is not

de la société relativement à la conduite d'une personne raisonnable. Pour ces motifs, la question du degré de gravité des lésions corporelles qui rendra possible le recours au moyen de défense se réglera plus adéquatement à l'étape de l'étude de la proportionnalité.

[63] Par conséquent, afin de satisfaire à cette première exigence justifiant le recours au moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, il faut que des menaces, explicites ou implicites, de mort ou de lésions corporelles, actuelles ou futures, aient été proférées contre l'accusé ou un tiers.

(b) *Motifs raisonnables de croire que les menaces seront mises à exécution*

[64] Par ailleurs, l'accusé doit aussi avoir eu des motifs raisonnables de croire que les menaces seraient mises à exécution. Cet élément est analysé en fonction d'une norme objective modifiée, c'est-à-dire selon le critère de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire.

(c) *Aucun moyen de s'en sortir sans danger*

[65] Cet élément du moyen de défense de common law a été expressément examiné dans l'affaire *Ruzic*, par. 61. Une fois encore, le critère, évalué en fonction d'une norme objective modifiée, est celui de la personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire :

Les tribunaux prendront en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles. Le processus comporte une appréciation pragmatique de la situation de l'accusé, tempérée par la nécessité d'éviter d'écarter la responsabilité criminelle sur la foi d'une excuse purement subjective et invérifiable.

En d'autres mots, une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire à celle de l'accusé et possédant les mêmes caractéristiques personnelles et la même expérience conclurait qu'il n'y avait aucun moyen de s'en sortir sans danger ni aucun autre choix légal que de commettre l'infraction. Si une personne raisonnable se trouvant

met and the acts of the accused cannot be excused using the defence of duress because they cannot be considered as morally involuntary.

(d) *Close Temporal Connection*

[66] The element of close temporal connection between the threat and the harm threatened, mentioned above, serves to restrict the availability of the common law defence to situations where there is a sufficient temporal link between the threat and the offence committed.

[67] This requirement in no way precludes the availability of the defence for cases where the threat is of future harm. For example, the accused in *Ruzic* was able to rely on the defence even though the threat was to harm her mother in the event that she did not smuggle the drugs from Belgrade to Toronto as ordered, a task that would take several days to accomplish.

[68] The first purpose of the close temporal connection element is to ensure that there truly was no safe avenue of escape for the accused. If the threat is too far removed from the accused's illegal acts, it will be difficult to conclude that a reasonable person similarly situated had no option but to commit the offence. The temporal link between the threat and the harm threatened is necessary to demonstrate the degree of pressure placed on the accused.

[69] The second purpose of the close temporal connection requirement is to ensure that it is reasonable to believe that the threat put so much pressure on the accused that between this threat and the commission of the offence, "the accused los[t] the ability to act freely" (*Ruzic*, at para. 65). It thus

dans une situation similaire aurait estimé qu'il *existait* un moyen de s'en sortir sans danger, l'exigence n'est pas satisfaite. Les actes de l'accusé ne peuvent alors être excusés sur la base de moyen de défense fondé sur la contrainte parce qu'ils ne peuvent être considérés comme involontaires au sens moral.

d) *Lien temporel étroit*

[66] L'exigence d'un lien temporel étroit entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer, dont nous avons déjà discuté, permet de limiter la possibilité d'invoquer le moyen de défense de common law aux situations dans lesquelles il existe un lien temporel suffisant entre les menaces et l'infraction commise.

[67] Cependant, cette exigence n'empêche pas une personne d'invoquer le moyen de défense dans les cas où les menaces ont trait à un préjudice futur. Par exemple, l'accusée a pu l'invoquer dans l'arrêt *Ruzic*, même si l'objet des menaces était de s'en prendre à sa mère dans le cas où, malgré ce qu'on lui avait ordonné, elle ne passait pas de la drogue en contrebande de Belgrade à Toronto, une opération dont la réalisation exigerait quelques jours.

[68] L'objectif premier de l'exigence d'un lien temporel étroit est de vérifier l'absence réelle de tout autre moyen pour l'accusé de se soustraire sans danger à la menace. Lorsque les menaces auront été proférées trop longtemps avant la perpétration des actes illégaux par l'accusé, il sera difficile de conclure qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire n'aurait eu d'autre choix que de commettre l'infraction. Le lien temporel entre les menaces et le préjudice que l'on menace de causer devient nécessaire pour démontrer le degré de pression exercée sur l'accusé.

[69] Le deuxième objectif de l'exigence d'un lien temporel étroit est de s'assurer du caractère raisonnable de la croyance que les menaces ont exercé tellement de pression sur l'accusé qu'entre le moment où ces menaces ont été proférées et celui de la perpétration de l'infraction, « l'accusé [est

serves to determine if the accused truly acted in an involuntary manner.

(e) *Proportionality*

[70] Proportionality is inherent in the principle of moral involuntariness. “[T]his involuntariness is measured on the basis of society’s expectation of appropriate and normal resistance to pressure” (*Perka*, at p. 259). Part of the analysis involves making a determination of whether the harm threatened is equal to or greater than the harm caused.

[71] The test for determining whether an act was proportional is therefore two-pronged, and was set out by Dickson J. in *Perka*, at p. 252:

There must be some way of assuring proportionality. No rational criminal justice system, no matter how humane or liberal, could excuse the infliction of a greater harm to allow the actor to avert a lesser evil. . . . According to Fletcher, this requirement is also related to the notion of voluntariness [(G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at p. 804)]:

. . . if the gap between the harm done and the benefit accrued becomes too great, the act is more likely to appear voluntary and therefore inexcusable. . . . Determining this threshold is patently a matter of moral judgment about what we expect people to be able to resist in trying situations. A valuable aid in making that judgment is comparing the competing interests at stake and assessing the degree to which the actor inflicts harm beyond the benefit that accrues from his action. [Emphasis added.]

[72] In other words, the “moral voluntariness” of an act must depend on whether it is proportional to the threatened harm. To determine if the proportionality requirement is met, two elements must be considered: the difference between the nature and magnitude of the harm threatened and the offence committed, as well as a general moral judgment regarding the accused’s behaviour in the

devenu] incapable d’agir librement » (*Ruzic*, par. 65). Dans ce cas, l’exigence permet donc de déterminer si l’accusé a vraiment agi de manière involontaire.

e) *Proportionnalité*

[70] La proportionnalité est inhérente au principe du caractère involontaire au sens moral. « [C]e caractère involontaire se mesure en fonction de ce que la société considère comme une résistance normale et appropriée à la pression » (*Perka*, p. 259). Une partie de l’analyse consiste à déterminer si le préjudice dont on a été menacé est au moins aussi grave que le préjudice causé.

[71] Le critère qui permet de déterminer le caractère proportionnel d’un acte comporte donc deux volets. Le juge Dickson a expliqué ce critère dans l’arrêt *Perka*, p. 252 :

Il doit y avoir un moyen quelconque d’assurer la proportionnalité. Aucun système raisonnable de justice criminelle, si libéral et humanitaire soit-il, ne pourrait excuser l’imposition d’un mal plus grand afin de permettre à l’auteur de l’acte d’éviter un moindre mal. [. . .] Selon Fletcher, cette exigence se rattache aussi à la notion du caractère volontaire [(G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), p. 804)] :

[TRADUCTION] . . . si l’écart entre le mal causé et l’avantage tiré devient trop considérable, l’acte sera plus susceptible d’être considéré comme volontaire et donc inexcusable. [. . .] La détermination de ce seuil relève manifestement d’une appréciation morale de ce à quoi on s’attend qu’une personne puisse résister dans des situations difficiles. Un moyen utile d’effectuer cette appréciation consiste à comparer les intérêts opposés qui sont en jeu et à évaluer la mesure dans laquelle le mal causé par une personne dépasse l’avantage qui découle de son acte. [Nous soulignons.]

[72] En d’autres termes, le « caractère volontaire au sens moral » d’un acte dépend de sa proportionnalité au préjudice dont on est menacé. Pour déterminer si l’exigence de la proportionnalité est satisfaite, deux éléments doivent être pris en compte : d’abord, la différence entre la nature et la gravité du préjudice dont on est menacé, d’une part, et la nature et la gravité de l’infraction commise

circumstances. These elements are to be evaluated in conjunction on a modified objective basis.

[73] The first element of proportionality requires that the harm threatened was equal to or greater than the harm inflicted by the accused (*Ruzic*, at para. 62; see also *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, at para. 31). The second element of proportionality requires a more in-depth analysis of the acts of the accused and a determination as to whether they accord with what society expects from a reasonable person similarly situated in that particular circumstance. It is at this stage that we examine if the accused demonstrated “normal” resistance to the threat. Given that the defence of duress “evolved from attempts at striking a proper balance between those conflicting interests of the accused, of the victims and of society” (*Ruzic*, at para. 60), proportionality measured on a modified objective standard is key.

[74] The evaluation of the proportionality requirement on a modified objective standard differs from the standard used in the defence of necessity, which is purely objective. While the defences of duress and necessity share the same juristic principles, according to Lamer C.J. in *Hibbert*, this does not entail that they must employ the same standard when evaluating proportionality. The Court in *Ruzic* noted that the two defences, although both categorized as excuses rooted in the notion of moral or normative involuntariness, target different types of situations. Furthermore, the temporality requirement for necessity is one of imminence, whereas the threat in a case of duress can be carried out in the future. It is therefore not so anomalous that the courts have attributed differing tests for proportionality, especially when we consider that the defences may apply under noticeably different factual circumstances.

puis, d’autre part, un jugement moral général sur le comportement de l’accusé dans les circonstances. Ces éléments doivent être évalués conjointement, en fonction d’une norme objective modifiée.

[73] Le premier élément relatif à la proportionnalité exige que le préjudice que l’on a menacé de causer soit au moins égal au préjudice infligé par l’accusé (*Ruzic*, par. 62; voir également *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 31). Le deuxième élément exige que l’on analyse de façon plus approfondie les actes de l’accusé et que l’on évalue leur conformité avec les attentes de la société à l’égard d’une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire. C’est à cette étape que nous examinons si l’accusé a opposé une résistance « normale » aux menaces proférées. Puisque le moyen de défense fondé sur la contrainte « a d’abord consisté à tenter d’établir un équilibre convenable entre les intérêts opposés de l’accusé, de la victime et de la société » (*Ruzic*, par. 60), il est essentiel de mesurer la proportionnalité en fonction d’une norme objective modifiée.

[74] Cette évaluation de l’exigence de la proportionnalité en fonction d’une norme objective modifiée comporte une différence avec la norme utilisée dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité, qui, elle, est purement objective. Bien que, selon le juge Lamer dans l’arrêt *Hibbert*, le moyen de défense fondé sur la contrainte et celui fondé sur la nécessité reposent sur les mêmes principes juridiques, le recours à une même norme pour évaluer la proportionnalité ne s’impose pas dans ces deux cas. En effet, dans l’affaire *Ruzic*, la Cour a souligné que les deux moyens de défense visaient différents types de situation, et ce, bien qu’ils soient tous les deux qualifiés d’excuses fondées sur la notion du caractère involontaire dit moral ou normatif. De plus, l’exigence relative à la temporalité dans le cas du moyen de défense fondé sur la nécessité demeure celle de l’imminence, tandis que dans le cas du moyen de défense fondé sur la contrainte, les menaces peuvent être mises à exécution dans le futur. Il n’est donc pas vraiment anormal que les tribunaux aient attribué des critères différents en matière de proportionnalité, compte tenu surtout que ces moyens de défense peuvent s’appliquer dans des circonstances factuelles nettement différentes.

(f) *Participation in a Conspiracy or Criminal Association*

[75] This statutory element has been recognized as also relevant to the common law. Recent jurisprudence has concluded that those who seek to rely on the common law defence of duress cannot do so if they knew that their participation in a conspiracy or criminal association came with a risk of coercion and/or threats to compel them to commit an offence (see *R. v. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360 (Ont. C.A.), at paras. 20-33; *R. v. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII), at para. 7; *R. v. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL), at para. 61).

[76] In *Li*, the Ontario Court of Appeal stated that voluntarily joining a conspiracy or criminal organization also has an impact on whether there was a safe avenue of escape. In that case, the accused persons had approached a criminal organization of their own volition and had later been threatened by this same group. In its analysis on the presence of an air of reality, the court stated the following:

As can be seen, the Supreme Court [in *Ruzic*] recognized the juxtaposition between a safe avenue of escape and the voluntary assumption of the risk in the first place. Both are front and centre in the case in appeal. In considering the appellants' claim that calling the local police would have been ineffective because they not only feared for themselves but also for their families in China and elsewhere, the court should be reminded of their initiative in approaching the Snakeheads in the first place, and the fact that the threats of retaliation against them and their families was sweetened by the inducement of retiring their debts to this organization. [Emphasis added; para. 32.]

[77] The Court of Appeal's conclusion stands for the proposition that courts must take into account the accused's voluntary assumption of risk, a natural corollary of the unavailability of the defence of duress to those who wilfully engage in criminal conspiracies or organizations. This is consistent with

f) *Participation à un complot ou à une association criminelle*

[75] Cet élément prévu par la loi a été reconnu comme étant également pertinent en common law. En effet, la jurisprudence récente a conclu que les personnes qui tentaient d'invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte n'y étaient pas admises si elles savaient que leur participation à un complot ou à une association criminelle comportait un risque de contrainte ou de menaces visant à les forcer à commettre une infraction (voir *R. c. Li* (2002), 162 C.C.C. (3d) 360 (C.A. Ont.), par. 20-33; *R. c. Poon*, 2006 BCSC 1158 (CanLII), par. 7; *R. c. M.P.D.*, 2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL), par. 61).

[76] Dans l'arrêt *Li*, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que la participation volontaire à un complot ou à une organisation criminelle avait aussi une incidence sur l'existence ou non d'une façon de se soustraire sans danger à une menace. Dans cette affaire, les personnes accusées avaient pris contact, de leur propre initiative, avec une organisation criminelle, et avaient ultérieurement été menacées par ce même groupe. Dans son analyse portant sur la présence d'une apparence de vraisemblance, la cour s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] Comme nous pouvons le voir, la Cour suprême [dans *Ruzic*] a reconnu en premier lieu la juxtaposition du moyen de s'en sortir sans danger et de l'acceptation volontaire du risque. Ces deux éléments sont au cœur de la cause en appel. En examinant la prétention des appelants selon laquelle il aurait été inutile de faire appel à la police locale parce qu'ils craignaient non seulement pour leur sécurité, mais également pour celle de leurs familles, en Chine et ailleurs, la cour doit se rappeler que ce sont eux qui ont d'abord pris contact avec les Snakeheads, et le fait que les menaces de représailles contre eux et leurs familles ont été atténuées par l'encouragement à rembourser leurs dettes envers cette organisation. [Nous soulignons; par. 32.]

[77] La conclusion de la Cour d'appel permet d'affirmer que les tribunaux doivent tenir compte de l'acceptation volontaire du risque, une conséquence naturelle de l'impossibilité pour les personnes ayant participé à des complots ou à des organisations criminels d'invoquer le moyen de défense fondé

the principle of moral involuntariness. An accused that, because of his or her criminal involvement, knew coercion or threats were a possibility cannot claim that there was no safe avenue of escape, nor can he or she truly be found to have committed the resulting offence in a morally involuntary manner.

[78] Therefore, to rely on the common law defence of duress, the accused must not be a party to a conspiracy or association whereby he or she is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association. In *Ruzic*, at para. 70, LeBel J. states: “Like s. 17 of the *Criminal Code*, the English jurisprudence has precluded resort to the defence where the threats are made by a criminal organization which the accused voluntarily joined and knew might pressure him to engage in criminal activity (*R. v. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. v. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL))” (emphasis added).

[79] There is division of opinion as to whether the accused’s knowledge of potential threats or coercion is evaluated on a subjective or objective standard. According to Yeo, the above-cited conclusion in *Ruzic* is consistent with Australian law, which only denies the defence of duress to those who were actually aware of the risk of being coerced by the criminal association (S. Yeo, “Defining Duress” (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293, at p. 315). A subjective standard is also applied in the United States (*United States v. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (D. Minn. 2009); *United States v. Gamboa*, 439 F.3d 796 (8th Cir. 2006); *United States v. Montes*, 602 F.3d 381 (5th Cir. 2010)). Baker, however, seems to reject a purely subjective standard. According to him, the test should be whether the accused “[r]ecklessly or negligently placed himself in a situation in which it was probable that he would be forced to commit a criminal act” (para. 25-044).

sur la contrainte. Cette conclusion respecte le principe du caractère involontaire au sens moral. L’accusé qui, en raison de sa participation à des activités criminelles, était conscient qu’il pouvait être victime de contrainte ou de menaces ne saurait prétendre qu’il ne disposait d’aucun moyen de s’en sortir sans danger. On ne peut pas, non plus, vraiment conclure qu’il a commis l’infraction en cause d’une manière involontaire au sens moral.

[78] Par conséquent, pour invoquer le moyen de défense de common law fondé sur la contrainte, il ne faut pas que l’accusé ait participé à un complot ou à une association qui le soumette à la contrainte, et ait vraiment su que les menaces et la contrainte l’incitant à commettre une infraction constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels. Dans *Ruzic*, par. 70, le juge LeBel s’exprime comme suit : « À l’instar de l’art. 17 du *Code criminel*, la jurisprudence anglaise ne permet pas d’invoquer la contrainte qui résulte des menaces proférées par une organisation criminelle à laquelle l’accusé s’est joint de son propre gré, en sachant qu’elle pourrait le forcer à se livrer à des activités criminelles (*R. c. Lewis* (1992), 96 Cr. App. R. 412; *R. c. Heath*, [1999] E.W.J. No. 5092 (QL)) » (nous soulignons).

[79] Les opinions restent partagées au sujet du caractère objectif ou subjectif de la connaissance par l’accusé du fait qu’il pourrait faire l’objet de menaces ou de contrainte. Selon Yeo, l’application d’un critère subjectif tirée de l’affaire *Ruzic* est conforme au droit australien, qui refuse le recours au moyen de défense fondé sur la contrainte aux seules personnes qui étaient vraiment conscientes du risque d’être soumises à la contrainte par une association criminelle (S. Yeo, « Defining Duress » (2002), 46 *Crim. L.Q.* 293, p. 315). Une norme subjective est également appliquée aux États-Unis (*United States c. Burnes*, 666 F.Supp.2d 968 (D. Minn. 2009); *United States c. Gamboa*, 439 F.3d 796 (8th Cir. 2006); *United States c. Montes*, 602 F.3d 381 (5th Cir. 2010)). Baker, toutefois, semble rejeter une norme purement subjective. Selon lui, le critère devrait consister à déterminer si l’accusé, [TRADUCTION] « par insouciance ou négligence, s’est placé dans une situation dans laquelle il était probable qu’il serait contraint de commettre un acte criminel » (par. 25-044).

[80] We think that the subjective standard is more in line with the principle of moral involuntariness. If the accused voluntarily puts him or herself in a position where he or she could be coerced, then we cannot conclude that there was no safe avenue of escape and that the ensuing actions were morally involuntary.

IV. Summary

[81] The defence of duress, in its statutory and common law forms, is largely the same. The two forms share the following common elements:

- There must be an explicit or implicit threat of present or future death or bodily harm. This threat can be directed at the accused or a third party.
- The accused must reasonably believe that the threat will be carried out.
- There is no safe avenue of escape. This element is evaluated on a modified objective standard.
- A close temporal connection between the threat and the harm threatened.
- Proportionality between the harm threatened and the harm inflicted by the accused. The harm caused by the accused must be equal to or no greater than the harm threatened. This is also evaluated on a modified objective standard.
- The accused is not a party to a conspiracy or association whereby the accused is subject to compulsion and actually knew that threats and coercion to commit an offence were a possible result of this criminal activity, conspiracy or association.

[80] À notre avis, la norme subjective s'harmonise davantage avec le principe du caractère involontaire au sens moral. Si l'accusé se place de son plein gré dans une situation où il pourrait faire l'objet de contrainte, nous ne pouvons pas conclure qu'il ne disposait d'aucun moyen de s'en sortir sans danger ni que, par la suite, ses actes étaient moralement involontaires.

IV. Résumé

[81] La version législative ainsi que la version de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte sont en grande partie identiques. Elles partagent en effet les éléments constitutifs suivants :

- il doit y avoir eu des menaces explicites ou implicites de causer la mort ou des lésions corporelles, dans l'immédiat ou dans le futur. Ces menaces peuvent viser l'accusé ou un tiers;
- l'accusé doit croire, pour des motifs raisonnables, que ces menaces seront mises à exécution;
- il n'existe aucun moyen de s'en sortir sans danger. Cet élément est évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- il doit exister un lien temporel étroit entre les menaces proférées et le préjudice qu'on menace de causer;
- il doit y avoir proportionnalité entre le préjudice dont l'accusé est menacé et celui qu'il inflige. Le préjudice causé par l'accusé ne doit pas être plus grave que celui dont il a été menacé. Cet élément est aussi évalué en fonction d'une norme objective modifiée;
- l'accusé n'a participé à aucun complot ni à aucune association le soumettant à la contrainte, et savait vraiment que les menaces et la contrainte l'incitant à commettre une infraction criminelle constituaient une conséquence possible de cette activité, de ce complot ou de cette association criminels.

[82] Certain differences remain.

[83] The first is that, as was established in *Paquette* and confirmed in *Ruzic*, the statutory defence applies to principals, while the common law defence is available to parties to an offence. The second is that the statutory version of the defence has a lengthy list of exclusions, whereas it is unclear in the Canadian common law of duress whether any offences are excluded. This results in the rather incoherent situation that principals who commit one of the enumerated offences cannot rely on the defence of duress while parties to those same offences, however, can.

[84] This is an unsatisfactory state of the law, but one which we think we are not able to confront in this case. Although we had the benefit of extensive argument about the parameters of the common law and statutory defences of duress, understandably no argument was presented about the statutory exclusions. In addition, some courts have found some of these exclusions to be constitutionally infirm. We accordingly leave to another day the questions of the status of the statutory exclusions and what, if any, exclusions apply at common law.

V. Disposition

[85] We would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

The following are the reasons delivered by

[86] FISH J. (dissenting in part) — I agree with Justices LeBel and Cromwell, for the reasons they have given, that the defence of duress was not available to the respondent in this case. As a result, the respondent's acquittal must be set aside.

[82] Certaines différences subsistent néanmoins.

[83] D'abord, comme l'arrêt *Paquette* l'a décidé et comme l'arrêt *Ruzic* l'a confirmé, le moyen de défense prévu par la loi s'applique aux auteurs principaux des infractions, alors que le moyen de défense reconnu par la common law peut être invoqué par les personnes ayant participé aux infractions. Ensuite, la version législative du moyen de défense comporte une longue liste d'exclusions, tandis qu'on peut se demander si la common law canadienne en matière de contrainte comporte des exclusions. Il en résulte une situation plutôt incohérente où les auteurs principaux de l'une des infractions énumérées ne peuvent invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte alors que les personnes ayant participé à l'une de ces mêmes infractions le peuvent.

[84] Les règles de droit en la matière laissent donc à désirer, mais nous estimons ne pouvoir corriger la situation en la présente instance. Bien que nous ayons pu profiter d'une argumentation étoffée sur les paramètres des moyens de défense fondés sur la contrainte prévus par la loi et la common law, aucun argument, comme on peut bien le comprendre, n'a été soumis au sujet des exclusions prévues par la loi. En outre, certains tribunaux ont conclu que certaines de ces exclusions étaient inconstitutionnelles. Nous reportons donc à une autre occasion l'examen des questions relatives à la situation des exclusions prévues par la loi, ainsi que la question de savoir quelles exclusions, s'il en est, s'appliquent en common law.

V. Dispositif

[85] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner l'arrêt des procédures.

Version française des motifs rendus par

[86] LE JUGE FISH (dissident en partie) — Je suis d'accord avec les juges LeBel et Cromwell pour dire, pour les motifs qu'ils exposent, que l'intimée en l'espèce ne pouvait invoquer le moyen de défense fondé sur la contrainte. Par conséquent, l'acquiescement de l'intimée doit être annulé.

[87] With respect, however, I am not persuaded that a judicial stay of proceedings is warranted on the record before us.

[88] The criteria for granting a stay — a drastic remedy of last resort — are well established (see *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, at paras. 75-76; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paras. 53-54; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paras. 53 and 86; and *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 82). The Court has made clear that a stay of proceedings is available only in “the clearest of cases” (*Charkaoui*, at para. 76; *O'Connor*, at para. 82).

[89] These criteria, in my view, are not satisfied in this case.

[90] Accordingly, I would instead order a new trial, leaving it to the Crown to determine, in the exercise of its discretion, whether the public interest requires that a new trial be had. In making this determination, the Crown should bear in mind the particular circumstances of the case: On one hand, the trial judge’s factual findings favourable to the respondent; on the other, uncontested evidence that the respondent considered for seven months having her husband killed, paid a “hit man” \$25,000 to do the job and, when that failed, attempted twice more to arrange for her husband’s demise.

Appeal allowed, FISH J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondent: Pink Larkin, Halifax; Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

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

[87] Avec égards toutefois, je ne suis pas convaincu que le dossier qui nous a été présenté justifie un arrêt judiciaire des procédures.

[88] Les critères applicables pour décider s’il y a lieu d’accorder un arrêt des procédures — une réparation draconienne de dernier recours — sont bien établis (voir *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, par. 75-76; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 53-54; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 53 et 86; et *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 82). La Cour a bien précisé qu’un arrêt des procédures ne peut être accordé que « dans les cas les plus manifestes » (*Charkaoui*, par. 76; *O’Connor*, par. 82).

[89] Selon moi, ces critères ne sont pas remplis en l’espèce.

[90] En conséquence, je suis d’avis d’ordonner plutôt la tenue d’un nouveau procès et de laisser au ministère public le soin de décider, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, s’il est dans l’intérêt public de tenir un nouveau procès. En prenant sa décision, le ministère public devrait prendre en compte les circonstances particulières de l’espèce : d’une part, les constatations de fait favorables à l’intimée tirées par le juge du procès; d’autre part, la preuve incontestée que l’intimée a envisagé pendant sept mois de faire tuer son mari, qu’elle a versé à cette fin 25 000 \$ à un « tueur à gages » et, après cet échec, qu’elle a tenté à deux autres reprises de faire tuer son mari.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident en partie.

Procureur de l’appelante : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureurs de l’intimée : Pink Larkin, Halifax; Greenspan Humphrey Lavine, Toronto.

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

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the Women's Legal Education and Action Fund: University of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Université de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Harry Persaud Sanichar *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SANICHAR

2013 SCC 4

File No.: 34720.

2012: December 6; 2013: January 24.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Trial judge convicting accused of several charges involving physical and sexual abuse — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — Whether appeal raises question of law — Whether Court of Appeal erred in setting aside convictions and ordering new trial.

Held (Fish J. dissenting): The motion to quash the appeal should be dismissed. The appeal should be allowed and the convictions should be restored.

Per McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The trial judge did not apply wrong legal principles in assessing the reliability of the complainant's evidence or in his application of the burden of proof. This appeal raises a question of law, namely whether the trial judge was required to self-instruct on the dangers of convicting because the complainant's evidence related to events from the distant past; suffered from various frailties; and stood alone where confirmatory evidence might reasonably have been expected to exist.

Per Fish J. (dissenting): The reasons of the majority in the Court of Appeal contain no assertion — either express or implied — that the trial judge was required as a matter of law to self-instruct on the dangers mentioned by Justice Karakatsanis. Moreover, the dissent in the Court of Appeal is not based on any disagreement, real or imputed, with the majority's reasons regarding self-instruction. Rather, it relates to questions of fact or,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Harry Persaud Sanichar *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. SANICHAR

2013 CSC 4

N° du greffe : 34720.

2012 : 6 décembre; 2013 : 24 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Appels — Accusé déclaré coupable au procès relativement à plusieurs chefs d'accusation liés à des sévices corporels et des agressions sexuelles — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Le pourvoi soulève-t-il une question de droit? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les déclarations de culpabilité et en ordonnant un nouveau procès?

Arrêt (le juge Fish est dissident) : La requête en cassation de l'appel est rejetée. Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : Le juge du procès n'a pas fait appel à des principes juridiques erronés en appréciant la fiabilité du témoignage de la plaignante ou en appliquant le fardeau de la preuve. Le pourvoi soulève une question de droit, à savoir si le juge du procès était tenu de se mettre en garde contre les dangers d'une déclaration de culpabilité, car le témoignage de la plaignante portait sur des faits qui datent d'un passé lointain, comportait diverses faiblesses et n'était pas corroboré alors qu'il aurait été raisonnable de s'attendre à l'existence d'une preuve confirmatoire.

Le juge Fish (dissident) : Les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel ne renferment aucune affirmation — expresse ou implicite — que le juge du procès était tenu en droit de se mettre en garde contre les dangers que mentionne la juge Karakatsanis. En outre, la dissidence en Cour d'appel ne repose pas sur un désaccord, réel ou imputé, avec les motifs des juges majoritaires concernant la mise en garde. Elle a plutôt

at best, questions of mixed fact and law. Pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, the Crown may only appeal to this Court on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, which plainly is not the case here.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197.

By Fish J. (dissenting)

R. v. McGrath, [2000] O.J. No. 5735 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 693(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Cronk and Blair J.J.A.), 2012 ONCA 117, 288 O.A.C. 164, 280 C.C.C. (3d) 500, 92 C.R. (6th) 303, [2012] O.J. No. 748 (QL), 2012 CarswellOnt 1914, setting aside the accused's convictions entered by Newbould J., [2008] O.J. No. 4993 (QL), and ordering a new trial. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

Christine Bartlett-Hughes and Holly Loubert, for the appellant.

Mark C. Halfyard and Michael Dineen, for the respondent.

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

[1] KARAKATSANIS J. — We are satisfied, for the reasons of Laskin J.A., that the trial judge did not err, and more particularly, did not apply wrong legal principles in assessing the reliability of the complainant's evidence or in his application of the burden of proof.

trait à des questions de fait ou, au mieux, des questions mixtes de fait et de droit. Selon l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, le ministère public peut uniquement interjeter appel à notre Cour sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt mentionné : *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. McGrath, [2000] O.J. No. 5735 (QL).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 693(1)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Cronk et Blair), 2012 ONCA 117, 288 O.A.C. 164, 280 C.C.C. (3d) 500, 92 C.R. (6th) 303, [2012] O.J. No. 748 (QL), 2012 CarswellOnt 1914, qui a annulé les déclarations de culpabilité inscrites par le juge Newbould, [2008] O.J. No. 4993 (QL), et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

Christine Bartlett-Hughes et Holly Loubert, pour l'appelante.

Mark C. Halfyard et Michael Dineen, pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Nous sommes convaincus, pour les motifs exposés par le juge Laskin de la Cour d'appel, que le juge du procès n'a pas commis d'erreur et, plus particulièrement, qu'il n'a pas fait appel à des principes juridiques erronés en appréciant la fiabilité du témoignage de la plaignante ou en appliquant le fardeau de la preuve.

[2] The majority of the Ontario Court of Appeal found that the approach taken by the trial judge in assessing the complainant's evidence was based on wrong legal principles (2012 ONCA 117, 288 O.A.C. 164). In particular, the majority held that in the circumstances of this case, the trial judge was required to self-instruct on the dangers of convicting because the complainant's evidence related to events from the distant past; suffered from various frailties; and stood alone where confirmatory evidence might reasonably have been expected to exist, and his failure to do so constituted a legal error.

[3] Laskin J.A. disagreed. In his view, the issue of whether to self-instruct in this manner was discretionary on the part of the trial judge and there was no requirement that he do so as a matter of law. We agree with his assessment of the matter. Viewed in that light, his dissenting reasons raise a question of law: see *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paras. 29-30.

[4] The respondent's motion to quash the appeal is dismissed. The appeal is allowed and the convictions are restored, for the reasons of Laskin J.A.

The following are the reasons delivered by

[5] FISH J. (dissenting) — Unlike Justice Karakatsanis, and with the greatest of respect, I would grant the respondent's motion to quash this appeal.

[6] My colleague writes:

... the majority [in the Court of Appeal] held that in the circumstances of this case, *the trial judge was required* to self-instruct on the dangers of convicting because the complainant's evidence related to events from the distant past; suffered from various frailties; and stood alone where confirmatory evidence might reasonably have been

[2] De l'avis des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, l'approche suivie par le juge du procès pour apprécier le témoignage de la plaignante reposait sur des principes juridiques erronés (2012 ONCA 117, 288 O.A.C. 164). Tout particulièrement, les juges majoritaires ont conclu que, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès était tenu de se mettre en garde contre les dangers d'une déclaration de culpabilité, car le témoignage de la plaignante portait sur des faits qui datent d'un passé lointain, comportait diverses faiblesses et n'était pas corroboré alors qu'il aurait été raisonnable de s'attendre à l'existence d'une preuve confirmatoire, et que, en conséquence, son omission de le faire constituait une erreur de droit.

[3] Le juge Laskin a pour sa part exprimé son désaccord. Selon lui, la décision de se formuler une telle mise en garde relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et ce dernier n'avait aucune obligation en droit de le faire. Nous souscrivons à son appréciation de cette question. Considérés sous cet angle, ses motifs de dissidence soulèvent une question de droit : voir *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, par. 29-30.

[4] La requête en cassation de l'appel présentée par l'intimé est rejetée. Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies, pour les motifs exposés par le juge d'appel Laskin.

Version française des motifs rendus par

[5] LE JUGE FISH (dissident) — Contrairement à la juge Karakatsanis, et soit dit avec égards, je suis d'avis d'accueillir la requête en cassation de l'appel présentée par l'intimé.

[6] Ma collègue écrit ce qui suit :

... les juges majoritaires [de la Cour d'appel] ont conclu que, dans les circonstances de l'espèce, *le juge du procès était tenu* de se mettre en garde contre les dangers d'une déclaration de culpabilité, car le témoignage de la plaignante portait sur des faits qui datent d'un passé lointain, comportait diverses faiblesses et n'était pas

expected to exist, *and his failure to do so constituted a legal error.* [Emphasis added; para. 2.]

[7] I have three observations in this regard.

[8] First, I am unable to find in the reasons of the majority any assertion — express or implied — that the trial judge was required as a matter of law to self-instruct on the dangers mentioned by my colleague.

[9] Rather, Blair J.A., speaking for the majority, merely described as “sensible” the “idea that trial judges *should consider* the ‘need to self-instruct on the frailties of evidence concerning events from the distant past’ . . . for all of the reasons summarized in *McGrath*” (2012 ONCA 117, 288 O.A.C. 164, at para. 41; citing *R. v. McGrath*, [2000] O.J. No. 5735 (QL) (S.C.J.), at paras. 11-15 (emphasis added)).

[10] Moreover, there is no dispute that the factors set out by my colleague are all present in this case. And I agree that it is sensible, as Justice Blair held, for trial judges to “consider the need to self-instruct” on the frailties of the evidence in cases where these factors are likewise present.

[11] My second observation is that nothing in the reasons of Laskin J.A., the dissenting justice in the Court of Appeal, suggests that he was of a different view in this regard. On the contrary, Justice Laskin agreed that it may be sensible for trial judges to consider the need to self-instruct in such cases, but added that they are not legally required to do so expressly (paras. 70-71).

[12] Justice Blair did not say that they were. Rather, as we have seen, he simply found it logical or prudent — “sensible”, as he put it — for trial judges to *consider the need* for a self-instruction of this sort. He then took care to add that “[e]ach case will depend upon its own circumstances”, and made plain that he did “not mean to suggest that

corroboré alors qu’il aurait été raisonnable de s’attendre à l’existence d’une preuve confirmatoire, *et que, en conséquence, son omission de le faire constituait une erreur de droit.* [Italiques ajoutés; par. 2]

[7] J’ai trois observations à cet égard.

[8] Premièrement, je ne puis trouver dans les motifs des juges majoritaires aucune affirmation — expresse ou implicite — que le juge du procès était tenu en droit de se mettre en garde contre les dangers que mentionne ma collègue.

[9] S’exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Blair a plutôt simplement qualifié de [TRADUCTION] « judicieuse » « l’idée que les juges du procès *devraient envisager* le “besoin de se mettre en garde contre les faiblesses du témoignage concernant des faits qui datent d’un passé lointain” [. . .] et ce pour toutes les raisons résumées dans *McGrath* » (2012 ONCA 117, 288 O.A.C. 164, par. 41; citant *R. c. McGrath*, [2000] O.J. No. 5735 (QL) (C.S.J.), par. 11-15 (italiques ajoutés)).

[10] En outre, nul ne conteste que les facteurs qu’énonce ma collègue sont tous présents en l’espèce. Et je suis d’accord avec le juge Blair pour dire qu’il est judicieux pour les juges du procès [TRADUCTION] « d’envisager le besoin de se mettre en garde » contre les faiblesses du témoignage dans les cas où ces facteurs sont également présents.

[11] Deuxièmement, les motifs du juge Laskin, le juge dissident en Cour d’appel, ne laissent aucunement entendre qu’il ne partageait pas l’avis de la majorité sur ce point. Au contraire, le juge Laskin estimait qu’il peut être judicieux pour les juges du procès d’envisager le besoin de se mettre en garde dans de tels cas, mais il a ajouté qu’ils ne sont pas tenus en droit de le faire expressément (par. 70-71).

[12] Le juge Blair n’a pas dit qu’ils étaient tenus de le faire. Comme nous l’avons vu, il a plutôt simplement estimé qu’il était logique ou prudent — il a employé le terme [TRADUCTION] « judicieux » — pour les juges du procès d’*envisager le besoin* d’une mise en garde de la sorte. Il a alors pris soin d’ajouter que « [c]haque cas dépendra des circonstances qui

some type of formal instruction need necessarily be given” (para. 41).

[13] Justice Blair’s ensuing statement confirms, in my view, that an express self-instruction was *not* legally required by the majority in the court below, even where the factors mentioned by Justice Karakatsanis are present, as in this case.

[14] What *is* required, the majority held, is that “the trial judge’s reasons should demonstrate that he or she is alert to the frailties of, and the risks associated with, such evidence, and to the need to address it with that careful scrutiny” — and, even then, only “[w]here . . . there are *objective reasons* to scrutinize carefully the reliability of a witness whose testimony is central to the proof of guilt” (para. 41 (emphasis added)).

[15] This was so in the present case, according to Justice Blair, and applied as well “in this type of case generally” (para. 41).

[16] On a fair reading of these passages, and with respect, I am unable to agree with Justice Karakatsanis that the majority in the Court of Appeal held that the trial judge was *legally required* “to self-instruct on the dangers of convicting because the complainant’s evidence related to events from the distant past; suffered from various frailties; and stood alone where confirmatory evidence might reasonably have been expected to exist”.

[17] My third observation — in itself dispositive of the present appeal — is this: Justice Laskin’s dissent was *not* based on his disagreement, real or imputed, with the majority’s reasons regarding self-instruction by the trial judge in this case, or self-instruction by trial judges generally in cases of this sort. That is apparent both from the Order of the Court of Appeal and, perhaps more significantly, from Justice Laskin’s own reasons.

lui sont propres », et a indiqué clairement qu’il « ne voulait pas dire qu’il faut nécessairement donner un genre de directive formelle » (par. 41).

[13] La déclaration du juge Blair qui en découle confirme, selon moi, que de l’avis des juges majoritaires de la cour d’appel, une mise en garde expresse n’était *pas* requise en droit, même si les facteurs que mentionne la juge Karakatsanis sont présents, ce qui est le cas en l’espèce.

[14] Ce qui *est* requis, selon les juges de la majorité, c’est que [TRADUCTION] « les motifs du juge du procès devraient démontrer qu’il est conscient des faiblesses du témoignage et des risques qu’il comporte, ainsi que de la nécessité d’examiner le témoignage avec un soin minutieux » — et, même alors, seulement « [s]’il existe [. . .] des *raisons objectives* d’examiner soigneusement la fiabilité d’un témoin dont la déposition est indispensable pour établir la culpabilité » (par. 41 (italiques ajoutés)).

[15] C’était le cas en l’espèce, selon le juge Blair, et cela s’appliquait également [TRADUCTION] « dans ce type d’affaire de façon générale » (par. 41).

[16] Avec égards, suivant une interprétation objective de ces extraits, je ne puis être d’accord avec la juge Karakatsanis pour dire que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que le juge du procès *était tenu en droit* « de se mettre en garde contre les dangers d’une déclaration de culpabilité, car le témoignage de la plaignante portait sur des faits qui datent d’un passé lointain, comportait diverses faiblesses et n’était pas corroboré alors qu’il aurait été raisonnable de s’attendre à l’existence d’une preuve confirmatoire ».

[17] Troisièmement, une observation elle-même décisive de l’issue de l’appel : la dissidence du juge Laskin *ne* reposait *pas* sur son désaccord, réel ou imputé, avec les motifs des juges majoritaires concernant la mise en garde que s’est faite le juge du procès en l’espèce, ou la mise en garde que se font les juges du procès de façon générale dans les affaires de ce genre. C’est ce qui ressort de l’ordonnance de la Cour d’appel et, peut-être de façon plus significative, des motifs du juge Laskin.

[18] According to the Order:

THIS COURT ORDERS that the appeal is allowed and a new trial ordered.

THE HONOURABLE JUSTICE LASKIN DISSIDENTING HELD that the learned trial judge did not err in his approach to the assessment of the reliability of the [complainant]’s evidence. Further, he held that the trial judge did not err in holding that the absence of police and school records corroborating the [complainant]’s evidence that she had reported that sexual abuse had taken place did not create a reasonable doubt when weighed against the other evidence of the complainant. Accordingly he would have dismissed the appeal. [A.R., vol. I, at p. 106]

[19] The Order of the Court of Appeal is in full conformity with Justice Laskin’s expressly stated reasons for disagreeing with the majority. He sets out the grounds of his dissent in these terms:

I have read the reasons of my colleague, Blair J.A. He would allow the appeal, set aside the convictions and order a new trial. He would do so for two reasons. First, he concludes that the trial judge did not properly assess the reliability of the complainant’s evidence. Second, he concludes that the trial judge failed to consider whether the absence of documentary evidence that might have corroborated the complainant’s evidence gave rise to a reasonable doubt.

I respectfully disagree with both of these conclusions. Throughout his lengthy reasons, the trial judge considered not just the credibility, but the reliability of the complainant’s evidence. Indeed, at several points he did so expressly. He addressed various concerns about the complainant’s testimony that bore on the accuracy of her evidence. And, perhaps most important, he held that it would be unsafe to act on two of the alleged incidents of sexual abuse and disregarded the complainant’s evidence of those incidents. He did so not because he found her evidence lacking in credibility, but because he found that her evidence on those two incidents was not sufficiently reliable.

The trial judge also considered the effect of the absence of police and school records, but remained convinced beyond a reasonable doubt of the appellant’s guilt

[18] Selon l’ordonnance :

[TRADUCTION] **LA COUR ORDONNE** que l’appel soit accueilli et qu’un nouveau procès soit ordonné.

L’HONORABLE JUGE LASKIN, DISSIDENT, A CONCLU que le juge du procès n’a pas commis d’erreur en appréciant comme il l’a fait la fiabilité du témoignage de la [plaignante]. Il a estimé en outre que le juge du procès n’a pas conclu à tort que, si on l’évalue par rapport au témoignage de la plaignante, l’absence de documents de la police ou de l’école confirmant le témoignage de [cette dernière] selon lequel elle avait signalé les agressions sexuelles ne soulevait pas un doute raisonnable. Par conséquent, il aurait rejeté l’appel. [d.a., vol. I, p. 106]

[19] L’ordonnance de la Cour d’appel est entièrement conforme aux motifs qu’a expressément donnés le juge Laskin pour se dissocier des juges majoritaires. Il énonce en ces termes les motifs de sa dissidence :

[TRADUCTION] J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue, le juge Blair. Il est d’avis d’accueillir l’appel, d’annuler les déclarations de culpabilité et d’ordonner un nouveau procès, et ce pour deux raisons. Premièrement, il conclut que le juge du procès n’a pas apprécié correctement la fiabilité du témoignage de la plaignante. Deuxièmement, il conclut que le juge du procès ne s’est pas demandé si l’absence de preuve documentaire qui aurait pu corroborer le témoignage de la plaignante soulevait un doute raisonnable.

Avec égards, je ne puis souscrire à ces deux conclusions. Tout au long de ses motifs élaborés, le juge du procès a examiné non seulement la crédibilité, mais aussi la fiabilité du témoignage de la plaignante. En fait, c’est ce qu’il a fait expressément à quelques reprises. Il a examiné diverses questions au sujet du témoignage de la plaignante qui touchaient l’exactitude de la preuve offerte. Et, ce qui est peut-être plus important, il a estimé qu’il serait imprudent de se prononcer relativement à deux des incidents d’agression sexuelle allégués et il a écarté le témoignage de la plaignante relatif à ces incidents. Il l’a fait non pas parce qu’il estimait que son témoignage n’était pas crédible, mais parce qu’il estimait que son témoignage au sujet de ces deux incidents n’était pas suffisamment fiable.

Le juge du procès a également pris en compte l’effet qu’a pu avoir l’absence de documents de la police et de l’école, mais il est demeuré convaincu hors de tout doute

on the basis of the complainant's evidence. That was his call to make. I would dismiss the appeal. [paras. 64-66]

[20] Neither the Order of the Court of Appeal nor the reasons of Justice Laskin are capable of supporting the Crown's submission that this appeal raises a question of law. The grounds of Justice Laskin's dissent raise questions of fact or, at best, questions of mixed fact and law.

[21] Pursuant to s. 693(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the Crown may only appeal to this Court "on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents", which plainly is not the case here.

[22] With respect for those who are of a different view, I would therefore quash this appeal for want of jurisdiction.

Appeal allowed, FISH J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.

raisonnable de la culpabilité de l'appelant en se fondant sur le témoignage de la plaignante. Cette décision lui appartenait. Je suis d'avis de rejeter l'appel. [par. 64-66]

[20] Ni l'ordonnance de la Cour d'appel, ni les motifs du juge Laskin ne peuvent appuyer la prétention du ministère public que ce pourvoi soulève une question de droit. Les motifs de dissidence du juge Laskin soulèvent des questions de fait ou, au mieux, des questions mixtes de fait et de droit.

[21] Selon l'al. 693(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, le ministère public peut uniquement interjeter appel à notre Cour « sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident », ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

[22] Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je casserais l'appel pour défaut de compétence.

Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Rusonik, O'Connor, Robbins, Ross, Gorham & Angelini, Toronto.

Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

A *Respondent*

- and -

B *Appellant*

v.

A *Respondent*

- and -

A *Appellant*

v.

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

and

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

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

File No.: 33990.

2012: January 18; 2013: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

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

Procureur général du Québec *Appelant*

c.

A *Intimée*

- et -

B *Appelant*

c.

A *Intimée*

- et -

A *Appelante*

c.

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

et

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

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

N° du greffe : 33990.

2012 : 18 janvier; 2013 : 25 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

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

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

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

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

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

— 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 interjetent appel de la décision de la Cour d’appel à l’égard de l’invalidation de l’art. 585. A pour sa part se pourvoit contre la confirmation de la validité constitutionnelle des dispositions sur le partage des biens.

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

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De plus, aucune preuve au dossier de la Cour ne permet de conclure que l'exclusion des conjoints de fait du régime primaire et de la société d'acquêts repose sur une caractérisation stéréotypée de leur situation réelle. Spécifiquement, aucun élément de preuve mis de l'avant par A ne tend à démontrer que la politique du libre choix, du consensualisme et de l'autonomie de la volonté ne correspond pas à la réalité vécue par les personnes visées. Il n'est pas possible de prendre connaissance d'office du fait que le choix du mode de conjugalité n'est pas un choix délibéré et véritable qui devrait entraîner des conséquences patrimoniales et qu'il découlerait nécessairement de l'ignorance des conjoints à l'égard des conséquences de leur statut. Un tel fait prète 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 conjugués 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.

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.

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.

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 Sanda 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 Sanda 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 Québec. 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 J.J.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’appelant/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’appelant/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 du 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 Quebeckers 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

conjoints 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’me marie, j’me 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’me marie, j’me 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 fait

- a)
- 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 « [I]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 doit 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 plaidant 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 préjudiciable 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, résumant 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,

[TRADUCTION] [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 :

[TRADUCTION] 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 surdit e 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’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 correspondance, 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, sujette 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 le 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 conjugalité 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 conjugalité : 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 conjugalité 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 *totale­ment 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.

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.

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]

Les conjoints de fait mettent leurs ressources en commun et échafaudent ensemble des projets économiques, ils se soutiennent mutuellement sur les plans financier et psychologique, et ils élèvent des enfants. [p. 2 et 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.

[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] 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.

[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] 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.*

[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. [par. 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 bénéfiques 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 infeasible burden.

[331] *Kapp* and *Withler* guide us, as a result, to a flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group. As *Withler* makes clear, the contextual factors will vary from case to case — there is no “rigid template”:

The particular contextual factors relevant to the substantive equality inquiry at the second step [of the Andrews test] will vary with the nature of the case. A rigid template risks consideration of irrelevant matters on the one hand, or overlooking relevant considerations on the other: Kapp. Factors such as those developed in Law — pre-existing disadvantage, correspondence with actual characteristics, impact on other groups and the nature of the interest affected — may be helpful. However, they need not be expressly canvassed in every case in order to fully and properly determine whether a particular distinction is discriminatory [Emphasis added; para. 66.]

[332] The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. If the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory. As the U.S. Supreme Court warned in *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971):

. . . practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to “freeze” the status quo of prior discriminatory employment practices. [p. 430]

[333] An emphasis at this stage on whether the claimant group’s exclusion was well motivated

[330] Par conséquent, exiger d’un demandeur qu’il prouve qu’une distinction perpétue une attitude négative à son endroit serait lui imposer un fardeau dans une large mesure non pertinent, pour ne pas dire indéfinissable.

[331] Les arrêts *Kapp* et *Withler* nous fournissent une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Comme l’indique clairement l’arrêt *Withler*, les facteurs contextuels varient dans chaque cas — il n’existe pas de « modèle rigide » :

Les facteurs contextuels particuliers pertinents dans l’analyse de l’égalité réelle à la deuxième étape [du critère de l’arrêt Andrews] varieront selon la nature de l’affaire. Un modèle rigide pourrait mener à un examen qui inclut des questions non pertinentes ou, à l’opposé, qui exclut des facteurs pertinents : Kapp. Des facteurs comme ceux établis dans l’arrêt Law — un désavantage préexistant, la correspondance avec les caractéristiques réelles, l’effet sur d’autres groupes et la nature du droit touché — peuvent être utiles. Toutefois, il n’est pas nécessaire de les examiner expressément dans tous les cas pour répondre complètement et correctement à la question de savoir si une distinction particulière est discriminatoire . . . [Italiques ajoutés; par. 66.]

[332] À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. Voici, à ce sujet, la mise en garde faite par la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) :

[TRADUCTION] . . . les pratiques, procédures ou tests en apparence neutres, et même neutres du point de vue de l’intention, ne peuvent être maintenus s’ils ont pour effet de « préserver » le statu quo, à savoir les pratiques d’embauche discriminatoires antérieures. [p. 430]

[333] Le fait de s’attacher, à ce stade, à la question de savoir si l’exclusion du groupe demandeur

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.

[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:

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] 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 bénéficiaire 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. Dérogeant 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 ministre 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 :

[TRADUCTION] 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 [TRADUCTION] « 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 [TRADUCTION] « 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 :

[TRADUCTION] 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 injustifiée 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

[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

Version française des motifs rendus par

[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.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 2013 Vol. 1

2^e cahier, 2013 Vol. 1

Cited as [2013] 1 S.C.R. 271-563

Renvoi [2013] 1 R.C.S. 271-563

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	SÉBASTIEN LAFRANCE	IDA SMITH
JANICE CHENEY	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes		
DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH
MONIQUE DELORME		ANNE-MARIE NOËL

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

R. v. Bélanger 401

Criminal law — Offences — Dangerous driving — Elements of offence — Trial judge taking all relevant factors into account and making no error in finding accused guilty.

R. v. Blacklaws 403

Criminal law — Procedure — Application to sever counts — Charges arising from two separate incidents involving different complainants — Crown charging the counts relating to both incidents on same indictment — Trial judge dismissing application to sever counts — Majority of Court of Appeal ordering new trial on basis that denial of severance resulted in injustice — Trial judge did not act unjudicially in denying severance application — Denial of severance application not resulting in injustice.

R. v. Named Person B 405

Criminal law — Evidence — Informer privilege — Individual with informer privilege with one police force providing information relating to himself and others to second police force — Whether individual has status of police informer with second police force — Whether implicit promise of confidentiality by second police force exists as result of nexus between two police forces.

R. v. Taylor 465

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused convicted of sexually assaulting and forcibly confining a minor — Accused's son testifying for defense at trial — Trial judge rejecting evidence of son as being fabrication — Court of Appeal quashing convictions and ordering new trial — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in rejecting evidence provided by accused's son and in misapprehending trial evidence as a whole — Trial judge not erring in rejecting evidence or in assessment of evidence as a whole.

Saskatchewan (Human Rights

Commission) v. Whatcott 467

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Hate publications — Whether provincial human rights legislation prohibiting publications that expose or tend to expose to hatred, ridicule, belittle or otherwise affront dignity of persons on basis of prohibited ground infringes guaranteed freedom of religion — If so, whether infringement justified — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Bélanger 401

Droit criminel — Infractions — Conduite dangereuse — Éléments de l'infraction — La juge de première instance a tenu compte de tous les facteurs pertinents et n'a commis aucune erreur en concluant à la culpabilité de l'accusé.

R. c. Blacklaws 403

Droit criminel — Procédure — Demande de séparation de chefs d'accusation — Accusations découlant de deux événements distincts concernant deux plaignantes différentes — Réunion par la Couronne dans un même acte d'accusation de chefs se rapportant aux deux événements — Rejet par le juge du procès de la demande de séparation des chefs d'accusation — Arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel et ordonnant la tenue d'un nouveau procès au motif que le refus de séparer les chefs d'accusation avait entraîné une injustice — Le juge du procès n'a pas agi de manière non judiciaire en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation — Le rejet de cette demande n'a pas causé d'injustice.

R. c. Personne désignée B 405

Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indicateur — Révélations relatives à elle et à autrui faites par une personne bénéficiant du privilège de l'indicateur auprès d'un corps policier à un second corps policier — Cette personne bénéficie-t-elle du privilège de l'indicateur auprès du second corps policier? — Une promesse implicite de confidentialité par le second corps policier a-t-elle découlé du lien entre les deux corps policiers?

R. c. Taylor 465

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'avoir séquestré et agressé sexuellement une mineure — Fils de l'accusé témoignant en faveur de la défense au procès — Rejet de ce témoignage par le juge du procès au motif qu'il constituait de la fabrication — Annulation des déclarations de culpabilité par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné par celle-ci — Arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel et concluant que le juge du procès a erronément rejeté le témoignage du fils de l'accusé et a mal apprécié l'ensemble de la preuve présentée au procès — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant le témoignage ou en appréciant l'ensemble de la preuve.

Saskatchewan (Human Rights

Commission) c. Whatcott 467

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Publications haineuses — Une loi provinciale sur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate publications — Whether provincial human rights legislation prohibiting publications that expose or tend to expose to hatred, ridicule, belittle or otherwise affront dignity of persons on basis of prohibited ground infringes guaranteed freedom of expression — If so, whether infringement justified — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Administrative law — Appeals — Standard of review — Human rights tribunal finding that hate publications infringe provincial human rights legislation and that provincial human rights legislation prohibiting hate publications is constitutional — Whether decision reviewable on standard of correctness or reasonableness — Whether tribunal made reviewable error.

Sun Indalex Finance, LLC v.

United Steelworkers 271

Pensions — Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under Companies' Creditors Arrangement Act ("CCAA") — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Company entering into debtor in possession ("DIP") financing allowing it to continue to operate — CCAA court granting priority to DIP lenders — Proceeds of sale of business insufficient to pay back DIP lenders — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — If so, whether deemed trust superseded by CCAA priority by virtue of doctrine of federal paramountcy — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 57(3), (4), 75(1)(a), (b) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

Pensions — Trusts — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under CCAA — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — Whether company as plan administrator breached fiduciary duties — Whether pension plan members are entitled to constructive trust.

Civil Procedure — Costs — Appeals — Standard of review — Whether Court of Appeal erred in costs endorsement concerning one party.

SOMMAIRE (Suite)

les droits de la personne interdisant toute publication qui, pour un motif illicite, expose ou tend à exposer des personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité enfreint-elle la liberté de religion garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publications haineuses — Une loi provinciale sur les droits de la personne interdisant toute publication qui, pour un motif illicite, expose ou tend à exposer des personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité enfreint-elle la liberté d'expression garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Conclusion d'un tribunal des droits de la personne que les publications haineuses enfreignent la loi provinciale sur les droits de la personne et que cette loi, qui interdit les publications haineuses, est constitutionnelle — La décision est-elle susceptible de révision selon la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Le tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de révision?

Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat

des Métallous 271

Pensions — Faillite et insolvabilité — Priorités — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC ») — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Financement obtenu par la société à titre de débiteur-exploitant (« DE ») lui ayant permis de poursuivre ses activités — Tribunal chargé d'appliquer la LACC ayant accordé priorité aux prêteurs DE — Insuffisance du produit de la vente pour rembourser les prêteurs DE — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — Dans l'affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte que la priorité issue de l'application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 57(3), (4), 75(1)a), b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Pensions — Fiducies — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — La société a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes? — Les participants des régimes de retraite ont-ils droit à une fiducie par interprétation?

Procédure civile — Dépens — Appels — Norme de contrôle — La décision de la Cour d'appel sur les dépens d'une partie est-elle erronée?

Sun Indalex Finance, LLC *Appellant*

v.

United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville *Respondents*

- and -

George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors *Appellant*

v.

United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville *Respondents*

- and -

FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited *Appellant*

v.

United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville *Respondents*

- and -

United Steelworkers *Appellant*

Sun Indalex Finance, LLC *Appelante*

c.

Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville *Intimés*

- et -

George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 *Appelant*

c.

Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville *Intimés*

- et -

FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited *Appelante*

c.

Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville *Intimés*

- et -

Syndicat des Métallos *Appelant*

v.

Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership) and Superintendent of Financial Services *Respondents*

and

Superintendent of Financial Services, Insolvency Institute of Canada, Canadian Labour Congress, Canadian Federation of Pensioners, Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and Canadian Bankers Association *Intervenors*

INDEXED AS: SUN INDALEX FINANCE, LLC v. UNITED STEELWORKERS

2013 SCC 6

File No.: 34308.

2012: June 5; 2013: February 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Pensions — Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under Companies' Creditors Arrangement Act ("CCAA") — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Company entering into debtor in possession ("DIP") financing allowing it to continue to operate — CCAA court granting priority to DIP lenders — Proceeds of sale of business insufficient to pay back DIP lenders — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — If so, whether deemed trust superseded by CCAA priority by virtue of doctrine of federal paramountcy — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 57(3), (4), 75(1)(a), (b) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

c.

Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite) et Surintendant des services financiers *Intimés*

et

Surintendant des services financiers, Institut d'insolvabilité du Canada, Congrès du travail du Canada, Fédération canadienne des retraités, Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et Association des banquiers canadiens *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SUN INDALEX FINANCE, LLC c. SYNDICAT DES MÉTALLOS

2013 CSC 6

N° du greffe : 34308.

2012 : 5 juin; 2013 : 1^{er} février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Pensions — Faillite et insolvabilité — Priorités — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC ») — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Financement obtenu par la société à titre de débiteur-exploitant (« DE ») lui ayant permis de poursuivre ses activités — Tribunal chargé d'appliquer la LACC ayant accordé priorité aux prêteurs DE — Insuffisance du produit de la vente pour rembourser les prêteurs DE — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — Dans l'affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte que la priorité issue de l'application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 57(3), (4), 75(1a), b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.

Pensions — Trusts — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under CCAA — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — Whether company as plan administrator breached fiduciary duties — Whether pension plan members are entitled to constructive trust.

Civil Procedure — Costs — Appeals — Standard of review — Whether Court of Appeal erred in costs endorsement concerning one party.

Indalex Limited (“Indalex”), the sponsor and administrator of two employee pension plans, one for salaried employees and the other for executive employees, became insolvent. Indalex sought protection from its creditors under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The salaried plan was being wound up when the CCAA proceedings began. The executive plan had been closed but not wound up. Both plans had wind-up deficiencies.

In a series of court-sanctioned steps, the company was authorized to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The CCAA court granted the DIP lenders, a syndicate of pre-filing senior secured creditors, priority over the claims of all other creditors. Repayment of these amounts was guaranteed by Indalex U.S.

Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business but the purchaser did not assume pension liabilities. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so Indalex U.S., as guarantor, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority. The CCAA court authorized a payment in accordance with the priority but ordered an amount be held in reserve, leaving the plan members’ arguments on their rights to the proceeds of the sale open for determination later.

The plan members challenged the priority granted in the CCAA proceedings. They claimed that they had priority in the amount of the wind-up deficiency by virtue of a statutory deemed trust under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and a constructive trust arising from Indalex’s alleged breaches

Pensions — Fiducies — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — La société a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes? — Les participants des régimes de retraite ont-ils droit à une fiducie par interprétation?

Procédure civile — Dépens — Appels — Norme de contrôle — La décision de la Cour d’appel sur les dépens d’une partie est-elle erronée?

Indalex Limited (« Indalex »), le promoteur et l’administrateur de deux régimes de retraite, l’un pour les salariés, l’autre pour les cadres, est devenue insolvable. Elle a demandé la protection contre ses créanciers sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Le régime des salariés était en cours de liquidation lorsque la procédure fondée sur la LACC a été engagée. Le régime des cadres n’acceptait plus de participants, mais il n’était pas liquidé. Les deux régimes accusaient un déficit de liquidation.

Une série de mesures avalisées par le tribunal a permis à la société d’obtenir un financement de débiteur-exploitant (« DE ») et de poursuivre ses activités. Le tribunal chargé de l’application de la LACC a accordé aux prêteurs DE, un consortium composé de créanciers qui bénéficiaient d’une garantie de premier rang avant le début de la procédure, une priorité sur tous les autres créanciers. Le remboursement des sommes empruntées était garanti par Indalex É.-U.

Finalement, sur approbation du tribunal appliquant la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, Indalex É.-U., à titre de caution, a payé la différence et a acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE. Le tribunal a autorisé le paiement conformément à l’ordre de priorité, mais il a également ordonné la retenue de fonds en réserve, remettant à plus tard l’examen de l’argumentation des participants relative à leur droit au produit de la vente.

Les participants des régimes ont contesté la priorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Ils ont fait valoir qu’ils avaient priorité pour le montant du déficit de liquidation en raison de la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et de la fiducie

of fiduciary duty as administrator of the pension funds. The judge at first instance dismissed the plan members' motions concluding that the deemed trust did not apply to wind up deficiencies. He held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan members were unsecured creditors. The Court of Appeal reversed this ruling and held that the pension plan wind-up deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing priority and over other secured creditors. In addition, the Court of Appeal rejected a claim brought by the United Steelworkers, which represented some members of the salaried plan, seeking payment of its costs from the latter's pension fund.

Held (LeBel and Abella JJ. dissenting): The Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting appeals should be allowed.

Held: The United Steelworkers appeal should be dismissed.

(1) *Statutory Deemed Trust*

Per Deschamps and Moldaver JJ.: It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) of the *PBA* are covered by the deemed trust contemplated by s. 57(4) of the *PBA*. The only question is whether this statutory deemed trust also applies to the wind-up deficiency payments required by s. 75(1)(b). The response to this question as it relates to the salaried employees is affirmative in view of the provision's wording, context and purpose. The situation is different with respect to the executive plan as s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up.

The wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due". Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of

par interprétation résultant de manquements allégués d'Indalex à son obligation fiduciaire d'administrateur des régimes. En première instance, le juge a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation. Il a conclu que, pour ce qui était du déficit de liquidation, les participants étaient des créanciers chirographaires. La Cour d'appel a infirmé la décision et statué que les déficits de liquidation des régimes de retraite faisaient l'objet d'une fiducie réputée et d'une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant la créance des prêteurs DE bénéficiant d'une priorité et celles des autres créanciers garantis. En outre, elle a rejeté la prétention du Syndicat des Métallos, qui représentait quelques-uns des participants du régime des salariés, à savoir qu'il avait droit au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés.

Arrêt (les juges LeBel et Abella sont dissidents) : Les pourvois interjetés par Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting sont accueillis.

Arrêt : Le pourvoi interjeté par le Syndicat des Métallos est rejeté.

(1) *La fiducie réputée d'origine législative*

Les juges Deschamps et Moldaver : Il est bien établi que la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)a) de la *LRR*. La seule question est de savoir si cette fiducie réputée d'origine législative s'applique aussi aux paiements au titre du déficit de liquidation exigés par l'al. 75(1)b). Dans le cas des salariés, la réponse est oui, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet par. 57(4). Il n'en va pas de même pour le régime des cadres étant donné que cette disposition prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime.

Le paragraphe 57(4) de la *LRR*, qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation, ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». L'alinéa 75(1)a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l'actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l'employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots

s. 57(4) of the *PBA*: “amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

The time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up. Therefore, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer’s payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature’s trend toward broadening the protection.

The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. The remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust. In this case, the Court of Appeal correctly held with respect to the salaried plan, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

Per LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the statutory deemed trust issue.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: Given that there can be no deemed trust for the executive plan because that plan had not been wound up at the relevant date, the main issue in connection with the salaried plan boils down to the narrow statutory interpretative question of whether the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4) of the *PBA*.

When the term “accrued” is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable

employés au par. 57(4) de la *LRR* : « montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

La date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)(b) de la *LRR*.

L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1) uniquement les cotisations dues, s’est étendue (2) aux montants payables calculés comme s’il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l’exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation. L’historique législatif mène donc à la conclusion qu’une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l’employeur par l’al. 75(1)(b) de la *LRR* de celui exigé à l’al. 75(1)(a) irait à l’encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue.

La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée. En l’espèce, c’est à bon droit que la Cour d’appel a jugé qu’Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés.

Les juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la question de la fiducie réputée d’origine législative.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Étant donné qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, celui-ci n’ayant pas été liquidé à la date considérée, il s’agit donc essentiellement — pour ce qui concerne le régime des salariés — d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4) de la *LRR*.

Lorsque le terme « accumulé » [et plus encore son équivalent anglais « *accrued* »] est employé de pair avec une somme, il renvoie généralement à un élément

but which may or may not be due. In the present case, s. 57(4) uses the word “accrued” in contrast to the word “due”. Given the ordinary meaning of the word “accrued”, the wind-up deficiency cannot be said to have “accrued” to the date of wind up. The extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up. The wind-up deficiency therefore is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up.

The broader statutory context reinforces the view according to which the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. Moreover, the legislative evolution and history of the provisions at issue show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust. Rather, they reinforce the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up.

The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer’s potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

In this case, the s. 57(4) deemed trust does not apply to the wind-up deficiency. This conclusion to exclude the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. The legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer’s other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed

dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû. Dans la présente affaire, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ». Suivant le sens ordinaire du mot « accumulé », on ne peut considérer que le déficit l’était à la date de la liquidation. Le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation. Le déficit de liquidation n’est donc ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue.

Le contexte législatif général appuie la thèse que, suivant leur sens ordinaire et grammatical le plus plausible, les mots « accumulées à la date de la liquidation » renvoient aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Qui plus est, il appert de l’évolution et de l’historique des dispositions en cause que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative. Ils confirment en fait l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement à la date même de la liquidation.

La loi établit une distinction entre deux types d’obligation de l’employeur qui sont pertinents en l’espèce. Il y a d’une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d’autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu’à la date considérée. Il s’agit des paiements prévus à l’actuel al. 75(1)a), à savoir ceux qui sont dus ou accumulés, mais qui n’ont pas été versés. D’autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (le déficit de liquidation). Ces paiements font l’objet de l’al. 75(1)b). Il appert de l’évolution et de l’historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n’a jamais voulu que les obligations ultérieures éventuelles de l’employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l’objet d’une fiducie réputée ou d’un privilège.

En l’espèce, la fiducie réputée du par. 57(4) ne vise pas le déficit de liquidation. Pareille exclusion est conforme aux objectifs généraux de la loi. Le législateur a créé des fiducies à l’égard des cotisations qui étaient dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d’un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l’employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c’est en raison d’autres objectifs concurrents que le législateur s’est abstenu d’accroître la portée de la fiducie réputée et d’y

trust to the wind-up deficiency. While the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries under the *PBA* is one to be left to the Ontario legislature.

(2) *Priority Ranking*

Per Deschamps and Moldaver JJ.: A statutory deemed trust under provincial legislation such as the *PBA* continues to apply in federally-regulated *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy. In this case, granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the plan members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: Although there is disagreement with Deschamps J. in connection with the scope of the s. 57(4) deemed trust, it is agreed that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramountcy.

Per LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the priority ranking issue as determined by operation of the doctrine of federal paramountcy.

(3) *Constructive Trust as a Remedy for Breach of Fiduciary Duties*

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: It cannot be the case that a conflict of interests arises simply because an employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the beneficiaries of the corporation's pension plan. This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles of employer and pension plan administrator being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. Rather, a situation of conflict of interest occurs

inclure le déficit de liquidation. La protection des régimes de retraite constitue certes un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite sous le régime de la *LRR*.

(2) *Priorité de rang*

Les juges Deschamps et Moldaver : Une fiducie réputée établie par une loi provinciale comme la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances régies par la *LACC*, relevant de la compétence fédérale, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale. En l'espèce, accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Malgré le désaccord avec la juge Deschamps sur la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

Les juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la priorité de rang déterminée par application du principe de la prépondérance fédérale.

(3) *La fiducie par interprétation comme réparation du manquement à l'obligation fiduciaire*

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Il ne saurait y avoir conflit d'intérêts uniquement parce que l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires du régime de retraite qu'il administre. Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L'existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction d'employeur et d'administrateur de régime exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l'obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne

when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation.

Seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex. Likewise, failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty to avoid conflicts of interest in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan members any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator.

It was at the point of seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order that Indalex's interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator. However, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex's failure to take steps so that the plans' beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

An employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest. Accordingly, Indalex breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the pension plans had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator, particularly when it sought the DIP financing approval, the sale approval and a motion to voluntarily enter into bankruptcy.

Regardless of this breach, a remedial constructive trust is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. There is no evidence to support the contention that Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings resulted in any such asset. Furthermore, to impose a constructive trust in

d'exercer les deux fonctions. Il y a en fait conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime.

À elle seule, la demande initiale de protection de la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations. De même, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire d'éviter tout conflit d'intérêts. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux participants plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant.

C'est lors de la demande et de l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que de la demande et de l'obtention de l'approbation de la vente que les intérêts commerciaux d'Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d'administrateur des régimes de retraite. Cependant, la difficulté résidait en l'espèce non pas dans l'existence du conflit, mais bien dans l'omission d'Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l'existence du conflit, mais plutôt à l'omission de prendre les mesures qu'elle commandait.

L'employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la LACC. Il ne suffit pas d'inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d'administrateur de régime, est en conflit d'intérêts ou susceptible de l'être. En conséquence, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu'il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

Indépendamment de ce manquement, l'imposition d'une fiducie par interprétation ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Aucun élément de preuve n'appuie la prétention qu'un tel actif a résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels a donné lieu

response to a breach of fiduciary duty to ensure for the pension plans some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

Per Deschamps and Moldaver JJ.: A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a “corporate hat”. What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

In the instant case, Indalex’s fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Specifically, in seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the plan members’ priority. The corporation’s interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator’s duty to the plan members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator’s duty to the plan members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the plan members.

As for the constructive trust remedy, it is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. There is agreement with Cromwell J. that this condition was not met in the case at bar and his reasoning on this issue is adopted. Moreover, it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case.

la procédure fondée sur la LACC. Qui plus est, imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l’obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes jouissent de garanties procédurales, alors qu’ils en ont joui dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l’ensemble des circonstances.

Les juges Deschamps et Moldaver : L’employeur constitué en société qui décide d’agir en qualité d’administrateur d’un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d’une société ont aussi une obligation fiduciaire envers la société, l’employeur doit être prêt à résoudre les conflits lorsqu’ils surgissent. L’employeur qui administre un régime de retraite n’est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu’il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d’une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

En l’espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombaient à Indalex en sa qualité d’administratrice des régimes et les décisions de gestion qu’elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Plus précisément, en demandant au tribunal d’autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d’appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. L’intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d’insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l’administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l’occurrence, ce devoir de l’administrateur des régimes impliquait, plus particulièrement, qu’il donne à tout le moins aux participants la possibilité d’exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l’encontre des intérêts des participants.

En ce qui concerne la fiducie par interprétation, il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Il y a accord avec le juge Cromwell sur le fait que cette condition n’était pas remplie en l’espèce et il a été souscrit à ses motifs sur cette question. En outre, il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité.

Per LeBel and Abella JJ. (dissenting): A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. It follows that before entering into an analysis of the fiduciary duties of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position and characteristics of the pension beneficiaries. In the present case, the beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex.

Nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise.

Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the *CCAA* and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

In the present case, the employer not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust.

(4) *Costs in United Steelworkers Appeal*

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: There is no basis to interfere with the Court of Appeal's costs endorsement as it relates to United Steelworkers in this case. The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the United Steelworkers, representing only 7 of 169 members of the salaried plan, should not without consultation be

Les juges LeBel et Abella (dissidents) : Une relation fiduciaire s'entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. Par conséquent, avant d'analyser les obligations fiduciaires de l'employeur à titre d'administrateur d'un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation et les caractéristiques des bénéficiaires du régime. En l'espèce, les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex.

Rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l'employeur, en sa qualité d'administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu'un administrateur indépendant. L'employeur n'est pas tenu d'assumer le fardeau de l'administration des régimes de retraite qu'il a convenu d'établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s'il choisit de l'assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l'on s'attend à ce que l'employeur soit capable d'éviter ou de régler les conflits d'intérêts susceptibles d'intervenir.

Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la *LACC* et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à l'égard des participants aux régimes et des retraités, et c'est là où le bât blesse. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

En l'occurrence, l'employeur a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l'encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation.

(4) *Dépens dans le pourvoi du Syndicat des Métallos*

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Il n'y a en l'espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d'appel relative aux dépens en ce qui concerne le Syndicat des Métallos. L'instance engagée portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel a opiné essentiellement que, représentant seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, le syndicat ne devait pas être en

able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. There is no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the United Steelworkers costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court.

Per Deschamps and Moldaver JJ.: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

Per LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273; *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558.

By Cromwell J.

Referred to: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175; *Galambos*

mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'en étaient pas membres, les risques inhérents au litige sans les consulter. Il n'y a aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour.

Les juges Deschamps et Moldaver : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

Les juges LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273; *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175;

v. *Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303.

By LeBel J. (dissenting)

Galambos v. Perez, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005, S.C. 2007, c. 36.

Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts, S.C. 2005, c. 47, s. 128.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3.

Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (as am. by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011).

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a).

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2 "secured creditor", 11.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1980, c. 373, ss. 21(2), 23, 32.

Galambos c. Perez, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303.

Citée par le juge LeBel (dissident)

Galambos c. Perez, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)a).

Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35, art. 58, 59, 75(1), 76(1).

Loi de 2010 modifiant la Loi sur les régimes de retraite, L.O. 2010, ch. 9, art. 52(5).

Loi de 2010 sur la pérennité des prestations de retraite, L.O. 2010, ch. 24, art. 21(2).

Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence, L.C. 2005, ch. 47, art. 128.

Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005), L.C. 2007, ch. 36.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2 « créancier garanti », 11.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 1(1) “administrator”, “wind up”, 8(1)(a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.

Pension Benefits Act, 1965, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2).

Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35, ss. 58, 59, 75(1), 76(1).

Pension Benefits Amendment Act, 1973, S.O. 1973, c. 113, s. 23a.

Pension Benefits Amendment Act, 1980, S.O. 1980, c. 80.

Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, c. 2, ss. 21, 23, 32.

Pension Benefits Amendment Act, 2010, S.O. 2010, c. 9, s. 52(5).

Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10, s. 30(7).

R.R.O. 1990, Reg. 909, ss. 4(4)3, 5(1)(b), (e), 14, 29, 31.

Securing Pension Benefits Now and for the Future Act, 2010, S.O. 2010, c. 24, s. 21(2).

Authors Cited

Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.

Black’s Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2009, “accrued liability”.

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.

Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook — Accounting, Part II, Accounting Standards for Private Enterprises*. Toronto: The Institute, 2012.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011, “accrued liability”.

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.

Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.

Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 1(1) « administrateur », « liquidation », 8(1)a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.

Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 30(7).

Pension Benefits Act, R.S.O. 1980, ch. 373, art. 21(2), 23, 32.

Pension Benefits Act, 1965, S.O. 1965, ch. 96, art. 22(2).

Pension Benefits Amendment Act, 1973, S.O. 1973, ch. 113, art. 23a.

Pension Benefits Amendment Act, 1980, S.O. 1980, ch. 80.

Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, ch. 2, art. 21, 23, 32.

Projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et d’autres lois (protection des prestations)*, 3^e sess., 40^e lég., 24 mars 2010 (tel que mod. par le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie, 1^{er} mars 2011).

R.R.O. 1990, règl. 909, art. 4(4)3, 5(1)(b), e), 14, 29, 31.

Doctrine et autres documents cités

Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto : Association canadienne d’études fiscales, 1983.

Black’s Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn. : Thomson Reuters, 2009, « *accrued liability* ».

Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Sénat du Canada, 2003.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2011, « *accrued liability* ».

Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2010.

Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l’ICCA — Comptabilité*, partie II, *Normes comptables pour les entreprises à capital fermé*. Toronto : L’Institut, 2012.

Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006. Ontario. Legislative Assembly. *Legislature of Ontario Debates: Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

Waters' Law of Trusts in Canada, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, setting aside a decision of Campbell J., 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Appeals allowed, LeBel and Abella JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Appeal dismissed.

Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey and Peter Kolla, for the appellant Sun Indalex Finance, LLC.

Harvey G. Chaiton and George Benchetrit, for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors.

David R. Byers, Ashley John Taylor and Nicholas Peter McHaffie, for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited.

Darrell L. Brown, for the appellant/respondent the United Steelworkers.

Andrew J. Hatnay and Demetrios Yiokaris, for the respondents Keith Carruthers, et al.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006. Ontario. Assemblée législative. *Legislature of Ontario Debates : Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

Waters' Law of Trusts in Canada, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, qui a infirmé une décision du juge Campbell, 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Pourvois accueillis, les juges LeBel et Abella sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Pourvoi rejeté.

Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey et Peter Kolla, pour l'appelante Sun Indalex Finance, LLC.

Harvey G. Chaiton et George Benchetrit, pour l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7.

David R. Byers, Ashley John Taylor et Nicholas Peter McHaffie, pour l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited.

Darrell L. Brown, pour l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos.

Andrew J. Hatnay et Demetrios Yiokaris, pour les intimés Keith Carruthers, et autres.

Hugh O'Reilly and Amanda Darrach, for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership).

Mark Bailey, Leonard Marsello and William MacLarkey, for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services.

Robert I. Thornton and D. J. Miller, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

Steven Barrett and Ethan Poskanzer, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan and Massimo Starnino, for the intervener the Canadian Federation of Pensioners.

Éric Vallières, Alexandre Forest and Yoine Goldstein, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Mahmud Jamal, Jeremy Dacks and Tony Devir, for the intervener the Canadian Bankers Association.

The judgment of Deschamps and Moldaver JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Insolvency can trigger catastrophic consequences. Often, large claims of ordinary creditors are left unpaid. In insolvency situations, the promise of defined benefits made to employees during their employment is put at risk. These appeals illustrate the materialization of such a risk. Although the employer in this case breached a fiduciary duty, the harm suffered by the pension plans' beneficiaries results not from that breach, but from the employer's insolvency. For the following reasons, I would allow the appeals of the appellants Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy; and FTI Consulting Canada ULC.

Hugh O'Reilly et Amanda Darrach, pour l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite).

Mark Bailey, Leonard Marsello et William MacLarkey, pour l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers.

Robert I. Thornton et D. J. Miller, pour l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada.

Steven Barrett et Ethan Poskanzer, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan et Massimo Starnino, pour l'intervenante la Fédération canadienne des retraités.

Éric Vallières, Alexandre Forest et Yoine Goldstein, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Mahmud Jamal, Jeremy Dacks et Tony Devir, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement des juges Deschamps et Moldaver rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — L'insolvabilité peut entraîner des conséquences catastrophiques. Les créanciers ordinaires sont souvent laissés impayés. En situation d'insolvabilité, les prestations déterminées promises aux employés pendant leur emploi sont mises en péril. Les présents pourvois illustrent ce qui peut se produire lorsque ce péril se matérialise. Bien que l'employeur en l'espèce ait manqué à son obligation fiduciaire envers les participants aux régimes de retraite, le préjudice qu'ils subissent ne résulte pas de son manquement, mais de son insolvabilité. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir les appels de Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U.; et FTI Consulting Canada ULC.

[2] To improve the prospect of pensioners receiving their full benefits after a pension plan is wound up, the Ontario legislature has protected contributions to the pension fund that have accrued but are not yet due at the time of the wind up by providing for a deemed trust that supersedes all other provincial priorities over certain assets of the plan sponsor (s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and s. 30(7) of the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 (“PPSA”). The parties disagree on the scope of the deemed trust. In my view, the relevant provisions and the context lead to the conclusion that it extends to contributions the employer must make to ensure that the pension fund is sufficient to cover liabilities upon wind up. In the instant case, however, the deemed trust is superseded by the security granted to the creditor that loaned money to the employer, Indalex Limited (“Indalex”), during the insolvency proceedings. In addition, although the employer, as plan administrator, may have put itself in a position of conflict of interest by failing to give the plan’s members proper notice of a motion requesting financing of its operations during a restructuring process, there was no realistic possibility that, had the members received notice and had the CCAA court found that they were secured creditors, it would have ordered the priorities differently. Consequently, it would not be appropriate to order an equitable remedy such as the constructive trust ordered by the Court of Appeal.

I. Facts

[3] Indalex is a wholly owned Canadian subsidiary of a U.S. company, Indalex Holding Corp. (“Indalex U.S.”). Indalex and its related companies formed a corporate group (the “Indalex Group”) that manufactured aluminum extrusions. The U.S. and Canadian operations were closely linked.

[2] Pour améliorer les chances des retraités de recevoir toutes les prestations auxquelles ils ont droit après la liquidation d’un régime de retraite, le législateur ontarien a pourvu à la protection des cotisations accumulées, mais qui ne sont pas encore dues, à la date de la liquidation, au moyen d’une fiducie réputée grevant certains biens des promoteurs des régimes et qui a préséance sur toutes les autres priorités établies par une loi provinciale (par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et par. 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10 (« LSM »)). Les parties ne s’entendent pas sur la portée de la fiducie réputée. Les dispositions pertinentes et le contexte mènent selon moi à la conclusion qu’elle englobe les cotisations que doit verser l’employeur afin que la caisse de retraite puisse couvrir le passif du régime à la liquidation. En l’espèce, toutefois, la sûreté accordée au créancier ayant prêté des fonds à l’employeur, Indalex Limited (« Indalex »), pendant l’instance en matière d’insolvabilité a priorité sur la fiducie réputée. En outre, bien que l’employeur ait pu se placer en conflit d’intérêts en tant qu’administrateur du régime, en ne donnant pas dûment avis aux participants d’une motion en vue de financer l’exploitation de l’entreprise pendant la restructuration, il n’est pas réaliste de penser que le tribunal chargé d’appliquer la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), aurait établi un ordre de priorité différent si les participants avaient été avisés et si le tribunal avait conclu qu’ils étaient des créanciers garantis. Par conséquent, il n’y a pas lieu d’accorder une réparation en equity, telle que la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel.

I. Les faits

[3] Indalex est une filiale canadienne en propriété exclusive de la société américaine Indalex Holding Corp. (« Indalex É.-U. »). Indalex et ses sociétés affiliées formaient un groupe (le « Groupe Indalex ») qui fabriquait des extrusions d’aluminium. Les activités des sociétés aux États-Unis et au Canada étaient étroitement liées.

[4] In 2009, a combination of high commodity prices and the economic recession's impact on the end-user market for aluminum extrusions plunged the Indalex Group into insolvency. On March 20, 2009, Indalex U.S. filed for Chapter 11 bankruptcy protection in Delaware. On April 3, 2009, Indalex applied for a stay under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), and Morawetz J. granted the stay in an initial order. He also appointed FTI Consulting Canada ULC (the "Monitor") to act as monitor.

[5] At that time, Indalex was the administrator of two registered pension plans. One was for its salaried employees (the "Salaried Plan"), the other for its executives (the "Executive Plan"). Members of the Salaried Plan included seven employees for whom the United Steelworkers ("USW") acted as bargaining agent. The Salaried Plan was in the process of being wound up when the CCAA proceedings began. The effective date of the wind up was December 31, 2006. The Executive Plan had been closed but not wound up. Overall, the deficiencies of the pension plans' funds concern 49 persons (members of the Salaried Plan and the Executive Plan are referred to collectively as the "Plan Members").

[6] Pursuant to the initial order made by Morawetz J. on April 3, 2009, Indalex obtained protection under the CCAA. Both plans faced funding deficiencies when Indalex filed for the CCAA stay. The wind-up deficiency of the Salaried Plan was estimated at \$1.8 million as of December 31, 2008. The funding deficiency of the Executive Plan was estimated at \$3.0 million on a wind-up basis as of January 1, 2008.

[7] From the beginning of the insolvency proceedings, the Indalex Group's reorganization strategy was to sell both Indalex and Indalex U.S. as a going concern while they were under CCAA and Chapter 11 protection. To this end, Indalex and Indalex U.S. sought to enter into a common agreement for debtor-in-possession ("DIP") financing under which the two companies

[4] En 2009, le prix élevé des produits de base et les effets de la récession sur le marché des utilisateurs finaux des extrusions d'aluminium ont entraîné l'insolvabilité du Groupe Indalex. Le 20 mars 2009, Indalex É.-U. s'est placée sous la protection du chapitre 11, au Delaware. Le 3 avril 2009, Indalex a demandé une suspension sous le régime de la LACC. Le même jour, le juge Morawetz a rendu une ordonnance initiale lui accordant cette suspension et il a désigné FTI Consulting Canada ULC (le « contrôleur ») comme contrôleur.

[5] Indalex administrait alors deux régimes de retraite enregistrés, l'un à l'intention des salariés (le « régime des salariés »), et l'autre à l'intention des cadres (le « régime des cadres »). Le régime des salariés comptait sept participants dont l'agent négociateur était le Syndicat des Métallos (le « Syndicat »). Ce régime était en cours de liquidation lorsque les procédures sous le régime de la LACC ont été engagées. La date de prise d'effet de la liquidation était le 31 décembre 2006. Le régime des cadres n'acceptait plus de participant, mais il n'était pas liquidé. En tout, les déficits des caisses de retraite touchent 49 personnes (les participants au régime des salariés et au régime des cadres sont collectivement appelés les « participants »).

[6] L'ordonnance initiale prononcée par le juge Morawetz, le 3 avril 2009, a accordé à Indalex la protection de la LACC. Les deux régimes de retraite accusaient un déficit de capitalisation au moment où Indalex a demandé la suspension des procédures en vertu de la LACC. Le déficit de liquidation du régime des salariés, au 31 décembre 2008, était estimé à 1,8 million de dollars. Quant au régime des cadres, sa sous-capitalisation suivant une approche de liquidation était estimée à 3 millions de dollars au 1^{er} janvier 2008.

[7] Dès le début de la procédure d'insolvabilité, la stratégie de réorganisation poursuivie par le Groupe Indalex consistait à vendre Indalex et Indalex É.-U. comme entreprises en exploitation pendant qu'elles jouissaient de la protection de la LACC et du chapitre 11. À cette fin, Indalex et Indalex É.-U. voulaient conclure un accord de financement de débiteur-exploitant (« DE »)

could draw from joint credit facilities and would guarantee each other's liabilities.

[8] Indalex's financial distress threatened the interests of all the Plan Members. If the reorganization failed and Indalex were liquidated under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"), they would not have recovered any of their claims against Indalex for the underfunded pension liabilities, because the priority created by the provincial statute would not be recognized under the federal legislation: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453. Although the priority was not rendered ineffective by the CCAA, the Plan Members' position was uncertain.

[9] The Indalex Group solicited terms from a variety of possible DIP lenders. In the end, it negotiated an agreement with a syndicate consisting of the pre-filing senior secured creditors. On April 8, 2009, the CCAA court issued an Amended and Restated Initial Order ("Amended Initial Order") authorizing Indalex to borrow US\$24.4 million from the DIP lenders and grant them priority over all other creditors ("DIP charge") in that amount. In his endorsement of the order, Morawetz J. made a finding that Indalex would be unable to achieve a going-concern solution without DIP financing. Such financing was necessary to support Indalex's business until the sale could be completed.

[10] The Plan Members did not participate in the initial proceedings. The initial stay had been granted *ex parte*. The CCAA judge ordered Indalex to serve a copy of the stay order on every creditor owed \$5,000 or more within 10 days of the initial order of April 3. As of April 8, when the motion to amend the initial order was heard, none of the Executive Plan's members had been served with that order; nor did any of them receive notice of the motion to amend it. The USW did receive short notice, but chose not to attend. Morawetz J. authorized Indalex to proceed on the basis of an abridged time for

conjoint aux termes duquel elles pourraient bénéficier de facilités de crédit communes et chaque société garantirait les obligations de l'autre.

[8] Les problèmes financiers d'Indalex menaçaient les intérêts de tous les participants. Si la réorganisation échouait et si Indalex était liquidée en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »), ils ne recouvreraient aucune de leurs créances sur Indalex au titre de la sous-capitalisation des régimes de retraite, parce que la législation fédérale ne permettrait pas que la priorité de rang établie par la loi provinciale soit reconnue : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453. La LACC ne rendait pas la priorité de rang des participants inopérante, mais leur position était incertaine.

[9] Le Groupe Indalex a demandé des offres à divers prêteurs DE et a fini par conclure une entente avec un consortium composé des créanciers qui bénéficiaient d'une garantie de premier rang avant le début de la procédure. Le 8 avril 2009, le tribunal chargé d'appliquer la LACC a rendu une ordonnance modifiée et reformulée (l'« ordonnance initiale modifiée ») autorisant Indalex à emprunter 24,4 millions de dollars américains aux prêteurs DE et à leur octroyer une priorité pour le même montant sur tous les autres créanciers (la « charge DE »). Dans les motifs qu'il a déposés au soutien de l'ordonnance, le juge Morawetz a conclu qu'Indalex n'aurait pas pu trouver de solution qui assurait la continuité de l'exploitation sans ce financement DE. Celui-ci était nécessaire pour financer les activités de l'entreprise jusqu'à sa vente.

[10] Les participants n'étaient pas parties à la procédure initiale. La suspension initiale avait été accordée *ex parte*. Le juge chargé de l'application de la LACC avait ordonné à Indalex de faire signifier une copie de l'ordonnance de suspension à chaque créancier ayant une créance minimale de 5 000 \$ dans les 10 jours suivant l'ordonnance initiale du 3 avril. Le 8 avril, lors de l'audition de la motion visant la modification de l'ordonnance initiale, aucun des participants au régime des cadres n'avait reçu signification de cette ordonnance ni de l'avis de motion visant sa modification. Le Syndicat

service. The Plan Members were given notice of all subsequent proceedings. None of the Plan Members appealed the Amended Initial Order to contest the DIP charge.

[11] On June 12, 2009, Indalex applied for authorization to increase the DIP loan amount to US\$29.5 million. At the hearing, the Executive Plan's members initially opposed the motion, seeking to reserve their rights. After it was confirmed that the motion was merely to increase the amount of the DIP charge (without changing the terms of the loan), they withdrew their opposition and the court granted the motion.

[12] On April 22, 2009, the court extended the stay of proceedings and approved a marketing process for the sale of Indalex's assets. The Plan Members did not oppose the application to approve the marketing process. Under the approved bidding procedure, the Indalex Group solicited a wide variety of potential buyers.

[13] Indalex received a bid from SAPA Holding AB ("SAPA"). It was for approximately US\$30 million, and SAPA did not assume responsibility for the pension plans' wind-up deficiencies. According to the Monitor's estimate, the liquidation value of Indalex's assets was US\$44.7 million. Indalex brought an application for an order approving a bidding procedure for a competitive auction and deeming SAPA's bid to be a qualifying bid. The Executive Plan's members opposed the application, expressing concern that the pension liabilities would not be assumed. Morawetz J. nevertheless issued the order on July 2, 2009; in it, he approved the bidding procedure for sale, noting that the Executive Plan's members could raise their objections at the time of approval of the final bid.

a reçu un préavis écourté, mais a décidé de ne pas se présenter. Le juge Morawetz a autorisé Indalex à procéder même si le délai de signification avait été écourté. Les participants ont reçu avis de toutes les procédures subséquentes. Aucun des participants n'a interjeté appel de l'ordonnance initiale modifiée pour contester la charge DE.

[11] Le 12 juin 2009, Indalex a demandé l'autorisation de porter l'emprunt DE à 29,5 millions de dollars américains. À l'audience, les participants au régime des cadres se sont d'abord opposés à la motion en demandant que leurs droits soient réservés. Après confirmation que la motion avait pour unique but d'augmenter le montant de la charge DE (sans modifier les modalités du prêt), ils ont retiré leur opposition et le tribunal a accueilli la motion.

[12] Le 22 avril 2009, le tribunal a prorogé la suspension et approuvé un processus de mise en vente de l'actif d'Indalex. Les participants ne se sont pas opposés à la demande d'approbation du processus de mise en vente. Conformément au processus approuvé de vente par soumission, le Groupe Indalex a sollicité un vaste éventail d'acheteurs potentiels.

[13] Indalex a reçu une soumission de SAPA Holding AB (« SAPA »). Cette soumission s'élevait à environ 30 millions de dollars américains et SAPA ne prenait pas en charge les déficits de liquidation des régimes de retraite. Le contrôleur estimait la valeur de liquidation de l'actif d'Indalex à 44,7 millions de dollars américains. Indalex a demandé une ordonnance approuvant un processus de soumission pour adjudication sur offres concurrentes et déclarant que la soumission de SAPA était réputée acceptable. Les participants au régime des cadres ont contesté cette demande parce qu'ils s'inquiétaient du fait que le passif du régime de retraite ne serait pas pris en charge. Le 2 juillet 2009, le juge Morawetz a néanmoins rendu une ordonnance approuvant le processus de mise en vente par soumission, en soulignant que les participants au régime des cadres pourraient faire valoir leurs objections au moment de l'homologation de la soumission définitive.

[14] The bidding procedure did not trigger any competing bids. On July 20, 2009, Indalex and Indalex U.S. brought motions before their respective courts to approve the sale of substantially all their assets under the terms of SAPA's bid. Indalex also moved for approval of an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. The Plan Members opposed Indalex's motion. First, they argued that it was estimated that a forced liquidation would produce greater proceeds than SAPA's bid. Second, they contended that their claims had priority over that of the DIP lenders because the unfunded pension liabilities were subject to a statutory deemed trust under the *PBA*. They also contended that Indalex had breached its fiduciary obligations by failing to meet its obligations as a plan administrator throughout the insolvency proceedings.

[15] The court dismissed the Plan Members' first objection, holding that there was no evidence supporting the argument that a forced liquidation would be more beneficial to suppliers, customers and the 950 employees. It approved the sale on July 20, 2009. The order in which it did so directed the Monitor to make a distribution to the DIP lenders. With respect to the second objection, however, Campbell J. ordered the Monitor to hold a reserve in an amount to be determined by the Monitor, leaving the Plan Members' arguments based on their right to the proceeds of the sale open for determination at a later date.

[16] The sale to SAPA closed on July 31, 2009. The Monitor collected \$30.9 million in proceeds. It distributed US\$17 million to the DIP lenders, paid certain fees, withheld a portion to cover various costs and retained \$6.75 million in reserve pending determination of the Plan Members' rights. At the closing, Indalex owed US\$27 million to the DIP lenders. The payment of US\$17 million left a US\$10 million shortfall in the amount owed to these lenders. The DIP lenders called on Indalex U.S. to cover this shortfall under the guarantee

[14] Le processus de mise en vente par soumission n'a pas permis d'obtenir des soumissions concurrentes. Le 20 juillet 2009, Indalex et Indalex É.-U. ont chacune demandé au tribunal dont elles relevaient d'approuver la vente d'essentiellement tous leurs éléments d'actif aux conditions stipulées dans l'offre de SAPA. Indalex a également demandé l'approbation d'une distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. Les participants ont contesté la motion d'Indalex. Ils ont fait valoir, premièrement, que le produit estimatif d'une liquidation forcée serait supérieur à l'offre de SAPA et, deuxièmement, que leur créance avait priorité sur celles des prêteurs DE, parce que le passif non capitalisé au titre des pensions était protégé par une fiducie réputée en vertu de la *LRR*. Ils ont aussi soutenu qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires en ne s'acquittant pas des obligations qui lui incombaient en qualité d'administrateur des régimes de retraite du début à la fin des procédures en matière d'insolvabilité.

[15] Le tribunal a écarté la première objection des participants, estimant qu'aucun élément de preuve n'étayait leur prétention que la liquidation forcée serait plus avantageuse pour les fournisseurs, les clients et les 950 employés. Il a approuvé la vente le 20 juillet 2009. Cette ordonnance donnait instruction au contrôleur de procéder à une distribution aux prêteurs DE. Au sujet de la deuxième objection, toutefois, le juge Campbell a ordonné au contrôleur de retenir un fonds de réserve dont le contrôleur déterminerait lui-même le montant, réservant pour plus tard l'examen de l'argumentation des participants fondée sur leur droit au produit de la vente.

[16] La vente à SAPA s'est conclue le 31 juillet 2009, et le contrôleur a recueilli 30,9 millions de dollars comme produit de la vente. Il a distribué 17 millions de dollars américains aux prêteurs DE, acquitté certains frais, retenu des fonds pour couvrir diverses dépenses et réservé 6,75 millions de dollars en attendant la décision relative aux droits des participants. À la date de la vente, Indalex devait 27 millions de dollars américains aux prêteurs DE, de sorte qu'une créance de 10 millions de dollars américains subsistait après le versement des

contained in the DIP lending agreement. Indalex U.S. paid the amount of the shortfall. Since Indalex U.S. was, as a term of the guarantee, subrogated to the DIP lenders' priority, it became the highest ranking creditor of Indalex, with a claim for US\$10 million.

[17] Following the sale of Indalex's assets, its directors resigned. Indalex U.S., a part of Indalex Group, took over the management of Indalex, whose assets were limited to the sale proceeds held by the Monitor. A Unanimous Shareholder Declaration was executed on August 12, 2009; in it, Mr. Keith Cooper was appointed to manage Indalex's affairs. Mr. Cooper was an employee of FTI Consulting Inc.

[18] In accordance with the right reserved by the court on July 20, 2009, the Plan Members brought motions on August 28, 2009 for a declaration that a deemed trust equal in amount to the unfunded pension liability was enforceable against the proceeds of the sale. They contended that they had priority over the secured creditors pursuant to s. 57(4) of the *PBA* and s. 30(7) of the *PPSA*. Indalex, in turn, brought a motion for an assignment in bankruptcy to secure the priority regime it argued for in opposing the Plan Members' motions.

[19] On October 14, 2009, while judgment was pending, Indalex U.S. converted the Chapter 11 restructuring proceeding in the U.S. into a Chapter 7 liquidation proceeding. On November 5, 2009, the Superintendent of Financial Services ("Superintendent") appointed the actuarial firm of Morneau Sobeco Limited Partnership ("Morneau") to replace Indalex as administrator of the plans.

[20] On February 18, 2010, Campbell J. dismissed the Plan Members' motions, concluding that the deemed trust did not apply to the wind-up deficiencies, because the associated payments were not "due" or "accruing due" as of the date of the wind up. He found that the Executive Plan did

17 millions. Se prévalant de la garantie consentie dans l'accord de financement DE, les prêteurs DE ont demandé à Indalex É.-U. de payer la différence, ce qu'elle a fait. Comme la garantie prévoyait la subrogation d'Indalex É.-U. aux droits de priorité des prêteurs DE, Indalex É.-U. est devenue créancière de premier rang d'Indalex pour la somme de 10 millions de dollars américains.

[17] Le conseil d'administration d'Indalex a démissionné après la vente de l'actif de la société. Indalex É.-U., qui faisait partie du Groupe Indalex, a repris la gestion d'Indalex, dont l'actif se limitait au produit de la vente détenu par le contrôleur. Une convention unanime d'actionnaires nommant M. Keith Cooper comme gestionnaire des affaires d'Indalex a été signée le 12 août 2009. M. Cooper était un employé de FTI Consulting Inc.

[18] Les participants ont exercé le droit que leur avait réservé le tribunal le 20 juillet 2009 et ont présenté des motions, le 28 août 2009, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le produit de la vente était grevé d'une fiducie réputée d'un montant équivalent au passif non capitalisé au titre des pensions. Ils ont soutenu que les par. 57(4) de la *LRR* et 30(7) de la *LSM* leur donnaient préséance sur les créanciers garantis. Indalex a présenté une motion pour faire cession de ses biens en faillite afin de bénéficier de la priorité de rang qu'elle invoquait pour contester les motions des participants.

[19] Le 14 octobre 2009, avant le prononcé du jugement, Indalex É.-U. a transformé l'instance en réorganisation fondée sur le chapitre 11 en instance en liquidation fondée sur le chapitre 7. Le 5 novembre 2009, le surintendant des services financiers (le « surintendant ») a nommé le cabinet d'actuaire Morneau Sobeco, société en commandite (« Morneau »), pour remplacer Indalex comme administrateur des régimes.

[20] Le 18 février 2010, le juge Campbell a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation parce que les paiements afférents n'étaient pas [TRADUCTION] « échus » ou « à échoir » à la date de la liquidation. Selon lui, le régime de

not have a wind-up deficiency, since it had not yet been wound up. He thus found it unnecessary to rule on Indalex's motion for an assignment in bankruptcy (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Plan Members appealed the dismissal of their motions.

[21] The Ontario Court of Appeal allowed the Plan Members' appeals. It found that the deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA* applies to all amounts due with respect to plan wind-up deficiencies. Although the court noted that it was likely that no deemed trust existed for the Executive Plan on the plain meaning of the provision, it declined to address this question, because it found that the Executive Plan's members had a claim arising from Indalex's breach of its fiduciary obligations in failing to adequately protect the Plan Members' interests (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] The Court of Appeal concluded that a constructive trust was an appropriate remedy for Indalex's breach of its fiduciary obligations. The court was of the view that this remedy did not harm the DIP lenders, but affected only Indalex U.S. It imposed a constructive trust over the reserved fund in favour of the Plan Members. Turning to the question of distribution, it also found that the deemed trust had priority over the DIP charge because the issue of federal paramountcy had not been raised when the Amended Initial Order was issued, and that Indalex had stated that it intended to comply with any deemed trust requirements. The Court of Appeal found that there was nothing in the record to suggest that not applying the paramountcy doctrine would frustrate Indalex's ability to restructure.

[23] The Court of Appeal ordered the Monitor to make a distribution from the reserve fund in order to pay the amount of each plan's deficiency. It also issued a costs endorsement that approved payment of the costs of the Executive Plan's members from that plan's fund, but declined to order the payment of costs to the USW from the fund of the Salaried Plan (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

retraite des cadres n'étant pas encore liquidé, on ne pouvait parler de déficit de liquidation. Il était donc inutile de statuer sur la motion d'Indalex visant à faire cession de ses biens (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). Les participants ont interjeté appel du rejet de leurs motions.

[21] La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli les appels des participants, estimant que la fiducie réputée créée au par. 57(4) de la *LRR* s'appliquait à toutes les sommes dues au titre des déficits de liquidation des régimes. Signalant que, selon le sens ordinaire de cette disposition, aucune fiducie réputée ne s'appliquerait au régime des cadres, elle a néanmoins refusé de trancher la question parce que les participants à ce régime pouvaient faire valoir une réclamation contre Indalex pour manquement à son obligation fiduciaire de protéger adéquatement leurs intérêts (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] La Cour d'appel a jugé qu'une fiducie par interprétation était une réparation appropriée pour le manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires. Selon elle, cette réparation ne causait pas préjudice aux prêteurs DE et n'avait d'effet que sur Indalex É.-U. Elle a donc imposé une fiducie par interprétation grevant le fonds de réserve au profit des participants. Au sujet de la distribution, elle a aussi jugé que la fiducie réputée avait priorité sur la charge DE parce que la question de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée lorsque l'ordonnance initiale modifiée avait été rendue et qu'Indalex avait déclaré qu'elle allait se conformer à toutes les exigences d'une fiducie réputée. Elle a conclu que rien au dossier n'indiquait que le fait de ne pas appliquer la doctrine de la prépondérance fédérale compromettrait la capacité de restructuration d'Indalex.

[23] La Cour d'appel a ordonné au contrôleur de combler le déficit de chacun des deux régimes par prélèvement sur le fonds de réserve. Dans sa décision relative à l'adjudication des dépens, elle a également approuvé le paiement des dépens des participants au régime des cadres sur leur caisse de retraite, mais elle a refusé d'ordonner que les dépens du Syndicat soient acquittés sur la caisse de retraite du régime des salariés (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

[24] The Monitor, together with Sun Indalex, a secured creditor of Indalex U.S., and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, appeals the Court of Appeal's order. Both the Superintendent and Morneau support the Plan Members' position as respondents. A number of stakeholders are also participating in the appeals to this Court. In addition, USW appeals the costs endorsement. As I agree with my colleague Cromwell J. on the appeal from the costs endorsement, I will not deal with it in these reasons.

II. Issues

[25] The appeals raise four issues:

1. Does the deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* apply to wind-up deficiencies?
2. If so, does the deemed trust supersede the DIP charge?
3. Did Indalex have any fiduciary obligations to the Plan Members when making decisions in the context of the insolvency proceedings?
4. Did the Court of Appeal properly exercise its discretion in imposing a constructive trust to remedy the breaches of fiduciary duties?

III. Analysis

A. *Does the Deemed Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Apply to Wind-up Deficiencies?*

[26] The first issue is whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* extends to wind-up deficiencies. This question is one of statutory interpretation, which requires examination of both the wording and context of the relevant provisions of the *PBA*. Section 57(4) of the *PBA* affords protection to members of a pension plan with respect to their employer's contributions upon wind up of the plan. The provision reads:

[24] Le contrôleur, ainsi que Sun Indalex, créancière garantie d'Indalex É.-U., et George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U., interjettent tous trois appel de l'ordonnance de la Cour d'appel. Le surintendant et Morneau appuient la position des participants en tant qu'intimés au pourvoi. D'autres intéressés prennent également part aux pourvois devant notre Cour. Le Syndicat se pourvoit en outre contre l'adjudication des dépens, mais je n'aborderai pas cette question, car je partage l'opinion du juge Cromwell à ce sujet.

II. Les questions en litige

[25] Les pourvois soulèvent quatre questions :

1. La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?
2. Le cas échéant, cette fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?
3. Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants en ce qui concerne les décisions prises dans le contexte des procédures en matière d'insolvabilité?
4. La Cour d'appel a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire correctement en imposant une fiducie par interprétation à titre de réparation pour les manquements aux obligations fiduciaires?

III. Analyse

A. *La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la LRR s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?*

[26] Il faut d'abord déterminer si la fiducie réputée établie au par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux déficits de liquidation. Il s'agit d'une question d'interprétation législative qui exige l'examen du texte et du contexte des dispositions pertinentes de la *LRR*. Le paragraphe 57(4) de la *LRR* accorde aux participants à un régime de retraite une protection applicable aux cotisations de leur employeur en cas de liquidation du régime :

57. . . .

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

[27] The most obvious interpretation is that where a plan is wound up, this provision protects all contributions that have accrued but are not yet due. The words used appear to include the contribution the employer is to make where a plan being wound up is in a deficit position. This quite straightforward interpretation, which is consistent with both the historical broadening of the protection and the remedial purpose of the provision, is being challenged on the basis of a narrow definition of the word “accrued”. I do not find that this argument justifies limiting the protection afforded to plan members by the Ontario legislature.

[28] The *PBA* sets out the rules for the operation of funded contributory defined benefit pension plans in Ontario. In an ongoing plan, an employer must pay into a fund all contributions it withholds from its employees’ salaries. In addition, while the plan is ongoing, the employer must make two kinds of payments. One relates to current service contributions — the employer’s own regular contributions to the pension fund as required by the plan. The other ensures that the fund is sufficient to meet the plan’s liabilities. The employees’ interest in having the contributions made while the plan is ongoing is protected by a deemed trust provided for in s. 57(3) of the *PBA*.

[29] The *PBA* also establishes a comprehensive scheme for winding up a pension plan. Section 75(1)(a) imposes on the employer the obligation to “pay” an amount equal to the total of all “payments” that are due or that have accrued and have not been paid into the fund. In addition, s. 75(1)(b) sets out a formula for calculating the amount that must be

57. . . .

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

[27] Selon l’interprétation la plus évidente, toutes les cotisations accumulées, mais non encore dues, lorsqu’un régime est liquidé sont protégées. Ce libellé semble inclure les cotisations qu’un employeur est tenu de verser lorsque la caisse de retraite est déficitaire au moment de la liquidation. Pour contester cette interprétation plutôt simple, qui concorde à la fois avec l’élargissement constant de la protection accordée au fil du temps et avec l’objectif réparateur de cette disposition, on invoque une définition étroite du mot « accumulé ». À mon avis, cet argument ne justifie pas la restriction de la protection accordée aux participants par le législateur ontarien.

[28] La *LRR* énonce les règles de fonctionnement des régimes de retraite contributifs capitalisés à prestations déterminées en Ontario. Pendant toute la durée d’un régime, l’employeur doit verser à la caisse de retraite toutes les cotisations qu’il retient sur la rémunération des employés. Tant que le régime demeure en vigueur, il est en outre tenu à deux types de paiements. L’un se rapporte aux cotisations pour service courant — les cotisations que l’employeur doit verser régulièrement à la caisse de retraite suivant les modalités du régime — et l’autre, au maintien d’une caisse de retraite suffisante pour couvrir le passif au titre des pensions. Le droit des employés au versement des cotisations pendant que le régime est en vigueur est protégé par la fiducie réputée instituée au par. 57(3) de la *LRR*.

[29] La *LRR* établit également un régime complet régissant la liquidation d’un régime de retraite. L’alinéa 75(1)a) oblige l’employeur à « verse[r] » un montant égal au total de tous les « paiements » dus ou accumulés qui n’ont pas été versés dans la caisse de retraite, et l’al. 75(1)b) établit la formule servant à calculer le montant du paiement

paid to ensure that the fund is sufficient to cover all liabilities upon wind up. Within six months after the effective date of the wind up, the plan administrator must file a wind-up report that lists the plan's assets and liabilities as of the date of the wind up. If the wind-up report shows an actuarial deficit, the employer must make wind-up deficiency payments. Consequently, s. 75(1)(a) and (b) jointly determine the amount of the contributions owed when a plan is wound up.

[30] It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) are covered by the wind-up deemed trust. The only question is whether it also applies to the deficiency payments required by s. 75(1)(b). I would answer this question in the affirmative in view of the provision's wording, context and purpose.

[31] It is readily apparent that the wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due", and I find no reason to exclude contributions paid under s. 75(1)(b). Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Section 75(1) reads as follows:

75. (1) Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
 - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares

à effectuer pour que la caisse de retraite puisse couvrir la totalité du passif à la liquidation. Dans les six mois suivant la date de prise d'effet de la liquidation, l'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation faisant état de l'actif et du passif du régime à la date de la liquidation. Si le rapport révèle l'existence d'un déficit actuariel, l'employeur doit effectuer des paiements au titre du déficit de liquidation. Par conséquent, les al. 75(1)(a) et b) établissent le montant des cotisations dues lors de la liquidation d'un régime.

[30] Il est bien établi que la fiducie réputée en cas de liquidation s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)(a). La seule question à trancher est de savoir si elle s'applique aussi aux paiements au titre du déficit exigés par l'al. 75(1)(b). J'y répondrais par l'affirmative, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de cette disposition.

[31] Il est évident que le par. 57(4) de la *LRR* qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » et je ne vois rien qui justifie d'exclure les cotisations prévues à l'al. 75(1)(b). L'alinéa 75(1)(a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)(b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Voici le texte du par. 75(1) :

75. (1) Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
 - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le

- that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
- (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
 - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

[32] Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of s. 57(4) of the *PBA*: “. . . amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. As I mentioned above, this reasoning is challenged in respect of s. 75(1)(b), not of s. 75(1)(a).

[33] The appellant Sun Indalex argues that since the deficiency is not finally quantified until well after the effective date of the wind up, the liability of the employer cannot be said to have accrued. The Monitor adds that the payments the employer must make to satisfy its wind-up obligations may change over the five-year period within which s. 31 of the *PBA* Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909, requires that they be made. These parties illustrate their argument by referring to what occurred to the Salaried Plan’s fund in the case at bar. In 2007-8, Indalex paid down the vast majority of the \$1.6 million wind-up deficiency associated with the Salaried Plan as estimated in 2006. By the end of 2008, however, this deficiency had risen back up to \$1.8 million as a result of a decline in the fund’s asset value. According to this argument, the amount could not have accrued as of the date of the wind up, because it could not be calculated with certainty.

- surintendant déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,
- (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
 - (iii) la valeur des prestations accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l’article 74,

dépasse la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

[32] Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l’actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l’employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots employés au par. 57(4) de la *LRR* : « . . . montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Comme je l’ai mentionné, ce raisonnement est contesté en ce qui concerne l’al. 75(1)b), mais non l’al. 75(1)a).

[33] L’appelante Sun Indalex avance que, puisque le montant définitif du déficit n’est établi que longtemps après la date de prise d’effet de la liquidation, on ne peut parler de passif accumulé relativement à cette obligation de l’employeur. Le contrôleur souligne en outre que les paiements qu’un employeur doit effectuer pour honorer ses obligations à la liquidation peuvent changer au cours des cinq ans sur lesquels ils peuvent s’échelonner aux termes de l’art. 31 du règlement général pris en application de la *LRR*, R.R.O. 1990, règl. 909. Pour illustrer leur argument, ces parties donnent l’exemple de ce qui s’est produit dans le cas du régime des salariés. En 2007-8, Indalex a comblé la majeure partie du déficit du régime des salariés, qui était estimé à 1,6 million de dollars en 2006. Toutefois, à la fin de 2008, la diminution de la valeur de l’actif de la caisse de retraite avait fait remonter le déficit de liquidation à 1,8 million de dollars. Selon cet argument, il ne peut s’agir d’un montant accumulé à la date de la liquidation, parce qu’il ne pouvait pas être établi avec certitude.

[34] Unlike my colleague Cromwell J., I find this argument unconvincing. I instead agree with the Court of Appeal on this point. The wind-up deemed trust concerns “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. Since the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date. Thus the liabilities of the employer are complete — have accrued — before the wind up. The distinction between my approach and the one Cromwell J. takes is that he requires that it be possible to perform the calculation before the date of the wind up, whereas I am of the view that the time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The date at which the liabilities are *reported* or the employer’s *option* to spread its contributions as allowed by the regulations does not change the legal nature of the contributions.

[35] In *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, Duff J. considered the meaning of the word “accrued” in interpreting the scope of a covenant. He found that

the word “accrued” according to well recognized usage has, as applied to rights or liabilities the meaning simply of completely constituted — and it may have this meaning although it appears from the context that the right completely constituted or the liability completely constituted is one which is only exercisable or enforceable *in futuro* — a debt for example which is *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Emphasis added; pp. 312-13.]

[36] Thus, a contribution has “accrued” when the liabilities are completely constituted, even if the payment itself will not fall due until a later date. If this principle is applied to the facts of this case, the liabilities related to contributions to the fund allocated for payment of the pension benefits contemplated in s. 75(1)(b) are completely

[34] Contrairement à mon collègue le juge Cromwell, j’estime que cet argument n’est pas convaincant. Je souscris plutôt à l’opinion de la Cour d’appel sur ce point. La fiducie réputée s’applique aux « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Puisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation. Par conséquent, le passif correspondant aux obligations de l’employeur existe en entier — est accumulé — avant la liquidation. La différence entre le raisonnement que j’applique et celui du juge Cromwell réside dans le fait que le sien exige que le calcul puisse s’établir avant la date de la liquidation, tandis que je suis d’avis que la date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Ni la date à laquelle le passif est *déclaré* ni l’*option* de l’employeur d’étaler ses cotisations comme le permet le règlement ne changent la nature juridique des cotisations.

[35] Dans *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, le juge Duff a examiné le sens du mot « *accrued* », l’équivalent anglais du mot « *accumulé* », pour interpréter la portée d’un covenant et il a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . suivant l’usage établi, le mot « accumulé », appliqué à un droit ou une obligation, signifie simplement entièrement constitué — et il peut avoir ce sens bien que le contexte indique que l’exercice de ce droit entièrement constitué ou l’exécution forcée de cette obligation entièrement constituée ne seront possibles que dans l’avenir — une dette, par exemple, qui est *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Je souligne; p. 312-313.]

[36] Ainsi, une cotisation est « *accumulée* » lorsque le passif est entièrement constitué, même si le paiement lui-même ne devient exigible que plus tard. Cela signifie en l’espèce que le passif au titre des cotisations à la caisse destinée au paiement des prestations de retraite visées à l’al. 75(1)(b) est entièrement constitué lorsque la liquidation

constituted at the time of the wind up, because no pension entitlements arise after that date. In other words, no new liabilities accrued at the time of or after the wind up. Even the portion of the contributions that is related to the elections plan members may make upon wind up has “accrued to the date of the wind up”, because it is based on rights employees earned before the wind-up date.

[37] The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes (*Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), at p. 621). The use of the word “accrued” does not limit liabilities to amounts that can be determined with precision. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

[38] The legislative history supports my conclusion that wind-up deficiency contributions are protected by the deemed trust provision. The Ontario legislature has consistently expanded the protection afforded in respect of pension plan contributions. I cannot therefore accept an interpretation that would represent a drawback from the protection extended to employees. I will not reproduce the relevant provisions, since my colleague Cromwell J. quotes them.

[39] The original statute provided solely for the employer’s obligation to pay all amounts required to be paid to meet the test for solvency (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2)), but the legislature subsequently afforded employees the protection of a deemed trust on the employer’s assets in an amount equal to the sums withheld from employees as contributions and sums due from the employer as service contributions (s. 23a, added by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6). In a later version, it protected not only contributions that were due, but also those that had accrued, with the amounts being calculated as if the plan had been wound up (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80).

a lieu, parce qu’aucun droit au titre de la pension ne prend naissance après cette date. Autrement dit, aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation. Même la portion des cotisations afférente aux options que les participants peuvent exercer lorsqu’il y a liquidation est « accumulé[e] à la date de la liquidation » parce qu’elle est fondée sur des droits que les employés ont acquis avant la date de la liquidation.

[37] Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable (*Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), p. 621). L’emploi du mot « accumulé » ne limite pas le passif aux seuls montants qui peuvent être établis avec précision. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)(b) de la *LRR*.

[38] L’historique législatif étaye ma conclusion que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation s’applique aux cotisations au titre du déficit de liquidation. Le législateur ontarien a systématiquement élargi la protection applicable aux cotisations aux régimes de retraite. Je ne puis donc retenir une interprétation qui ferait régresser la protection accordée aux employés. Mon collègue le juge Cromwell ayant cité les dispositions législatives pertinentes, je ne les reproduirai pas ici.

[39] La loi initiale obligeait seulement l’employeur à effectuer les paiements nécessaires pour établir la solvabilité selon la norme applicable (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, par. 22(2)), mais le législateur a par la suite protégé les employés au moyen d’une fiducie réputée grevant les biens de l’employeur d’un montant égal aux sommes retenues en tant que cotisations des employés et aux sommes dues par l’employeur (al. 23a, ajouté par *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6). Dans une version subséquente, ce ne furent pas que les cotisations exigibles, mais également celles qui étaient accumulées qui ont été protégées, et le calcul s’effectuait comme s’il y avait liquidation (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80).

[40] Whereas *all* employer contributions were originally covered by a single provision, the legislature crafted a separate provision in 1980 that specifically imposed on the employer the obligation to fund the wind-up deficiency. At the time, it was clear from the words used in the provision that the amount related to the wind-up deficiency was excluded from the deemed trust protection (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). In 1983, the legislature made a distinction between the deemed trust for ongoing employer contributions and the one for certain payments to be made upon wind up (ss. 23(4)(a) and 23(4)(b), added by *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2, s. 3). In that version, the wind-up deficiency payments were still excluded from the deemed trust. However, the legislature once again made changes to the protection in 1987. The 1987 version is, in substance, the one that applies in the case at bar. In the *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35, a specific wind-up deemed trust was maintained, but the wind-up deficiency payments were no longer excluded from it, because the limitation that had been imposed until then with respect to payments that were due or had accrued while the plan was ongoing had been eliminated. My comments to the effect that the previous versions excluded the wind-up deficiency payments do not therefore apply to the 1987 statute, since it was materially different.

[41] Whereas it is clear from the 1983 amendments that the deemed trust provided for in s. 23(4)(b) was intended to include only current service costs and special payments, this is less clear from the subsequent versions of the *PBA*. To give meaning to the 1987 amendment, I have to conclude that the words refer to a deemed trust in respect of *all* “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[42] The employer’s liability upon wind up is now set out in a single section which elegantly parallels the wind-up deemed trust provision. It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions

[40] Alors que *toutes* les cotisations de l’employeur étaient au départ régies par une seule disposition, le législateur a édicté, en 1980, une disposition distincte imposant expressément à l’employeur une obligation de capitalisation du déficit de liquidation. Il ressortait alors du libellé employé que le montant relatif au déficit à la liquidation était exclu de la protection conférée par la fiducie réputée (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). En 1983, le législateur a établi une distinction entre la fiducie réputée applicable aux cotisations de l’employeur lorsque le régime est en vigueur et celle applicable à certains paiements en cas de liquidation du régime (al. 23(4)a) et 23(4)b), ajoutés par la *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2, art. 3). Dans cette version, les paiements au titre du déficit de liquidation étaient toujours exclus de la fiducie réputée. En 1987, toutefois, le législateur a modifié encore une fois la protection, et c’est cette version qui régit, pour l’essentiel, la présente espèce. La *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, crée toujours une fiducie réputée distincte en cas de liquidation, mais cette fiducie n’exclut plus les paiements au titre du déficit parce que la limitation imposée jusqu’alors concernant les paiements dus ou accumulés pendant l’existence du régime a été abolie. Mes commentaires selon lesquels le libellé des anciennes versions excluait les paiements au titre du déficit de liquidation ne s’appliquent donc pas à la loi de 1987, parce que celle-ci est substantiellement différente.

[41] Alors qu’il ressort clairement des modifications faites en 1983 que la fiducie réputée créée par l’al. 23(4)b) ne visait que les coûts afférents au service courant et les paiements spéciaux, cela n’est pas aussi clair dans les versions subséquentes de la *LRR*. Pour donner un sens aux modifications apportées en 1987, il faut conclure que leur libellé renvoie à une fiducie réputée couvrant *toutes* les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[42] La responsabilité de l’employeur à la liquidation est maintenant établie dans un article unique qui fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation. L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1)

that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up.

[43] Therefore, in my view, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer's payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature's trend toward broadening the protection. Since the provision respecting wind-up payments sets out the amounts that are owed upon wind up, I see no historical, legal or logical reason to conclude that the wind-up deemed trust provision does not encompass all of them.

[44] Thus, I am of the view that the words and context of s. 57(4) lend themselves easily to an interpretation that includes the wind-up deficiency payments, and I find additional support for this in the purpose of the provision. The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. This purpose militates against adopting the limited scope proposed by Indalex and some of the interveners. In the case of competing priorities between creditors, the remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust in order to achieve a broad protection.

[45] In sum, the relevant provisions, the legislative history and the purpose are all consistent with inclusion of the wind-up deficiency in the protection afforded to members with respect to employer contributions upon the wind up of their pension plan. I therefore find that the Court of Appeal correctly held with respect to the Salaried Plan, which had been wound up as of December 31, 2006, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

[46] The situation is different with respect to the Executive Plan. Unlike s. 57(3), which provides that

uniquement les cotisations dues, s'est étendue (2) aux montants payables calculés comme s'il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l'exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation.

[43] Selon moi, l'historique législatif mène donc à la conclusion qu'une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l'employeur par l'al. 75(1)b) de la *LRR* de celui exigé à l'al. 75(1)a) irait à l'encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue. Puisque la disposition régissant les paiements à la liquidation décrit les montants qui sont alors dus, je ne vois aucune raison historique, juridique ou logique de conclure que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation ne les englobe pas tous.

[44] J'estime donc que le texte et le contexte du par. 57(4) se prêtent facilement à une interprétation qui englobe les paiements au titre du déficit de liquidation, et l'objet de cette disposition me conforte dans cette opinion. La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cet objet milite contre l'adoption de la portée limitée que proposent Indalex et certains des intervenants. En présence de priorités concurrentes entre créanciers, cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée pour que les participants bénéficient d'une vaste protection.

[45] En résumé, le texte, l'historique législatif et l'objet des dispositions pertinentes concordent tous avec l'inclusion du déficit de liquidation dans la protection offerte aux participants à l'égard des cotisations de l'employeur à la liquidation des régimes. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a jugé à bon droit qu'Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés dont la liquidation avait pris effet le 31 décembre 2006.

[46] Il n'en va pas de même pour le régime des cadres. Contrairement au par. 57(3), selon lequel

the deemed trust protecting employer contributions exists while a plan is ongoing, s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up. This is a choice made by the Ontario legislature. I would not interfere with it. Thus, the deemed trust entitlement arises only once the condition precedent of the plan being wound up has been fulfilled. This is true even if it is certain that the plan will be wound up in the future. At the time of the sale, the Executive Plan was in the process of being, but had not yet been, wound up. Consequently, the deemed trust provision does not apply to the employer's wind-up deficiency payments in respect of that plan.

[47] The Court of Appeal declined to decide whether a deemed trust arose in relation to the Executive Plan, stating that it was unnecessary to decide this issue. However, the court expressed concern that a reasoning that deprived the Executive Plan's members of the benefit of a deemed trust would mean that a company under CCAA protection could avoid the priority of the PBA deemed trust simply by not winding up an underfunded pension plan. The fear was that Indalex could have relied on its own inaction to avoid the consequences that flow from a wind up. I am not convinced that the Court of Appeal's concern has any impact on the question whether a deemed trust exists, and I doubt that an employer could avoid the consequences of such a security interest simply by refusing to wind up a pension plan. The Superintendent may take a number of steps, including ordering the wind up of a pension plan under s. 69(1) of the PBA in a variety of circumstances (see s. 69(1)(d) PBA). The Superintendent did not choose to order that the plan be wound up in this case.

B. Does the Deemed Trust Supersede the DIP Charge?

[48] The finding that the interests of the Salaried Plan's members in all the employer's wind-up contributions to the Salaried Plan are protected by a

la fiducie réputée protégeant les cotisations de l'employeur existe pendant que le régime est en vigueur, le par. 57(4) prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime. C'est ce que le législateur ontarien a décidé, et je n'interviendrai pas dans cette décision. Les droits résultant de la fiducie réputée ne prennent donc naissance que lorsque se réalise la condition préalable, c'est-à-dire lors de la liquidation du régime, et cela, même s'il est certain que le régime sera liquidé plus tard. Au moment de la vente, le régime des cadres était en voie de liquidation, mais non liquidé. La disposition relative à la fiducie réputée ne s'applique donc pas aux cotisations de l'employeur au titre du déficit de liquidation de ce régime.

[47] La Cour d'appel, ne s'est pas prononcée sur l'existence d'une fiducie réputée à l'égard du régime des cadres, affirmant qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette question. Elle a cependant exprimé des réserves au sujet d'un raisonnement qui empêcherait les participants au régime des cadres de bénéficier d'une fiducie réputée, ce qui ferait en sorte qu'une société placée sous la protection de la LACC pourrait éviter la priorité établie par la LRR à l'égard de la fiducie réputée en s'abstenant simplement de liquider un régime de retraite sous-capitalisé. Indalex aurait ainsi pu tabler sur sa propre inaction pour échapper aux conséquences d'une liquidation. Je ne suis pas convaincue que la crainte exprimée par la Cour d'appel ait une incidence sur la question de savoir si une fiducie réputée existe, et je doute que le simple refus de liquider un régime de retraite puisse permettre à un employeur d'échapper aux conséquences d'une telle sûreté. Le surintendant peut intervenir de diverses façons, notamment en ordonnant la liquidation du régime en application du par. 69(1) de la LRR dans diverses circonstances (voir l'al. 69(1)d de la LRR). Le surintendant n'a pas choisi, en l'espèce, d'ordonner la liquidation.

B. La fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?

[48] La conclusion qu'une fiducie réputée protège les droits des participants au régime des salariés à l'égard de toutes les cotisations que l'employeur

deemed trust does not mean that part of the money reserved by the Monitor from the sale proceeds must be remitted to the Salaried Plan's fund. This will be the case only if the provincial priorities provided for in s. 30(7) of the *PPSA* ensure that the claim of the Salaried Plan's members has priority over the DIP charge. Section 30(7) reads as follows:

30. . . .

(7) A security interest in an account or inventory and its proceeds is subordinate to the interest of a person who is the beneficiary of a deemed trust arising under the *Employment Standards Act* or under the *Pension Benefits Act*.

The effect of s. 30(7) is to enable the Salaried Plan's members to recover from the reserve fund, insofar as it relates to an account or inventory and its proceeds in Ontario, ahead of all other secured creditors.

[49] The Appellants argue that any provincial deemed trust is subordinate to the DIP charge authorized by the *CCAA* order. They put forward two central arguments to support their contention. First, they submit that the *PBA* deemed trust does not apply in *CCAA* proceedings because the relevant priorities are those of the federal insolvency scheme, which do not include provincial deemed trusts. Second, they argue that by virtue of the doctrine of federal paramountcy the DIP charge supersedes the *PBA* deemed trust.

[50] The Appellants' first argument would expand the holding of *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, so as to apply federal bankruptcy priorities to *CCAA* proceedings, with the effect that claims would be treated similarly under the *CCAA* and the *BIA*. In *Century Services*, the Court noted that there are points at which the two schemes converge:

doit verser au régime de retraite des salariés à la liquidation ne signifie pas qu'une partie des sommes retenues par le contrôleur sur le produit de la vente doit être versée à la caisse de retraite des salariés. Ce sera le cas seulement si la priorité de rang accordée par la province aux participants au régime des salariés, au par. 30(7) de la *LSM*, fait en sorte que leur réclamation a préséance sur la charge DE. Le paragraphe 30(7) prévoit ce qui suit :

30. . . .

(7) La sûreté sur un compte ou un stock et le produit de ceux-ci est subordonnée à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée telle aux termes de la *Loi sur les normes d'emploi* ou de la *Loi sur les régimes de retraite*.

Le paragraphe 30(7) a pour effet de permettre aux participants au régime des salariés de recouvrer leur créance sur le fonds de réserve, dans la mesure où il se rapporte à un compte ou un stock ou au produit de ceux-ci en Ontario, par préséance sur tous les autres créanciers garantis.

[49] Les appelants avancent que toute fiducie réputée d'origine provinciale est subordonnée à la charge DE autorisée par l'ordonnance fondée sur la *LACC*. Ils invoquent deux arguments principaux à cet égard. Premièrement, la fiducie réputée créée par la *LRR* ne s'appliquerait pas dans une instance relevant de la *LACC* parce que les priorités applicables sont celles qui sont établies par le régime fédéral en matière d'insolvabilité et que les fiducies réputées d'origine provinciale n'en font pas partie. Deuxièmement, ils plaident que, selon la doctrine de la prépondérance fédérale, la charge DE a préséance sur la fiducie réputée créée par la *LRR*.

[50] Le premier argument des appelants élargirait la portée de l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, de façon que les priorités fédérales en matière de faillite s'appliquent aux instances fondées sur la *LACC*, ce qui ferait que les créances seraient traitées de façon identique sous le régime de la *LACC* et de la *LFI*. Dans *Century Services*, la Cour a indiqué qu'il existe des points de convergence entre les deux régimes :

Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. [para. 23]

[51] In order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements. Yet this does not mean that courts may read bankruptcy priorities into the *CCAA* at will. Provincial legislation defines the priorities to which creditors are entitled until that legislation is ousted by Parliament. Parliament did not expressly apply all bankruptcy priorities either to *CCAA* proceedings or to proposals under the *BIA*. Although the creditors of a corporation that is attempting to reorganize may bargain in the shadow of their bankruptcy entitlements, those entitlements remain only shadows until bankruptcy occurs. At the outset of the insolvency proceedings, Indalex opted for a process governed by the *CCAA*, leaving no doubt that although it wanted to protect its employees' jobs, it would not survive as their employer. This was not a case in which a failed arrangement forced a company into liquidation under the *BIA*. Indalex achieved the goal it was pursuing. It chose to sell its assets under the *CCAA*, not the *BIA*.

[52] The provincial deemed trust under the *PBA* continues to apply in *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy (*Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60, at para. 43). The Court of Appeal therefore did not err in finding that at the end of a *CCAA* liquidation proceeding, priorities may be determined by the *PPSA*'s scheme rather than the federal scheme set out in the *BIA*.

Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. [par. 23]

[51] Pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère des droits analogues aux créanciers. Il ne s'ensuit toutefois pas pour autant que les tribunaux peuvent à leur gré inclure par interprétation dans la *LACC* les priorités applicables en matière de faillite. Les priorités dont bénéficient les créanciers sont définies par la législation provinciale, à moins que ces droits soient écartés par une loi fédérale. Le législateur fédéral n'a pas expressément édicté que toutes les priorités établies en matière de faillite s'appliquent aux instances relevant de la *LACC* ou aux propositions régies par la *LFI*. Bien que les créanciers d'une société tentant de se réorganiser puissent, dans leurs négociations, tenir compte des droits qu'ils pourraient exercer en cas de faillite, ces droits ne constituent rien de plus qu'une considération tant que la faillite n'est pas survenue. Au début des procédures en matière d'insolvabilité, Indalex a choisi un processus régi par la *LACC*, ne laissant aucun doute sur le fait que, bien qu'elle cherchât à protéger les emplois, elle ne demeurerait pas leur employeur. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où l'échec d'un arrangement a entraîné la liquidation d'une société sous le régime de la *LFI*. Indalex a atteint l'objectif qu'elle poursuivait. Elle a choisi de vendre son actif sous le régime de la *LACC*, et non sous celui de la *LFI*.

[52] La fiducie réputée créée par la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances relevant de la *LACC*, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60, par. 43). La Cour d'appel a donc jugé à bon droit que, à l'issue d'un processus de liquidation relevant de la *LACC*, les priorités peuvent être établies selon le régime prévu dans la *LSM*, plutôt que selon le régime fédéral établi dans la *LFI*.

[53] The Appellants' second argument is that an order granting priority to the plan's members on the basis of the deemed trust provided for by the Ontario legislature would be unconstitutional in that it would conflict with the order granting priority to the DIP lenders that was made under the CCAA. They argue that the doctrine of paramountcy resolves this conflict, as it would render the provincial law inoperative to the extent that it is incompatible with the federal law.

[54] There is a preliminary question that must be addressed before determining whether the doctrine of paramountcy applies in this context. This question arises because the Court of Appeal found that although the CCAA court had the power to authorize a DIP charge that would supersede the deemed trust, the order in this case did not have such an effect because paramountcy had not been invoked. As a result, the priority of the deemed trust over secured creditors by virtue of s. 30(7) of the PPSA remained in effect, and the Plan Members' claim ranked in priority to the claim of the DIP lenders established in the CCAA order.

[55] With respect, I cannot accept this approach to the doctrine of federal paramountcy. This doctrine resolves conflicts in the application of overlapping valid provincial and federal legislation (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 32 and 69). Paramountcy is a question of law. As a result, subject to the application of the rules on the admissibility of new evidence, it can be raised even if it was not invoked in an initial proceeding.

[56] A party relying on paramountcy must "demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law" (*Canadian Western Bank*, at para. 75). This Court has in fact applied the doctrine of paramountcy in the area of bankruptcy and insolvency to come to the conclusion that a

[53] Selon le deuxième argument des appelants, une ordonnance accordant priorité aux participants en raison de la fiducie réputée créée par le législateur ontarien serait inconstitutionnelle, parce qu'elle entrerait en conflit avec l'ordonnance fondée sur la LACC qui donne priorité à la charge DE. La doctrine de la prépondérance fédérale résoudrait ce conflit, en rendant la loi provinciale inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale.

[54] Pour statuer sur l'applicabilité de la doctrine de la prépondérance fédérale dans le présent contexte, il faut d'abord trancher une question préliminaire. Cette question découle de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, bien que le tribunal fût habilité à autoriser une charge DE ayant priorité de rang sur la fiducie réputée, l'ordonnance du tribunal en l'espèce n'avait pas eu cet effet parce que la doctrine de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée. Il s'ensuivait que la priorité de rang de la fiducie réputée sur les créanciers garantis établie au par. 30(7) de la LSM demeurait applicable et que la créance des participants avait préséance sur celle des prêteurs DE découlant de l'ordonnance rendue sous le régime de la LACC.

[55] Avec égards, je ne puis souscrire à cette conception de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette doctrine résout les conflits d'application entre des lois provinciales et fédérales validement adoptées qui empiètent l'une sur l'autre (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 32 et 69). La prépondérance est une question de droit, si bien que, sous réserve de l'application des règles régissant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve, elle peut être soulevée même si elle n'a pas été invoquée dans une procédure initiale.

[56] La partie qui invoque la prépondérance fédérale doit « démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale » (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 75). Notre Cour a déjà appliqué la doctrine de la prépondérance au domaine de la

provincial legislature cannot, through measures such as a deemed trust, affect priorities granted under federal legislation (*Husky Oil*).

[57] None of the parties question the validity of either the federal provision that enables a CCAA court to make an order authorizing a DIP charge or the provincial provision that establishes the priority of the deemed trust. However, in considering whether the CCAA court has, in exercising its discretion to assess a claim, validly affected a provincial priority, the reviewing court should remind itself of the rule of interpretation stated in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (at p. 356), and reproduced in *Canadian Western Bank* (at para. 75):

When a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes.

[58] In the instant case, the CCAA judge, in authorizing the DIP charge, did not consider the fact that the Salaried Plan's members had a claim that was protected by a deemed trust, nor did he explicitly note that ordinary creditors, such as the Executive Plan's members, had not received notice of the DIP loan motion. However, he did consider factors that were relevant to the remedial objective of the CCAA and found that Indalex had in fact demonstrated that the CCAA's purpose would be frustrated without the DIP charge. It will be helpful to quote the reasons he gave on April 17, 2009 in authorizing the DIP charge ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61):

- (a) the Applicants are in need of the additional financing in order to support operations during the period of a going concern restructuring;

faillite et de l'insolvabilité, et elle a conclu que des mesures législatives provinciales, comme la création d'une fiducie réputée, ne peuvent porter atteinte à des priorités établies par le législateur fédéral (*Husky Oil*).

[57] Ni la validité de la disposition fédérale habilitant le tribunal chargé d'appliquer la LACC à rendre une ordonnance autorisant une charge DE, ni celle de la disposition provinciale créant la priorité de rang de la fiducie réputée ne sont contestées. Toutefois, lorsqu'elle examine la validité de l'atteinte portée à une priorité d'origine provinciale par le tribunal chargé d'appliquer la LACC dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer une réclamation, la cour siégeant en révision ne doit pas perdre de vue la règle d'interprétation formulée dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (p. 356), et reproduite dans *Banque canadienne de l'Ouest* (par. 75) :

Chaque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit.

[58] En l'espèce, le juge qui a autorisé la charge DE sous le régime de la LACC n'a pas pris en compte le fait que les participants au régime des salariés avaient une créance protégée par une fiducie réputée, et il n'a pas non plus mentionné expressément que les créanciers ordinaires, tels les participants au régime des cadres, n'avaient pas reçu avis de la motion en autorisation du prêt DE. Il a toutefois examiné des facteurs se rapportant à la fin réparatrice de la LACC et conclu qu'Indalex avait effectivement démontré que la réalisation des objets de la LACC serait compromise en l'absence de la charge DE. Je crois utile de citer les motifs qu'il a exprimés à l'appui de sa décision d'autoriser la charge DE le 17 avril 2009 ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61) :

[TRADUCTION]

- a) les requérantes ont besoin de fonds supplémentaires pour soutenir l'exploitation pendant leur période de restructuration sur la base de la continuité;

- | | |
|--|---|
| <p>(b) there is a benefit to the breathing space that would be afforded by the DIP Financing that will permit the Applicants to identify a going concern solution;</p> <p>(c) there is no other alternative available to the Applicants for a going concern solution;</p> <p>(d) a stand-alone solution is impractical given the integrated nature of the business of Indalex Canada and Indalex U.S.;</p> <p>(e) given the collateral base of Indalex U.S., the Monitor is satisfied that it is unlikely that the Post-Filing Guarantee with respect to the U.S. Additional Advances will ever be called and the Monitor is also satisfied that the benefits to stakeholders far outweighs the risk associated with this aspect of the Post-Filing Guarantee;</p> <p>(f) the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing against the assets of the Applicants;</p> <p>(g) the Pre-Filing Security has been reviewed by counsel to the Monitor and it appears that the unsecured creditors of the Canadian debtors will be in no worse position as a result of the Post-Filing Guarantee than they were otherwise, prior to the CCAA filing, as a result of the limitation of the Canadian guarantee set forth in the draft Amended and Restated Initial Order . . . ; and</p> <p>(h) the balancing of the prejudice weighs in favour of the approval of the DIP Financing. [para. 9]</p> | <p>b) la marge de manœuvre que le financement DE procurerait aux requérantes aurait l'avantage de leur permettre de trouver une solution préservant la continuité de leur exploitation;</p> <p>c) les requérantes ne disposent d'aucune autre solution permettant la continuité de l'exploitation;</p> <p>d) vu le degré d'intégration de l'exploitation d'Indalex Canada et d'Indalex É.-U., une solution indépendante est irréaliste;</p> <p>e) vu les biens fournis en garantie par Indalex É.-U., le contrôleur juge peu probable qu'il faille réaliser la garantie postérieure au début de l'instance consentie à l'égard des avances supplémentaires aux É.-U. et il est convaincu que les avantages pour les intéressés dépassent de beaucoup le risque associé à cet aspect de la garantie;</p> <p>f) les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l'emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l'octroi d'un financement garanti par une superpriorité grevant l'actif des requérantes;</p> <p>g) l'avocat du contrôleur a examiné la garantie antérieure au début de l'instance, et il appert que la garantie postérieure au début de l'instance ne placera pas les créanciers non garantis des débiteurs canadiens dans une situation pire que celle où ils se trouvaient avant l'introduction de l'instance fondée sur la LACC, en raison des restrictions applicables à la garantie canadienne établies dans le projet d'ordonnance initiale modifiée et reformulée . . .</p> <p>h) la prépondérance des inconvénients favorise l'approbation du financement DE. [par. 9]</p> |
|--|---|

[59] Given that there was no alternative for a going-concern solution, it is difficult to accept the Court of Appeal's sweeping intimation that the DIP lenders would have accepted that their claim ranked below claims resulting from the deemed trust. There is no evidence in the record that gives credence to this suggestion. Not only is it contradicted by the CCAA judge's findings of fact, but case after case has shown that "the priming of the DIP facility is a key aspect of the debtor's ability to attempt a workout" (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). The harsh reality is that lending is governed by the commercial imperatives of the

[59] Étant donné qu'il n'existait aucune autre solution pour préserver la continuité de l'exploitation, il est difficile d'accepter l'insinuation sans nuance de la Cour d'appel que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée. Rien dans la preuve présentée n'accrédite un tel scénario. Non seulement les conclusions de fait du juge chargé d'appliquer la LACC le contredisent, mais il a été démontré maintes et maintes fois que [TRADUCTION] « la priorité accordée au financement DE constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors*

lenders, not by the interests of the plan members or the policy considerations that lead provincial governments to legislate in favour of pension fund beneficiaries. The reasons given by Morawetz J. in response to the first attempt of the Executive Plan's members to reserve their rights on June 12, 2009 are instructive. He indicated that any uncertainty as to whether the lenders would withhold advances or whether they would have priority if advances were made did "not represent a positive development". He found that, in the absence of any alternative, the relief sought was "necessary and appropriate" (2009 CanLII 37906, at paras. 7-8).

[60] In this case, compliance with the provincial law necessarily entails defiance of the order made under federal law. On the one hand, s. 30(7) of the *PPSA* required a part of the proceeds from the sale related to assets described in the provincial statute to be paid to the plan's administrator before other secured creditors were paid. On the other hand, the Amended Initial Order provided that the DIP charge ranked in priority to "all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise" (para. 45). Granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the Plan Members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

C. *Did Indalex Have Fiduciary Obligations to the Plan Members?*

[61] The fact that the DIP financing charge supersedes the deemed trust or that the interests of the Executive Plan's members are not protected by the deemed trust does not mean that Plan Members have no right to receive money out of the reserve

Arrangement Act (2007), p. 97). La dure réalité est que l'octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs, et non par les intérêts des participants ou par les considérations de politique générale qui ont incité les législateurs provinciaux à protéger les bénéficiaires de caisses de retraite. Les motifs exposés par le juge Morawetz lorsque, le 12 juin 2009, les participants au régime des cadres ont demandé pour la première fois que leurs droits soient réservés sont révélateurs. Selon lui, toute incertitude quant à savoir si les prêteurs refuseraient de consentir des avances ou s'ils auraient priorité dans le cas où des avances seraient consenties [TRADUCTION] « n'améliorerait pas la situation ». Il a conclu qu'en l'absence de solution de rechange la réparation demandée était « nécessaire et appropriée » (2009 CanLII 37906, par. 7-8).

[60] En l'occurrence, le respect du droit provincial implique nécessairement le non-respect de l'ordonnance rendue en vertu du droit fédéral. D'un côté, le par. 30(7) de la *LSM* exige qu'une partie du produit de la vente lié aux biens décrits dans la loi provinciale soit versée à l'administrateur du régime de retraite par priorité sur les paiements aux autres créanciers garantis. D'un autre côté, l'ordonnance initiale modifiée accorde à la charge DE priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d'origine législative ou autre » (par. 45). Accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

C. *Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants?*

[61] Le fait que la charge DE ait préséance sur la fiducie réputée ou que les intérêts des participants au régime des cadres ne soient pas protégés par la fiducie réputée ne signifie pas que les participants n'ont pas le droit de recevoir un montant prélevé

fund. What remains to be considered is whether an equitable remedy, which could override all priorities, can and should be granted for a breach by Indalex of a fiduciary duty.

[62] The first stage of a fiduciary duty analysis is to determine whether and when fiduciary obligations arise. The Court has recognized that there are circumstances in which a pension plan administrator has fiduciary obligations to plan members both at common law and under statute (*Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41). It is clear that the indicia of a fiduciary relationship attach in this case between the Plan Members and Indalex as plan administrator. Sun Indalex and the Monitor do not dispute this proposition.

[63] However, Sun Indalex and the Monitor argue that the employer has a fiduciary duty only when it acts as plan administrator — when it is wearing its administrator's "hat". They contend that, outside the plan administration context, when directors make decisions in the best interests of the corporation, the employer is wearing solely its "corporate hat". On this view, decisions made by the employer in its corporate capacity are not burdened by the corporation's fiduciary obligations to its pension plan members and, consequently, cannot be found to conflict with plan members' interests. This is not the correct approach to take in determining the scope of the fiduciary obligations of an employer acting as plan administrator.

[64] Only persons or entities authorized by the *PBA* can act as plan administrators (ss. 1(1) and 8(1)(a)). The employer is one of them. A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the fact that the corporate employer can act as administrator

sur le fonds de réserve. Il faut encore examiner s'il est possible et s'il y a lieu d'imposer une réparation en equity — pouvant avoir préséance sur toutes les priorités — pour manquement par Indalex à une obligation fiduciaire.

[62] La première étape de l'analyse relative à une obligation fiduciaire consiste à déterminer si de telles obligations existent et dans quel contexte elles s'appliquent. La Cour a reconnu que, dans certaines circonstances, l'administrateur d'un régime de retraite a des obligations fiduciaires envers les participants en vertu tant de la common law que de la législation (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41). Il est clair que la relation entre les participants et Indalex, en sa qualité d'administrateur des régimes, présente les caractéristiques d'une relation fiduciaire. Ni Sun Indalex ni le contrôleur ne le contestent.

[63] Sun Indalex et le contrôleur font cependant valoir que l'employeur n'est tenu à une obligation fiduciaire que lorsqu'il agit en qualité d'administrateur des régimes — lorsqu'il porte son « chapeau » d'administrateur des régimes. Hors du contexte de l'administration des régimes, lorsque le conseil d'administration prend des décisions dans l'intérêt supérieur de la société, il porte uniquement son « chapeau » de gestionnaire de la société. Selon cette optique, les décisions de l'employeur concernant la gestion de l'entreprise ne sont pas assujetties aux obligations fiduciaires de la société envers les participants à son régime de retraite et, par conséquent, ne peuvent entrer en conflit avec les intérêts des participants. Je ne puis accepter cette interprétation lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des obligations fiduciaires qui incombent à un employeur en sa qualité d'administrateur d'un régime de retraite.

[64] Seules peuvent administrer un régime de retraite les personnes ou entités qui y sont autorisées par la *LRR* (par. 1(1) et al. 8(1)a)). L'employeur fait partie de ces personnes ou entités. L'employeur constitué en société qui décide d'agir en qualité d'administrateur d'un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d'une société ont aussi une

of a pension plan means that s. 8(1)(a) of the *PBA* is based on the assumption that not all decisions taken by directors in managing a corporation will result in conflict with the corporation's duties to the plan's members. However, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. Reorganization proceedings place considerable burdens on any debtor, but these burdens do not release an employer that acts as plan administrator from its fiduciary obligations.

[65] Section 22(4) of the *PBA* explicitly provides that a plan administrator must not permit its own interest to conflict with its duties in respect of the pension fund. Thus, where an employer's own interests do not converge with those of the plan's members, it must ask itself whether there is a potential conflict and, if so, what can be done to resolve the conflict. Where interests do conflict, I do not find the two hats metaphor helpful. The solution is not to determine whether a given decision can be classified as being related to either the management of the corporation or the administration of the pension plan. The employer may well take a sound management decision, and yet do something that harms the interests of the plan's members. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a "corporate hat". What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

[66] When the interests the employer seeks to advance on behalf of the corporation conflict with interests the employer has a duty to preserve as plan administrator, a solution must be found to ensure that the plan members' interests are taken care of. This may mean that the corporation puts the members on notice, or that it finds a replacement administrator, appoints representative counsel or

obligation fiduciaire envers la société, le fait que l'employeur puisse agir en qualité d'administrateur d'un régime de retraite signifie que l'al. 8(1)a) de la *LRR* repose sur la prémisse que les décisions de gestion de l'entreprise prises par les administrateurs n'engendreront pas toujours un conflit avec les obligations de la société envers les participants au régime de retraite. L'employeur doit toutefois être prêt à résoudre les conflits lorsqu'ils surgissent. Une procédure de réorganisation impose inévitablement un poids à un débiteur, mais ce fardeau ne libère pas l'employeur qui agit en qualité d'administrateur d'un régime de retraite de ses obligations fiduciaires.

[65] Le paragraphe 22(4) de la *LRR* interdit expressément à l'administrateur d'un régime de permettre que son intérêt entre en conflit avec ses obligations à l'égard du régime de retraite. Par conséquent, l'employeur dont le propre intérêt ne coïncide pas avec celui des participants au régime doit se demander si cette divergence d'intérêts peut susciter un conflit et, le cas échéant, ce qu'il faut faire pour le résoudre. Lorsqu'il y a effectivement conflit, la métaphore des deux « chapeaux » n'est selon moi d'aucun secours. La solution ne consiste pas à déterminer si une décision peut être classifiée comme se rattachant à la gestion de la société ou à l'administration du régime de retraite. L'employeur peut très bien prendre une décision judicieuse concernant la gestion de la société et, néanmoins, porter préjudice aux intérêts des participants au régime. L'employeur qui administre un régime de retraite n'est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu'il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d'une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

[66] Lorsque les intérêts de la société que l'employeur tente de servir se heurtent à ceux que l'employeur a le devoir de protéger en qualité d'administrateur du régime, il faut trouver une façon de veiller sur les intérêts des participants. Cela peut vouloir dire que la société les tiendra informés, qu'elle trouvera un administrateur substitut pour le régime, qu'elle nommera un avocat

finds some other means to resolve the conflict. The solution has to fit the problem, and the same solution may not be appropriate in every case.

[67] In the instant case, Indalex's fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Indalex had a number of responsibilities as plan administrator. For example, s. 56(1) of the *PBA* required it to ensure that contributions were paid when due. Section 56(2) required that it notify the Superintendent if contributions were not paid when due. It was also up to Indalex under s. 59 to commence proceedings to obtain payment of contributions that were due but not paid. Indalex, as an employer, paid all the contributions that were due. However, its insolvency put contributions that had accrued to the date of the wind up at risk. In an insolvency context, the administrator's claim for contributions that have accrued is a provable claim.

[68] In the context of this case, the fact that Indalex, as plan administrator, might have to claim accrued contributions from itself means that it would have to simultaneously adopt conflicting positions on whether contributions had accrued as of the date of liquidation and whether a deemed trust had arisen in respect of wind-up deficiencies. This is indicative of a clear conflict between Indalex's interests and those of the Plan Members. As soon as it saw, or ought to have seen, a potential for conflict, Indalex should have taken steps to ensure that the interests of the Plan Members were protected. It did not do so. On the contrary, it contested the position the Plan Members advanced. At the very least, Indalex breached its duty to avoid conflicts of interest (s. 22(4) *PBA*).

[69] Since the Plan Members seek an equitable remedy, it is important to identify the point at

pour représenter les participants ou qu'elle résoudra le conflit par un autre moyen. La solution doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas.

[67] En l'espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombait à Indalex en sa qualité d'administrateur des régimes et les décisions de gestion qu'elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Indalex avait certaines responsabilités en sa qualité d'administrateur des régimes. Par exemple, le par. 56(1) de la *LRR* l'obligeait à veiller à ce que les cotisations soient payées à leur date d'exigibilité et, si elles ne l'étaient pas, le par. 56(2) exigeait qu'elle en avise le surintendant. Il incombait également à Indalex, aux termes de l'art. 59, d'introduire une instance devant un tribunal compétent pour obtenir le paiement des cotisations dues, mais impayées. Indalex, en tant qu'employeur, a acquitté toutes les cotisations dues. Son insolvabilité compromettrait toutefois le paiement des cotisations accumulées à la date de la liquidation. En cas d'insolvabilité, la créance de l'administrateur d'un régime à l'égard des cotisations accumulées constitue une réclamation prouvable.

[68] Dans le contexte de la présente affaire, le fait qu'Indalex pouvait, en sa qualité d'administrateur des régimes de retraite, avoir à se réclamer à elle-même les cotisations accumulées l'amènerait à devoir adopter simultanément des positions opposées quant à savoir si des cotisations s'étaient accumulées à la date de la liquidation et si les déficits de capitalisation étaient protégés par une fiducie réputée. Cet exemple démontre qu'il existait manifestement un conflit entre les intérêts d'Indalex et ceux des participants. Indalex aurait dû prendre des mesures pour assurer la protection des intérêts des participants dès qu'elle a constaté, ou qu'elle aurait dû constater, l'existence d'un conflit potentiel. Elle ne l'a pas fait. Elle a, au contraire, contesté la position défendue par les participants. Elle a donc, à tout le moins, manqué à son obligation d'éviter les conflits d'intérêts (par. 22(4) *LRR*).

[69] Comme les participants demandent une réparation en equity, il importe d'établir à quel moment

which Indalex should have moved to ensure that their interests were safeguarded. Before doing so, I would stress that factual contexts are needed to analyse conflicts between interests, and that it is neither necessary nor useful to attempt to map out all the situations in which conflicts may arise.

[70] As I mentioned above, insolvency puts the employer's contributions at risk. This does not mean that the decision to commence insolvency proceedings entails on its own a breach of a fiduciary obligation. The commencement of insolvency proceedings in this case on April 3, 2009 in an emergency situation was explained by Timothy R. J. Stubbs, the then-president of Indalex. The company was in default to its lender, it faced legal proceedings for unpaid bills, it had received a termination notice effective April 6 from its insurers, and suppliers had stopped supplying on credit. These circumstances called for urgent action by Indalex lest a creditor start bankruptcy proceedings and in so doing jeopardize ongoing operations and jobs. Several facts lead me to conclude that the stay sought in this case did not, in and of itself, put Indalex in a conflict of interest.

[71] First, a stay operates only to freeze the parties' rights. In most cases, stays are obtained *ex parte*. One of the reasons for refraining from giving notice of the initial stay motion is to avert a situation in which creditors race to court to secure benefits that they would not enjoy in insolvency. Subjecting as many creditors as possible to a single process is seen as a way to treat all of them more equitably. In this context, plan members are placed on the same footing as the other creditors and have no special entitlement to notice. Second, one of the conclusions of the order Indalex sought was that it was to be served on all creditors, with a few exceptions, within 10 days. The notice allowed any interested party to apply to vary the order. Third, Indalex was permitted to pay all pension benefits. Although the order excluded special solvency payments, no ruling was made at that point on the

Indalex aurait dû prendre des mesures pour veiller à ce que leurs intérêts soient protégés. Soulignons au préalable que l'analyse d'un conflit d'intérêts doit s'appuyer sur un contexte factuel et qu'il n'est ni nécessaire ni utile de tenter de décrire toutes les situations dans lesquelles un conflit est susceptible de surgir.

[70] L'insolvabilité, comme je l'ai déjà mentionné, met en péril les cotisations de l'employeur. Cela ne signifie pas pour autant que la seule décision d'engager une procédure en matière d'insolvabilité constitue un manquement à une obligation fiduciaire. Le président d'Indalex à l'époque, M. Timothy R. J. Stubbs, a expliqué pourquoi une procédure en matière d'insolvabilité avait été engagée, le 3 avril 2009, dans une situation d'urgence. La dette d'Indalex envers son prêteur était en souffrance, la société s'exposait à des poursuites pour factures impayées, elle avait reçu un avis de résiliation de son assureur qui prenait effet le 6 avril et ses fournisseurs ne lui faisaient plus crédit. Indalex devait donc agir de toute urgence, avant qu'un créancier n'entame une procédure de mise en faillite, ce qui aurait compromis la poursuite de l'exploitation de l'entreprise et le maintien des emplois. Plusieurs raisons m'amènent à conclure que la suspension demandée en l'espèce n'a pas en elle-même placé Indalex en conflit d'intérêts.

[71] Premièrement, la suspension ne fait que figer les droits des parties. La plupart du temps, elle s'obtient *ex parte*. C'est notamment pour éviter que les créanciers se ruent devant les tribunaux pour tenter d'obtenir des avantages que les procédures en matière d'insolvabilité ne leur procureraient pas qu'on s'abstient de donner avis de la motion initiale en suspension. Il semble plus équitable d'appliquer un processus unique au plus grand nombre possible de créanciers. Dans ce contexte, les participants sont sur le même pied que les autres créanciers, et ils ne bénéficient d'aucun droit spécial de recevoir un avis. Deuxièmement, l'une des conclusions de l'ordonnance demandée par Indalex exigeait que, sous réserve de quelques exceptions, tous les créanciers reçoivent signification de l'ordonnance dans un délai de 10 jours. L'avis permettait à tout intéressé de demander une modification de l'ordonnance.

merits of the creditors' competing claims, and a stay gave the Plan Members the possibility of presenting their arguments on the deemed trust rather than losing it altogether as a result of a bankruptcy proceeding, which was the alternative.

[72] Whereas the stay itself did not put Indalex in a conflict of interest, the proceedings that followed had adverse consequences. On April 8, 2009, Indalex brought a motion to amend and restate the initial order in order to apply for DIP financing. This motion had been foreseen. Mr. Stubbs had mentioned in the affidavit he signed in support of the initial order that the lenders had agreed to extend their financing, but that Indalex would be in need of authorization in order to secure financing to continue its operations. However, the initial order had not yet been served on the Plan Members as of April 8. Short notice of the motion was given to the USW rather than to all the individual Plan Members, but the USW did not appear. The Plan Members were quite simply not represented on the motion to amend the initial stay order requesting authorization to grant the DIP charge.

[73] In seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the Plan Members' priority. This was a case in which Indalex's directors permitted the corporation's best interests to be put ahead of those of the Plan Members. The directors may have fulfilled their fiduciary duty to Indalex, but they placed Indalex in the position of failing to fulfil its obligations as plan administrator. The corporation's interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator's duty to the Plan Members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator's duty to the Plan Members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty

Troisièmement, Indalex était autorisée à verser toutes les prestations de retraite. Même si l'ordonnance excluait les paiements spéciaux de solvabilité, elle ne réglait pas les droits concurrents des créanciers, et la suspension permettait aux participants de présenter leurs arguments au sujet de la fiducie réputée, alors qu'ils en auraient tout simplement perdu le bénéfice dans le contexte d'une faillite, qui était la solution de rechange.

[72] Bien que la suspension en elle-même n'ait pas placé Indalex en situation de conflit d'intérêts, les procédures qui ont suivi ont eu des conséquences négatives. Le 8 avril 2009, Indalex a déposé une motion en modification et reformulation de l'ordonnance initiale pour demander un financement DE. Cette motion avait été prévue. M. Stubbs avait mentionné dans son affidavit à l'appui de la demande d'ordonnance initiale que les prêteurs avaient consenti au financement, mais qu'Indalex devrait être autorisée à obtenir le financement pour poursuivre ses activités. Toutefois, le 8 avril, l'ordonnance initiale n'avait pas encore été signifiée aux participants. Un court préavis avait été donné au Syndicat, plutôt qu'à chacun des participants, mais le Syndicat n'a pas comparu. Les participants n'étaient tout simplement pas représentés lors de l'examen de la motion en modification de l'ordonnance initiale de suspension et en autorisation d'accorder la charge DE.

[73] En demandant au tribunal d'autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d'appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. Il s'agit d'un cas où les administrateurs d'Indalex ont permis que les intérêts de la société l'emportent sur ceux des participants. Ce faisant, ils ont peut-être rempli leurs obligations fiduciaires envers Indalex, mais ils ont fait en sorte qu'Indalex a manqué à ses obligations en tant qu'administrateur des régimes. L'intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d'insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l'administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l'occurrence, ce devoir de l'administrateur des régimes impliquait, plus

meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the Plan Members. Because Indalex supported the motion asking that a priority be granted to its lender, it could not at the same time argue for a priority based on the deemed trust.

[74] The Court of Appeal found a number of other breaches. I agree with Cromwell J. that none of the subsequent proceedings had a negative impact on the Plan Members' rights. The events that occurred, in particular the second DIP financing motion and the sale process, were predictable and, in a way, typical of reorganizations. Notice was given in all cases. The Plan Members were represented by able counsel. More importantly, the court ordered that funds be reserved and that a full hearing be held to argue the issues.

[75] The Monitor and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, argue that the Plan Members should have appealed the Amended Initial Order authorizing the DIP charge, and were precluded from subsequently arguing that their claim ranked in priority to that of the DIP lenders. They take the position that the collateral attack doctrine bars the Plan Members from challenging the DIP financing order. This argument is not convincing. The Plan Members did not receive notice of the motion to approve the DIP financing. Counsel for the Executive Plan's members presented the argument of that plan's members at the first opportunity and repeated it each time he had an occasion to do so. The only time he withdrew their opposition was at the hearing of the motion for authorization to increase the DIP loan amount after being told that the only purpose of the motion was to increase the amount of the authorized loan. The CCAA judge set a hearing date for the very purpose of presenting the arguments that Indalex, as plan administrator, could have presented when it requested the amendment to the initial order.

particulièrement, qu'il donne à tout le moins aux participants la possibilité d'exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l'encontre des intérêts des participants. Étant donné qu'Indalex soutenait la motion visant l'octroi d'une priorité à son prêteur, elle ne pouvait pas simultanément défendre l'existence d'une priorité fondée sur la fiducie réputée.

[74] La Cour d'appel a constaté d'autres manquements. Je partage l'opinion du juge Cromwell qu'aucune des procédures subséquentes n'a porté atteinte aux droits des participants. La suite des événements, notamment la deuxième motion en approbation du financement DE et le processus de vente, était prévisible et, à cet égard, typique des réorganisations. Dans tous les cas, des avis ont été donnés. Les participants ont été représentés par des avocats compétents. Fait plus important, le tribunal a ordonné que des fonds soient réservés et qu'une audience soit tenue pour que les questions en litige soient pleinement débattues.

[75] Le contrôleur et George L. Miller, le syndic de faillite d'Indalex É.-U., soutiennent que les participants auraient dû interjeter appel de l'ordonnance initiale modifiée autorisant la charge DE et qu'ils ne devaient pas être admis à prétendre plus tard que leur créance avait priorité sur celle des prêteurs DE. Ils plaident que la règle interdisant les contestations indirectes empêche les participants de contester l'ordonnance autorisant le financement DE. Cet argument n'est pas convaincant. Les participants n'ont pas reçu avis de la motion demandant au tribunal d'autoriser le financement DE. L'avocat des participants au régime des cadres a défendu leur position dès qu'il a pu le faire et l'a réitérée chaque fois qu'il en a eu l'occasion. À l'audition de la motion visant l'augmentation du prêt DE, il n'a retiré leur opposition que lorsqu'on lui a dit que son seul objet était d'augmenter le montant du prêt autorisé. Le juge chargé d'appliquer la LACC a fixé une date d'audience expressément pour la présentation des arguments qu'Indalex aurait pu faire valoir, en qualité d'administrateur des régimes, lorsqu'elle a demandé la modification de l'ordonnance initiale.

It cannot now be argued, therefore, that the Plan Members are barred from defending their interests by the collateral attack doctrine.

D. Would an Equitable Remedy Be Appropriate in the Circumstances?

[76] The definition of “secured creditor” in s. 2 of the CCAA includes a trust in respect of the debtor’s property. The Amended Initial Order (at para. 45) provided that the DIP lenders’ claims ranked in priority to all trusts, “statutory or otherwise”. Indalex U.S. was subrogated to the DIP lenders’ claim by operation of the guarantee in the DIP lending agreement.

[77] Counsel for the Executive Plan’s members argues that the doctrine of equitable subordination should apply to subordinate Indalex U.S.’s subrogated claim to those of the Plan Members. This Court discussed the doctrine of equitable subordination in *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558, but did not endorse it, leaving it for future determination (p. 609). I do not need to endorse it here either. Suffice to say that there is no evidence that the lenders committed a wrong or that they engaged in inequitable conduct, and no party has contested the validity of Indalex U.S.’s payment of the US\$10 million shortfall.

[78] This leaves the constructive trust remedy ordered by the Court of Appeal. It is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. I agree with my colleague Cromwell J. that this condition is not met in the case at bar. I adopt his reasoning on this issue.

[79] Moreover, I am of the view that it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case. The breach of fiduciary duty identified in this case is, in substance, the lack of notice. Since the Plan Members were allowed to fully argue their case at a hearing specifically held

La règle interdisant les contestations indirectes ne peut donc être invoquée maintenant pour empêcher les participants de défendre leurs intérêts.

D. Y a-t-il lieu d’accorder une réparation en equity en l’espèce?

[76] La définition d’un « créancier garanti » à l’art. 2 de la LACC inclut la fiducie relative aux biens du débiteur. L’ordonnance initiale modifiée donne à la créance des prêteurs DE priorité sur toute fiducie [TRADUCTION] « d’origine législative ou autre » (par. 45). Indalex É.-U. a été subrogée aux prêteurs DE en conséquence de la garantie consentie dans la convention de prêt DE.

[77] L’avocat des participants au régime des cadres soutient que, selon le principe de la subordination reconnue en equity, la créance d’Indalex É.-U. fondée sur la subrogation est subordonnée à celle des participants. Dans *Société d’assurance-dépôt du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558, notre Cour a examiné le principe de la subordination reconnue en equity. Elle ne l’a toutefois pas entériné, reportant l’examen de cette question à un autre moment (p. 609). Je n’ai pas non plus besoin de l’entériner ici. Il suffit de mentionner que la preuve ne révèle aucune inconduite ni injustice de la part des prêteurs, et qu’aucune partie ne conteste la validité du paiement, par Indalex É.-U., des 10 millions de dollars américains manquants.

[78] Reste donc la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel. Il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Je partage l’avis de mon collègue le juge Cromwell que cette condition n’est pas remplie en l’espèce et je souscris à ses motifs sur ce point.

[79] En outre, je considère qu’il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité. Le manquement à l’obligation fiduciaire constaté en l’espèce consiste essentiellement en l’absence d’avis. Puisque les participants ont été autorisés à présenter leurs arguments lors d’une

to adjudicate their rights, the CCAA court was in a position to fully appreciate the parties' positions.

[80] It is difficult to see what gains the Plan Members would have secured had they received notice of the motion that resulted in the Amended Initial Order. The CCAA judge made it clear, and his finding is supported by logic, that there was no alternative to the DIP loan that would allow for the sale of the assets on a going-concern basis. The Plan Members presented no evidence to the contrary. They rely on conjecture alone. The Plan Members invoke other cases in which notice was given to plan members and in which the members were able to fully argue their positions. However, in none of those cases were plan members able to secure any additional benefits. Furthermore, the Plan Members were allowed to fully argue their case. As a result, even though Indalex breached its fiduciary duty to notify the Plan Members of the motion that resulted in the Amended Initial Order, their claim remains subordinate to that of Indalex U.S.

IV. Conclusion

[81] There are good reasons for giving special protection to members of pension plans in insolvency proceedings. Parliament considered doing so before enacting the most recent amendments to the CCAA, but chose not to (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, in force September 18, 2009, SI/2009-68; see also Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (subsequently amended by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011)). A report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce gave the following reasons for this choice:

audience spécialement tenue pour statuer sur leurs droits, le tribunal chargé d'appliquer la LACC était pleinement en mesure d'évaluer la position des parties.

[80] De plus, je vois difficilement comment les participants auraient pu améliorer leur position même s'ils avaient reçu avis de la motion en modification de l'ordonnance initiale. Le juge chargé d'appliquer la LACC a clairement indiqué que la seule solution permettant la vente de l'actif en tant qu'entreprise en exploitation était le financement DE — et la logique appuie cette conclusion. Les participants n'ont présenté aucune preuve contraire. Leur argumentation est uniquement fondée sur des conjectures. Ils invoquent d'autres affaires où des participants à des régimes ont reçu un avis et ont pu défendre pleinement leur position. Or, dans aucun des exemples qu'ils citent, les intéressés n'ont pu obtenir d'avantages additionnels. Qui plus est, les participants en l'espèce ont pu faire valoir pleinement leur position. Par conséquent, bien qu'Indalex ait manqué à son obligation fiduciaire d'informer les participants de la motion en modification de l'ordonnance initiale, leur créance demeure subordonnée à celle d'Indalex É.-U.

IV. Conclusion

[81] Il existe des raisons valables d'accorder une protection spéciale aux participants à un régime de retraite lors de procédures en matière d'insolvabilité. Le législateur a envisagé la possibilité de leur accorder cette protection lorsqu'il a édicté les modifications les plus récentes à la LACC, mais il a décidé de s'en abstenir (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68; voir aussi le projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et d'autres lois (protection des prestations)*, 3^e sess., 40^e lég., 24 mars 2010 (modifié par la suite par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1^{er} mars 2011)). Un rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a expliqué ainsi le choix fait par le législateur :

Although the Committee recognizes the vulnerability of current pensioners, we do not believe that changes to the BIA regarding pension claims should be made at this time. Current pensioners can also access retirement benefits from the Canada/Quebec Pension Plan, and the Old Age Security and Guaranteed Income Supplement programs, and may have private savings and Registered Retirement Savings Plans that can provide income for them in retirement. The desire expressed by some of our witnesses for greater protection for pensioners and for employees currently participating in an occupational pension plan must be balanced against the interests of others. As we noted earlier, insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The Committee believes that granting the pension protection sought by some of the witnesses would be sufficiently unfair to other stakeholders that we cannot recommend the changes requested. For example, we feel that super priority status could unnecessarily reduce the moneys available for distribution to creditors. In turn, credit availability and the cost of credit could be negatively affected, and all those seeking credit in Canada would be disadvantaged.

(Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act (2003), at p. 98; see also p. 88.)

[82] In an insolvency process, a CCAA court must consider the employer's fiduciary obligations to plan members as their plan administrator. It must grant a remedy where appropriate. However, courts should not use equity to do what they wish Parliament had done through legislation.

[83] In view of the fact that the Plan Members were successful on the deemed trust and fiduciary duty issues, I would not order costs against them either in the Court of Appeal or in this Court.

[84] I would therefore allow the main appeals without costs in this Court, set aside the orders

Conscients de la vulnérabilité des actuels retraités, nous n'estimons toutefois pas qu'il faudrait modifier pour le moment les dispositions de la LFI concernant les créances liées à des retraites. Actuellement les retraités peuvent recevoir des prestations des Régimes de pensions du Canada et de rentes du Québec, de la Sécurité de la vieillesse et du Supplément de revenu garanti et disposent souvent d'économies personnelles et de REER pouvant leur assurer un revenu à la retraite. Il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, le souhait exprimé par certains de nos témoins de mieux protéger les retraités et les actuels cotisants à un régime de retraite professionnel et, d'autre part, les intérêts des autres. Nous le répétons, l'insolvabilité se caractérise de par sa nature même par des actifs insuffisants pour répondre aux besoins de chacun, et il faut faire des choix.

Le Comité estime que, si l'on accordait la protection qu'ont demandée certains témoins, cela serait tellement injuste pour les autres intervenants qu'il ne peut le recommander. Par exemple, nous estimons qu'une superpriorité ou un fonds pourraient indûment réduire les fonds à répartir entre les créanciers. La disponibilité et le coût du crédit pourraient être touchés, de même que, par ricochet, tous les demandeurs de crédit au Canada.

(Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (2003), p. 109-110; voir aussi p. 98.)

[82] Dans une procédure en matière d'insolvabilité, le tribunal chargé d'appliquer la LACC doit prendre en compte les obligations fiduciaires de l'employeur envers les participants en sa qualité d'administrateur de leurs régimes de retraite. Il doit accorder une réparation lorsque cette mesure est indiquée. Cependant, le tribunal ne doit pas utiliser l'équité pour accomplir ce qu'il aurait souhaité que le législateur fit.

[83] Les participants ayant obtenu gain de cause sur les questions de la fiducie réputée et des obligations fiduciaires, je suis d'avis de ne les condamner aux dépens ni devant la Cour d'appel, ni devant notre Cour.

[84] Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois principaux sans dépens devant notre Cour, d'annuler

made by the Court of Appeal, except with respect to orders contained in paras. 9 and 10 of the judgment of the Court of Appeal in the former executive members' appeal and restore the orders of Campbell J. dated February 18, 2010. I would dismiss USW's costs appeal without costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[85] When a business becomes insolvent, many interests are at risk. Creditors may not be able to recover their debts, investors may lose their investments and employees may lose their jobs. If the business is the sponsor of an employee pension plan, the benefits promised by the plan are not immune from that risk. The circumstances leading to these appeals show how that risk can materialize. Pension plans and creditors find themselves in a zero-sum game with not enough money to go around. At a very general level, this case raises the issue of how the law balances the interests of pension plan beneficiaries with those of other creditors.

[86] Indalex Limited, the sponsor and administrator of employee pension plans, became insolvent and sought protection from its creditors under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). Although all current contributions were up to date, the company's pension plans did not have sufficient assets to fulfill the pension promises made to their members. In a series of court-sanctioned steps, which were judged to be in the best interests of all stakeholders, the company borrowed a great deal of money to allow it to continue to operate. The parties injecting the operating money were given a super priority over the claims by other creditors. When the business was sold, thereby preserving hundreds of

les ordonnances rendues par la Cour d'appel, à l'exception de celles figurant aux par. 9 et 10 du jugement de la Cour d'appel concernant l'appel des anciens cadres, et de rétablir les ordonnances du juge Campbell datées du 18 février 2010. Je suis d'avis de rejeter sans dépens le pourvoi du Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[85] L'insolvabilité d'une entreprise met en péril de nombreux intérêts. Le créancier pourrait ne pas recouvrer son dû, l'investisseur, perdre la somme investie et l'employé, se retrouver sans emploi. Lorsque l'entreprise est le promoteur du régime de retraite de ses employés, les prestations promises par le régime ne sont pas à l'abri du risque couru. Les faits à l'origine des présents pourvois illustrent la concrétisation de ce risque. Régimes de retraite et créanciers se retrouvent dans une situation où, à cause de l'insuffisance de l'actif, les uns sauvent leur mise, les autres non. De manière très générale, le présent pourvoi soulève la question de savoir de quelle manière le droit pondère les intérêts des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux d'autres créanciers.

[86] Devenue insolvable, Indalex Limited, le promoteur et l'administrateur des régimes de retraite des salariés, a demandé la protection contre ses créanciers en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Toutes les cotisations pour service courant avaient alors été perçues, mais l'actif des régimes de retraite de la société ne permettait pas de verser aux participants les prestations de retraite promises. La société a pris une série de mesures, avalisées par le tribunal et jugées servir au mieux les intérêts de tous les intéressés, dont l'emprunt d'importantes sommes pour la poursuite de ses activités. Les personnes qui ont alors injecté les sommes nécessaires ont

jobs, there was a shortfall between the sale proceeds and the debt. The pension plan beneficiaries thus found themselves in a dispute about the priority of their claims. The appellant, Sun Indalex Finance, LLC, claimed it had priority by virtue of the super priority granted in the *CCAA* proceedings. The trustee in bankruptcy of the U.S. Debtors (George L. Miller) and the Monitor (FTI Consulting) joined in the appeal. The plan beneficiaries claimed that they had priority by virtue of a statutory deemed trust under the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), and a constructive trust arising from the company’s alleged breaches of fiduciary duty.

[87] The Ontario Court of Appeal sided with the plan beneficiaries and Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor all appeal. The specific legal points in issue are:

- A. Did the Court of Appeal err in finding that the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* applied to the salaried plan’s wind-up deficiency?
- B. Did the Court of Appeal err in finding that Indalex breached the fiduciary duties it owed to the pension plan beneficiaries as the plans’ administrator and in imposing a constructive trust as a remedy?
- C. Did the Court of Appeal err in concluding that the super priority granted in the *CCAA* proceedings did not have priority by virtue of the doctrine of federal paramountcy?
- D. Did the Court of Appeal err in its cost endorsement respecting the United Steelworkers (“*USW*”)?

[88] My view is that the deemed trust does not apply to the disputed funds, and even if it did, the super priority would override it. I conclude that

obtenu une superpriorité sur toutes les réclamations des autres créanciers. La vente de l’entreprise a permis la préservation de centaines d’emplois, mais le produit touché était inférieur à la dette. Le rang des réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite a dès lors fait l’objet d’un litige. L’appelante, Sun Indalex Finance, LLC, a soutenu que sa créance avait préséance sur toutes les autres du fait de la superpriorité obtenue dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Le syndic de faillite des débitrices américaines (George L. Miller) et le contrôleur (FTI Consulting) se sont constitués parties appelantes. Les bénéficiaires des régimes de retraite ont fait valoir qu’ils avaient priorité en raison de la fiducie qui est réputée exister suivant la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* ») et de la fiducie par interprétation qui résultait des manquements allégués de la société à ses obligations fiduciaires.

[87] La Cour d’appel de l’Ontario a donné raison aux bénéficiaires des régimes de retraite, et Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui devant notre Cour. Voici les points de droit précis qui sont en litige :

- A. La Cour d’appel a-t-elle eu tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* s’appliquait au déficit de liquidation du régime des salariés?
- B. A-t-elle eu tort de conclure qu’Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu’administrateur des régimes de retraite et d’imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?
- C. A-t-elle eu tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* ne conférait pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?
- D. Sa décision sur les dépens du Syndicat des Métallos (le « Syndicat ») est-elle entachée d’une erreur?

[88] J’estime que la fiducie réputée ne vise pas les fonds en cause et, même si elle les visait, la superpriorité l’emporterait sur elle. Je conclus que la

the corporation failed in its duty to the plan beneficiaries as their administrator and that the beneficiaries ought to have been afforded more procedural protections in the CCAA proceedings. However, I also conclude that the Court of Appeal erred in using the equitable remedy of a constructive trust to defeat the super priority ordered by the CCAA judge. I would therefore allow the main appeals.

II. Facts and Proceedings Below

A. *Overview*

[89] These appeals concern claims by pension fund members for amounts owed to them by the plans' sponsor and administrator which became insolvent.

[90] Indalex Limited is the parent company of three non-operating Canadian companies. I will refer to both Indalex Limited individually and to the group of companies collectively as "Indalex", unless the context requires further clarity. Indalex Limited is the wholly owned subsidiary of its U.S. parent, Indalex Holding Corp. which owned and conducted related operations in the U.S. through its U.S. subsidiaries which I will refer to as the "U.S. debtors".

[91] In late March and early April of 2009, Indalex and the U.S. debtors were insolvent and sought protection from their creditors, the former under the Canadian CCAA, and the latter under the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C., Chapter 11. The dispute giving rise to these appeals concern the priority granted to lenders in the CCAA process for funds advanced to Indalex and whether that priority overrides the claims of two of Indalex's pension plans for funds owed to them.

[92] Indalex was the sponsor and administrator of two registered pension plans relevant to these proceedings, one for salaried employees and

société a manqué à ses obligations d'administrateur des régimes et que les bénéficiaires auraient dû obtenir de meilleures garanties procédurales dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Cependant, j'estime que la Cour d'appel a tort de recourir à la fiducie par interprétation — une réparation en equity — pour écarter la superpriorité accordée par le tribunal saisi sur le fondement de la LACC. Je suis donc d'avis d'accueillir les principaux pourvois.

II. Faits et jugements dont appel

A. *Aperçu*

[89] Les présents pourvois ont pour objet les sommes que les participants des régimes de retraite réclament au promoteur et administrateur des régimes, lequel est devenu insolvable.

[90] Indalex Limited est la société mère de trois sociétés canadiennes inactives. Dans les présents motifs, Indalex Limited s'entend de la société à titre individuel, et « Indalex » du groupe de sociétés collectivement, sauf lorsque le contexte commande plus de précision. Indalex Limited est la filiale à cent pour cent de sa société mère américaine, Indalex Holding Corp., qui possédait et exploitait des entreprises connexes aux États-Unis par l'intermédiaire de ses filiales américaines (ci-après, les « débitrices américaines »).

[91] Fin mars et début avril 2009, Indalex et les débitrices américaines sont devenues insolvable et ont demandé la protection contre leurs créanciers en application de la LACC, dans le cas d'Indalex, et du *United States Bankruptcy Code*, 11 U.S.C., chap. 11, dans le cas des débitrices américaines. Le litige à l'origine des pourvois porte sur la priorité accordée aux prêteurs dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC en contrepartie des fonds avancés à Indalex et sur la question de savoir si cette priorité vaut à l'égard des réclamations de deux des régimes de retraite d'Indalex quant aux sommes qui leur sont dues.

[92] Indalex était le promoteur et l'administrateur de deux régimes enregistrés de retraite touchés par cette procédure, l'un pour les salariés, l'autre pour

the other for executive employees. At the time of seeking CCAA protection, the salaried plan was being wound up (with a wind-up date of December 31, 2006) and was estimated to have a wind-up deficiency (as of the end of 2007) of roughly \$2.252 million. The executive plan, while it was not being wound up, had been closed to new members since 2005. It was estimated to have a deficiency of roughly \$2.996 million on wind up. At the time the CCAA proceedings were started, all regular current service contributions had been made to both plans.

[93] Shortly after Indalex received CCAA protection, the CCAA judge authorized the company to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The court granted the DIP lenders, a syndicate of banks, a “super priority” over “all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise”: initial order, at para. 35 (Joint A.R., vol. I, at pp. 123-24). Repayment of these amounts was guaranteed by the U.S. debtors.

[94] Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business; the purchaser did not assume pension liabilities. A reserve fund was established by the CCAA Monitor to answer any outstanding claims. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so the U.S. debtors, as guarantors, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority.

[95] The appellant Sun Indalex is a pre-CCAA secured creditor of both Indalex and the U.S. debtors. It claims the reserve fund on the basis that the US\$10.75 million paid by the guarantors would otherwise have been available to Sun Indalex as a secured creditor of the U.S. debtors in the U.S. bankruptcy proceedings. The respondent plan beneficiaries claim the reserve fund on the basis that

les cadres. Au moment où la protection a été demandée sous le régime de la LACC, le régime des salariés était en cours de liquidation — celle-ci devant avoir lieu le 31 décembre 2006 —, et on estimait qu’il en résulterait un déficit (fin 2007) d’environ 2,252 millions de dollars. Le régime des cadres, qui n’était pas en voie de liquidation, n’admettait plus de nouveaux participants depuis 2005. On estimait que son déficit de liquidation s’élèverait à environ 2,996 millions de dollars. Au moment d’engager la procédure fondée sur la LACC, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées aux deux régimes.

[93] Peu de temps après qu’Indalex eut obtenu la protection prévue par la LACC, le juge saisi l’a autorisée à obtenir un financement à titre de débiteur-exploitant (« DE ») afin qu’elle puisse poursuivre ses activités. Le tribunal a alors accordé aux prêteurs DE, un groupe de banques, une sûreté ayant priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » (ordonnance initiale, par. 35 (d.a. conjoint, vol. I, p. 123-124)). Les débitrices américaines garantissaient le remboursement de ces sommes.

[94] Finalement, sur approbation du tribunal saisi sur le fondement de la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le contrôleur nommé en vertu de la LACC a établi un fonds de réserve pour donner suite aux réclamations formulées dans l’éventualité où il y serait fait droit. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, les débitrices américaines, qui s’étaient portées cautions, ont payé la différence et acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE.

[95] L’appelante, Sun Indalex, était un créancier garanti d’Indalex et des débitrices américaines avant l’entrée en jeu de la LACC. Elle prétend avoir droit à l’attribution du fonds de réserve au motif que, à titre de créancier garanti des débitrices américaines dans le cadre de la procédure de faillite engagée aux États-Unis, n’eût été leur versement, elle aurait pu toucher les 10,75 millions de dollars

they have a wind-up deficiency which is covered by a deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA*. This deemed trust includes “an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations” (s. 57(4)). They also claim the reserve fund on the basis of a constructive trust arising from Indalex’s failure to live up to its fiduciary duties as plan administrator.

[96] The reserve fund is not sufficient to pay back both Sun Indalex and the pension plans and so the main question on the main appeals is which of the creditors is entitled to priority for their respective claims.

[97] The judge at first instance rejected the plan beneficiaries’ deemed trust arguments and held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan beneficiaries were unsecured creditors, ranking behind those benefitting from the “super priority” and secured creditors (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Court of Appeal reversed this ruling and held that pension plan deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing and over other secured creditors (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor appeal.

B. *Indalex’s CCAA Proceedings*

- (1) The Initial Order (Joint A.R., vol. I, at p. 112)

[98] As noted earlier, Indalex was in financial trouble and, on April 3, 2009, sought and obtained protection from its creditors under the *CCAA*. The order (which I will refer to as the initial order) also contained directions for service on creditors and

américains payés par elles à titre de cautions. Les bénéficiaires des régimes de retraite intimés prétendent que le fonds de réserve leur revient puisque leur déficit de liquidation est protégé par la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. Cette fiducie réputée est constituée d’« un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « accrued »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements » (par. 57(4)). Ils invoquent également à l’appui de leur prétention l’existence d’une fiducie par interprétation découlant de l’omission d’Indalex de s’acquitter de ses obligations fiduciaires en tant qu’administrateur des régimes.

[96] Les sommes contenues dans le fonds de réserve ne permettent pas de rembourser à la fois Sun Indalex et les régimes de retraite. La principale question que soulèvent les principaux pourvois est donc celle de savoir quel créancier a priorité.

[97] Le juge de première instance a rejeté la thèse de la fiducie réputée avancée par les bénéficiaires des régimes et conclu que, pour ce qui concerne le déficit de liquidation, les bénéficiaires des régimes de retraite sont des créanciers chirographaires prenant rang après les créanciers bénéficiant d’une superpriorité et les créanciers garantis (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision et conclu que les déficits des régimes de retraite faisaient l’objet d’une fiducie réputée et d’une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant les prêteurs DE et les autres créanciers garantis (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui en appel.

B. *La procédure engagée par Indalex sous le régime de la LACC*

- (1) L’ordonnance initiale (d.a. conjoint, vol. I, p. 112)

[98] Comme je l’indique précédemment, Indalex connaissait des difficultés financières et, le 3 avril 2009, elle a obtenu d’être protégée contre ses créanciers en application de la *LACC*. L’ordonnance (appelée ci-après « ordonnance initiale »)

others: paras. 39-41. The order also contained a so-called “comeback clause” allowing any interested party to apply for a variation of the order, provided that that party served notice on any other party likely to be affected by any such variation: para. 46. It is common ground that the plan beneficiaries did not receive notice of the application for the initial order but the CCAA court nevertheless approved the method of and time for service. Full particulars of the deficiencies in the pension plans were before the court in the motion material and the initial order addressed payment of the employer’s current service pension contributions.

(2) The DIP Order (Joint A.R., vol. I, at p. 129)

[99] On April 8, 2009, in what I will refer to as the DIP order, the CCAA judge, Morawetz J., authorized Indalex to borrow funds pursuant to a DIP credit agreement. The judge ordered among many other things, the following:

- He approved abridged notice: para. 1;
- He allowed Indalex to continue making current service contributions to the pension plans, but not special payments: paras. 7(a) and 9(b);
- He barred all proceedings against Indalex, except by consent of Indalex and the Monitor or leave of the court, until May 1, 2009: para. 15;
- He granted the DIP lenders a so-called super priority:

THIS COURT ORDERS that each of the Administration Charge, the Directors’ Charge and the DIP Lenders Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property and such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise

comportait entre autres des directives pour la signification aux créanciers et aux autres parties (par. 39-41). Elle prévoyait également que toute partie intéressée pouvait demander sa modification, à condition de signifier un avis à toute autre partie susceptible d’être touchée par la mesure (par. 46). Les parties reconnaissent que l’avis relatif à la demande présentée en vue d’obtenir l’ordonnance initiale n’a pas été signifié aux bénéficiaires des régimes de retraite, mais le tribunal saisi sous le régime de la LACC a néanmoins approuvé le mode et le délai de signification. Toutes les données sur les déficits des régimes de retraite figuraient dans les documents présentés au tribunal à l’appui de la demande, et l’ordonnance initiale faisait mention du paiement aux régimes des cotisations pour service courant de l’employeur.

(2) L’ordonnance relative au financement DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 129)

[99] Le 8 avril 2009, dans cette ordonnance appelée ci-après « ordonnance DE », le juge saisi en application de la LACC — le juge Morawetz — a autorisé Indalex à obtenir un financement DE. Il a notamment ordonné ce qui suit :

- l’abrègement du délai d’avis (par. 1);
- la faculté d’Indalex de continuer de verser aux régimes de retraite les cotisations pour service courant, à l’exclusion de tout paiement spécial (al. 7a) et 9b));
- la mise à l’abri d’Indalex contre toute procédure, sauf consentement d’Indalex ou du contrôleur ou autorisation du tribunal, jusqu’au 1^{er} mai 2009 (par. 15);
- l’octroi aux prêteurs DE de ce qu’on appelle une superpriorité :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE que chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et aux prêteurs DE (constituées et définies aux présentes) grève les biens, et que toutes aient priorité sur toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative

(collectively, “Encumbrances”) in favour of any Person. [Emphasis added; para. 45.]

- He required Indalex to send notice of the order to all known creditors, other than employees and creditors to which Indalex owed less than \$5,000 and stated that Indalex and the Monitor were “at liberty” to serve the Initial Order to interested parties: paras. 49-50.

[100] In his endorsement for the DIP order, Morawetz J. found that “there is no other alternative available to the Applicants [Indalex] for a going concern solution” and that DIP financing was necessary: (2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (Ont. S.C.J.), at para. 9(c). He noted that the Monitor in its report was of the view that approval of the DIP agreement was both necessary and in the best interests of Indalex and its stakeholders, including its creditors, employees, suppliers and customers: paras. 14-16.

[101] The USW, which represented some of the members of the salaried plan, was served with notice of the motion that led to the DIP order, but did not appear. Morawetz J. specifically ordered as follows with regard to service:

THIS COURT ORDERS that the time for service of the Notice of Application and the Application Record is hereby abridged so that this Application is properly returnable today and hereby dispenses with further service thereof. [DIP order, at para. 1]

- (3) The DIP Extension Order (Joint A.R., vol. I, at p. 156)

[102] On June 12, 2009, Morawetz J. heard and granted an application by Indalex to allow them to borrow approximately \$5 million more from the DIP lenders, thus raising the allowed total to US\$29.5 million.

[103] Counsel for the former executives received the motion material the night before. Counsel for

ou autre (collectivement les « grèvements »), détenus par quiconque. [Je souligne; par. 45.]

- l’obligation d’Indalex de donner avis de l’ordonnance initiale à tous les créanciers connus, autres que les employés et les créanciers auxquels Indalex devait moins de 5 000 \$, et la « faculté » qu’ont Indalex et le contrôleur de signifier l’ordonnance initiale aux parties intéressées (par. 49-50).

[100] Dans ses motifs à l’appui de l’ordonnance DE, le juge Morawetz conclut que [TRADUCTION] « les requérantes [Indalex] ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que le financement DE s’impose ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (C.S.J. Ont.), al. 9c)). Il signale que, dans son rapport, le contrôleur tient l’approbation de l’accord de financement pour nécessaire et conforme à l’intérêt supérieur d’Indalex et des intéressés, dont ses créanciers, ses employés, ses fournisseurs et ses clients (par. 14-16).

[101] Un avis de la motion qui a mené à l’ordonnance DE a été signifié au Syndicat représentant certains des participants des régimes des salariés, mais celui-ci n’a pas comparu. Le juge Morawetz ordonne expressément ce qui suit au sujet de la signification :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE l’abrègement du délai imparti pour signifier l’avis et le dossier de demande, de sorte que la demande puisse être régulièrement entendue ce jour même, et elle dispense la demanderesse de la signification de tout autre document s’y rapportant. [Ordonnance DE, par. 1]

- (3) L’ordonnance modifiant l’ordonnance DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 156)

[102] Le 12 juin 2009, le juge Morawetz a accueilli après audition la demande présentée par Indalex en vue d’être autorisée à emprunter une nouvelle tranche d’environ 5 000 000 \$ aux prêteurs DE, ce qui portait l’emprunt total approuvé à 29 500 000 \$ US.

[103] L’avocat des anciens cadres a reçu les documents relatifs à l’instance la veille de l’audience.

USW was also served with notice. At the motion, the former executives (along with second priority secured noteholders) sought to “reserve their rights with respect to the relief sought”: 2009 CanLII 37906 (Ont. S.C.J.), at para. 4. Morawetz J. wrote that any “reservation of rights” would create uncertainty for the DIP lenders with regard to priority, and may prevent them from extending further advances. Moreover, the parties had presented no alternative to increased DIP financing, which was both “necessary and appropriate” and would, it was to be hoped, “improve the position of the stakeholders”: paras. 5-9.

- (4) The Bidding Order ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (Ont. S.C.J.))

[104] On July 2, 2009, Indalex brought a motion for approval of proposed bidding procedures for Indalex’s assets. Morawetz J. decided that a stalking horse bid by SAPA Holding AB (“SAPA”) for Indalex’s assets could count as a qualifying bid. Counsel on behalf of the members of the executive plan appeared, with the concern that “their position and views have not been considered in this process”: para. 8. In his decision, Morawetz J. decided that these arguments could be dealt with later, at a sale approval motion: para. 10. The judge said:

The position facing the retirees is unfortunate. The retirees are currently not receiving what they bargained for. However, reality cannot be ignored and the nature of the Applicants’ insolvency is such that there are insufficient assets to meet its liabilities. The retirees are not alone in this respect. The objective of these proceedings is to achieve the best possible outcome for the stakeholders. [Emphasis added; para. 9.]

L’avocat du Syndicat a également reçu signification d’un avis. À l’audition de la demande, les anciens cadres (ainsi que les détenteurs de billets garantis de deuxième rang) ont demandé que [TRADUCTION] « leurs droits soient réservés quant à la réparation demandée » (2009 CanLII 37906 (C.S.J. Ont.), par. 4). Le juge Morawetz a opiné que toute [TRADUCTION] « réserve de droits » créerait de l’incertitude chez les prêteurs relativement au rang prioritaire de leur créance et pourrait inciter ces derniers à refuser d’avancer des fonds supplémentaires. En outre, les parties n’avaient proposé aucun autre mode d’accroissement du financement DE, lequel était à la fois [TRADUCTION] « nécessaire et opportun » et devait permettre, du moins l’espérait-on, « d’améliorer la situation des intéressés » (par. 5-9).

- (4) L’ordonnance relative à la vente par soumission ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (C.S.J. Ont.))

[104] Le 2 juillet 2009, Indalex a demandé l’approbation de la procédure projetée de vente par soumission de l’actif d’Indalex. Le juge Morawetz a jugé que l’offre-paravent de SAPA Holding AB (« SAPA ») pouvait être tenue pour valable. L’avocat des participants du régime des cadres a fait valoir que [TRADUCTION] « ni la situation ni le point de vue de ses clients n’avaient été pris en compte dans le cadre de la procédure » (par. 8). Le juge Morawetz a statué que ces éléments pourraient être examinés ultérieurement, lorsque l’approbation de la vente serait demandée (par. 10). Voici ce qu’il dit :

[TRADUCTION] La situation des retraités est malheureuse. À l’heure actuelle, ils ne touchent pas ce qu’ils ont obtenu à l’issue de négociations. Or, la réalité demeure incontournable et la nature de l’insolvabilité des demanderesse fait en sorte que l’actif ne permet pas d’acquitter le passif. Les retraités ne sont pas les seuls à subir un préjudice. La présente instance vise à obtenir le meilleur résultat possible pour les intéressés. [Je souligne; par. 9.]

(5) The Sale Approval Order (Joint A.R., vol. I, at p. 166)

[105] On July 20, 2009, Indalex brought two motions before Campbell J.

[106] The first motion sought approval for the sale of Indalex's assets as a going concern to SAPA. SAPA was not to assume any pension liabilities. Campbell J. granted an order approving this sale.

[107] The second motion sought approval for an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. Counsel on behalf of the executive plan members and the USW, representing some of the salaried employees, objected to the planned distribution of the sale proceeds on grounds that a statutory deemed trust applied to the deficiencies in their plans and that Indalex had breached fiduciary duties that it owed to them. Campbell J. ordered the Monitor to pay the DIP agent from the sale proceeds, but also ordered the Monitor to set up a reserve fund in an amount sufficient to answer, among other things, the claims of the plan beneficiaries pending resolution of those matters. Campbell J. ordered that the U.S. debtors be subrogated to the DIP lenders to the extent that the U.S. debtors were required under the guarantee to satisfy the DIP lenders' claims: para. 14.

(6) The Sale and Distribution of Funds

[108] SAPA bought Indalex's assets on July 31, 2009. Taking the reserve fund into account, the sale did not produce sufficient funds to repay the DIP lenders in full and so the U.S. debtors paid US\$10,751,247 as guarantor to the DIP lenders: C.A. reasons, at para. 65.

(7) The Order Under Appeal

[109] On August 28, 2009, Campbell J. heard claims by the USW (appearing on behalf of some members of the salaried plan) and counsel appearing on behalf of the executive plan members that the

(5) L'ordonnance d'approbation de la vente (d.a. conjoint, vol. I, p. 166)

[105] Le 20 juillet 2009, Indalex a saisi le juge Campbell de deux motions.

[106] Dans la première, Indalex demandait au tribunal d'approuver la vente à SAPA de son actif d'entreprise en exploitation, l'acquéreur ne reprenant à son compte aucun des engagements de retraite. Le juge Campbell a approuvé la vente.

[107] Dans la deuxième motion, Indalex a demandé au tribunal d'approuver la distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. L'avocat des participants du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains des salariés, se sont opposés à cette distribution au motif qu'une fiducie d'origine législative protégeait les déficits de leurs régimes et qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers eux. Le juge Campbell a ordonné au contrôleur de payer l'agent administratif des prêteurs DE par prélèvement sur le produit de la vente, mais également d'établir un fonds de réserve suffisant pour donner suite, entre autres choses, aux réclamations des bénéficiaires des régimes dans l'éventualité où il y serait fait droit. Il a ordonné que les débitrices américaines soient subrogées dans les droits des prêteurs DE jusqu'à concurrence du montant qu'elles avaient dû leur verser aux termes de la garantie (par. 14).

(6) La vente et la distribution des fonds

[108] SAPA a acheté l'actif d'Indalex le 31 juillet 2009. Compte tenu du fonds de réserve, la vente n'a pas généré de fonds suffisants pour rembourser intégralement les prêteurs DE, de sorte que les débitrices américaines ont versé à titre de cautions 10 751 247 \$ US à ces derniers (motifs de la C.A., par. 65).

(7) L'ordonnance visée par l'appel

[109] Le 28 août 2009, le juge Campbell a entendu la thèse du Syndicat (qui représentait certains des participants du régime des salariés) et de l'avocat des participants du régime des cadres, à savoir que

wind-up deficiency was subject to a deemed trust. He rejected these claims in a written decision on February 18, 2010. He decided that the s. 57(4) *PBA* deemed trust did not apply to wind-up deficiencies. The executive plan had not been wound up, and therefore there was no wind-up deficiency to be the subject of the deemed trust. As for the salaried plan, Campbell J. held that the wind-up deficiency was not an obligation that had “accrued to the date of the wind up” and as a result did not fall within the terms of the s. 57(4) deemed trust.

[110] Indalex had asked for the stay granted under the initial order to be lifted so that it could assign itself into bankruptcy. Because he did not find a deemed trust, Campbell J. did not feel that he needed to decide on the motion to lift the stay.

(8) The Decision of the Ontario Court of Appeal

[111] The Ontario Court of Appeal allowed an appeal from the decision of Campbell J.

[112] Writing for a unanimous panel, Gillese J.A. decided that the s. 57(4) deemed trust is applicable to wind-up deficiencies. She took the view that s. 57(4)’s reference to “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due” included all amounts that the employer owed on the wind-up of its pension plan: para. 101. In particular, she concluded that the deemed trust applied to the wind-up deficiency in the salaried plan. Gillese J.A. declined, however, to decide whether the deemed trust also applied to deficiencies in the executive plan, which had not been wound up by the relevant date: paras. 110-12. A decision on this latter point was unnecessary given her finding on the applicability of a constructive trust in this case.

[113] Gillese J.A. found that the super priority provided for in the DIP order did not trump the

le déficit de liquidation était réputé détenu en fiducie. Dans une décision motivée par écrit datée du 18 février 2010, il rejette cette prétention et conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* ne vise pas le déficit de liquidation. Le régime des cadres n’ayant pas été liquidé, il n’y avait donc pas de déficit de liquidation susceptible de faire l’objet d’une fiducie réputée. S’agissant du régime des salariés, le juge Campbell conclut que le déficit de liquidation n’équivaut pas à des cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation », de sorte qu’il n’est pas réputé détenu en fiducie suivant le par. 57(4).

[110] Indalex a demandé la levée de la suspension accordée dans l’ordonnance initiale afin de pouvoir faire cession de ses biens. Ne concluant pas à l’existence d’une fiducie réputée, le juge Campbell ne juge pas nécessaire de statuer sur la demande visant à faire lever la suspension.

(8) L’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario

[111] La Cour d’appel de l’Ontario accueille l’appel interjeté contre la décision du juge Campbell.

[112] Au nom d’une formation unanime, la juge Gillese estime que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation. Les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « *accrued* »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » dont fait mention cette disposition englobent selon elle toutes les sommes que l’employeur devait au moment de la liquidation de son régime de retraite (par. 101). Plus particulièrement, elle conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation du régime des salariés. Elle refuse cependant de se prononcer sur l’application de la fiducie réputée au déficit du régime des cadres, lequel n’était pas liquidé à la date considérée (par. 110-112), ce qui n’était pas nécessaire puisqu’elle conclut à l’applicabilité de la fiducie par interprétation dans ce cas.

[113] La juge Gillese conclut que la superpriorité accordée dans l’ordonnance DE ne prime pas la

deemed trust over the salaried plan's wind-up deficiency. Morawetz J. had not "invoked" the issue of paramountcy or made an explicit finding that the requirements of federal law required that the provincially created deemed trust must be overridden: paras. 178-79. Gillese J.A. also took the view that this Court's decision in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, did not mean that provincially created priorities that would be ineffective under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), were also ineffective under the *CCAA*: paras. 185-96. The deemed trust therefore ranked ahead of the DIP security.

[114] In addition to her findings regarding deemed trusts, Gillese J.A. granted the plan beneficiaries a constructive trust over the amount of the reserve fund on the ground that Indalex, as pension plan administrator, had breached fiduciary duties that it owed to the plan beneficiaries during the *CCAA* proceedings.

[115] She held that as a plan administrator who was also an employer, Indalex had fiduciary duties both to the plan beneficiaries and to the corporation: para. 129. In her view, Indalex was subject to both sets of duties throughout the *CCAA* proceedings and it had breached its duties to the plan beneficiaries in several ways. While Indalex had the right to initiate *CCAA* proceedings, this action made the plan beneficiaries vulnerable and therefore triggered its fiduciary obligations as plan administrator: paras. 132-33. Gillese J.A. enumerated the many ways in which she thought Indalex subsequently failed as plan administrator: it did nothing in the *CCAA* proceedings to fund the deficit in the underfunded plans; it applied for *CCAA* protection without notice to the beneficiaries; it obtained DIP financing on the condition that DIP lenders be granted a super priority over "statutory trusts"; it obtained this financing without notice to the plan beneficiaries; it sold its assets knowing the purchaser was not taking over the plans; and it attempted to enter into voluntary bankruptcy, which would defeat any deemed trust claims the beneficiaries might have asserted:

fiducie qui est réputée exister à l'égard du déficit de liquidation du régime des salariés. Le juge Morawetz n'a pas [TRADUCTION] « invoqué » la prépondérance fédérale ni conclu expressément que le droit fédéral écartait la fiducie réputée de droit provincial (par. 178-179). La juge Gillese opine également que, dans l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, notre Cour ne statue pas que l'ordre de priorité établi par la province qui est sans effet aux fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), ne s'applique pas non plus pour les besoins de la *LACC* (par. 185-196). La fiducie réputée prend donc rang avant la sûreté DE.

[114] Outre ses conclusions sur la fiducie réputée, la juge Gillese tranche que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation car, dans son rôle d'administrateur des régimes de retraite, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*.

[115] Elle conclut qu'à titre d'administrateur de régime qui était également employeur, Indalex avait des obligations fiduciaires tant envers les bénéficiaires des régimes qu'envers la société (par. 129). À son avis, Indalex était tenue de respecter ses obligations envers les premiers et la seconde tout au long de la procédure fondée sur la *LACC* et elle a manqué à ses obligations envers les bénéficiaires des régimes de différentes manières. Indalex avait certes le droit d'engager une procédure sous le régime de la *LACC*, mais une telle mesure rendait les bénéficiaires des régimes vulnérables, ce qui lui imposait donc des obligations fiduciaires en tant qu'administrateur des régimes (par. 132-133). La juge Gillese impute à Indalex de nombreuses erreurs subséquentes commises dans l'administration des régimes : Indalex n'a pris aucune mesure dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* pour renflouer les régimes sous-capitalisés; elle a demandé la protection de la *LACC* sans en informer les bénéficiaires au préalable; elle a obtenu du financement DE en accordant à la créance des prêteurs une superpriorité sur toute « fiducie d'origine législative »; elle a obtenu ce financement sans en

para. 139. Gillese J.A. also noted that throughout the CCAA proceedings Indalex was in a conflict of interest because it was acting for both the corporation and the beneficiaries.

[116] Indalex's failure to live up to its fiduciary duties meant that the plan beneficiaries were entitled to a constructive trust over the amount of the reserve fund: para. 204. Since the beneficiaries had been wronged by Indalex, and the U.S. debtors were not, with respect to Indalex, an "arm's length innocent third party" the appropriate response was to grant the beneficiaries a constructive trust: para. 204. Her conclusion on this point applied equally to the salaried and executive plans.

III. Analysis

A. *First Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That the Deemed Statutory Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Applied to the Salaried Plan's Wind-up Deficiency?*

(1) Introduction

[117] The main issue addressed here concerns whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the PBA applies to wind-up deficiencies, the payment of which is provided for in s. 75(1)(b).

[118] The deemed trust created by s. 57(4) applies to "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations". Thus, to be subject to the deemed trust, the pension plan must be wound up and the amounts in question must meet three requirements. They must be (1) "employer contributions", (2) "accrued to the date of the wind up" and (3) "not yet due". A wind-up deficiency arises "[w]here a pension plan is wound up": s. 75(1). I agree with my colleagues that there can be no deemed trust

informer au préalable les bénéficiaires des régimes; elle a vendu son actif tout en sachant que l'acquéreur ne reprendrait à son compte aucun de ses engagements de retraite; elle a tenté de faire cession volontaire de ses biens, ce qui aurait fait échec aux prétentions des bénéficiaires relatives à la fiducie réputée (par. 139). La juge Gillese relève également que tout au long de la procédure fondée sur la LACC, Indalex était en conflit d'intérêts, car elle représentait à la fois la société et les bénéficiaires.

[116] Va l'omission d'Indalex de s'acquitter de ses obligations fiduciaires, le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation (par. 204). De plus, comme les bénéficiaires ont été lésés par Indalex, et que les débitrices américaines ne sont pas des [TRADUCTION] « tiers sans lien de dépendance » avec Indalex, la solution qui s'impose est de reconnaître l'existence d'une fiducie par interprétation en faveur des bénéficiaires (par. 204). Sa conclusion sur ce point vaut à la fois pour le régime des salariés et pour celui des cadres.

III. Analyse

A. *Première question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR s'applique au déficit de liquidation du régime des salariés?*

(1) Introduction

[117] Le principal point considéré en l'espèce est l'application ou l'inapplication de la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR au déficit de liquidation, dont l'al. 75(1)(b) prévoit le paiement.

[118] La fiducie réputée du par. 57(4) vise les « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Pour qu'il y ait fiducie réputée, le régime de retraite doit donc être liquidé et les sommes en question doivent remplir trois conditions. Il doit s'agir de (1) « cotisations de l'employeur », (2) « qui sont accumulées à la date de liquidation », (3) « mais qui ne sont pas encore dues ». Il y a déficit de liquidation « [lorsqu']un régime de retraite est liquidé »

for the executive plan, because that plan had not been wound up at the relevant date. What follows, therefore, is relevant only to the salaried plan.

[119] The wind-up deficiency payments are “employer contributions” which are “not yet due” as of the date of wind up within the meaning of the *PBA*. The main issue before us, therefore, boils down to the narrow interpretative question of whether the wind-up deficiency described in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up”.

[120] Campbell J. at first instance found that it was not, while the Court of Appeal reached the opposite conclusion. In essence, the Court of Appeal reasoned that the deemed trust in s. 57(4) “applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75”, that is, to “all amounts owed by the employer on the wind-up of its pension plan”: para. 101.

[121] I respectfully disagree with the Court of Appeal’s conclusion for three main reasons. First, the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of the wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. The wind up deficiency only arises upon wind up and it is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up. Second, the broader statutory context reinforces this view: the language of the deemed trusts in s. 57(3) and (4) is virtually exactly repeated in s. 75(1)(a), suggesting that both deemed trusts refer to the liability on wind up referred to in s. 75(1)(a) and not to the further and distinct wind-up deficiency liability created under s. 75(1)(b). Finally, the legislative evolution and history of these provisions show, in my view, that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust.

(par. 75(1)). Je conviens avec mes collègues qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, car celui-ci n’avait pas encore été liquidé à la date considérée. Par conséquent, les motifs qui suivent ne valent que pour le régime des salariés.

[119] Les versements effectués pour combler le déficit de liquidation constituent des « cotisations de l’employeur [. . .] qui ne sont pas encore dues » au moment de la liquidation au sens de la *LRR*. Il s’agit donc essentiellement d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer seulement si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation ».

[120] En première instance, le juge Campbell conclut qu’il ne l’est pas, alors que la Cour d’appel arrive à la conclusion contraire. La Cour d’appel estime essentiellement que la fiducie réputée du par. 57(4) [TRADUCTION] « vise toutes les cotisations de l’employeur qui sont exigibles suivant l’art. 75 », à savoir « toute somme due par l’employeur à la liquidation de son régime de retraite » (par. 101).

[121] Sauf le respect qui lui est dû, je suis en désaccord avec la Cour d’appel pour trois raisons principales. Premièrement, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l’expression « accumulées à la date de la liquidation » renvoie aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Le déficit de liquidation n’est constaté qu’à l’issue de la liquidation, et il n’est ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue. Deuxièmement, le contexte législatif général me conforte dans ce point de vue. Le texte des par. 57(3) et (4) qui dispose qu’il y a fiducie réputée est repris presque en tous points à l’al. 75(1)(a), ce qui permet de conclure que, dans les deux cas de fiducie réputée, le législateur renvoie à l’obligation qui existe à la liquidation suivant l’al. 75(1)(a) et non à celle, supplémentaire et distincte, qui est liée au déficit de liquidation et qui découle de l’al. 75(1)(b). Enfin, il appert à mon sens de l’évolution et de l’historique de ces dispositions que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative.

[122] Before turning to the precise interpretative issue, it will be helpful to provide some context about the employer's wind-up obligations and the deemed trust provisions that are the subject of this dispute.

(2) Employer Obligations on Wind Up

[123] A "wind up" means that the plan is terminated and the plan assets are distributed: see *PBA*, s. 1(1), definition of "wind up". The employer's liability on wind-up consists of two main components. The first is provided for in s. 75(1)(a) and includes "an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund". This liability applies to contributions that were due as at the wind-up date but does *not* include payments required by s. 75(1)(b) that arise as a result of the wind up: A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at pp. 541-42. This second liability is known as the wind-up deficiency amount. The employer must pay all additional sums to the extent that the assets of the pension fund are insufficient to cover the value of all immediately vested and accelerated benefits and grow-in benefits: Kaplan, at p. 542. Without going into detail, there are certain statutory benefits that may arise only on wind up, such as certain benefit enhancements and the potential for acceleration of pension entitlements. Thus, wind up will usually result in additional employer liabilities over and above those arising from the obligation to pay all benefits provided for in the plan itself: see, e.g., ss. 73-74; Kaplan, at p. 542. As the Court of Appeal concluded, the payments provided for under s. 75(1)(a) are those which the employer had to make while the plan was ongoing, while s. 75(1)(b) refers to the employer's obligation to make up for any wind-up deficiency: paras. 90-91.

[124] For convenience, the provision as it then stood is set out here.

75. (1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

[122] Avant d'interpréter le libellé en cause, il vaut la peine de situer dans leur contexte les obligations de l'employeur en cas de liquidation, ainsi que les dispositions sur la fiducie réputée qui font l'objet du présent litige.

(2) Les obligations de l'employeur à la liquidation

[123] La « liquidation » s'entend de la cessation d'un régime et de la répartition de son actif (voir la définition de « liquidation » au par. 1(1) de la *LRR*). L'obligation de l'employeur comporte alors deux volets principaux. Premièrement, suivant l'al. 75(1)a), son obligation correspond au versement d'« un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite ». Sont visées les cotisations dues à la date de la liquidation, mais *non* les paiements exigés à l'al. 75(1)b) par suite de la liquidation (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 541-542). La seconde obligation vise le déficit de liquidation. L'employeur est tenu de verser toute somme supplémentaire requise du fait que la valeur de l'actif du régime de retraite est inférieure à celle de la totalité des droits à pension acquis de manière immédiate, accélérée ou réputée (Kaplan, p. 542). Sans entrer dans le détail, certains droits d'origine législative ne naissent qu'en cas de liquidation, tels certains enrichissements des prestations et la possibilité d'accélérer l'acquisition du droit à pension. La liquidation fait donc à l'employeur d'autres obligations en sus de celle de verser toutes les prestations prévues par le régime lui-même (voir, p. ex., art. 73-74; Kaplan, p. 542). Ainsi que le conclut la Cour d'appel, les paiements visés à l'al. 75(1)a) sont ceux que l'employeur devait verser pendant l'application du régime, tandis que l'al. 75(1)b) renvoie à son obligation de combler tout déficit de liquidation (par. 90-91).

[124] Pour faciliter sa consultation, voici le libellé qui s'appliquait au moment considéré :

75. (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- | | |
|--|---|
| <p>(a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; <u>and</u></p> <p>(b) an amount equal to the amount by which,</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,</p> | <p>a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;</p> <p>b) d'autre part, un montant égal au montant dont :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) la valeur des prestations accumulées [en anglais, « <i>accrued</i> »] à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,</p> |
|--|---|

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

[125] While a wind up is effective as of a fixed date, a wind up is nonetheless best thought of not simply as a moment or a single event, but as a process. It begins by a triggering event and continues until all of the plan assets have been distributed. To oversimplify somewhat, the wind-up process involves the following components.

[125] Bien que la liquidation prenne effet à une date déterminée, il s'agit d'un processus, et non d'un moment ou d'une étape en particulier. Un événement la déclenche et elle se poursuit jusqu'à la répartition de la totalité de l'actif du régime. Au risque de trop simplifier, voici quelles sont les étapes du processus de liquidation.

[126] The assets and liabilities of the plan as of the wind-up date must be determined. As noted earlier, the precise extent of the liability, while *fixed as of that date*, will not be ascertained or ascertainable *on that date*. The extent of the liability may depend on choices open to plan beneficiaries under the plan and on the exercise by them of certain statutory rights beyond the options that would otherwise have been available under the plan itself. The plan members must be notified of the wind-up and have their entitlements and options set out for them and given an opportunity to make their choices. The plan administrator must file a wind-up report which includes a statement of the plan's assets and liabilities, the benefits payable under the

[126] L'actif et le passif du régime existant à la date de la liquidation doivent être établis. Rappelons que la valeur exacte du passif, bien que *circonscrite à cette date*, n'est ni déterminée ni déterminable *cette date-là*. La valeur du passif peut dépendre des choix qui s'offrent aux bénéficiaires dans le cadre du régime, ainsi que de l'exercice par ces derniers de certains droits légaux et de la levée des options que prévoit le régime. Les participants du régime doivent être avisés de la liquidation, ainsi que de leurs droits et de leurs options, et ils doivent avoir la possibilité d'effectuer leurs choix. L'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation qui fait état de l'actif et du passif du régime, des prestations payables en application du régime et du

terms of the plan, and the method of allocating and distributing the assets including the priorities for the payment of benefits: *PBA*, s. 70(1), and R.R.O. 1990, Reg. 909, s. 29 (the “*PBA Regulations*”).

[127] Benefits to members may take the form of “cash refunds, immediate or deferred annuities, transfers to registered retirement saving plans, In principle, the value of these benefits is the present value of the benefits accrued to the date of plan termination”: *The Mercer Pension Manual* (loose-leaf), vol. 1, at p. 10-41. That present value is an actuarial calculation performed on the basis of various assumptions including assumptions about investment return, mortality and so forth.

[128] If, when the assets and liabilities are calculated, the assets are insufficient to satisfy the liabilities, the employer (i.e. the plan sponsor) must make up for any wind-up deficiency: *PBA*, s. 75(1)(b). An employer can elect to space these payments out over the course of five years: *PBA Regulations*, s. 31(2). Because these payments are based on the extent to which there is a deficit between assets in the pension plan and the benefits owed to beneficiaries, their amount varies with the market and other assumed elements of the calculation over the course of the permitted five years.

[129] To take the salaried plan as an example, at the time of wind-up, all regular current service contributions had been made: C.A. reasons, at para. 33. The wind-up deficiency was initially estimated to be \$1,655,200. Indalex made special wind-up payments of \$709,013 in 2007 and \$875,313 in 2008, but as of December 31, 2008, the wind-up deficiency was \$1,795,600 — i.e. higher than it had been two years before, notwithstanding that payments of roughly \$1.6 million had been made: C.A. reasons, at para. 32. Indalex made another payment of \$601,000 in April 2009: C.A. reasons, at para. 32.

mode d’attribution et de répartition de l’actif, y compris les priorités de paiement des prestations (*LRR*, par. 70(1), et R.R.O. 1990, règl. 909, art. 29 (le « règlement de la *LRR* »)).

[127] Les prestations versées aux participants peuvent revêtir la forme de [TRADUCTION] « remboursements en espèces, de rentes immédiates ou différées, de transferts dans un régime enregistré d’épargne-retraite, [. . .]. La valeur de ces prestations correspond en principe à la valeur actuelle des prestations accumulées à la date de cessation du régime » (*The Mercer Pension Manual* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 10-41). La valeur actuelle est obtenue au moyen d’un calcul actuariel qui tient compte de différentes hypothèses, notamment quant au rendement et à l’espérance de vie.

[128] Lorsque, après avoir calculé l’actif et le passif, le premier est inférieur au second, l’employeur (à savoir le promoteur du régime) comble le déficit de liquidation (*LRR*, al. 75(1)b)). Il peut étaler les versements sur une période de cinq ans (règlement de la *LRR*, par. 31(2)). Puisque le montant de ces versements tient à la différence entre l’actif du régime de retraite et les prestations dues aux bénéficiaires, il varie en fonction du marché et d’autres variables considérées dans le calcul sur la période autorisée de cinq ans.

[129] Dans le cas du régime des salariés, par exemple, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées au moment de la liquidation (motifs de la C.A., par. 33). Le déficit de liquidation a été estimé au départ à 1 655 200 \$. Indalex a effectué des paiements spéciaux de 709 013 \$ en 2007, puis de 875 313 \$ en 2008. Or, le 31 décembre 2008, le déficit de liquidation s’établissait à 1 795 600 \$, de sorte qu’il s’était accru au cours des deux ans écoulés, malgré les quelque 1,6 million de dollars versés (motifs de la C.A., par. 32). Indalex a versé en sus 601 000 \$ en avril 2009 (motifs de la C.A., par. 32).

(3) The Deemed Trust Provisions

[130] The *PBA* contains provisions whose purpose is to exempt money owing to a pension plan, and which is held or owing by the employer, from being seized or attached by the employer's other creditors: Kaplan, at p. 395. This is accomplished by creating a "deemed trust" with respect to certain pension contributions such that these amounts are held by the employer in trust for the employees or pension beneficiaries.

[131] There are two deemed trusts that we must examine here, one relating to employer contributions that are *due but have not been paid* and another relating to employer contributions *accrued but not due*. This second deemed trust is the one in issue here, but it is important to understand how the two fit together.

[132] The deemed trust relating to employer contributions "due and not paid" is found in s. 57(3). The *PBA* and *PBA* Regulations contain many provisions relating to contributions required by employers, the due dates for which are specified. Briefly, the required contributions are these.

[133] When a pension is ongoing, employers need to make regular current service cost contributions. These are made monthly, within 30 days after the month to which they relate: *PBA* Regulations, s. 4(4)3. There are also special payments, which relate to deficiencies between a pension plan's assets and liabilities. There are "going-concern" deficiencies and "solvency" deficiencies, the distinction between which is unimportant for the purposes of these appeals. A plan administrator must regularly file actuarial reports, which may disclose deficiencies: *PBA* Regulations, s. 14. Where there is a going-concern deficiency the employer must make equal monthly payments over a 15-year period to rectify it: *PBA* Regulations, s. 5(1)(b). Where there is a solvency deficiency, the employer must make equal monthly payments over a five-year period to rectify it: *PBA* Regulations,

(3) Les dispositions relatives à la fiducie réputée

[130] La *LRR* renferme des dispositions visant à soustraire à la saisie par les autres créanciers de l'employeur les sommes dues à un régime de retraite que détient ou que doit l'employeur (Kaplan, p. 395). Ainsi, certaines cotisations au régime de retraite sont dont « réputées » détenues « en fiducie » par l'employeur pour le compte des employés ou des bénéficiaires du régime de retraite.

[131] Deux fiducies réputées doivent être examinées en l'espèce, l'une visant les cotisations de l'employeur qui sont *dues, mais impayées*, l'autre les cotisations de l'employeur qui sont *accumulées, mais qui ne sont pas dues*. Cette seconde fiducie réputée est celle qui nous intéresse dans le présent pourvoi, mais il importe de comprendre la complémentarité des deux fiducies réputées.

[132] La fiducie dont sont réputées faire l'objet les cotisations de l'employeur qui sont « dues et impayées » est créé au par. 57(3). La *LRR* et le règlement de la *LRR* renferment de nombreuses dispositions sur les cotisations de l'employeur et le moment de leur exigibilité. Voici quelles sont, en résumé, les cotisations exigées.

[133] Pendant la durée du régime de retraite, l'employeur verse chaque mois les cotisations normales pour service courant dans les 30 jours qui suivent le mois pour lequel elles sont exigibles (règlement de la *LRR*, par. 4(4)3). Des paiements spéciaux sont également effectués pour combler un déficit entre l'actif et le passif du régime. Il peut y avoir « déficit à long terme » et « déficit de solvabilité », mais la distinction entre les deux n'importe pas pour les besoins des présents pourvois. L'administrateur du régime dépose périodiquement un rapport actuariel, lequel est susceptible de révéler un déficit (règlement de la *LRR*, art. 14). Pour combler un déficit à long terme, l'employeur effectue des versements mensuels égaux sur une période de 15 ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)b)). Dans le cas d'un déficit de solvabilité, l'employeur effectue des versements

s. 5(1)(e). Once these regular or special payments become due but have not been paid, they are subject to the s. 57(3) deemed trust.

[134] I turn next to the s. 57(4) deemed trust, which gives rise to the question before us. The subsection provides that “[w]here a pension plan is wound up . . . , an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[135] When a pension plan is wound up there will be an interrupted monthly payment period, which is sometimes referred to as the stub period. During this stub period regular and special liabilities will have accrued but not yet become due. Section 58(1) provides that money that an employer is required to pay “accrued on a daily basis”. Because the amounts referred to in s. 57(4) are not yet due, they are not covered by the s. 57(3) deemed trust, which applies only to payments that are *due*. The two provisions, then, operate in tandem to create a trust over an employer’s unfulfilled obligations, which are “due and not paid” as well as those which have “accrued to the date of the wind up but [are] not yet due”.

(4) The Interpretative Approach

[136] The issue we confront is one of statutory interpretation and the well-settled approach is that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26. Taking this approach it is clear to me that the

mensuels égaux pendant cinq ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)e)). Dès que ces versements normaux ou spéciaux sont dus, mais impayés, ils sont réputés faire l’objet de la fiducie créée au par. 57(3).

[134] Je passe maintenant à la fiducie réputée du par. 57(4), celle sur laquelle nous sommes appelés à nous prononcer en l’espèce. Suivant cette disposition, « [s]i un régime de retraite est liquidé [. . .], l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[135] Lorsqu’un régime de retraite est liquidé, il y a interruption des versements mensuels (intervalle appelé parfois « période tampon »). Au cours de cette période, des dettes ordinaires ou spéciales ont été contractées sans qu’elles soient immédiatement payables. Le paragraphe 58(1) dispose que l’argent qu’un employeur est tenu de verser « s’accumule sur une base quotidienne ». Puisque les sommes mentionnées au par. 57(4) ne sont pas encore dues, elles ne font pas l’objet de la fiducie dont l’existence est réputée au par. 57(3), laquelle ne vise que les paiements qui sont *dus*. Les deux dispositions s’appliquent donc de concert pour créer une fiducie à l’égard des obligations non exécutées de l’employeur qui sont « dues et impayées », ainsi qu’à l’égard des obligations qui ont pour objet des cotisations « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ».

(4) La méthode d’interprétation

[136] Nous sommes aux prises avec l’interprétation de dispositions législatives et, suivant le principe bien établi, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26). Dès lors, il ne fait aucun

sponsor's obligation to pay a wind-up deficiency is not covered by the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA*. In my view, the deficiency neither "accrued", nor did it arise within the period referred to by the words "to the date of the wind up".

- (a) *Grammatical and Ordinary Sense of the Words "Accrued" and "to the Date of the Wind Up"*

[137] The Court of Appeal failed to take sufficient account of the ordinary and grammatical meaning of the text of the provisions. It held that "the deemed trust in s. 57(4) applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75": para. 101 (emphasis added). However, the plain words of the section show that this conclusion is erroneous. Section 75(1)(a) refers to liability for employer contributions that "are due . . . and that have not been paid". These amounts are thus *not* included in the s. 57(4) deemed trust, because it addresses only amounts that have "accrued to the date of the wind up but [are] not yet due". Amounts "due" are covered by the s. 57(3) deemed trust and not, as the Court of Appeal concluded by the deemed trust created by s. 57(4). The Court of Appeal therefore erred in finding, in effect, that amounts which "are due" could be included in a deemed trust covering amounts "not yet due".

[138] In my view, the most plausible grammatical and ordinary sense of the phrase "accrued to the date of the wind up" in s. 57(4) is that it refers to the sums that are ascertained immediately before the effective wind-up date of the plan.

[139] In the context of s. 57(4), the grammatical and ordinary sense of the term "accrued" is that the amount of the obligation is "fully constituted" and "ascertained" although it may not yet be payable. The amount of the wind-up deficiency is not fully constituted or ascertained (or even ascertainable) before or even on the date fixed for wind up and therefore cannot fall under s. 57(4).

doute que l'obligation du promoteur de combler un déficit de liquidation échappe à la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. À mon avis, le déficit n'est pas « accumulé » [« *accrued* », en anglais] et n'est pas survenu pendant la période à laquelle renvoie l'expression « à la date de la liquidation ».

- a) *Le sens ordinaire et grammatical des termes « accumulées » [« *accrued* », en anglais] et « à la date de la liquidation »*

[137] La Cour d'appel ne tient pas suffisamment compte du sens ordinaire et grammatical du libellé des dispositions en cause. Elle conclut que [TRADUCTION] « la fiducie réputée du par. 57(4) vise toutes les cotisations que l'employeur est tenu de verser suivant l'art. 75 » (par. 101 (je souligne)). Or, il ressort du libellé explicite de cette dernière disposition qu'il s'agit d'une conclusion erronée. L'alinéa 75(1)a établit l'obligation de l'employeur à l'égard des paiements qui « sont dus [. . .] et qui n'ont pas été versés ». Ces paiements *ne* font donc *pas* l'objet de la fiducie réputée du par. 57(4), car celle-ci ne vise que les cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les cotisations « dues » sont réputées détenues en fiducie suivant le par. 57(3), et non le par. 57(4) comme le conclut la Cour d'appel. Cette dernière estime en effet à tort que les cotisations qui « sont dues » peuvent être réputées détenues en fiducie comme celles qui « ne sont pas encore dues ».

[138] À mon avis, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l'expression « accumulées à la date de la liquidation » employée au par. 57(4) renvoie aux sommes déterminées immédiatement avant la date de prise d'effet de la liquidation du régime.

[139] Dans le contexte du par. 57(4), le sens ordinaire et grammatical d'« accumulées » veut que l'obligation soit « entièrement constituée » et que son montant soit « déterminé », même si elle peut ne pas être encore payable. Le déficit de liquidation n'est pas entièrement constitué ni son montant déterminé (ou déterminable) avant la date prévue pour la liquidation, ou le jour même, et ne peut donc pas être visé au par. 57(4).

[140] Of course, the meaning of the word “accrued” may vary with context. In general, when the term “accrued” is used in relation to legal rights, its common meaning is that the right has become fully constituted even though the monetary implications of its enforcement are not yet known or knowable. Thus, we speak of the “accrual” of a cause of action in tort when all of the elements of the cause of action come into existence, even though the extent of the damage may well not be known or knowable at that time: see, e.g., *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53. However, when the term is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable but which may or may not be due.

[141] In some contexts, a liability is said to accrue when it becomes due. An accrued liability is said to be “properly chargeable” or “owing on a given day” or “completely constituted”: see, e.g., *Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), at p. 997, “accrued liability”; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4th ed. 2011), at p. 13, “accrued liability”; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, at p. 312.

[142] In other contexts, an amount which has accrued may not yet be due. For example, we speak of “accrued interest” meaning a precise, quantified amount of interest that has been earned but may not yet be payable. The term “accrual” is used in the same way in “accrual accounting”. In accrual method accounting, “transactions that give rise to revenue or costs are recognized in the accounts when they are earned and incurred respectively”: B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), at p. 44. Revenue is earned when the recipient “substantially completes performance of everything he or she is required to do as long as the amount due is ascertainable and there is no uncertainty about its collection”: P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at s. 6.5(b); see

[140] Certes, le sens du terme « accumulées » [et plus encore celui de son équivalent anglais « *accrued* »] peut varier selon le contexte. En général, lorsque ce terme est employé de pair avec des droits légaux, son sens courant veut que le droit soit entièrement constitué, même si les répercussions financières de son exécution ne sont pas encore connues et ne peuvent l’être. Ainsi, en responsabilité délictuelle, on parle d’accumulation (au sens d’acquisition ou de naissance) de la cause d’action lorsque tous ses éléments sont réunis, même lorsque l’étendue du préjudice n’est pas encore connue ou ne peut l’être (voir, p. ex., *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53). Toutefois, lorsque le terme qualifie une somme, il renvoie généralement à un élément dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû.

[141] Dans certains contextes, il y a accumulation [en anglais, « *accrual* »] lorsque l’obligation vient à échéance. On dit du passif accumulé qu’il est [TRADUCTION] « dûment imputable » ou « exigible à une date prévue », ou encore, « entièrement constitué » (voir, p. ex., la définition d’« *accrued liability* » [passif accumulé] dans le *Black’s Law Dictionary* (9^e éd. 2009), p. 997; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4^e éd. 2011), p. 13; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, p. 312).

[142] Dans d’autres cas, la somme qui s’est accumulée [en anglais, « *accrued* »] peut ne pas être encore exigible. Par exemple, on parle d’« intérêts accumulés » [« *accrued interest* »] au sens du montant précis des intérêts qui sont courus, mais qui ne sont pas encore exigibles. En anglais, *accrual* est utilisé dans le même sens dans l’expression « *accrual accounting* » (en français, « comptabilité d’exercice »). Suivant cette méthode, les [TRADUCTION] « opérations qui génèrent des revenus ou occasionnent des dépenses sont comptabilisées lorsque les revenus sont gagnés ou que les dépenses sont engagées » (B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), p. 44). Le revenu est gagné lorsque le bénéficiaire [TRADUCTION] « a essentiellement accompli tout ce qu’il devait accomplir, à condition que la somme

also Canadian Institute of Chartered Accountants, *CICA Handbook — Accounting*, Part II, s. 1000, at paras. 41-44. In this context, the amount must be ascertained at the time of accrual.

[143] The *Hydro-Electric Power Commission* case offers a helpful definition of the word “accrued” in this sense. On a sale of shares, the vendor undertook to provide on completion “a sum estimated by him to be equal to sinking fund payments [on the bonds and debentures] which shall have accrued but shall not be due at the time for completion”: p. 344 (emphasis added). The bonds and debentures required the company to pay on July 1 of each year a fixed sum for each electrical horsepower sold and paid for during the preceding calendar year. A dispute arose as to what amounts were payable in this respect on completion. Duff J. held that in this context accrued meant “completely constituted”, referring to this as a “well recognized usage”: p. 312. He went on:

Where . . . a lump sum is made payable on a specified date and where, having regard to the purposes of the payment or to the terms of the instrument, this sum must be considered to be made up of an accumulation of sums in respect of which the right to receive payment is completely constituted before the date fixed for payment, then it is quite within the settled usage of lawyers to describe each of such accumulated parts as a sum accrued or accrued due before the date of payment. [p. 316]

Thus, at every point at which a liability to pay a fixed sum arose under the terms of the contract, that liability accrued. It was fully constituted even though not yet due because the obligation to make the payment was in the future. In reaching this conclusion, Duff J. noted that the bonds and debentures used the word “accrued” in contrast to

due puisse être déterminée et que sa perception ne fasse l’objet d’aucune incertitude » (P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7^e éd. 2010), al. 6.5b); voir également le manuel de l’Institut canadien des comptables agréés, *Manuel de l’ICCA — Comptabilité*, partie II, ch. 1000, par. 41-44). La somme en cause doit alors être déterminée au moment où le droit de la toucher est acquis [« *accrued* »].

[143] Dans l’arrêt *Hydro-Electric Power Commission*, la Cour, qui se prononçait uniquement sur le terme anglais « *accrued* », opine opportunément que ce terme se définit ainsi. Lors de la vente d’actions, le vendeur s’était engagé à remettre, une fois l’opération conclue, [TRADUCTION] « une somme équivalant selon lui aux sommes versées au fonds d’amortissement [des obligations et des débetures] qui sont alors accumulées [*accrued*], mais qui ne sont pas exigibles » (p. 344 (je souligne)). Suivant les conditions des obligations et des débetures, la société était tenue de payer, le 1^{er} juillet de chaque année, un montant déterminé pour chacun des chevaux-vapeur électriques vendus et payés au cours de l’année civile précédente. Le litige portait sur le montant des sommes payables à ce titre une fois la vente conclue. Le juge Duff statue que, dans ce contexte, et selon un [TRADUCTION] « usage largement reconnu », le mot « *accrued* » renvoie au droit ou à l’obligation « entièrement constitué » (p. 312). Il ajoute :

[TRADUCTION] Lorsqu’une somme forfaitaire doit être versée à une date déterminée et que, vu l’objet du paiement ou les clauses du contrat, la somme en question doit être considérée comme résultant de l’accumulation de sommes pour lesquelles le droit au paiement est entièrement constitué avant la date de paiement convenue, il est tout à fait conforme à l’usage des avocats qui consiste à voir dans chacun de ces éléments accumulés une somme « *accrued* » ou devenue exigible avant la date du paiement. [p. 316]

Par conséquent, chaque fois que naissait, suivant le contrat, l’obligation de verser une somme précise, le droit à l’exécution de cette obligation était acquis (ou « *accrued* »). Le droit était entièrement constitué, même s’il n’y avait pas encore exigibilité, car l’obligation d’effectuer le versement naissait ultérieurement. Pour arriver à cette conclusion, le

“due” and that this strengthened the interpretation of “accrued” as an obligation fully constituted but not yet payable. Similarly in s. 57(4), the word “accrued” is used in contrast to the word “due”.

[144] Given my understanding of the ordinary meaning of the word “accrued”, I must respectfully disagree with my colleague, Justice Deschamps’ position that the wind-up deficiency can be said to have “accrued” to the date of wind up. In her view, “[s]ince the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date” (para. 34) and “no new liabilities accrue at the time of or after the wind up” (para. 36). My colleague maintains that “[t]he fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes” (para. 37, referring to *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] I cannot agree that no new liability accrues on or after the wind up. As discussed in more detail earlier, the wind-up deficiency in s. 75(1)(b) is made up of the difference between the plan’s assets and liabilities calculated as of the date of wind up. On wind up, the *PBA* accords statutory entitlements and protections to employees that would not otherwise be available: Kaplan, at p. 532. Wind up therefore gives rise to new liabilities. In particular, on wind up, and only on wind up, plan beneficiaries are entitled, under s. 74, to make elections regarding the payment of their benefits. The plan’s liabilities cannot be determined until those elections are made. Contrary to what my colleague Justice Deschamps suggests, the extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up.

juge Duff fait remarquer que le terme « *accrued* » (par opposition à « *due* ») est employé dans les obligations et les débetures, ce qui confirme l’interprétation selon laquelle « *accrued* » renvoie à une obligation entièrement constituée, mais dont l’exécution n’est pas encore exigible. De même, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ».

[144] Selon ce que j’estime être le sens ordinaire du mot « accumulé » (en anglais, « *accrued* ») et sauf le respect que je porte à la juge Deschamps, je ne crois pas que l’on puisse considérer que le déficit de liquidation était « accumulé » à la date de la liquidation. De l’avis de ma collègue, « [p]uisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation » (par. 34) et « aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation » (par. 36). Pour elle, « [l]e fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable » (par. 37, citant *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] Je ne saurais convenir qu’aucune obligation ne s’accumule pendant ou après la liquidation. Comme je le précise précédemment, le déficit de liquidation s’entend à l’al. 75(1)(b) de la différence entre l’actif du régime et son passif calculé à la date de la liquidation. En cas de liquidation, la *LRR* confère aux employés des droits et des garanties dont ils ne bénéficieraient pas en d’autres circonstances (Kaplan, p. 532). La liquidation impose donc des obligations nouvelles à l’employeur. Plus particulièrement, en cas de liquidation, et seulement dans ce cas, l’art. 74 permet aux bénéficiaires de faire des choix quant au paiement de leurs prestations. Le passif du régime ne peut être établi avant ces choix. Contrairement à ce que laisse entendre ma collègue la juge Deschamps, le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation.

[146] Moreover, the wind-up deficiency will vary after wind up because the amount of money necessary to provide for the payment of the plan sponsor's liabilities will vary with the market. Section 31 of the *PBA* Regulations allows s. 75 payments to be spaced out over the course of five years. As we have seen, the amount of the wind-up deficiency will fluctuate over this period (I set out earlier how this amount in fact fluctuated markedly in the case of the salaried plan in issue here). Thus, while estimates are periodically made and reported after the wind up to determine how much the employer needs to pay, the precise amount of the wind-up deficiency is not ascertained or ascertainable on the date of the wind up.

[147] I turn next to the ordinary and grammatical sense of the words "to the date of the wind up" in s. 57(4). In my view, these words indicate that only those contributions that accrue before the date of wind up, and not those amounts the liability for which arises only on the day of wind up — that is, the wind-up deficiency — are included.

[148] Where the legislature intends to include the date of wind up, it has used suitable language to effect that purpose. For example, the English version of a provision amending the *PBA* in 2010 (c. 24, s. 21(2)), s. 68(2)(c), indicates which trade unions are entitled to notice of the wind up:

68. . . .

(2) If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,

. . . .

(c) each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up, represented the members, former members or retired members of the pension plan;

[146] En outre, le déficit de liquidation diffère après la liquidation puisque la somme à verser pour acquitter les obligations du promoteur du régime dépend du marché. L'article 31 du règlement de la *LRR* permet de répartir sur cinq ans les versements exigés à l'art. 75. Rappelons que le montant du déficit de liquidation fluctuera au cours de cette période (j'ai déjà fait état de la manière dont il a considérablement varié dans le cas du régime des salariés visé en l'espèce). C'est pourquoi, malgré les estimations effectuées périodiquement après la liquidation pour déterminer le montant que l'employeur doit verser, le montant du déficit de liquidation n'est ni déterminé ni déterminable à la date de la liquidation.

[147] J'examine maintenant le sens ordinaire et grammatical des mots « à la date de la liquidation » (en anglais, « *to the date of the wind up* ») employés au par. 57(4). À mon avis, cette expression fait en sorte que seules sont visées les cotisations accumulées avant la date de la liquidation, et non les sommes qui font l'objet d'une obligation qui ne prend naissance que le jour de la liquidation (en anglais, « *on the date of the wind up* ») et qui correspondent au déficit de liquidation.

[148] Si l'intention du législateur avait été d'englober la date de la liquidation, il aurait employé le libellé voulu. Par exemple, l'al. 68(2)c) de la *LRR*, modifié en 2010 (ch. 24, par. 21(2)), précise dans sa version anglaise quels syndicats doivent recevoir avis de la liquidation :

68. . . .

(2) *If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,*

. . . .

(c) *each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up [à la date de la liquidation], represented the members, former members or retired members of the pension plan;*

In contrast to the phrase “to the date of wind up”, “on the date of wind up” clearly includes the date of wind up. (The French version does not indicate a different intention.) Similarly, s. 70(6), which formed part of the *PBA* until 2012 (rep. S.O. 2010, c. 9, s. 52(5)), read as follows:

70. . . .

(6) On the partial wind up of a pension plan, members, former members and other persons entitled to benefits under the pension plan shall have rights and benefits that are not less than the rights and benefits they would have on a full wind up of the pension plan on the effective date of the partial wind up.

The words “on the effective date of the partial wind up” indicate that the members are entitled to those benefits from the date of the partial wind up, in the sense that members can claim their benefits beginning on the date of the wind up itself. This is how the legislature expresses itself when it wants to speak of a period of time including a specific date. By comparison, “to the date of the wind up” is devoid of language that would include the actual date of wind up. This conclusion is further supported by the structure of the *PBA* and its legislative history and evolution, to which I will turn shortly.

[149] To sum up with respect to the ordinary and grammatical meaning of the phrase “accrued to the date of the wind up”, the most plausible ordinary and grammatical meaning is that such amounts are fully constituted and precisely ascertained immediately before the date fixed as the date of wind up. Thus, according to the ordinary and grammatical meaning of the words, the wind-up deficiency obligation set out in s. 75(1)(b) has not “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4). Moreover, the liability for the wind-up deficiency arises where a pension plan is wound up (s. 75(1)(b)) and so it cannot be a liability that “accrued to the date of the wind up” (s. 57(4)).

Contrairement à la formule « *to the date of wind up* », l’expression « *on the date of wind up* » englobe clairement la date de la liquidation. (La version française ne se prête pas à une autre interprétation.) De même, le par. 70(6), qui figurait dans la *LRR* jusqu’en 2012 (abr. L.O. 2010, ch. 9, par. 52(5)), énonce ce qui suit :

70. . . .

(6) À la liquidation partielle d’un régime de retraite, les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite ont des droits et prestations qui ne sont pas inférieurs aux droits et prestations qu’ils auraient à la liquidation totale du régime de retraite à la date de prise d’effet de la liquidation partielle [on the effective date of the partial wind up].

Il appert de l’expression anglaise « *on the effective date of the partial wind up* » que les participants ont droit aux prestations à compter de la date de la liquidation partielle, c’est-à-dire qu’ils peuvent les réclamer à compter de la liquidation elle-même. Le législateur s’exprime ainsi lorsqu’il veut qu’une période englobe une date précise. À l’opposé, lorsqu’il dit en anglais « *to the date of the wind up* » (en français, « à la date de la liquidation »), il n’entend pas englober la date où survient la liquidation. Cette conclusion prend en outre appui sur l’architecture de la *LRR*, ainsi que sur son évolution et son historique. J’y reviendrai brièvement.

[149] Bref, le sens ordinaire et grammatical le plus plausible d’« accumulées à la date [*to the date*] de la liquidation » veut que soient visées les sommes entièrement constituées et déterminées immédiatement avant la date prévue de liquidation. Ainsi, l’obligation liée au déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)(b) n’est donc pas « accumul[é] à la date [*to the date*] de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4). De plus, comme cette obligation naît lorsque le régime de retraite est liquidé (al. 75(1)(b)), son objet ne peut donc pas être « accumul[é] à la date de la liquidation » (par. 57(4)).

(b) *The Scheme of the Act*

[150] As discussed earlier, s. 57 establishes deemed trusts over funds which must be contributed to a pension plan, including the one in s. 57(4), which is at issue here. It is helpful to consider these deemed trusts in the context of the obligations to pay funds which give rise to them. Specifically, the relationship between the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4), on one hand, and s. 75(1), which sets out liabilities on wind up on the other. According to my colleague Justice Deschamps, s. 75(1) “elegantly parallels the wind-up deemed trust provision” (para. 42) such that the deemed trusts must include the wind-up deficiency. I disagree. In my view, the deemed trusts parallel only s. 75(1)(a), which does not relate to the wind-up deficiency. The correspondence between the deemed trusts and s. 75(1)(a), and the absence of any such correspondence with s. 75(1)(b), makes it clear that the wind-up deficiency is not covered by the deemed trust provisions.

[151] I would recall here the difference between the deemed trusts created by s. 57(3) and (4). While a plan is ongoing, there may be payments which the employer is required to, but has failed to make. The s. 57(3) trust applies to these payments because they are “due and not paid”. When a plan is wound up, however, there will be payments that are outstanding in the sense that they are fully constituted, but not yet due. This occurs with respect to the so-called stub period referred to earlier. During this stub period, regular and special liabilities will accrue on a daily basis, as provided for in s. 58(1), but may not be due at the time of wind up. While s. 57(3) cannot apply to these payments because they are not yet due, the deemed trust under s. 57(4) applies to these payments because liability for them has “accrued to the date of the wind up” and they are “not yet due”.

[152] The important point is how these two deemed trust provisions relate to the wind-up liabilities as described in ss. 75(1)(a) and 75(1)(b).

b) *Le régime de la Loi*

[150] Je le répète, l’art. 57 dispose que les sommes dues à un régime de retraite sont réputées détenues en fiducie. La disposition applicable en l’espèce est le par. 57(4). Il est utile de se pencher sur ces fiducies réputées en liaison avec les obligations de versement qui les font naître. Plus précisément, il s’agit de considérer la relation entre, d’une part, les fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) et, d’autre part, le par. 75(1), qui prescrit certains versements à la liquidation. Selon ma collègue la juge Deschamps, le libellé du par. 75(1) « fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation » (par. 42), de sorte que la fiducie réputée doit englober le déficit de liquidation. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, la fiducie réputée ne fait écho qu’à l’al. 75(1)a), lequel ne porte pas sur le déficit de liquidation. Il ressort de la correspondance existant entre les fiducies créées et l’al. 75(1)a), et de l’absence d’une telle correspondance avec l’al. 75(1)b) que le déficit de liquidation ne fait pas l’objet d’une fiducie réputée.

[151] Je rappelle la différence entre les fiducies réputées des par. 57(3) et (4). Pendant la durée du régime, l’employeur peut omettre d’effectuer les versements auxquels il est tenu. La fiducie créée au par. 57(3) vise ces versements, car il s’agit de sommes « dues et impayées ». Cependant, lorsque le régime est liquidé, des versements demeurent en suspens en ce sens que le droit y afférent est entièrement constitué, mais que les sommes en cause ne sont pas encore dues. La situation se présente pendant la période tampon mentionnée précédemment où les paiements normaux et spéciaux s’accumulent chaque jour conformément au par. 58(1), mais peuvent ne pas être dus au moment de la liquidation. Bien que le par. 57(3) ne puisse s’appliquer à ces paiements parce qu’ils ne sont pas encore dus, la fiducie créée au par. 57(4) les englobe, car l’obligation s’y rapportant est « accumulé[e] à la date de la liquidation », mais les sommes en question ne sont « pas encore dues ».

[152] L’élément important réside dans le rapport entre ces deux dispositions créant une fiducie et les versements exigés aux al. 75(1)a) et 75(1)b) en cas

The two paragraphs refer to sums of money that are different in kind: while s. 75(1)(a) refers to liabilities that accrue before wind up and that are created elsewhere in the Act, s. 75(1)(b) creates a completely new liability that comes into existence only once the plan is wound up. There is no dispute, as I understand it, that these two paragraphs refer to different liabilities and that it is the liability described in s. 75(1)(b) that is the wind-up deficiency in issue here. The parties do not dispute that s. 75(1)(a) does *not* include wind-up deficiency payments.

[153] It is striking how closely the text of s. 75(1)(a) — which does not relate to the wind-up deficiency — tracks the language of the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4). As noted, s. 57(3) deals with “employer contributions due and not paid”, while s. 57(4) deals with “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”. Section 75(1)(a) includes both of these types of employer contributions. It refers to “payments that . . . are due . . . and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(3)) or that have “accrued and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(4) to the extent that these payments accrued to the date of wind up). This very close tracking of the language between s. 57(3) and (4) on the one hand and s. 75(1)(a) on the other, and the absence of any correspondence between the language of these deemed trust provisions with s. 75(1)(b), suggests that the s. 57(3) and (4) deemed trusts refer to the liability described in s. 75(1)(a) and not to the wind-up deficiency created by s. 75(1)(b). It is difficult to understand why, if the intention had been for s. 57(4) to capture the wind-up deficiency liability under s. 75(1)(b), the legislature would have so closely tracked the language of s. 75(1)(a) alone in creating the deemed trusts. Thus, in my respectful view, the elegant parallel to which my colleague, Justice Deschamps refers exists only between the deemed trust and s. 75(1)(a), and not between the deemed trust and the wind-up deficiency.

de liquidation. Ces deux alinéas visent des sommes de nature différente. L’alinéa 75(1)a renvoie au passif accumulé avant la liquidation et qui résulte de l’application d’autres dispositions de la Loi, alors que l’al. 75(1)b crée un passif entièrement nouveau qui naît seulement une fois le régime liquidé. Nul ne conteste, pour autant que je sache, que les deux alinéas renvoient à des passifs différents et que le déficit de liquidation visé en l’espèce correspond à l’obligation prévue à l’al. 75(1)b. Les parties ne contestent pas que l’al. 75(1)a *ne vise pas* les paiements visant à combler le déficit de liquidation.

[153] Il est frappant de constater à quel point le libellé de l’al. 75(1)a — qui ne porte pas sur le déficit de liquidation — s’apparente à celui des par. 57(3) et (4), qui créent des fiducies. Le paragraphe 57(3) vise les « cotisations de l’employeur qui sont dues et impayées », alors que le par. 57(4) a pour objet les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les deux types de cotisations de l’employeur entrent dans le champ d’application de l’al. 75(1)a, lequel renvoie aux « paiements qui [. . .] sont dus [. . .] et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(3)) ou qui sont « accumulés, et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(4), dans la mesure où ils sont accumulés à la date de la liquidation). La grande ressemblance du libellé des par. 57(3) et (4), d’une part, et du texte de l’al. 75(1)a, d’autre part, et l’absence de toute correspondance entre le libellé de ces dispositions créant une fiducie et le texte de l’al. 75(1)b donnent à penser que l’objet des fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) s’entend de l’obligation faite à l’al. 75(1)a, et non du déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b. On comprend difficilement que le législateur, s’il a voulu que l’obligation de combler le déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b bénéficie de l’application du par. 57(4), ait repris le seul libellé de l’al. 75(1)a pour créer les fiducies. En toute déférence, si comme le dit ma collègue la juge Deschamps, des libellés se font élégamment écho, ce sont ceux de la fiducie réputée et de l’al. 75(1)a, et non ceux de la fiducie réputée et du déficit de liquidation.

[154] I conclude that the scheme of the *PBA* reinforces my conclusion that the ordinary grammatical sense of the words in s. 57(4) does not extend to the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b).

(c) *Legislative History and Evolution*

[155] Legislative history and evolution may form an important part of the overall context within which a provision should be interpreted. Legislative evolution refers to the various formulations of the provision while legislative history refers to evidence about the provision's conception, preparation and enactment: see, e.g., *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 43.

[156] Both the legislative evolution and history of the *PBA* show that it was never the legislature's intention to include the wind-up deficiency in the deemed trust. The evolution and history of the *PBA* are rather intricate and sometimes difficult to follow so I will review them briefly here before delving into a more detailed analysis.

[157] The deemed trust was first introduced into the *PBA* in 1973. At that time, it covered employee contributions held by the employer and employer contributions that were due but not paid. In 1980, the *PBA* was amended so that the deemed trust was expanded to include employer contributions whether they were due or not. Also, new provisions were added allowing for employee elections and requiring additional payments by the employer where a plan was wound up. The 1980 amendments gave rise to confusion on two fronts: first, it was unclear whether the payments that were required on wind up were subject to the deemed trust; second, it was unclear whether a lien over some employer contributions covered the same amount as the deemed trust. In 1983, both these points were clarified. The sections were reworded and rearranged to make it clear that the wind-up deficiency was distinct from the amounts covered by the deemed trust, and that the lien and the

[154] L'architecture de la *LRR* me conforte dans l'opinion que le sens ordinaire et grammatical des termes qui y sont employés n'emporte pas l'application du par. 57(4) au déficit de liquidation visé à l'al. 75(1)(b).

c) *L'évolution et l'historique législatifs*

[155] L'évolution et l'historique législatifs peuvent constituer un élément important du contexte global dans lequel une disposition législative doit être interprétée. L'évolution législative s'entend des diverses formulations successives du texte de loi, alors que l'historique législatif s'entend des éléments touchant à sa conception, à son élaboration et à son adoption (voir, p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43).

[156] Il appert tant de l'évolution de la *LRR* que de son historique que le législateur n'a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l'objet de la fiducie réputée. L'évolution et l'historique de la *LRR* étant plutôt complexes et parfois difficiles à suivre, je les examine brièvement avant de me livrer à une analyse plus approfondie.

[157] La fiducie réputée a fait son apparition dans la *LRR* en 1973. À cette époque, elle visait les cotisations des salariés que détenait l'employeur et les cotisations de l'employeur qui étaient dues, mais impayées. En 1980, la *LRR* a été modifiée de sorte que la fiducie réputée englobe toutes les cotisations de l'employeur, qu'elles soient dues ou non. En outre, de nouvelles dispositions permettaient aux salariés de faire des choix et exigeaient des versements supplémentaires de l'employeur lorsque le régime était liquidé. La réforme de 1980 a créé de l'incertitude sous deux rapports. Premièrement, on se demandait si les versements requis à la liquidation faisaient l'objet de la fiducie réputée et, deuxièmement, si certaines cotisations de l'employeur faisaient l'objet d'un privilège à raison du montant visé par la fiducie réputée. En 1983, ces deux points ont été clarifiés. Les articles ont été remaniés et leur libellé reformulé afin de préciser que le déficit de liquidation était distinct des

deemed trust covered the same amount. A statement by the responsible Minister in 1982 confirms that *the deemed trusts were never intended to cover the wind-up deficiency*.

[158] My colleague, Justice Deschamps maintains that this history suggests an evolution in the intention of the legislature from protecting “only the service contributions that were due . . . to all amounts due and accrued upon wind up” (para. 42). I respectfully disagree. In my view, the history and evolution of the *PBA* leading up to and including 1983 show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in the deemed trust. Moreover, legislative evolution after 1983 confirms that this intention did not change.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113

[159] So far as I can determine, statutory deemed trusts were first introduced into the *PBA* by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6. Those amendments created deemed trusts over two amounts: employee pension contributions received by employers (s. 23a(1), similar to the deemed trust in the current s. 57(1)) and employer contributions that had fallen due under the plan (s. 23a(3), similar to the current s. 57(3) deemed trust for employer contributions “due and not paid”). The full text of these provisions and those referred to below, up to the current version of the 1990 Act, are found in the Appendix.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80

[160] Ontario undertook significant pension reform leading to *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80; see Kaplan, at pp. 54-56. I will concentrate on the deemed trust provisions and how they related to the liabilities on

sommes réputées détenues en fiducie, et que le privilège et la fiducie réputée portaient sur un même montant. En 1982, le ministre responsable a confirmé que *la fiducie réputée n’a jamais été censée s’appliquer au déficit de liquidation*.

[158] Pour ma collègue la juge Deschamps, cet historique reflèterait l’évolution de l’intention du législateur que la protection couvre d’abord « uniquement les cotisations dues [puis s’étende à tous] les montants dus ou accumulés à la liquidation » (par. 42). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’historique et l’évolution de la *LRR* jusqu’en 1983 inclusivement montrent que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet de la fiducie réputée. Qui plus est, il appert de l’évolution de la *LLR* postérieure à 1983 que cette intention demeure inchangée.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113

[159] Aussi loin que je puisse remonter, la fiducie réputée a vu le jour dans la *LRR* par suite de l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6. L’existence d’une fiducie a été réputée à l’égard, d’une part, des cotisations des salariés au régime de retraite touchées par les employeurs (par. 23a(1), ce qui s’apparente à la fiducie prévue au par. 57(1) actuel) et, d’autre part, des cotisations de l’employeur devenues exigibles aux termes du régime (par. 23a(3), ce qui s’apparente aux cotisations de l’employeur « qui sont dues et impayées » et qui sont réputées détenues en fiducie en application du par. 57(3) actuel). Le texte intégral de ces dispositions et de celles mentionnées ci-après, jusqu’à la version actuelle datant de 1990, figure en annexe.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80

[160] L’Ontario a entrepris une réforme majeure des régimes de retraite qui a débouché sur l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80 (voir Kaplan, p. 54-56). Je m’attacherai aux dispositions sur la fiducie réputée et à

wind up and, for ease of reference, I will refer to the sections as they were renumbered in the 1980 consolidation: R.S.O. 1980, c. 373. The 1980 legislation expanded the deemed trust relating to employer contributions. Although far from clear, the new provisions appear to have created a deemed trust and lien over the employer contributions whether otherwise payable or not and calculated as if the plan had been wound up on the relevant date.

[161] It was unclear after the reforms of 1980 whether the deemed trust applied to all employer contributions that arose on wind up. According to s. 23(4), on any given date, the trust extended to an amount to be determined “as if the plan had been wound up on that date”. However, the provisions of the 1980 version of the Act did not explicitly state what such a calculation would include. Under s. 21(2) of the 1980 statute, the employer was obligated to pay on wind up “all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency . . . , up to the date of such termination or winding up”. Under s. 32, however, the employer had to make a payment on wind up that was to be “[i]n addition” to that due under s. 21(2). Whether the legislature intended that the trust should cover this latter payment was left unclear.

[162] It was also unclear whether the lien applied to a different amount than was subject to the deemed trust. According to s. 23(3), “the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not”. This comes in the middle of two portions of the provision which explicitly refer to the deemed trust, but it is not clear whether the legislature intended to refer to the same amount throughout the provision.

leur interaction avec le passif issu de la liquidation. Pour faciliter la consultation, je renvoie aux dispositions selon leur nouvelle numérotation datant de la refonte de 1980 (R.S.O. 1980, ch. 373). La loi de 1980 a accru la portée de la fiducie réputée quant aux cotisations de l’employeur. Même si elles ne sont pas du tout claires, les nouvelles dispositions semblent faire en sorte que les cotisations de l’employeur, qu’elles soient exigibles ou non, dont le montant est établi comme si le régime avait été liquidé à la date considérée, fassent l’objet d’une fiducie réputée et d’un privilège.

[161] Après la réforme de 1980, l’incertitude persistait quant à savoir si la fiducie réputée visait toutes les cotisations exigibles de l’employeur une fois le régime liquidé. Suivant le par. 23(4), était détenu en fiducie, à une date donnée, un montant devant être déterminé [TRADUCTION] « comme si le régime avait été liquidé à cette date ». Or, les dispositions de 1980 ne précisaient pas expressément les éléments à inclure dans ce calcul. Aux termes du par. 21(2) de la loi de 1980, à la liquidation, l’employeur était tenu de verser « les sommes dont le versement aurait été par ailleurs requis pour satisfaire aux critères de solvabilité [. . .] jusqu’à la date de la cessation ou de la liquidation du régime ». L’article 32 disposait cependant que, à la liquidation, l’employeur effectuait un versement « [e]n plus » de celui exigé au par. 21(2). Restait à savoir si l’intention du législateur était que ce dernier paiement soit détenu en fiducie.

[162] Il n’était pas clair non plus que l’objet du privilège était le même que celui de la fiducie réputée. Suivant le par. 23(3), [TRADUCTION] « les participants ont un privilège sur l’actif de l’employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de comptes, qu’il y soit consigné ou non ». Ce passage figure entre deux parties de la disposition qui renvoient expressément à la fiducie réputée, mais l’intention du législateur demeure incertaine quant à savoir si c’est le même montant qui est visé chaque fois.

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2

[163] The 1983 amendments substantially clarified the scope of the deemed trust and lien for employer contributions. They make clear that neither the deemed trust nor the lien applied to the wind-up deficiency; the responsible Minister confirmed that this was the intention of the amendments.

[164] The new provision was amended by s. 3 of the 1983 amendments and is found in s. 23(4) which provided:

23. . . .

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
 - (i) the current service cost, and
 - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

Section 21(2)(a) provides that on wind up, the employers must pay an amount equal to *the current service cost and the special payments* that “have accrued to and including the date of the termination winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date”; the provision adds that these amounts shall be deemed to accrue on a daily basis. These provisions make it clear that the s. 23(4) deemed trust applies only to the special payments and current service costs that have accrued, on a daily basis, up to and including

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2

[163] Les modifications de 1983 ont considérablement précisé la portée de la fiducie réputée et du privilège et elles ont circonscrit les cotisations de l’employeur qui en faisaient l’objet. Il en ressort que ni la fiducie réputée ni le privilège n’ont pour objet le déficit de liquidation; le ministre responsable a confirmé que telle était l’intention du législateur en apportant les modifications.

[164] La nouvelle disposition a été modifiée par l’art. 3 de la loi de 1983 pour devenir le par. 23(4), lequel disposait dès lors ce qui suit :

[TRADUCTION]

23. . . .

(4) L’employeur qui, dans le cadre d’un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- (a) de toutes les sommes que l’employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
 - (i) le coût du service courant et
 - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n’ont pas été versés;

- (b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l’employeur est tenu de payer en vertu de l’alinéa 21 (2) a).

Suivant l’alinéa 21(2)a), l’employeur est tenu, lors de la liquidation, de verser un montant égal au *coût du service courant et aux paiements spéciaux* qui [TRADUCTION] « sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus ». La disposition prévoit en outre que ces postes sont réputés s’accumuler sur une base quotidienne. Il est donc clair, suivant le par. 23(4), que seuls sont détenus en fiducie les paiements spéciaux et le coût

the date of wind up. The deemed trust clearly does not extend to the wind-up deficiency.

[165] The provision referring to the additional payments required on wind up also makes clear that those payments are not within the scope of the deemed trust. These additional liabilities were described by s. 32, a provision very similar to s. 75(1)(b). These amounts are first, the amount guaranteed by the Guarantee Fund and, second, the value of pension benefits vested under the plan that exceed the value of the assets of the plan. Section 32(2) specifies that these amounts *are* “in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2)” (which are the payments comparable to the current s. 75(1)(a) payments) and that *only the latter* fall within the deemed trust. The inevitable conclusion is that, in 1983, the wind-up deficiency was not included in the scope of the deemed trust.

[166] The 1983 amendments also clarified the scope of the lien. They indicated that the scope of the lien was identical to the scope of the deemed trust. Section 23(5) specified that the lien extended only to the amounts that were deemed to be held in trust under s. 23(4) (i.e. the *current service costs and special payments that had accrued to and including the date of the wind up but are not yet due*).

[167] This makes two things clear: that the lien covers the same amounts as the deemed trust, and that neither covers the wind-up deficiency.

[168] A brief, but significant piece of legislative history seems to me to dispel any possible doubt. In speaking at first reading of the 1983 amendments, the Minister responsible, the Honourable Robert Elgie said this:

The first group of today’s amendments makes up the housekeeping changes needed for us to do what we set out to do in late 1980; that is, to guarantee pension benefits following the windup of a defined pension

du service courant qui sont accumulés, sur une base quotidienne, jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise. Le déficit de liquidation ne fait manifestement pas l’objet de la fiducie réputée.

[165] La disposition relative au versement supplémentaire exigé à la liquidation établit aussi clairement que ce versement n’est pas réputé détenu en fiducie. Le montant de ce versement supplémentaire est précisé à l’art. 32, dont le libellé est très semblable à celui de l’al. 75(1)b). Il s’agit premièrement de la somme garantie par le Fonds de garantie et, deuxièmement, de l’excédent des prestations de retraite acquises en vertu du régime sur l’actif du régime. Le paragraphe 32(2) dispose que le versement exigé de l’employeur *s’ajoute* à celui exigé au par. 21(2) (lequel s’apparente à celui que vise l’actuel al. 75(1)a) et donc que *seul ce dernier* est réputé détenu en fiducie. Force est de conclure que, en 1983, le déficit de liquidation échappait à la fiducie réputée.

[166] Les modifications de 1983 ont également clarifié la portée du privilège en précisant qu’elle était identique à celle de la fiducie réputée. Le paragraphe 23(5) précisait que le privilège ne valait que pour les sommes réputées détenues en fiducie suivant le par. 23(4) (à savoir le *coût du service courant et les paiements spéciaux accumulés à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui ne sont pas encore dus*).

[167] Deux choses sont donc claires. L’objet du privilège et de la fiducie réputée est le même et il exclut le déficit de liquidation.

[168] L’historique législatif renferme un passage bref mais important qui me paraît dissiper tout doute éventuel à cet égard. Lors de la première lecture du projet de modification de 1983, le ministre responsable, l’honorable Robert Elgie, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La première série de modifications examinée aujourd’hui apporte les changements administratifs nécessaires pour atteindre l’objectif que nous avons fixé vers la fin de 1980,

benefit plan. These amendments will clarify the ways in which we can attain that goal.

In Bill 214 [i.e. the 1980 amendments] the employees were given a lien on the employer's assets for employee contributions to a pension plan collected by the employer, as well as accrued employer contributions. . . .

Unfortunately, this protection has resulted in different legal interpretations on the extent of the lien. An argument has been advanced that the amount of the lien includes an employer's potential future liability on the windup of a pension plan. This was never intended and is not necessary to provide the required protection. The amendment to section 23 clarifies the intent of Bill 214. [Emphasis added.]

(Ontario (Hansard), No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568)

The 1983 amendments made the scope of the lien correspond precisely to the scope of the deemed trust over the employer's accrued contributions. It is thus clear from this statement that it was never the legislative intention that either should apply to "an employer's potential future liability" on wind up (i.e. the wind-up deficiency). In 1983, there is therefore, in my view, virtually irrefutable evidence of legislative intent to do exactly the opposite of what the Court of Appeal held in this case had been done.

[169] Subsequent legislative evolution shows no change in this legislative intent. In fact, subsequent amendments demonstrate a clear legislative intent to exclude from the deemed trust employer liabilities that arise only upon wind up of the plan.

(iv) *Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35*

[170] Amendments to the *PBA* in 1987 resulted in it being substantially in its current form. With those amendments, the extent of the deemed trusts was further clarified. The provision in the 1983

à savoir garantir les prestations de retraite après la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées. Ces modifications préciseront les moyens grâce auxquels cet objectif pourra être atteint.

Dans le projet de loi 214 [la réforme de 1980], les employés bénéficiaient d'un privilège sur l'actif de l'employeur à l'égard des cotisations versées au régime de retraite et perçues par l'employeur, ainsi que des cotisations de l'employeur accumulées. . . .

Malheureusement, la portée du privilège fait l'objet de différentes interprétations juridiques. On a fait valoir que le montant protégé grâce au privilège comprenait toute somme éventuelle due par l'employeur à la liquidation du régime, ce qui n'a jamais été voulu par le législateur et n'était pas nécessaire pour assurer la protection souhaitée. La modification apportée à l'article 23 précise l'intention qui sous-tend le projet de loi 214. [Je souligne.]

(Ontario (Hansard), n° 99, 2^e sess., 32^e lég., 7 juillet 1982, p. 3568)

Les modifications de 1983 ont fait en sorte que la portée du privilège corresponde exactement à celle de la fiducie réputée en ce qui a trait aux cotisations accumulées de l'employeur. Il ressort donc de l'extrait qui précède que le législateur n'a jamais voulu que la fiducie réputée ou le privilège s'appliquent à « toute somme éventuelle due par l'employeur » lors de la liquidation (à savoir, le déficit de liquidation). À mon sens, il est donc pour ainsi dire établi que, en 1983, le législateur entendait accomplir précisément le contraire de ce qui, selon la Cour d'appel, aurait résulté de ces modifications.

[169] L'évolution législative ultérieure montre que l'intention du législateur n'a pas changé. En fait, les modifications subséquentes révèlent clairement son intention d'exclure de la fiducie réputée les obligations de l'employeur qui naissent seulement lors de la liquidation du régime.

(iv) *Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35*

[170] Les modifications apportées à la *LRR* en 1987 l'ont essentiellement fait évoluer jusqu'à sa version actuelle. Elles ont précisé davantage la portée des fiducies réputées. Dans la Loi de 1983,

version of the Act combined within a single subsection a deemed trust for employer contributions that were due and not paid (s. 23(4)(a)) and employer contributions that had accrued to and including the date of wind up but which were not yet due (s. 23(4)(b), referring to s. 21(2)(a)). In the 1987 amendments, these two trusts were each given their own subsection and their scope was further clarified. Moreover, after the 1987 revision, one no longer had to refer to a separate provision (formerly s. 21(2)(a)) to determine the scope of the trust covering payments that were accrued but not yet due. Thus, while the substance of the provisions did not change in 1987, their form was simplified.

[171] The new s. 58(3) (which is exactly the same as the current s. 57(3)) replaced the former s. 23(4)(a). This created a trust for employer contributions due and not paid. Section 58(4) (which is exactly the same as s. 57(4) as it stood at the time) replaced the former s. 23(4)(b) and part of s. 21(2)(a) and created a trust that arises on wind up and covers “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”.

[172] The 1987 amendment also shows that the legislature adverted to the difference between “to the date of the wind up” and “to and including” the date of wind up and chose the former. This is reflected in a small but significant change in the wording of the relevant provisions. The former provision, s. 23(4)(b), by referring to s. 21(2)(a) captured current service costs and special payments that “have accrued to and including the date of the termination or winding up.” The new version in s. 58(4) deletes the words “and including”, putting the section in its present form. This deletion, to my way of thinking, reinforces the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up. Respectfully, the legislative record does not support Deschamps J.’s view that there was a legislative evolution towards a more expanded deemed trust. Quite the opposite.

un même paragraphe créait une fiducie réputée pour les cotisations de l’employeur qui étaient dues mais impayées (al. 23(4)a)) et une autre pour les cotisations de l’employeur qui étaient accumulées jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui n’étaient pas encore dues (al. 23(4)b), qui renvoyait à l’al. 21(2)a)). Dès 1987, les deux fiducies ont fait l’objet de paragraphes distincts et leur portée a été davantage circonscrite. En outre, après la réforme de 1987, il n’était plus nécessaire de renvoyer à une autre disposition (l’ancien al. 21(2)a)) pour déterminer la portée de la fiducie créée pour les paiements accumulés, mais non encore dus. Par conséquent, si le fond des dispositions n’a pas été modifié en 1987, leur forme a été simplifiée.

[171] Le nouveau par. 58(3) (identique au par. 57(3) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)a), lequel créait une fiducie pour les cotisations de l’employeur dues mais impayées. Le paragraphe 58(4) (identique au par. 57(4) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)b) et, en partie, l’al. 21(2)a), et dispose que, dès la liquidation, les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » sont détenues en fiducie.

[172] La modification de 1987 montre également que le législateur était conscient de la différence entre « à la date de la liquidation » et « à la date [de la liquidation], celle-ci comprise » et qu’il a choisi la première formule. C’est ce qui appert d’un changement léger, mais important, apporté au libellé des dispositions en cause. L’ancienne disposition, l’al. 23(4)b), par son renvoi à l’al. 21(2)a), englobait le coût du service courant et les paiements spéciaux [TRADUCTION] « accumulés à la date de cessation ou de liquidation, celle-ci comprise ». Dans la nouvelle disposition, le par. 58(4), les mots « celle-ci comprise » sont supprimés pour donner le libellé actuel. À mon sens, cette suppression appuie l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement à la date même de la liquidation. En toute déférence, l’historique législatif n’étaye pas le point de vue de ma collègue la juge Deschamps selon lequel il y aurait eu, au fil de l’évolution législative, accroissement de la portée de la fiducie réputée. C’est plutôt le contraire.

[173] To sum up, I draw the following conclusions from this review of the legislative evolution and history. The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer's potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

(d) *The Purpose of the Legislation*

[174] Excluding the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. Pension legislation aims at important protective purposes. These protective purposes, however, are not pursued at all costs and are clearly intended to be balanced with other important interests within the context of a carefully calibrated scheme: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at paras. 13-14.

[175] In this instance, the legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer's other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed trust to the wind-up deficiency.

[173] En résumé, voici ce que je conclus de l'évolution et de l'historique législatifs. La loi établit une distinction entre deux types d'obligation de l'employeur qui sont pertinents en l'espèce. Il y a d'une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d'autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu'à la date considérée. Il s'agit des paiements prévus à l'actuel al. 75(1)a), à savoir les paiements qui sont dus ou accumulés, mais qui n'ont pas été versés. Et d'autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (ou, comme j'y renvoie précédemment, le déficit de liquidation). Ces paiements font l'objet de l'al. 75(1)b). Il appert de l'évolution et de l'historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n'a jamais voulu que les obligations ultérieures de l'employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l'objet d'une fiducie réputée ou d'un privilège.

d) *L'objet de la loi*

[174] L'exclusion du déficit de liquidation de la fiducie réputée est conforme aux objectifs généraux de la loi. Les dispositions sur les régimes de retraite ont une importante vocation de protection. Or, le législateur n'entend pas atteindre son objectif de protection à n'importe quel prix, son intention étant clairement de le mettre en balance avec d'autres intérêts importants dans le cadre d'un régime soigneusement conçu (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 13-14).

[175] Dans le cas qui nous intéresse, le législateur a créé des fiducies à l'égard des cotisations qui sont dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l'employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c'est en raison d'autres objectifs concurrents que le législateur s'est abstenu d'accroître la portée de la fiducie réputée et d'y inclure le déficit de liquidation.

[176] First, if there were to be a deemed trust over all employer liabilities that arise when a plan is wound up, much simpler and clearer words could readily be found to achieve that objective.

[177] Second, extending the deemed trust protections to the wind-up deficiency might well be viewed as counter-productive in the greater scheme of things. A deemed trust of that nature might give rise to considerable uncertainty on the part of other creditors and potential lenders. This uncertainty might not only complicate creditors' rights, but it might also affect the availability of funds from lenders. The wind-up liability is potentially large and, while the business is ongoing, the extent of the liability is unknown and unknowable for up to five years. Its amount may, as the facts of this case disclose, fluctuate dramatically during this time. A liability of this nature could make it very difficult to assess the creditworthiness of a borrower and make an appropriate apportionment of payment among creditors extremely difficult.

[178] While I agree that the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. In her conclusion, Justice Deschamps notes that although the protection of pension plans is a worthy objective, courts should not use the law of equity to re-arrange the priorities that Parliament has established under the *CCAA*. This is a matter of policy where courts must defer to legislatures (reasons of Justice Deschamps, at para. 82). In my view, my colleague's comments on this point are equally applicable to the policy decisions reflected in the text of the *PBA*. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries is one to be left to the Ontario legislature. Faced with the language in the *PBA*, I would be slow to infer that the broader protective purpose, with all its potential disadvantages, was intended.

[176] Premièrement, si le législateur avait voulu créer une fiducie applicable à la totalité des obligations de l'employeur qui découlent de la liquidation d'un régime, il lui aurait été aisé de s'exprimer beaucoup plus simplement et clairement.

[177] Deuxièmement, si on considère la situation avec un certain recul, il pourrait fort bien être néfaste de protéger le déficit de liquidation au moyen de la fiducie réputée. Il pourrait en effet en résulter une grande incertitude pour les autres créanciers et prêteurs éventuels, une incertitude qui pourrait non seulement compliquer l'exercice des droits des créanciers, mais aussi compromettre l'accès d'une entreprise en difficulté aux fonds des prêteurs. L'ampleur des obligations à la liquidation peut être considérable et, lorsque l'entreprise demeure en exploitation, on ne peut savoir quelle sera cette ampleur sur une période de cinq ans. Le quantum de ces obligations peut, comme le montrent les faits de la présente espèce, fluctuer radicalement pendant cet intervalle. De telles obligations peuvent rendre très difficile l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur et plus difficile encore la juste répartition des paiements entre les créanciers.

[178] Je conviens certes que la protection des régimes de retraite constitue un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Dans sa conclusion, la juge Deschamps souligne que même si la protection des régimes de retraite constitue un objectif valable, les tribunaux ne doivent pas recourir à l'équité pour modifier les priorités du législateur qui sous-tendent la *LACC*. Il s'agit d'une question de politique générale, et les tribunaux doivent déférer à la décision du législateur (motifs de la juge Deschamps, par. 82). À mon avis, les propos de ma collègue sur ce point valent également pour les décisions de politique générale qui sous-tendent le texte de la *LRR*. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite. Au vu du

In short, the interpretation I would adopt is consistent with a balanced approach to protection of benefits which the legislature intended.

[179] For these reasons, I am of the respectful view that the Court of Appeal erred in finding that the s. 57(4) deemed trust applied to the wind-up deficiency.

B. *Second Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That Indalex Breached the Fiduciary Duties it Owed to the Pension Beneficiaries as the Plans' Administrator and in Imposing a Constructive Trust as a Remedy?*

(1) Introduction

[180] The Court of Appeal found that during the CCAA proceedings Indalex breached its fiduciary obligations as administrator of the pension plans: para. 116. As a remedy, it imposed a remedial constructive trust over the reserve fund, effectively giving the plan beneficiaries recovery of 100 cents on the dollar in priority to all other creditors, including creditors entitled to the super priority ordered by the CCAA court.

[181] The breaches identified by the Court of Appeal fall into three categories. First, Indalex breached the prohibition against a fiduciary being in a position of conflict of interest because its interests in dealing with its insolvency conflicted with its duties as plan administrator to act in the best interests of the plans' members and beneficiaries: para. 142. According to the Court of Appeal, the simple fact that Indalex found itself in this position of conflict of interest was, of itself, a breach of its fiduciary duty as plan administrator. Second, Indalex breached its fiduciary duty by applying, without notice to the plans' beneficiaries, for CCAA protection: para. 139. Third, Indalex

libellé de la *LRR*, j'hésite à inférer que le législateur a voulu conférer une vaste protection avec tous les inconvénients que cela pouvait comporter. En somme, l'interprétation que je préconise s'accorde avec l'approche équilibrée du législateur dans la protection du droit à des prestations.

[179] C'est pourquoi j'estime que la Cour d'appel a tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) vise le déficit de liquidation.

B. *Deuxième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure qu'Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu'administrateur des régimes de retraite et d'imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?*

(1) Introduction

[180] La Cour d'appel conclut que, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes de retraite (par. 116). En guise de réparation, elle impose une fiducie par interprétation à l'égard du fonds de réserve et permet ainsi aux bénéficiaires des régimes de retraite de recouvrer l'intégralité de leur créance de préférence à tous les autres créanciers, notamment ceux auxquels le tribunal a accordé une superpriorité sous le régime de la *LACC*.

[181] Les manquements relevés par la Cour d'appel sont de trois ordres. D'abord, Indalex n'a pas respecté l'interdiction faite au fiduciaire de se trouver en conflit d'intérêts car, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, ses intérêts d'entreprise insolvable s'opposaient à son obligation d'administrateur d'agir au mieux des intérêts des participants et des bénéficiaires des régimes (par. 142). Selon la Cour d'appel, ce conflit d'intérêts constituait à lui seul un manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes. Deuxièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en demandant, sans en informer au préalable les

breached its fiduciary duty by seeking and/or obtaining various relief in the CCAA proceedings including the “super priority” in favour of the DIP lenders, approval of the sale of the business knowing that no payment would be made to the underfunded plans over the statutory deemed trusts and seeking to be put into bankruptcy with the intention of defeating the deemed trust claims: para. 139. As a remedy for these breaches of fiduciary duty the court imposed a constructive trust.

[182] In my view, the Court of Appeal took much too expansive a view of the fiduciary duties owed by Indalex as plan administrator and found breaches where there were none. As I see it, the only breach of fiduciary duty committed by Indalex occurred when, upon insolvency, Indalex’s corporate interests were in obvious conflict with its fiduciary duty as plan administrator to ensure that all contributions were made to the plans when due. The breach was not in failing to avoid this conflict — the conflict itself was unavoidable. Its breach was in failing to address the conflict to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to have representation in the CCAA proceedings as if there were independent plan administrators. I also conclude that a remedial constructive trust is not available as a remedy for this breach.

[183] This part of the appeals requires us to answer two questions which I will address in turn:

- (i) What fiduciary duties did Indalex have in its role as plan administrator and did it breach them?
- (ii) If so, was imposition of a constructive trust an appropriate remedy?

bénéficiaires des régimes, la protection offerte par la LACC (par. 139). Troisièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en sollicitant puis en obtenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC, dont la « super-priorité » de la créance des prêteurs DE, l’approbation de la vente de l’entreprise alors qu’elle savait que nul versement ne serait fait aux régimes sous-capitalisés en sus des sommes protégées par les fiducies réputées d’origine législative, et en demandant sa mise en faillite dans l’intention de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée (par. 139). En guise de réparation de ces manquements à l’obligation fiduciaire, la cour a imposé une fiducie par interprétation.

[182] À mon sens, la Cour d’appel confère une portée excessive aux obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes et elle relève des manquements qui n’en sont pas. Indalex a seulement manqué à son obligation fiduciaire lorsque, une fois devenue insolvable, ses intérêts sont clairement entrés en conflit avec son obligation fiduciaire d’administrateur d’assurer le versement aux régimes de toutes les cotisations devenues exigibles. Son manquement réside dans l’omission non pas d’éviter ce conflit, qui était en soi inévitable, mais de pallier le problème en veillant à ce que les bénéficiaires des régimes puissent être représentés dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. Je conclus également que la fiducie par interprétation ne saurait être accordée à titre de réparation pour ce manquement.

[183] Ce volet des pourvois commande de répondre à deux questions que j’examine successivement :

- (i) Quelles étaient les obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?
- (ii) Dans l’affirmative, l’imposition d’une fiducie par interprétation constituait-elle une réparation appropriée?

(2) What Fiduciary Duties Did Indalex Have in its Role as Plan Administrator and Did it Breach Those Duties?

(a) *Legal Principles*

[184] The appellants do not dispute that Indalex, in its role of administrator of the plans, had fiduciary duties to the members of the plan and that when it is acting in that role it can only act in the interests of the plans' beneficiaries. It is not necessary for present purposes to decide whether a pension plan administrator is a *per se* or *ad hoc* fiduciary, although it must surely be rare that a pension plan administrator would not have fiduciary duties in carrying out that role: *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, at para. 55.

[185] However, the conclusion that Indalex as plan administrator had fiduciary duties to the plan beneficiaries is the beginning, not the end of the inquiry. This is because fiduciary duties do not exist at large, but arise from and relate to the specific legal interests at stake: *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 31. As La Forest J. put it in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574:

The obligation imposed [on a fiduciary] may vary in its specific substance depending on the relationship [N]ot every legal claim arising out of a relationship with fiduciary incidents will give rise to a claim for breach of fiduciary duty. . . .

It is only in relation to breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary that a claim for breach of fiduciary duty can be founded. . . . [Emphasis added; pp. 646-47.]

[186] The nature and scope of the fiduciary duty must, therefore, be assessed in the legal framework governing the relationship out of which the

(2) Quelles étaient les obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?

a) *Principes juridiques*

[184] Les appelants ne contestent pas que, en tant qu'administrateur des régimes de retraite, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les participants et que, à ce titre, elle ne pouvait agir que dans l'intérêt des bénéficiaires des régimes. Point n'est besoin, aux fins du pourvoi, de déterminer si l'administrateur d'un régime de retraite est fiduciaire en soi ou *ad hoc*, bien qu'il soit assurément rare qu'un tel administrateur n'ait pas d'obligations fiduciaires dans l'exercice de cette fonction (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, par. 55).

[185] Or, la conclusion portant que, à titre d'administrateur des régimes, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les bénéficiaires marque le début de l'examen, et non sa fin, car les obligations fiduciaires n'existent pas en général, mais découlent des intérêts juridiques qui sont précisément en jeu et s'y rattachent (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 31). Comme l'affirme le juge La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 :

La nature particulière de cette obligation [du fiduciaire] peut varier selon les rapports concernés [. . .] [C]e ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire. . .

La prétention qu'il y a manquement à une obligation fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires. . . [Je souligne; p. 646-647.]

[186] Il convient donc d'apprécier la nature et la portée de l'obligation fiduciaire dans le cadre juridique applicable à la relation dont est issue cette

fiduciary duty arises: see, e.g., *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175, at para. 141; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at paras. 36-37; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at para. 41. So, for example, as a general rule, a fiduciary has a duty of loyalty including the duty to avoid conflicts of interest: see, e.g., *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at para. 35; *Lac Minerals*, at pp. 646-47. However, this general rule may have to be modified in light of the legal framework within which a particular fiduciary duty must be exercised. In my respectful view, this is such a case.

(b) *The Legal Framework of Indalex's Dual Role as a Plan Administrator and Employer*

[187] In order to define the nature and scope of Indalex's role and fiduciary obligations as a plan administrator, we must examine the legal framework within which the administrator functions. This framework is established primarily by the plan documents and the relevant provisions of the *PBA*. It is to these sources, first and foremost, that we look in order to shape the specific fiduciary duties owed in this context.

[188] Turning first to the plan documents, I take the salaried plan as an example. Under it, the company is appointed the plan administrator: art. 13.01. The term "Company" is defined to mean Indalex Limited and any reference in the plan to actions taken or discretion to be exercised by the Company means Indalex acting through the board of directors or any person authorized by the board for the purposes of the plan: art. 2.09. Article 13.01 provides that the "Management Committee of the Board of Directors of the Company will appoint a Pension and Benefits Committee to act on behalf of the Company in its capacity as administrator of the Plan. The Pension and Benefits Committee will decide conclusively all matters relating to the operation, interpretation and application of the Plan".

obligation (voir, p. ex., *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175, par. 141; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 36-37; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 41). À titre d'exemple, la règle générale veut que le fiduciaire ait un devoir de loyauté doublé d'une obligation d'éviter tout conflit d'intérêts (voir, p. ex., *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 35; *Lac Minerals*, p. 646-647). Toutefois, il peut se révéler nécessaire d'adapter cette règle générale au cadre juridique dans lequel doit être exercée une obligation fiduciaire en particulier. Tel est, à mon humble avis, le cas en l'espèce.

b) *Le cadre juridique de la double fonction d'Indalex à titre d'administrateur de régime et d'employeur*

[187] Pour déterminer la nature et la portée de la fonction et des obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes, nous devons considérer le cadre juridique dans lequel évolue l'administrateur. Ce cadre juridique découle principalement des documents constitutifs des régimes de retraite et des dispositions pertinentes de la *LRR*, des sources qui doivent être examinées avant toutes autres pour déterminer les obligations fiduciaires spécifiques qui incombent à l'administrateur dans ce contexte.

[188] En ce qui concerne d'abord les documents constitutifs des régimes de retraite, considérons ceux relatifs au régime des salariés. Ils confient à la société l'administration du régime (art. 13.01). Le terme « société » s'entend d'Indalex Limited, et toute mention par le régime d'une mesure prise ou d'un pouvoir discrétionnaire exercé par la société suppose qu'Indalex agit par l'entremise du conseil d'administration ou d'une personne autorisée par celui-ci aux fins du régime (art. 2.09). Suivant l'art. 13.01, le [TRADUCTION] « comité de gestion du conseil d'administration de la société nomme un comité de retraite et de prestations pour agir au nom de la société dans l'exercice de sa fonction d'administrateur du régime. Le comité de retraite et de prestations se prononce de manière définitive

Thus, the Pension and Benefits Committee is to act on behalf of the company and by virtue of art. 2.09 its acts are considered those of the company. Article 13.02 sets out the duties of the Pension and Benefits Committee which include the “performance of all administrative functions not performed by the Funding Agent, the Actuary or any group annuity contract issuer”: art. 13.02(1).

[189] The plan administrator also has statutory powers and duties by virtue of the *PBA*. Section 22 lists the general duties of plan administrators, three of which are particularly relevant to these appeals:

22. (1) [Care, diligence and skill] The administrator of a pension plan shall exercise the care, diligence and skill in the administration and investment of the pension fund that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

(2) [Special knowledge and skill] The administrator of a pension plan shall use in the administration of the pension plan and in the administration and investment of the pension fund all relevant knowledge and skill that the administrator possesses or, by reason of the administrator’s profession, business or calling, ought to possess.

(4) [Conflict of interest] An administrator or, if the administrator is a pension committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall not knowingly permit the administrator’s interest to conflict with the administrator’s duties and powers in respect of the pension fund.

[190] Not surprisingly, the powers and duties conferred on the administrator by the legislation are administrative in nature. For the most part they pertain to the internal management of the pension fund and to the relationship among the pension administrator, the beneficiaries, and the Superintendent of Financial Services (“Superintendent”). The list includes: applying

sur toute question relative au fonctionnement, à l’interprétation et à l’application du régime ». Le comité de retraite et de prestations a donc pour mandat d’agir pour le compte de la société et, suivant l’art. 2.09, ses actes sont assimilés à ceux de la société. L’article 13.02 énonce les fonctions du comité, dont l’exercice de toute fonction administrative qui ne relève pas du gestionnaire de la caisse, de l’actuaire ou de l’émetteur de tout contrat de rente collective (par. 13.02(1)).

[189] La *LRR* attribue également pouvoirs et obligations à l’administrateur d’un régime. L’article 22 énumère les obligations générales faites à l’administrateur, dont trois importent particulièrement dans les présents pourvois :

22. (1) [Soin, diligence et compétence] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu’une personne d’une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d’autrui.

(2) [Connaissances et compétences particulières] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration du régime de retraite et à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite toutes les connaissances et compétences pertinentes que l’administrateur possède ou devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation.

(4) [Conflit d’intérêts] L’administrateur, ou si l’administrateur est un comité de retraite ou un conseil de fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l’administrateur du régime de retraite ne permet pas sciemment que son intérêt entre en conflit avec ses attributions à l’égard du régime de retraite.

[190] Il n’est pas étonnant que les pouvoirs et les obligations légaux de l’administrateur soient de nature administrative. La plupart ont trait à la gestion interne de la caisse de retraite et à la relation entre l’administrateur du régime de retraite, les bénéficiaires et le surintendant des services financiers (le « surintendant »). Mentionnons la demande au surintendant d’enregistrer le régime ou de le

to the Superintendent for registration of the plan and any amendments to it as well as filing annual information returns: ss. 9, 12 and 20 of the *PBA*; providing beneficiaries and eligible potential beneficiaries with information and documents: s. 10(1)12 and 25; ensuring that the plan is administered in accordance with the *PBA* and its regulations and plan documents: s. 19; notifying beneficiaries of proposed amendments to the plan that would reduce benefits: s. 26; paying commuted value for pensions: s. 42; and filing wind-up reports if the plan is terminated: s. 70.

[191] Of special relevance for this case are two additional provisions. Under s. 56, the administrator has a duty to ensure that pension payments are made when due and to notify the Superintendent if they are not and, under s. 59, the administrator has the authority to commence court proceedings when pension payments are not made.

[192] The fiduciary duties that employer-administrators owe to plan beneficiaries relate to the statutory and other tasks described above; these are the “specific legal interests” with respect to which the employer-administrator’s fiduciary duties attach.

[193] Another important aspect of the legal context for Indalex’s fiduciary duties as a plan administrator is that it was acting in the dual role of an employer-administrator. This dual role is expressly permitted under s. 8(1)(a) of the *PBA*, but this provision creates a situation where a single entity potentially owes two sets of fiduciary duties (one to the corporation and the other to the plan members).

[194] This was the case for Indalex. As an employer-administrator, Indalex acted through its board of directors and so it was that body which owed fiduciary duties to the plan members. The board of directors also owed a fiduciary duty to the company to act in its best interests: *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a); *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*,

modifier, et le dépôt de la déclaration annuelle (art. 9, 12 et 20 de la *LRR*), la transmission aux bénéficiaires et aux bénéficiaires éventuels admissibles de renseignements et de documents (par. 10(1)12 et art. 25), l’observation de la *LRR* et de son règlement d’application, ainsi que des documents constitutifs du régime (art. 19), l’envoi aux bénéficiaires d’un avis relatif à une modification projetée qui réduirait les prestations (art. 26), le paiement de la valeur de rachat d’une pension différée (art. 42) et le dépôt d’un rapport de liquidation advenant la cessation du régime (art. 70).

[191] Deux autres dispositions importent particulièrement en l’espèce. L’article 56 dispose que l’administrateur a l’obligation de veiller à ce que les cotisations soient versées à la date d’exigibilité et d’en informer le surintendant lorsqu’elles ne l’ont pas été; l’art. 59 habilite l’administrateur à engager une instance judiciaire en cas de défaut de paiement.

[192] Les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur envers les bénéficiaires d’un régime ont trait aux attributions légales et autres susmentionnées; il s’agit des « intérêts juridiques particuliers » auxquels se rattachent les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur.

[193] Un autre aspect important du contexte juridique dans lequel s’inscrivent les obligations fiduciaires d’Indalex à titre d’administrateur des régimes tient à sa double fonction d’employeur et d’administrateur. L’alinéa 8(1)a) de la *LRR* autorise expressément ce double rôle, mais il crée une situation où une même entité peut devoir s’acquitter de deux ensembles distincts d’obligations fiduciaires (les unes envers la société, les autres envers les participants du régime de retraite).

[194] Telle était la situation d’Indalex. À titre d’employeur-administrateur, Indalex agissait par l’entremise de son conseil d’administration, de sorte que ce dernier avait des obligations fiduciaires envers les participants des régimes. Le conseil d’administration avait également l’obligation fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de la société (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C.

2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at para. 36. In deciding what is in the best interests of the corporation, a board may look to the interests of shareholders, employees, creditors and others. But where those interests are not aligned or may conflict, it is for the directors, acting lawfully and through the exercise of business judgment, to decide what is in the overall best interests of the corporation. Thus, the board of Indalex, as an employer-administrator, could not always act exclusively in the interests of the plan beneficiaries; it also owed duties to Indalex as a corporation.

(c) *Breaches of Fiduciary Duty*

[195] Against the background of these legal principles, I turn to consider the Court of Appeal's findings in relation to Indalex's breach of its fiduciary duties as administrator of the plans. As noted, they fall into three categories: being in a conflict of interest position; taking steps to reduce pension obligations in the CCAA proceedings; and seeking bankruptcy status.

(i) Conflict of Interest

[196] The questions here are first what constitutes a conflict of interest or duty between Indalex as business decision-maker and Indalex as plan administrator and what must be done when a conflict arises?

[197] The Court of Appeal in effect concluded that a conflict of interest arises whenever Indalex makes business decisions that have "the potential to affect the Plans beneficiaries' rights" (para. 132) and that whenever such a conflict of interest arose, the employer-administrator was immediately in breach of its fiduciary duties to the plan members. Respectfully, this position puts the matter far too broadly. It cannot be the case that a conflict

1985, ch. C-44, al. 122(1)a); *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 36). Pour déterminer ce qui est au mieux des intérêts de l'entreprise, le conseil d'administration peut considérer les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers et d'autres personnes. Or, lorsque ces intérêts ne sont pas concordants ou peuvent entrer en conflit, il appartient aux administrateurs, dans le respect de la loi et dans l'exercice de son appréciation commerciale, de déterminer ce qui sert au mieux les intérêts de la société. Par conséquent, le conseil d'administration d'Indalex, en tant qu'employeur-administrateur, ne pouvait pas toujours agir dans le seul intérêt des bénéficiaires des régimes, mais devait aussi s'acquitter de ses obligations envers la société Indalex.

c) *Manquements à l'obligation fiduciaire*

[195] Au vu de ces principes juridiques, j'examine les conclusions de la Cour d'appel concernant les manquements d'Indalex à ses obligations fiduciaires à titre d'administrateur des régimes. Je le répète, ces manquements sont de trois ordres : l'existence du conflit d'intérêts, les mesures prises dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC pour réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et la demande présentée en vue de faire faillite.

(i) Conflit d'intérêts

[196] Il faut d'abord se demander en quoi consiste, dans le cas d'Indalex, un conflit d'intérêts ou d'obligations entre sa fonction de décideur commercial et celle d'administrateur de régime, et quelles mesures elle doit alors prendre?

[197] La Cour d'appel conclut en fait qu'il y a un conflit d'intérêts dès qu'Indalex prend une décision de nature commerciale [TRANSCRIPTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132) et qu'il y a alors un manquement immédiat de l'employeur-administrateur à ses obligations fiduciaires envers les participants des régimes de retraite. En toute déférence, il s'agit d'une interprétation beaucoup

arises simply because the employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the plan beneficiaries.

[198] This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. As noted earlier, the *PBA* specifically permits employers to act as plan administrators (s. 8(1)(a)). Moreover, the broader business interests of the employer corporation and the interests of pension beneficiaries in getting the promised benefits are almost always at least potentially in conflict. Every important business decision has the potential to put at risk the solvency of the corporation and therefore its ability to live up to its pension obligations. The employer, within the limits set out in the plan documents and the legislation generally, has the authority to amend the plan unilaterally and even to terminate it. These steps may well not serve the best interests of plan beneficiaries.

[199] Similarly, the simple existence of the sort of conflicts of interest identified by the Court of Appeal — those inherent in the employer's exercise of business judgment — cannot of themselves be a breach of the administrator's fiduciary duty. Once again, that conclusion is inconsistent with the statutory scheme that expressly permits an employer to act as plan administrator.

[200] How, then, should we identify conflicts of interest in this context?

[201] In *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, Binnie J. referred to the *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), at § 121, to explain when a conflict of interest occurs in the

trop extensive. On ne saurait dire qu'il y a conflit d'intérêts uniquement parce que l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires des régimes.

[198] Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L'existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l'obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne d'exercer les deux fonctions. Rappelons que la *LRR* permet expressément à l'employeur d'administrer un régime (al. 8(1)a)). En outre, les intérêts commerciaux de la société-employeur en général et les intérêts des bénéficiaires d'un régime de retraite liés à l'obtention des prestations promises risquent presque toujours d'entrer en conflit. Toute décision commerciale importante est susceptible de nuire à la solvabilité de la société et, partant, à sa capacité de respecter ses obligations à l'égard du régime. Sous réserve des limites prévues par les documents constitutifs du régime de retraite et de la loi en général, l'employeur peut modifier unilatéralement le régime, voire y mettre fin, des mesures qui peuvent fort bien ne pas cadrer avec les intérêts des bénéficiaires du régime.

[199] De même, les conflits d'intérêts relevés par la Cour d'appel — ceux inhérents à l'appréciation commerciale de l'employeur — ne peuvent emporter à eux seuls le manquement à l'obligation fiduciaire de l'administrateur. Là encore, c'est ce qui appert du régime législatif, qui permet expressément à l'employeur d'administrer un régime.

[200] Comment devons-nous donc déterminer s'il y a conflit d'intérêts dans ce contexte?

[201] Dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, le juge Binnie renvoie au *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), § 121, pour expliquer à quelles conditions il y a conflit

context of the lawyer-client relationship: para. 31. In my view, the same general principle, adapted to the circumstances, applies with respect to employer-administrators. Thus, a situation of conflict of interest occurs when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation. I would recall here, however, that the employer-administrator's obligation to represent the plan beneficiaries extends only to those tasks and duties that I have described above.

[202] In light of the foregoing, I am of the view that the Court of Appeal erred when it found, in effect, that a conflict of interest arose whenever Indalex was making decisions that "had the potential to affect the Plans beneficiaries' rights": para. 132. The Court of Appeal expressed both the potential for conflict of interest or duty and the fiduciary duty of the plan administrator much too broadly.

(ii) Steps in the CCAA Proceedings to Reduce Pension Obligations and Notice of Them

[203] The Court of Appeal found that Indalex breached its fiduciary duty simply by commencing CCAA proceedings knowing that the plans were underfunded and by failing to give the plan beneficiaries notice of the proceedings: para. 139. As I understand the court's reasons, the decision to commence CCAA proceedings was solely the responsibility of the corporation and not part of the administration of the pension plan: para. 131. The difficulty which the Court of Appeal saw arose from the potential of the CCAA proceedings to result in a reduction of the corporation's pension obligations to the prejudice of the beneficiaries: paras. 131-32.

[204] I respectfully disagree. Like Justice Deschamps, I find that seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex (reasons of Justice Deschamps, at para. 72).

d'intérêts dans le cadre de la relation entre l'avocat et son client (par. 31). À mon avis, le même principe général, adapté aux circonstances, vaut pour l'employeur-administrateur. Il y a donc conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime. Je rappelle cependant que l'obligation de l'employeur-administrateur de représenter les bénéficiaires d'un régime ne s'entend que des attributions et des fonctions énoncées précédemment.

[202] J'estime dès lors que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il y avait conflit d'intérêts aussitôt qu'Indalex prenait une décision [TRADUCTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132). Elle interprète de manière beaucoup trop extensive la notion de conflit éventuel d'intérêts ou d'obligations et celle d'obligation fiduciaire de l'administrateur d'un régime.

(ii) Mesures prises par Indalex dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC afin de réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et avis de ces mesures

[203] Pour la Cour d'appel, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire du seul fait qu'elle a engagé une procédure en application de la LACC tout en sachant que les régimes étaient sous-capitalisés, et ce, sans en informer au préalable les bénéficiaires des régimes (par. 139). Si j'interprète bien ses motifs, la décision d'entreprendre cette démarche relevait uniquement de l'administration de la société, et non de l'administration des régimes de retraite (par. 131). La difficulté résidait selon elle dans le risque que la procédure réduise les obligations de la société vis-à-vis des régimes de retraite au détriment des bénéficiaires (par. 131-132).

[204] En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Comme ma collègue la juge Deschamps, j'estime que, à elle-seule, la mesure initiale visant à protéger la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations (motifs de la juge Deschamps, par. 72).

[205] First, it is important to remember that the purpose of CCAA proceedings is not to disadvantage creditors but rather to try to provide a constructive solution for all stakeholders when a company has become insolvent. As my colleague, Deschamps J. observed in *Century Services*, at para. 15:

... the purpose of the CCAA ... is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets.

In the same decision, at para. 59, Deschamps J. also quoted with approval the following passage from the reasons of Doherty J.A. in *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57 (dissenting):

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

For this reason, I would be very reluctant to find that, simply by virtue of embarking on CCAA proceedings, an employer-administrator breaches its duties to plan members.

[206] Second, the facts of this case do not support the contention that the interests of the plan beneficiaries and the employer were in conflict with respect to the decision to seek CCAA protection. It cannot seriously be suggested that some other course would have protected more fully the rights of the plan beneficiaries. The Court of Appeal did not suggest an alternative to seeking CCAA protection from creditors, nor did any of the parties. Indalex was in serious financial difficulty and its options were limited: either make a proposal to its creditors (under the CCAA or under the BIA), or go bankrupt. Moreover, the plan administrator's duty and authority do not extend to ensuring the solvency of the corporation and an independent administrator could not reasonably expect to be

[205] Premièrement, il importe de rappeler que la procédure de la LACC n'a pas pour objet de défavoriser les créanciers, mais bien de trouver une solution à l'insolvabilité d'une société qui soit constructive pour tous les intéressés. Comme le fait remarquer ma collègue la juge Deschamps dans *Century Services*, au par. 15 :

... la LACC [...] a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif.

Dans le même arrêt (par. 59), elle cite également en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Doherty, dissident, dans *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57 :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu'elle fournit un moyen d'éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu'économique — de la faillite ou de l'arrêt des activités d'une entreprise, à l'initiati[ve] des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

C'est pourquoi j'incline très peu à conclure que l'employeur-administrateur manque à ses obligations envers les participants des régimes de retraite du seul fait qu'il engage une procédure sur le fondement de la LACC.

[206] Deuxièmement, les faits de la présente affaire n'appuient pas la prétention selon laquelle les intérêts de l'employeur s'opposaient à ceux des bénéficiaires des régimes quant à la décision de se prévaloir ou non de la protection de la LACC. On ne saurait sérieusement soutenir qu'une autre mesure aurait protégé davantage les droits des bénéficiaires des régimes. Ni la Cour d'appel ni les parties n'avancent quelque autre solution qui eût été préférable à la protection contre les créanciers demandée sous le régime de la LACC. Indalex éprouvait de graves difficultés financières et ses options étaient limitées : elle pouvait présenter une proposition à ses créanciers (suivant la LACC ou la LFI) ou faire faillite. Qui plus est, les attributions de l'administrateur des régimes

consulted about the plan sponsor's decision to seek CCAA protection. Finally, the application for CCAA proceedings did not reduce pension obligations other than to temporarily relieve the corporation of making special payments and it was the only step with any prospect of the pension funds obtaining from the insolvent corporation the money that would become due. There was thus no conflict of duty or interest between the administrator and the employer when protective action was taken for the purpose of preserving the *status quo* for the benefit of all stakeholders.

[207] The Court of Appeal also found that it was a breach of fiduciary duty not to give the plan beneficiaries notice of the initial application for CCAA protection. Again, here, I must join Deschamps J. in disagreeing with the Court of Appeal's conclusion. Section 11(1) of the CCAA, as it stood at the time of the proceedings, provided that parties could commence CCAA proceedings without giving notice to interested persons:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

[208] This provision was renumbered but not substantially changed when the Act was amended in September of 2009 (S.C. 2005, c. 47, s. 128, in force Sept. 18, 2009, SI/2009-68). Although it is not appropriate in every case, CCAA courts have discretion to make initial orders on an *ex parte* basis. This may be an appropriate — even necessary — step in order to prevent “creditors from moving to realize on their claims, essentially a ‘stampede to the assets’ once creditors learn of the debtor’s financial distress”: J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement*

n’englobaient pas le fait d’assurer la solvabilité de la société, et un administrateur indépendant n’aurait pu raisonnablement s’attendre à être consulté relativement à la décision du promoteur des régimes de se prévaloir de la protection de la LACC. Enfin, la demande présentée sur le fondement de la LACC n’a pas réduit les obligations de l’employeur vis-à-vis des régimes de retraite, si ce n’est temporairement quant à l’obligation d’effectuer des paiements spéciaux, et c’était la seule mesure susceptible de permettre aux régimes de retraite d’obtenir de la société insolvable les sommes qui leur étaient dues. L’administrateur-employeur ne s’est donc pas trouvé en conflit d’intérêts ou d’obligations lorsqu’il a demandé protection afin de demeurer en exploitation au bénéfice de tous les intéressés.

[207] La Cour d’appel conclut en outre que la société a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de donner aux bénéficiaires des régimes un avis de sa demande initiale de protection sous le régime de la LACC. Je me range encore une fois à l’opinion de ma collègue la juge Deschamps, qui exprime son désaccord avec cette conclusion. Dans sa version en vigueur au moment de la procédure, le par. 11(1) de la LACC disposait qu’une partie pouvait engager une procédure sous le régime de la LACC sans en donner avis aux intéressés :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

[208] Malgré la nouvelle numérotation issue des modifications apportées à la Loi en septembre 2009 (L.C. 2005, ch. 47, art. 128, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68), la disposition est foncièrement demeurée la même. Le tribunal saisi en vertu de la LACC dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. L’exercice de ce pouvoir n’est pas toujours indiqué, mais il peut l’être, voire se révéler nécessaire, afin d’empêcher [TRADUCTION] « les créanciers de réaliser leurs créances en se ruant littéralement sur l’actif dès qu’ils sont informés des difficultés

Act (2007), at p. 55 (“*Rescue!*”); see also *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, at para. 7. The respondents did not challenge Morawetz J.’s decision to exercise his discretion to make an *ex parte* order in this case.

[209] This is not to say, however, that *ex parte* initial orders will always be required or acceptable. Without attempting to be exhaustive or to express any final view on these issues, I simply note that there have been at least three ways in which courts have mitigated the possible negative effect on creditors of making orders without notice to potentially affected parties. First, courts have been reluctant to grant *ex parte* orders where the situation of the debtor company is not urgent. In *Rescue!*, Janis P. Sarra explains that courts are increasingly expecting applicants to have given notice before applying for a stay under the CCAA: p. 55. An example is *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, a case in which Butler J. held that “[i]nitial applications in CCAA proceedings should not be brought without notice merely because it is an application under that Act. The material before the court must be sufficient to indicate an emergent situation”: para. 27. Second, courts have included “come-back” clauses in their initial orders so that parties could return to court at a later date to seek to set aside some or all of the order: *Rescue!*, at p. 55. Note that such a clause was included in the initial order by Morawetz J.: para. 46. Finally, courts have limited their initial orders to the issues that need to be resolved immediately and have left other issues to be resolved after all interested parties have been given notice. Thus, in *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, Morawetz J. limited the initial CCAA order so that priorities were only granted over the party that had been given notice. The discussion of suspending special payments or granting creditors priority over pension beneficiaries was left to a later date, after the parties that would be affected had been given notice. A similar approach was taken in the case of *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). In his initial CCAA order, Gascon J. put off the decision regarding the

financières du débiteur » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55 (« *Rescue!* »); voir également *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, par. 7). Les intimés ne contestent pas l’exercice par le juge Morawetz de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance *ex parte* en l’espèce.

[209] Il ne s’ensuit cependant pas qu’il est toujours nécessaire ou acceptable de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. Sans prétendre à l’exhaustivité ni vouloir trancher définitivement la question, je fais simplement remarquer l’existence d’au moins trois cas de figure où les tribunaux atténuent l’effet négatif que pourrait avoir sur les créanciers l’ordonnance rendue sans préavis aux parties susceptibles d’être touchées. Premièrement, lorsque la situation de la société débitrice n’est pas urgente, les tribunaux se montrent réticents à accorder une ordonnance *ex parte*. Dans *Rescue!*, Janis P. Sarra explique que les tribunaux s’attendent de plus en plus à ce que, avant de solliciter une suspension sous le régime de la LACC, la demanderesse informe les intéressés au préalable de son intention (p. 55). Par exemple, dans *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, le juge Butler opine que, [TRADUCTION] « [d]ans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC, une demande initiale ne saurait être présentée sans préavis pour le seul motif que cette loi s’applique. Les éléments présentés doivent permettre au tribunal de conclure à l’existence d’une situation d’urgence » (par. 27). Deuxièmement, dans l’ordonnance initiale, les tribunaux précisent que les parties peuvent présenter une nouvelle demande afin d’obtenir l’annulation de l’ordonnance en tout ou en partie (*Rescue!*, p. 55). Soulignons que l’ordonnance initiale du juge Morawetz confère cette faculté (par. 46). Enfin, les tribunaux ne rendent une ordonnance initiale qu’à l’égard des questions qui doivent être tranchées sans délai et ils diffèrent le règlement des autres jusqu’à ce que tous les intéressés aient reçu avis de la demande. Ainsi, dans *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, le juge Morawetz circonscrit l’ordonnance initiale rendue en application de la LACC de telle sorte qu’une priorité n’est accordée qu’aux parties auxquelles un avis de la demande a été

suspension of past service contributions or special payments to the pension plans in question until the parties likely to be affected could be advised of the applicant's request: para. 7.

[210] Failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan beneficiaries any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator. Had there been a third party administrator in this case, Indalex would not have been under an obligation to tell the administrator that it was planning to enter CCAA proceedings. The respondents are asking this Court to give the advantage of Indalex's knowledge as employer to Indalex as the plan administrator in circumstances where the employer would have been unlikely to disclose the information itself. I am not prepared to blur the line between employers and administrators in this way.

[211] I conclude that Indalex did not breach its fiduciary duty by commencing CCAA proceedings or by not giving notice to the plan beneficiaries of its intention to seek the initial CCAA order.

[212] I turn next to the Court of Appeal's conclusion that seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order constituted breaches of fiduciary duty.

donné. La décision de suspendre ou non les paiements spéciaux ou d'octroyer ou non aux créanciers une priorité sur les bénéficiaires des régimes de retraite est reportée à une date ultérieure, soit jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées aient été avisées. Le tribunal adopte une démarche apparentée dans l'affaire *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). Dans son ordonnance initiale fondée sur la LACC, le juge Gascon reporte la décision de suspendre ou non le versement des cotisations pour service antérieur ou des paiements spéciaux aux régimes de retraite en cause jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées reçoivent avis de la demande (par. 7).

[210] En l'espèce, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux bénéficiaires des régimes plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant. Dans ce dernier cas, Indalex n'aurait pas été tenue de révéler à ce tiers son intention d'engager une procédure sous le régime de la LACC. Les intimés demandent à notre Cour d'attribuer à Indalex, l'administrateur, l'avantage que détient Indalex, l'employeur, grâce à sa connaissance de certaines données, dans des circonstances où l'employeur n'aurait vraisemblablement pas communiqué ces données. Je ne suis pas disposé à brouiller ainsi la distinction entre la fonction d'employeur et celle d'administrateur.

[211] Je conclus qu'Indalex n'a pas manqué à son obligation fiduciaire en engageant la procédure fondée sur la LACC ou en omettant d'informer les bénéficiaires des régimes de son intention d'obtenir une ordonnance initiale fondée sur la LACC.

[212] Je me penche maintenant sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la demande et l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que la demande et l'obtention de l'approbation de la vente constituaient des manquements à l'obligation fiduciaire.

[213] To begin, I agree with the Court of Appeal that “just because the initial decision to commence CCAA proceedings is solely a corporate one . . . does not mean that all subsequent decisions made during the proceedings are also solely corporate ones”: para. 132. It was at this point that Indalex’s interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator.

[214] The DIP orders could easily have the effect of making it impossible for Indalex to satisfy its funding obligations to the plan beneficiaries. When Indalex, through the exercise of business judgment, sought CCAA orders that would or might have this effect, it was in conflict with its duty as plan administrator to ensure that all contributions were paid when due.

[215] I do not think, however, that the simple existence of this conflict of interest and duty, on its own, was a breach of fiduciary duty in these circumstances. As discussed earlier, the *PBA* expressly permits an employer to be a pension administrator and the statutory provisions about conflict of interest must be understood and applied in light of that fact. Moreover, an independent plan administrator would have no decision-making role with respect to the conduct of CCAA proceedings. So in my view, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex’s failure to take steps so that the plan beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

[216] Despite Indalex’s failure to address its conflict of interest, the plan beneficiaries, through their own efforts, were represented at subsequent steps in the CCAA proceedings. The effect of Indalex’s

[213] D’abord, je conviens avec la Cour d’appel que [TRADUCTION] « même si la décision initiale d’engager une procédure sous le régime de la *LACC* est de nature strictement commerciale [. . .], toutes les décisions ultérieures prises pendant l’instance ne le sont pas pour autant » (par. 132). C’est à cette étape que les intérêts commerciaux d’Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d’administrateur des régimes de retraite.

[214] Les ordonnances DE auraient fort bien pu faire en sorte qu’Indalex ne puisse plus s’acquitter de ses obligations de capitalisation vis-à-vis des bénéficiaires des régimes. Lorsque, à l’issue de son appréciation commerciale et sur le fondement de la *LACC*, Indalex a sollicité des ordonnances qui auraient eu ou auraient pu avoir une telle conséquence, elle était en conflit avec son obligation d’administrateur des régimes de veiller au versement de toutes les cotisations dès leur exigibilité.

[215] Je ne crois cependant pas que la seule existence de ce conflit d’intérêts et d’obligations constituait en soi un manquement à l’obligation fiduciaire dans les circonstances. Je le rappelle, la *LRR* autorise expressément l’employeur à administrer un régime, et les dispositions législatives relatives au conflit d’intérêts doivent être interprétées et appliquées en conséquence. En outre, un administrateur indépendant n’aurait eu aucun rôle décisionnel à jouer dans le déroulement de la procédure fondée sur la *LACC*. À mon sens, la difficulté résidait en l’espèce non pas dans l’existence du conflit, mais bien dans l’omission d’Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l’existence du conflit, mais plutôt à l’omission de prendre les mesures qu’elle commandait.

[216] Malgré l’omission d’Indalex de pallier le conflit d’intérêts, les bénéficiaires des régimes ont eux-mêmes pris des mesures pour être représentés aux étapes ultérieures de l’instance fondée sur la

breach was therefore mitigated, a point which I will discuss in greater detail when I turn to the issue of the constructive trust.

[217] Nevertheless, for the purposes of providing some guidance for future CCAA proceedings, I take this opportunity to briefly address what an employer-administrator can do to respond to these sorts of conflicts. First and foremost, an employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest.

[218] Given their expertise and their knowledge of particular cases, CCAA judges are well placed to decide how best to ensure that the interests of the plan beneficiaries are fully represented in the context of “real-time” litigation under the CCAA. Knowing of the conflict, a CCAA judge might consider it appropriate to appoint an independent administrator or independent counsel as *amicus curiae* on terms appropriate to the particular case. Indeed, there have been cases in which representative counsel have been appointed to represent tort claimants, clients, pensioners and non-unionized employees in CCAA proceedings on terms determined by the judge: *Rescue!*, at p. 278; see, e.g., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (Ont. S.C.J.). In other circumstances, a CCAA judge might find that it is feasible to give notice directly to the pension beneficiaries. In my view, notice, though desirable, may not always be feasible and decisions on such matters should be left to the judicial discretion of the CCAA judge. Alternatively, the judge might consider limiting draws on the DIP facility until notice can be given to the beneficiaries: *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 24. Ultimately, the appropriate response or combination of responses should be left to the discretion of the CCAA judge in a particular case.

LACC. Les conséquences du manquement d’Indalex ont ainsi été atténuées; je reviendrai plus en détail sur ce point au moment de me pencher sur la fiducie par interprétation.

[217] Néanmoins, aux fins du bon déroulement de toute procédure susceptible d’être engagée ultérieurement en application de la *LACC*, je saisis l’occasion d’offrir des repères en examinant brièvement les mesures que l’employeur-administrateur pourrait prendre pour pallier un tel conflit. Avant toute chose, l’employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la *LACC*. Il ne suffit pas d’inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d’administrateur de régime, est en conflit d’intérêts ou susceptible de l’être.

[218] Étant donné son expertise et ses connaissances dans ce domaine, le juge saisi en vertu de la *LACC* est bien placé pour déterminer la meilleure façon de faire en sorte que les bénéficiaires d’un régime soient dûment représentés au moment même où se déroule la procédure fondée sur la *LACC*. Informé de l’existence du conflit, le juge peut juger opportun de nommer, aux conditions qui lui paraissent indiquées, un administrateur ou un avocat indépendant à titre d’*amicus curiae*. Il est en effet arrivé qu’un juge nomme un avocat — et détermine les conditions de son mandat — pour représenter dans une instance fondée sur la *LACC* des personnes ayant intenté une action en responsabilité délictuelle, des clients, des pensionnés et des employés non syndiqués (*Rescue!*, p. 278; voir, p. ex., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (C.S.J. Ont.)). Dans d’autres cas, le juge peut estimer qu’il est possible de donner avis aux bénéficiaires du régime sans recourir à quelque intermédiaire. À mon sens, la transmission d’un avis, même si elle est souhaitable, peut ne pas toujours être réaliste, et la décision s’y rapportant devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge. En revanche, le juge peut décider de limiter les prélèvements sur le financement DE jusqu’à ce que les bénéficiaires aient reçu un avis (*Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont.

The point, as well expressed by the Court of Appeal, is that the insolvent corporation which is also a pension plan administrator cannot “simply ignore its obligations as the Plans’ administrator once it decided to seek CCAA protection”: para. 132.

[219] I conclude that the Court of Appeal erred in finding that Indalex breached its fiduciary duties as plan administrator by taking the various steps it did in the CCAA proceedings. However, I agree with the Court of Appeal that it breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator.

(iii) The Bankruptcy Motion

[220] Indalex also applied to lift the CCAA stay so that it could file an assignment into bankruptcy. As Campbell J. put it, this was done “to ensure the priority regime [it] urged as the basis for resisting the deemed trust”: para. 52. The Court of Appeal concluded that this was a breach of Indalex’s fiduciary duties because the motion was brought “with the intention of defeating the deemed trust claims and ensuring that the Reserve Fund was transferred to [the U.S. debtors]”: para. 139. I respectfully disagree.

[221] It was certainly open to Indalex as an employer to bring a motion to voluntarily enter into bankruptcy. A pension plan administrator has no responsibility or authority in relation to that step. The problem here is not that the motion was brought, but that Indalex failed to meaningfully address the conflict between its corporate interests and its duties as plan administrator.

(Div. gén.)), par. 24). En définitive, il appartient au juge d’exercer son pouvoir discrétionnaire et d’arrêter la ou les mesures appropriées. Comme l’exprime bien la Cour d’appel, ce qu’il faut se rappeler c’est que l’entreprise insolvable qui est également administrateur de régime ne peut [TRADUCTION] « simplement ignorer les obligations qui lui incombent en tant qu’administrateur des régimes une fois qu’elle a décidé de se prévaloir de la protection de la LACC » (par. 132).

[219] J’estime que la Cour d’appel conclut à tort qu’Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes en prenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Je conviens cependant avec elle qu’Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu’il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant.

(iii) La motion présentée en vue de faire faillite

[220] Indalex a aussi demandé la levée de la suspension accordée sur le fondement de la LACC afin qu’elle puisse faire cession de ses biens. Comme le dit le juge Campbell, cette démarche [TRADUCTION] « visait à donner effet à l’ordre de priorité qu’Indalex faisait valoir à l’encontre de la fiducie réputée » (par. 52). La Cour d’appel conclut qu’il s’agit d’un manquement aux obligations fiduciaires d’Indalex, car la motion a été présentée [TRADUCTION] « afin de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée et d’obtenir le transfert du fonds de réserve aux [débitrices américaines] » (par. 139). En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[221] Il était certainement loisible à Indalex, l’employeur, de présenter une motion en vue de faire cession volontaire de ses biens. L’administrateur d’un régime de retraite n’a ni obligation, ni pouvoir à cet égard. Le problème en l’espèce tient non pas à la présentation de la motion, mais plutôt à ce qu’Indalex a omis de s’attaquer véritablement au problème du conflit entre ses intérêts commerciaux et ses obligations d’administrateur des régimes.

[222] To sum up, I conclude that Indalex did not breach any fiduciary duty by undertaking CCAA proceedings or seeking the relief that it did. The breach arose from Indalex's failure to ensure that its pension plan beneficiaries had the opportunity to have their interests effectively represented in the insolvency proceedings, particularly when Indalex sought the DIP financing approval, the sale approval and the motion for bankruptcy.

(3) Was Imposing a Constructive Trust Appropriate in This Case?

[223] The next issue is whether a remedial constructive trust is, as the Court of Appeal concluded, an appropriate remedy in response to the breach of fiduciary duty.

[224] The Court of Appeal exercised its discretion to impose a constructive trust and its exercise of this discretion is entitled to deference. Only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle should the order be overturned on appeal: *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85, cited in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 54, by Sopinka J. (dissenting, but not on this point). In my respectful view, the Court of Appeal's erroneous conclusions about the scope of a plan administrator's fiduciary duties require us to examine the constructive trust issue anew. Moreover, the Court of Appeal, in my respectful opinion, erred in principle in finding that the asset in this case resulted from the breach of fiduciary duty such that it would be unjust for the party in breach to retain it.

[225] As noted earlier, the Court of Appeal imposed a constructive trust in favour of the plan beneficiaries with respect to funds retained in the reserve fund equal to the total amount of the wind-up deficiency for both plans. In other words, upon insolvency of Indalex, the plan beneficiaries received 100 cents on the dollar as a result of a judicially imposed trust taking priority over

[222] En résumé, j'estime qu'Indalex n'a pas manqué à une obligation fiduciaire lorsqu'elle a engagé la procédure fondée sur la LACC ou demandé la mesure en cause. Il y a eu manquement parce qu'Indalex n'a pas fait en sorte que les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite soient effectivement défendus dans le cadre de la procédure liée à son insolvabilité, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

(3) Convenait-il en l'espèce d'imposer une fiducie par interprétation?

[223] La question qui se pose ensuite est celle de savoir si, comme le conclut la Cour d'appel, l'imposition d'une fiducie par interprétation constitue une réparation adéquate du manquement à l'obligation fiduciaire.

[224] La Cour d'appel exerce son pouvoir discrétionnaire d'imposer une fiducie par interprétation, et cet exercice commande la déférence. Une telle mesure ne peut être infirmée en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'appuie sur un principe erroné (*Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85, cité dans *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54, le juge Sopinka (dissident, mais pas sur ce point)). En toute déférence, les conclusions erronées de la Cour d'appel sur la portée des obligations fiduciaires de l'administrateur du régime nous obligent à revoir les conditions de l'imposition d'une fiducie par interprétation. Qui plus est, la Cour d'appel commet selon moi une erreur de principe lorsqu'elle conclut que l'actif convoité résulte du manquement à l'obligation fiduciaire, de sorte qu'il serait injuste que la partie fautive se l'approprie.

[225] Comme je le mentionne précédemment, la Cour d'appel statue que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation à l'intention des bénéficiaires des régimes à raison d'un montant égal au déficit de liquidation global des deux régimes. En d'autres termes, une fois Indalex devenue insolvable, les bénéficiaires des régimes avaient droit au paiement de l'intégralité de leurs créances

secured creditors, and indeed over other unsecured creditors, assuming there was no deemed trust for the executive plan.

[226] I have explained earlier why I take a different view than did the Court of Appeal of Indalex's breach of fiduciary duty. In light of what I conclude was the breach which could give rise to a remedy, my view is that the constructive trust cannot properly be imposed in this case and the Court of Appeal erred in principle in exercising its discretion to impose this remedy.

[227] I part company with the Court of Appeal with respect to several aspects of its constructive trust analysis; it is far from clear to me that any of the conditions for imposing a constructive trust were present here. However, I will only address one of them in detail. As I will explain, a remedial constructive trust for a breach of fiduciary duty is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. In my view, Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings did not result in any such asset.

[228] As the Court of Appeal recognized, the governing authority concerning the remedial constructive trust outside the domain of unjust enrichment is *Soulos*. In *Soulos*, McLachlin J. (as she then was) wrote that a constructive trust may be an appropriate remedy for breach of fiduciary duty: paras. 19-45. She laid out four requirements that should generally be satisfied before a constructive trust will be imposed: para. 45. Although, in *Soulos*, McLachlin J. was careful to indicate that these are conditions that "generally" must be present, all parties in this case accept that these four conditions must be present before a remedial constructive trust may be ordered for

grâce à l'imposition judiciaire d'une fiducie prenant rang avant les créances garanties, ainsi que les créances chirographaires, à supposer que le régime des cadres n'ait bénéficié d'aucune fiducie réputée.

[226] J'expose précédemment les raisons pour lesquelles je diffère d'opinion avec la Cour d'appel en ce qui concerne le manquement à l'obligation fiduciaire d'Indalex. Vu mes conclusions sur la nature du manquement susceptible de donner droit à réparation, je crois que la fiducie par interprétation ne saurait être imposée en l'espèce et que la Cour d'appel commet une erreur de principe en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'accorder cette réparation.

[227] Je suis en désaccord avec la Cour d'appel sur plusieurs points au sujet de la fiducie par interprétation; il ne me paraît pas du tout évident que l'une ou l'autre des conditions auxquelles une telle fiducie peut être imposée est remplie en l'espèce. Je n'examine cependant en détail que l'un de ces points. Comme je l'explique ci-après, l'imposition d'une fiducie par interprétation par suite d'un manquement à une obligation fiduciaire ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Or, selon moi, un tel actif n'a pas résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels donnait lieu la procédure fondée sur la LACC.

[228] La Cour d'appel reconnaît que, sauf lorsqu'il est question d'enrichissement sans cause, l'arrêt *Soulos* s'applique en matière de fiducie par interprétation imposée en guise de réparation. Aux paragraphes 19-45 de cet arrêt, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) écrit qu'une fiducie par interprétation peut constituer une réparation appropriée du manquement à l'obligation fiduciaire. Au paragraphe 45, elle énonce quatre conditions qui doivent généralement être réunies pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée. Même si, dans *Soulos*, la juge McLachlin précise bien qu'il s'agit de conditions qui doivent « généralement » être réunies, toutes les parties au

breach of fiduciary duty. The four conditions are these:

- (1) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;
- (2) The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;
- (3) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;
- (4) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected. [para. 45]

[229] My concern is with respect to the second requirement, that is, whether the breach resulted in an asset in the hands of Indalex. A constructive trust arises when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another: D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 454 (“*Waters*”). The purpose of imposing a constructive trust as a remedy for a breach of duty or unjust enrichment is to prevent parties “from retaining property which in ‘good conscience’ they should not be permitted to retain”: *Soulos*, at para. 17. It follows, therefore, that while the remedial constructive trust may be appropriate in a variety of situations, the wrongdoer’s conduct toward the plaintiff must generally have given rise to assets in the hands of the wrongdoer (or of a third party in some situations) which cannot in justice and good conscience be retained. That cannot be said here.

pourvoi conviennent qu’elles doivent toutes être respectées pour que le tribunal puisse imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation par suite d’un manquement à une obligation fiduciaire. Ces quatre conditions sont les suivantes :

- (1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity*, c’est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d’*equity* ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens [ou de l’actif];
- (2) il faut démontrer que la possession des biens [ou de l’actif] par le défendeur résulte des actes qu’il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l’obligation que l’*equity* lui imposait à l’égard du demandeur;
- (3) le demandeur doit établir qu’il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d’autres personnes comme le défendeur s’acquittent de leurs obligations;
- (4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l’imposition d’une fiducie par interprétation eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés. [par. 45]

[229] Je doute que la deuxième condition — la possession des biens (ou de l’actif) par Indalex résultant du manquement à ses obligations — soit remplie. Il y a fiducie par interprétation lorsque la loi impose à une personne de détenir un bien précis pour autrui (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 454 (« *Waters* »)). Lorsqu’une telle réparation est accordée par suite d’un manquement à une obligation ou d’un enrichissement sans cause, elle vise à « empêcher [les personnes] de conserver des biens qu’en toute “conscience” elles ne devraient pas être autorisées à garder » (*Soulos*, par. 17). Il s’ensuit donc que la fiducie par interprétation peut certes constituer une réparation convenable dans divers cas, mais que la possession de biens doit généralement résulter des actes de la partie fautive (parfois, d’un tiers) vis-à-vis du demandeur, cette partie ou ce tiers fautif ne pouvant alors en toute justice et conscience garder les biens. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

[230] The Court of Appeal held that this second condition was present because “[t]he assets [i.e. the reserve fund monies] are directly connected to the process in which Indalex committed its breaches of fiduciary obligation”: para. 204. Respectfully, this conclusion is based on incorrect legal principles. To satisfy this second condition, it must be shown that the breach *resulted in* the assets being in Indalex’s hands, not simply, as the Court of Appeal thought, that there was a “connection” between the assets and “the process” in which Indalex breached its fiduciary duty. Recall that in *Soulos* itself, *the defendant’s acquisition of the disputed property was a direct result of his breach of his duty of loyalty* to the plaintiff: para. 48. This is not our case. As the Court observed, in the context of an unjust enrichment claim in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 995:

. . . for a constructive trust to arise, the plaintiff must establish a direct link to the property which is the subject of the trust by reason of the plaintiff’s contribution.

[231] While cases of breach of fiduciary duty are different in important ways from cases of unjust enrichment, La Forest J. (with Lamer J. concurring on this point) applied a similar standard for proprietary relief in *Lac Minerals*, a case in which wrongdoing was the basis for the constructive trust: p. 678, quoted in *Waters*, at p. 471. His comments demonstrate the high standard to be met in order for a constructive trust to be awarded:

The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. In the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy. . . . [A] constructive trust should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. [p. 678]

[232] The relevant breach in this case was the failure of Indalex to meaningfully address the conflicts of interest that arose in the course of the

[230] La Cour d’appel conclut que cette deuxième condition est respectée car [TRADUCTION] « [l]’actif [les sommes constituant le fonds de réserve] est directement lié à la procédure dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à son obligation fiduciaire » (par. 204). À mon humble avis, cette conclusion s’appuie sur des principes de droit erronés. Pour satisfaire à la deuxième condition, il faut démontrer que la possession de l’actif par Indalex *résulte* du manquement à son obligation, et non seulement, comme le croit la Cour d’appel, qu’il y a un « lien » entre l’actif et la « procédure » dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires. Rappelons que, dans *Soulos*, *l’acquisition par le défendeur de l’immeuble en cause était la conséquence directe du manquement à son devoir de loyauté* envers le demandeur (par. 48). Telle n’est pas la situation en l’espèce. Comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 995, dans le contexte d’une allégation d’enrichissement sans cause,

pour qu’il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir qu’il a, du fait de sa contribution, un lien direct avec le bien qui se trouve grevé d’une fiducie.

[231] Même si le manquement à l’obligation fiduciaire diffère grandement de l’enrichissement sans cause, dans l’arrêt *Lac Minerals*, le juge La Forest (avec l’accord du juge Lamer sur ce point) applique un critère semblable à une réparation liée au droit de propriété. Dans cette affaire, la fiducie par interprétation faisait suite à un acte fautif (p. 678, cité dans *Waters*, p. 471). Les remarques du juge La Forest confirment le caractère strict de la norme applicable à l’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation :

La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. [. . .] [l] n’y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété. [p. 678]

[232] Le manquement intervenu en l’espèce consiste dans l’omission d’Indalex de pallier véritablement les conflits d’intérêts qu’a fait naître la

CCAA proceedings. (The breach that arose with respect to the bankruptcy motion is irrelevant because that motion was not addressed and therefore could not have given rise to the assets.) The “assets” in issue here are the funds in the reserve fund which were retained from the proceeds of the sale of Indalex as a going concern. Indalex’s breach in this case did not give rise to the funds which were retained by the Monitor in the reserve fund.

[233] Where does the respondents’ claim of a procedural breach take them? Taking their position at its highest, it would be that the DIP approval proceedings and the sale would not have been approved. This position, however, is fatally flawed. Turning first to the DIP approval, there is no evidence to support the view that, had Indalex addressed its conflict in the DIP approval process, the DIP financing would have been rejected or granted on different terms. The CCAA judge, being fully aware of the pension situation, ruled that the DIP financing was “required”, that there was “no other alternative available to the Applicants for a going concern solution”, and that “the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing”: endorsement of Morawetz J., April 8, 2009, at paras. 6 and 9. In effect, the respondents are claiming funds which arose only because of the process to which they now object. Taking into account that there was an absence of any evidence that more favourable financing terms were available, that the judge’s decision was made with full knowledge of the plan beneficiaries’ claims, and that he found that the DIP financing was necessary, the respondents’ contention is not only speculative, it also directly contradicts the conclusions of the CCAA judge.

[234] Turning next to the sale approval and the approval of the distribution of the assets, it is clear that the plan beneficiaries had independent representation but that this did not change the result.

procédure fondée la LACC. (Le manquement qui aurait découlé de la motion présentée en vue de faire faillite n’a pas à être considéré puisque la motion n’a été examinée et ne peut donc pas avoir permis l’entrée en possession de l’actif.) L’actif en cause correspond au fonds de réserve constitué par prélèvement sur le produit de la vente de l’entreprise en exploitation d’Indalex. Ce manquement d’Indalex n’est pas à l’origine des fonds que le contrôleur a conservés en constituant le fonds de réserve.

[233] Quelle peut être l’issue de l’allégation des intimés selon laquelle il y a eu manquement aux exigences de procédure? Suivant la plus favorable, ni le financement DE ni la vente n’auraient été approuvés. Or, cette thèse est irrémédiablement viciée. Premièrement, en ce qui concerne la procédure d’approbation du financement DE, aucun élément de preuve n’établit que si Indalex avait pallié ses conflits dans le cadre de cette procédure, le financement aurait été refusé ou autorisé à d’autres conditions. Parfaitement informé de la situation des régimes de retraite, le juge saisi sur le fondement de la LACC estime que le financement DE [TRADUCTION] « s’impose », que « les requérantes ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que « les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l’emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l’octroi d’un financement garanti par une superpriorité » (motifs du juge Morawetz, 8 avril 2009, par. 6 et 9). En fait, les intimés réclament des fonds qui ont été obtenus uniquement grâce à la procédure qu’ils contestent aujourd’hui. Vu l’absence d’éléments de preuve voulant que des modalités de financement plus avantageuses aient pu être obtenues, et comme le juge est bien conscient de l’existence des réclamations des bénéficiaires des régimes et qu’il conclut que le financement DE s’impose, la prétention des intimés est non seulement conjecturale, mais va aussi directement à l’encontre des conclusions du juge.

[234] En ce qui concerne l’approbation de la vente et de la répartition de l’actif, il est clair que les bénéficiaires des régimes ont été représentés de manière indépendante, mais que cette mesure n’a

Although, perhaps with little thanks to Indalex, the interests of both plans were fully and ably represented before Campbell J. at the sale approval and interim distribution motions in July of 2009.

[235] The executive plan retirees, through able counsel, objected to the sale on the basis that the liquidation values set out in the Monitor's seventh report would provide greater return for unsecured creditors. The motions judge dismissed this objection "on the basis that there was no clear evidence to support the proposition and in any event the transaction as approved did preserve value for suppliers, customers and preserve approximately 950 jobs": trial reasons of Campbell J., at para. 13 (emphasis added). Both the executive plan retirees and the USW, which represented some members of the salaried plan, objected to the proposed distribution of the sale proceeds. In response to this objection, it was agreed that those objections would be heard promptly and that the Monitor would retain sufficient funds to satisfy the pensioners' claims if they were upheld: trial reasons of Campbell J., at paras. 14-16.

[236] There is no evidence to support the contention that Indalex's breach of its fiduciary duty as pension administrator resulted in the assets retained in the reserve fund. I therefore conclude that the Court of Appeal erred in law in finding that the second condition for imposing a constructive trust — i.e. that the assets in the defendant's hands must be shown to have resulted from the defendant's breaches of duty to the plaintiff — had been established.

[237] I would add only two further comments with respect to the constructive trust. A major concern of the Court of Appeal was that unless a constructive trust were imposed, the reserve funds would end up in the hands of other Indalex entities which were not operating at arm's length from Indalex. The U.S. debtors claimed the reserve fund

rien changé au résultat. En juillet 2009, devant le juge Campbell, pendant toute l'audition des motions visant l'approbation de la vente et la répartition provisoire du produit de la vente, les intérêts des deux régimes ont bel et bien été défendus, même si Indalex n'y a peut-être pas été pour grand-chose.

[235] Par l'entremise d'un avocat compétent, les retraités du régime des cadres se sont opposés à la vente en arguant que, selon le septième rapport du contrôleur, les valeurs de liquidation permettaient aux créanciers chirographaires de recouvrer plus d'argent. Le juge saisi des motions a rejeté leur opposition [TRADUCTION] « au motif qu'aucun élément de preuve n'appuyait clairement cette prétention et que, de toute façon, l'opération approuvée garantissait la valeur de l'actif pour les fournisseurs et les clients, et préservait environ 950 emplois » (motifs du juge Campbell en première instance, par. 13 (je souligne)). Les retraités du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains participants du régime des salariés, a contesté la répartition projetée du produit de la vente. Il a dès lors été convenu que le juge entendrait leurs arguments au plus tôt et que le contrôleur conserverait des fonds suffisants pour donner suite aux prétentions des retraités dans le cas où il y serait fait droit (motifs du juge Campbell en première instance, par. 14-16).

[236] Aucun élément de preuve n'appuie la prétention que l'actif constituant le fonds de réserve découle du manquement d'Indalex à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de régime. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a tort de conclure que la deuxième condition à remplir pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée — démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des manquements à ses obligations envers le demandeur — a été remplie.

[237] Voici deux autres remarques au sujet de la fiducie par interprétation. L'une des préoccupations principales de la Cour d'appel est que, à défaut d'une telle fiducie par interprétation, le fonds de réserve se retrouve en la possession de sociétés ayant un lien de dépendance avec Indalex. Les débitrices américaines ont réclamé l'octroi du fonds

because it had paid on its guarantee of the DIP loans and thereby stepped into the shoes of the DIP lender with respect to priority. Sun Indalex claims in the U.S. bankruptcy proceedings as a secured creditor of the U.S. debtors. The Court of Appeal put its concern this way: “To permit Sun Indalex to recover on behalf of [the U.S. debtors] would be to effectively permit the party who breached its fiduciary obligations to take the benefit of those breaches, to the detriment of those to whom the fiduciary obligations were owed”: para. 199.

[238] There are two difficulties with this approach, in my respectful view. The U.S. debtors paid real money to honour their guarantees. Moreover, unless there is a legal basis for ignoring the separate corporate personality of separate corporate entities, those separate corporate existences must be respected. Neither the parties nor the Court of Appeal advanced such a reason.

[239] Finally, I would note that imposing a constructive trust was wholly disproportionate to Indalex’s breach of fiduciary duty. Its breach — the failure to meaningfully address the conflicts of interest that arose during the CCAA process — had no adverse impact on the plan beneficiaries in the sale approval process which gave rise to the “asset” in issue. Their interests were fully represented and carefully considered before the sale was approved and the funds distributed. The sale was nonetheless judged to be in the best interests of the corporation, all things considered. In my respectful view, imposing a \$6.75 million penalty on the other creditors as a remedial response to this breach is so grossly disproportionate to the breach as to be unreasonable.

[240] A judicially ordered constructive trust, imposed long after the fact, is a remedy that tends to destabilize the certainty which is essential for

de réserve en faisant valoir les sommes versées en exécution de leur garantie des prêts DE et qu’elles étaient par conséquent subrogées aux droits des créanciers DE et bénéficiaient de la priorité accordée à ces derniers. Sun Indalex a présenté une réclamation dans le cadre de la procédure de faillite intentée aux É.-U. à titre de créancier garanti des débitrices américaines. La Cour d’appel formule sa réticence comme suit : [TRADUCTION] « Permettre à Sun Indalex de recouvrer des sommes pour le compte [des débitrices américaines] équivaldrait à autoriser le débiteur d’obligations fiduciaires à tirer profit de manquements à celles-ci, et ce, au détriment des créanciers de ces obligations » (par. 199).

[238] À mon humble avis, cette approche comporte deux failles. Les débitrices américaines ont dû véritablement déboursier de l’argent pour honorer leurs garanties. De plus, à moins qu’un fondement juridique permette de faire abstraction de la personnalité morale distincte de chacune des entreprises, leur existence distincte doit être respectée. Ni les parties ni la Cour d’appel n’ont avancé un tel fondement.

[239] Enfin, il convient de signaler que l’imposition d’une fiducie par interprétation est une mesure totalement disproportionnée au manquement d’Indalex à son obligation fiduciaire. Ce manquement — l’omission de pallier véritablement les conflits d’intérêts nés à l’occasion de la procédure fondée sur la LACC — n’a pas eu d’incidence défavorable sur les bénéficiaires des régimes par suite de la procédure d’approbation de la vente dont a résulté la possession des « biens » en cause. Les intérêts des régimes ont été dûment défendus avant que la vente ne soit approuvée et les fonds répartis. Tout compte fait, le tribunal a néanmoins estimé que la vente était dans le meilleur intérêt de l’entreprise. À mon humble avis, priver les autres créanciers de 6,75 millions de dollars pour réparer ce manquement est disproportionné au point d’être déraisonnable.

[240] L’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation longtemps après les faits à titre de réparation risque de nuire à la certitude qui est

commercial affairs and which is particularly important in financing a workout for an insolvent corporation. To impose a constructive trust in response to a breach of fiduciary duty to ensure for the plan beneficiaries some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

[241] I conclude that a constructive trust is not an appropriate remedy in this case and that the Court of Appeal erred in principle by imposing it.

C. Third Issue: Did the Court of Appeal Err in Concluding That the Super Priority Granted in the CCAA Proceedings Did Not Have Priority by Virtue of the Doctrine of Federal Paramourty?

[242] Although I disagree with my colleague Justice Deschamps with respect to the scope of the s. 57(4) deemed trust, I agree that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramourty: paras. 48-60.

D. Fourth Issue: Did the Court of Appeal Err in its Cost Endorsement Respecting the USW?

(1) Introduction

[243] The disposition of costs in the Court of Appeal was somewhat complex. Although the costs appeal relates only to the costs of the USW, it is necessary in order to understand their position to set out the costs order below in full.

[244] With respect to the costs of the appeal to the Court of Appeal, no order was made for or against the Monitor due to its prior agreement with the former executives and the USW. However, the court ordered that the former executives and the USW, as successful parties, were each entitled to

essentielle à l'activité commerciale et qui est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de financer le sauvetage d'une entreprise insolvable. Imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l'obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes de retraite jouissent de garanties procédurales, alors qu'ils en ont bénéficié dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l'ensemble des circonstances.

[241] Je conclus que la fiducie par interprétation ne constitue pas une réparation appropriée en l'espèce et que la Cour d'appel a tort, sur le plan des principes, de l'imposer.

C. Troisième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC ne confère pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?

[242] Bien que je ne sois pas d'accord avec ma collègue la juge Deschamps en ce qui concerne la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), je conviens que si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 48-60).

D. Quatrième question en litige : La décision de la Cour d'appel sur les dépens du Syndicat est-elle entachée d'une erreur?

(1) Introduction

[243] L'adjudication des dépens en Cour d'appel s'est révélée assez complexe. Bien que le volet du présent pourvoi relatif aux dépens ne vise que ceux adjugés au Syndicat, il convient de revoir en détail l'ordonnance du tribunal inférieur sur les dépens afin de bien saisir les prétentions de cette partie.

[244] Pour ce qui concerne les dépens en Cour d'appel, il n'y a pas d'adjudication favorable ou défavorable au contrôleur étant donné l'entente préalable conclue avec les anciens cadres et le Syndicat. La Cour d'appel ordonne toutefois que les anciens cadres et le Syndicat, qui ont gain de

costs on a partial indemnity basis fixed at \$40,000 inclusive of taxes and disbursements from Sun Indalex and the U.S. Trustee, payable jointly and severally: costs endorsement, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, at para. 7.

[245] Morneau Shepell Ltd., the Superintendent, and the former executives reached an agreement with respect to legal fees and disbursements and the Court of Appeal approved that agreement. The former executives received full indemnity legal fees and disbursements in the amount of \$269,913.78 to be paid from the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan. In other words, the costs would not be borne by the other three members of the executive plan who did not participate in the proceedings: C.A. costs endorsement, at para. 2. The costs of the appeal payable by Sun Indalex and the U.S. Trustee were to be paid into the fund of the executive plan and allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan.

[246] USW sought an order for payment of its costs from the fund of the salaried plan. However, the Court of Appeal declined to make such an order because the USW was in a "materially different position" than that of the former executives: costs endorsement, at para. 3. The latter were beneficiaries to the pension fund (14 of the 17 members of the plan), and they consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who had not consented would not be affected by the payment. In contrast, the USW was the bargaining agent (not the beneficiary) for only 7 of the 169 beneficiaries of the salaried plan, none of whom was given notice of, or consented to, the payment of legal costs from the salaried plan. Moreover, the USW sought and seeks an order that its costs be paid out of the fund. This request is significantly different than the order made in favour of the former executives. The former executives explicitly ensured that their choice to pursue the litigation would not put at risk the pension benefits of those members who did not retain counsel even though of course those members would benefit in the

cause, se voient adjuger sur la base de l'indemnisation partielle des dépens de 40 000 \$, frais et débours compris, payables solidairement par Sun Indalex et le syndic américain (décision relative aux dépens, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, par. 7).

[245] Le surintendant, Morneau Shepell Ltd., et les anciens cadres ont conclu une entente en ce qui concerne les honoraires et les débours, et la Cour d'appel l'a approuvée. Les anciens cadres ont obtenu, sur la base d'une indemnisation complète, la somme de 269 913,78 \$ pour les honoraires et les débours, payable par prélèvement sur la caisse de retraite des cadres correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres, puis répartie entre ces derniers selon leurs droits respectifs à pension aux termes du régime. En d'autres termes, les dépens ne devaient pas être supportés par les trois membres du régime des cadres qui n'ont pas pris part à l'instance (décision de la C.A. relative aux dépens, par. 2). Les dépens de l'appel payables par Sun Indalex et le syndic américain devaient être versés à la caisse du régime des cadres puis répartis entre les 14 anciens cadres selon leurs droits à pension suivant leur régime.

[246] Le Syndicat a demandé le paiement de ses dépens à partir de la caisse du régime des salariés. La Cour d'appel a cependant rejeté la demande au motif que le Syndicat se trouvait dans une [TRADUCTION] « situation fondamentalement différente » de celle des anciens cadres (décision relative aux dépens, par. 3). Ces derniers étaient bénéficiaires de la caisse de retraite (14 des 17 participants au régime), ils avaient consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations et ceux qui n'avaient pas consenti à ce prélèvement n'étaient pas tenus à ce paiement. En revanche, le Syndicat était l'agent négociateur (et non le bénéficiaire) de seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, dont aucun n'avait été avisé du paiement des frais de justice par prélèvement sur leur régime, ou y avait consenti. En outre, le Syndicat a demandé et demande toujours que ses dépens soient payés à partir de la caisse de retraite, ce qui diffère sensiblement de l'ordonnance rendue en faveur des anciens cadres. Ces derniers ont expressément fait en sorte que leur décision d'engager l'instance

event the litigation was successful. The USW is not proposing to insulate the 162 members whom it does not represent from the risk of litigation; it seeks an order requiring all members to share the risk of the litigation even though it represents only 7 of the 169. The proposition advanced by the USW was thus materially different from that advanced on behalf of the executive plan and approved by the court.

(2) Standard of Review

[247] In *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, Rothstein J. held that “costs awards are quintessentially discretionary”: para. 126. Discretionary costs decisions should only be set aside on appeal if the court below “has made an error in principle or if the costs award is plainly wrong”: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 27.

(3) Analysis

[248] I do not see any basis to interfere with the Court of Appeal’s costs endorsement in this case. In my view, the USW’s submissions are largely based on an inaccurate reading of the Court of Appeal’s costs endorsement. Contrary to what the USW submits, the Court of Appeal did *not* require the consent of plan beneficiaries as a prerequisite to ordering payment of costs from the fund. Nor is it correct to suggest that the costs endorsement would “restrict recovery of beneficiary costs to instances when there is a surplus in the pension trust fund” or “preclude financing of beneficiary action when a fund is in deficit”: USW factum, at paras. 71 and 76. Nor would I read the Court of Appeal’s brief costs endorsement as laying down a rule that a union representing pension beneficiaries cannot recover costs from the fund because the union itself is not a beneficiary.

ne compromette pas les prestations de retraite des participants qui n’avaient pas retenu les services d’un avocat, même s’ils auraient évidemment tiré avantage d’un dénouement favorable au régime des cadres. Le Syndicat n’entend pas mettre les 162 participants qu’il ne représente pas à l’abri du risque lié à la poursuite. Il demande que tous les participants partagent ce risque même s’ils ne représentent que 7 d’entre eux. La démarche du Syndicat était donc substantiellement différente de celle des anciens cadres et que la cour a approuvée.

(2) Norme de contrôle

[247] Dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, le juge Rothstein statue que « l’adjudication des dépens est un exemple typique d’une décision discrétionnaire » (par. 126). L’attribution discrétionnaire de dépens ne doit donc être annulée en appel que si le tribunal inférieur « a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée » (*Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 27).

(3) Analyse

[248] Je ne vois en l’espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d’appel quant aux dépens. À mon avis, les prétentions du Syndicat reposent en grande partie sur une interprétation erronée de la décision de la Cour d’appel à cet égard. Contrairement à ce que fait valoir le Syndicat, la Cour d’appel *ne* tient *pas* le consentement des bénéficiaires du régime pour une condition préalable au paiement des dépens à partir de la caisse de retraite. Il est aussi erroné de laisser entendre que la décision relative aux dépens fait en sorte que [TRADUCTION] « les bénéficiaires ne peuvent être indemnisés des dépens que lorsqu’il existe un surplus dans la caisse de retraite en fiducie » ou qu’ils ne peuvent « financer l’exercice d’un recours lorsque la caisse est déficitaire » (mémoire du Syndicat, par. 71 et 76). Je ne considère pas non plus que, dans sa brève décision, la Cour d’appel établit la règle qu’un syndicat représentant les bénéficiaires d’une caisse de retraite ne peut être indemnisé de ses dépens par la caisse de retraite parce qu’il n’est pas lui-même bénéficiaire.

[249] The premise of the USW's appeal appears to be that it was entitled to costs because it met what it refers to in its submissions as the Costs Payment Test and that if the executive plan members got their costs out of their pension fund, the union should get its costs out of the salaried employees' pension fund. Respectfully, I do not accept the validity of either premise.

[250] The decision whether to award costs from the pension fund remains a discretionary matter. In *Nolan*, Rothstein J. surveyed the various factors that courts have taken into account when deciding whether to award a litigant its costs out of a pension trust. The first broad inquiry considered in *Nolan* was into whether the litigation concerned the due administration of the trust. In connection with this inquiry, courts have considered the following factors: (1) whether the litigation was primarily about the construction of the plan documents; (2) whether it clarified a problematic area of the law; (3) whether it was the only means of clarifying the parties' rights; (4) whether the claim alleged maladministration; and (5) whether the litigation had no effect on other beneficiaries of the trust fund: *Nolan*, at para. 126.

[251] The second broad inquiry discussed in *Nolan* was whether the litigation was ultimately adversarial: para. 127. The following factors have been considered: (1) whether the litigation included allegations by an unsuccessful party of a breach of fiduciary duty; (2) whether the litigation only benefited a class of members and would impose costs on other members if successful; and (3) whether the litigation had any merit.

[252] I do not think that it is correct to elevate these two inquiries (which constitute the Costs Payment Test articulated by the USW) to a test for entitlement to costs in the pension context. The factors set out in *Nolan* and other cases cited therein are best understood as highly relevant

[249] La thèse du Syndicat paraît avoir pour prémisses le droit qu'il aurait au paiement des dépens parce qu'il satisfait au critère qu'il formule à cet égard dans son mémoire et, puisque les participants du régime des cadres ont obtenu le paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, le droit du Syndicat au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés. J'estime néanmoins que ces prémisses ne sont pas valables.

[250] La décision d'ordonner le paiement de dépens à partir d'une caisse de retraite demeure discrétionnaire. Dans *Nolan*, le juge Rothstein considère les différentes questions que se posent les tribunaux pour décider d'adjuger ou non à une partie des dépens qui seront payés par prélèvement sur une fiducie de retraite. Dans *Nolan*, la première considération générale était celle de savoir si l'objet du litige est la bonne administration de la fiducie. Pour se prononcer, les tribunaux se sont posé les questions suivantes : (1) le litige concerne-t-il essentiellement l'interprétation des documents constitutifs du régime; (2) vise-t-il à clarifier un aspect problématique du droit applicable; (3) constitue-t-il le seul moyen de préciser les droits des parties; (4) la mauvaise administration est-elle alléguée; (5) y a-t-il absence d'incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie? (*Nolan*, par. 126).

[251] La deuxième considération générale examinée au par. 127 de l'arrêt *Nolan* est celle de savoir si le litige a été de nature contradictoire, ce qui soulève les questions suivantes : (1) la partie déboutée alléguait-elle le manquement à l'obligation fiduciaire; (2) le litige ne servait-il que les intérêts d'une catégorie de participants, et si les demandeurs avaient eu gain de cause, des dépens auraient-ils été imposés à d'autres participants; (3) le litige avait-il quelque fondement?

[252] Je ne crois pas qu'il convienne de faire des deux considérations retenues dans *Nolan* (lesquelles constituent le critère applicable au paiement des dépens que formule le Syndicat) le critère qui permet de déterminer le droit à l'adjudication des dépens dans le contexte des régimes de retraite.

considerations guiding the exercise of judicial discretion with respect to costs.

[253] The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the USW, representing only 7 of 169 members of the plan, should not without consultation be able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. Whatever arguments might be raised against the Court of Appeal's decision in light of the success of the litigation and the sharing by all plan members of the benefits, the failure of the litigation seems to me to leave no basis to impose the cost consequences of taking that risk on all of the plan members of an already underfunded plan.

[254] The second premise of the USW appeal appears to be that if the executive plan members have their costs paid out of the fund, so too should the salaried plan members. Respectfully, however, this is not an accurate statement of the order made with respect to the executive plan.

[255] The Court of Appeal's order with respect to the executive plan meant that only the pension fund attributable to those members of the plan who actually supported the litigation — the vast majority I would add — would contribute to the costs of the litigation even though all members of the plan would benefit in the case of success. As the Court of Appeal noted:

The individual represented Retirees, who comprise 14 of 17 members of the Executive Plan, have consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who have not consented will not be affected by the payment. [Costs endorsement, at para. 3]

Il est préférable de voir dans les facteurs énoncés dans *Nolan* — et dans la jurisprudence qui y est citée — des considérations de grande importance qui orientent les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de dépens.

[253] Comme l'instance engagée en l'espèce portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel opine essentiellement que le Syndicat, qui représentait seulement 7 des 169 participants du régime, ne devait pas être en mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'étaient pas membres du Syndicat, les risques inhérents au litige sans les consulter. Quels que puissent être les arguments invoqués à l'encontre de la décision de la Cour d'appel à la lumière de l'issue favorable du recours et du partage par tous les participants du régime des gains obtenus, l'échec du recours ne saurait justifier que tous les participants d'un régime déjà sous-capitalisé subissent les conséquences pécuniaires du risque couru.

[254] Suivant la seconde prémisse de la prétention du Syndicat, si les participants du régime des cadres obtiennent paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, les participants du régime des salariés devraient l'obtenir également. Or, telle n'est pas la teneur exacte de l'ordonnance de la Cour d'appel relative au régime des cadres.

[255] Suivant cette ordonnance, seule la partie de la caisse de retraite attribuable aux participants qui ont pris part au recours — la grande majorité d'entre eux, faut-il le préciser — contribue au paiement des dépens même si tous les participants du régime tirent avantage du dénouement favorable. La Cour d'appel signale d'ailleurs ce qui suit :

[TRADUCTION] Les retraités représentés par avocat, soit 14 des 17 participants du régime des cadres, ont consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations, et ceux qui n'ont pas consenti à ce prélèvement ne seront pas tenus au paiement. [Décision relative aux dépens, par. 3]

[256] The Court of Appeal therefore approved an agreement as to costs which did not put at further risk the pension funds available to satisfy the pension entitlements of those who did not support the litigation. Thus, the Court of Appeal did not apply what the USW refers to as the Costs Payment Test to the executive plan because the costs order was the product of agreement and did not order payment of costs out of the fund as a whole.

[257] In the case of the USW request, there was no such agreement and no such limitation of risk to the supporters of the litigation.

[258] I see no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the USW costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court. I would dismiss the USW costs appeal but without costs.

IV. Disposition

[259] I would allow the Sun Indalex, FTI Consulting and George L. Miller appeals and, except as noted below, I would set aside the orders of the Ontario Court of Appeal and restore the February 18, 2010 orders of Campbell J.

[260] With respect to costs, I would set aside the Court of Appeal's orders with respect to the costs of the appeals before that court and order that all parties bear their own costs in the Court of Appeal and in this Court.

[261] I would not disturb paras. 9 and 10 of the order of the Court of Appeal in the former executives' appeal so that the full indemnity legal fees and disbursements of the former executives in the amount of \$269,913.78 shall be paid from the fund of the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, and

[256] La Cour d'appel approuve donc un accord sur les dépens qui n'expose pas à un risque supplémentaire les fonds constituant les caisses de retraite et devant permettre le versement des prestations auxquelles ont droit ceux qui n'appuient pas l'exercice du recours. Par conséquent, elle n'applique pas au régime des cadres le critère qui, selon le Syndicat, vaudrait pour le paiement des dépens, car l'ordonnance relative aux dépens découle d'un accord et elle ne prévoit pas le paiement des dépens par prélèvement sur la caisse de retraite dans sa globalité.

[257] S'agissant de la demande du Syndicat, nul accord n'est intervenu au même effet, et ce n'était pas seulement les participants derrière le recours qui s'exposaient au risque lié à l'issue de celui-ci.

[258] Je ne vois aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du Syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour. Je suis d'avis de rejeter sans frais le pourvoi du Syndicat relatif aux dépens.

IV. Dispositif

[259] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois de Sun Indalex, de FTI Consulting et de George L. Miller, d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir celles rendues par le juge Campbell le 18 février 2010, sauf dans la mesure précisée ci-après.

[260] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel sur les dépens afférents aux appels interjetés devant elle et d'ordonner que chacune des parties paie ses propres dépens devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

[261] Je suis d'avis de ne pas modifier les par. 9 et 10 de l'ordonnance de la Cour d'appel rendue concernant l'appel des anciens cadres, de sorte que les débours et honoraires de ces derniers, établis sur la base de l'indemnisation complète, qui totalisent 269 913,78 \$, soient payés par prélèvement sur la partie de la caisse de retraite du régime des cadres

specifically such amounts shall be allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan and will not be borne by the other three members of the executive plan.

[262] I would dismiss the USW costs appeal, but without costs.

The reasons of LeBel and Abella JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

I. Introduction

[263] The members of two pension plans set up by Indalex Limited (“Indalex”) stand to lose half or more of their pension benefits as a consequence of the insolvency of their employer and of the arrangement approved by the Ontario Superior Court of Justice under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”). The Court of Appeal for Ontario found that the members were entitled to a remedy. For different and partly conflicting reasons, my colleagues Justices Deschamps and Cromwell would hold that no remedy is available to them. With all due respect for their opinions, I would conclude, like the Court of Appeal, that the remedy of a constructive trust is open to them and should be imposed in the circumstances of this case, for the following reasons.

[264] I do not intend to summarize the facts of this case, which were outlined by my colleagues. I will address these facts as needed in the course of my reasons. Before moving to my areas of disagreement with my colleagues, I will briefly indicate where and to what extent I agree with them on the relevant legal issues.

[265] Like my colleagues, I conclude that no deemed trust could arise under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), in the case of the Executive Plan because this plan had not been wound up when the *CCAA*

correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres; plus particulièrement, les dépens seront répartis entre les 14 anciens cadres en fonction de leurs droits respectifs à pension aux termes du régime et ne seront pas supportés par les trois autres participants.

[262] Je suis d’avis de rejeter sans frais le pourvoi interjeté par le Syndicat relativement aux dépens.

Version française des motifs des juges LeBel et Abella rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

I. Introduction

[263] Les participants à deux régimes de retraite établis par Indalex Limited (« Indalex ») risquent de perdre au moins la moitié de leurs prestations de retraite du fait de l’insolvabilité de leur employeur et de l’arrangement homologué par la Cour supérieure de justice de l’Ontario en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que ces participants avaient droit à une réparation. Mes collègues, les juges Deschamps et Cromwell, arrivent à la conclusion contraire, pour des motifs différents et en partie contradictoires. Avec égard pour leur opinion, et à l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis que la fiducie par interprétation peut s’appliquer en l’espèce et devrait être imposée, pour les motifs qui suivent.

[264] Je ne résumerai pas les faits de l’affaire, mes collègues les ayant déjà exposés. Je m’y reporterai au besoin dans mes motifs. Cependant, avant d’expliquer mes divergences d’opinions avec mes collègues, j’indiquerai brièvement les questions de droit sur lesquelles je souscris, en totalité ou en partie, à leurs motifs.

[265] À l’instar de mes collègues, je conclus que le régime des cadres ne pouvait être protégé par aucune fiducie réputée résultant de l’application du par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), puisque ce régime

proceedings were initiated. In the case of the Salaried Employees Plan, I agree with Deschamps J. that a deemed trust arises in respect of the wind-up deficiency. But, like her, I accept that the debtor-in-possession (“DIP”) super priority prevails by reason of the application of the federal paramountcy doctrine. I also agree that the costs appeal of the United Steelworkers should be dismissed.

[266] But, with respect for the opinions of my colleagues, I take a different view of the nature and extent of the fiduciary duties of an employer who elects to act as administrator of a pension plan governed by the *PBA*. This dual status does not entitle the employer to greater leniency in the determination and exercise of its fiduciary duties or excuse wrongful actions. On the contrary, as we shall see below, I conclude that Indalex not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust. To that extent, I propose to uphold the opinion of Gillese J.A. and the judgment of the Court of Appeal (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

II. The Employer as Administrator of a Pension Plan: Its Fiduciary Duties

[267] Before entering into an analysis of the obligations of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position of the beneficiaries. Who are they? At what stage are they in their lives? What are their vulnerabilities? A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. Any analysis of such a relationship requires careful consideration of the characteristics of the beneficiary. It ought not stop at the level of a theoretical and detached approach that fails to address how, very concretely,

n’avait pas été liquidé lorsque la procédure fondée sur la *LACC* a été enclenchée. Comme la juge Deschamps, je conclus à l’existence d’une fiducie réputée dans le cas du déficit de liquidation du régime des salariés. Je reconnais toutefois aussi que la priorité de la créance des prêteurs au débiteur-exploitant (« DE ») sur toutes les autres l’emporte, par application du principe de la prépondérance fédérale. Je conviens également qu’il faut rejeter l’appel interjeté par le Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

[266] Toutefois, malgré le respect que je porte à mes collègues, je conçois différemment d’eux la nature et la portée des obligations fiduciaires de l’employeur qui choisit d’administrer un régime de retraite régi par la *LRR*. Sa double fonction n’autorise pas l’employeur à faire preuve de laxisme dans la définition et l’exercice de ses obligations fiduciaires, ni ne justifie ses actes répréhensibles. Au contraire, comme je l’expliquerai, j’estime qu’Indalex a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l’encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d’appel d’imposer une fiducie par interprétation. Dans cette mesure, je suis d’avis de confirmer les motifs de la juge Gillese et le jugement de la Cour d’appel (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

II. Les obligations fiduciaires de l’employeur en sa qualité d’administrateur d’un régime de retraite

[267] Avant d’analyser les obligations de l’employeur à titre d’administrateur d’un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation des bénéficiaires. Qui sont-ils? À quelle période de leur vie en sont-ils? En quoi consistent leurs points vulnérables? Une relation fiduciaire s’entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. L’analyse d’une telle relation nécessite un examen attentif des caractéristiques du bénéficiaire. Il ne faut pas s’en tenir à une perspective théorique et détachée, en négligeant de voir, très concrètement, comment la

this relationship works or can be twisted, perverted or abused, as was the situation in this case.

[268] The beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex. They did not enjoy the protection that the existence of an independent administrator might have given them. They had no say and no input in the management of the plans. The information about the plans and their situation came from Indalex in its dual role as employer and manager of the plans. Their particular vulnerability arose from their relationship with Indalex, acting both as their employer and as the administrator of their retirement plans. Their vulnerability was substantially a consequence of that specific relationship (*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 68, *per* Cromwell J.). The nature of this relationship had very practical consequences on their interests. For example, as Gillese J.A. noted in her reasons (at para. 40) the consequences of the decisions made in the course of management of the plan and during the CCAA proceedings signify that the members of the Executive Plan stand to lose one-half to two-thirds of their retirement benefits, unless additional money is somehow paid into the plan. These losses of benefits are, in all probability, permanent in the case of the beneficiaries who have already retired or who are close to retirement. They deeply affect their lives and expectations. For most of them, what is lost is lost for good. No arrangement will allow them to get a start on a new life. We should not view the situation of the beneficiaries as regrettable but unavoidable collateral damage arising out of the ebbs and tides of the economy. In my view, the law should give the members some protection, as the Court of Appeal intended when it imposed a constructive trust.

[269] Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the CCAA and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a

relation fonctionne et comment il est possible de la fausser, de la faire dévier ou d'en abuser, comme ce fut le cas en l'espèce.

[268] Les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex. Ils ne jouissaient pas de la protection que l'existence d'un administrateur indépendant aurait pu leur assurer. Ils n'avaient pas la possibilité de donner leur avis ni de participer aux décisions à l'égard de la gestion des régimes. Toute l'information sur les régimes et sur leur situation leur provenait d'Indalex, à titre à la fois d'employeur et d'administrateur. Leur vulnérabilité particulière découlait essentiellement de leur relation avec Indalex, qui assumait cette double fonction (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 68, le juge Cromwell). La nature de cette relation a entraîné des conséquences très concrètes sur leurs intérêts. Par exemple, comme le signale la juge Gillese dans ses motifs (par. 40), les décisions prises au fil de la gestion du régime des cadres et pendant la procédure fondée sur la LACC risquent de faire perdre aux participants entre la moitié et les deux tiers de leurs prestations, à moins d'une injection de fonds. Dans le cas des bénéficiaires retraités ou en fin de carrière, il s'agit probablement de pertes permanentes. Leur vie et leurs attentes s'en trouvent profondément affectées. Pour la plupart d'entre eux, ces pertes sont irrémédiables; aucun arrangement ne leur permettra d'entamer une nouvelle étape de leur vie. Nous ne devons pas considérer la situation des bénéficiaires comme une conséquence indirecte regrettable, mais inévitable, des fluctuations de l'économie. À mon avis, la loi devrait offrir une certaine protection aux bénéficiaires, et c'est ce que la Cour d'appel a tenté de faire en imposant la fiducie par interprétation.

[269] Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la LACC et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à

fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The “two hats” analogy offers no defence to Indalex. It could not switch off the fiduciary relationship at will when it conflicted with its business obligations or decisions. Throughout the arrangement process and until it was replaced by an independent administrator (Morneau Shepell Ltd.) it remained a fiduciary.

[270] It is true that the *PBA* allows an employer to act as an administrator of a pension plan in Ontario. In such cases, the legislature accepts that conflicts of interest may arise. But, in my opinion, nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer remains a fiduciary under the statute and at common law (*PBA*, s. 22(4)). The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise. If this proves to be impossible, the employer is still “seized” with fiduciary duties, and cannot ignore them out of hand.

[271] Once Indalex had considered the *CCAA* process and decided to proceed in that manner, it should have been obvious that such a move would trigger conflicts of interest with the beneficiaries of the pension plans and that these conflicts would become untenable, as per the terms of s. 22(4) of the *PBA*. Given the nature of its obligations as administrator and fiduciary, it was impossible to wear the “two hats”. Indalex had to discharge its corporate duties, but at the same time it had to address its fiduciary obligations to the members and beneficiaries of the plans. I do not fault it for applying under the *CCAA*, but rather for not relinquishing its position as administrator of the plans at the time of the application. It even retained

l’égard des participants aux régimes et des retraités, et c’est là où le bât blesse. L’analogie avec les « deux chapeaux » ne constitue pas un moyen de défense pour Indalex. Elle ne pouvait pas mettre la relation fiduciaire de côté à sa guise lorsque cette relation entrainait en conflit avec ses obligations ou ses décisions d’affaires. Tout au long de la procédure intentée sous le régime de la *LACC* et jusqu’à la nomination d’un administrateur indépendant (Morneau Shepell Ltd.) qui s’est substitué à elle, elle demeurait une fiduciaire.

[270] Certes, la *LRR* autorise un employeur à agir à titre d’administrateur d’un régime de retraite en Ontario. Le législateur admet dans ces cas la possibilité d’un conflit d’intérêts. Néanmoins, à mon avis, rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l’employeur, en sa qualité d’administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu’un administrateur indépendant. Il demeure un fiduciaire aux termes de la loi et en common law (*LRR*, par. 22(4)). L’employeur n’est pas tenu d’assumer le fardeau de l’administration des régimes de retraite qu’il a convenu d’établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s’il choisit de l’assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l’on s’attend à ce que l’employeur soit capable d’éviter ou de régler les conflits d’intérêts susceptibles d’intervenir. Lorsque cela se révèle impossible, l’employeur demeure soumis à ses obligations fiduciaires et ne peut s’en débarrasser sommairement.

[271] Dès qu’Indalex a envisagé la possibilité d’engager une procédure fondée sur la *LACC* et a opté pour cette solution, il aurait dû lui paraître évident que sa décision engendrerait des conflits avec les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite, en contravention au par. 22(4) de la *LRR*, et que la situation deviendrait insoutenable. Compte tenu de la nature des obligations qui lui incombaient à titre d’administrateur et de fiduciaire, Indalex ne pouvait plus coiffer « deux chapeaux ». Indalex avait le devoir de protéger les intérêts de la société, mais elle devait aussi s’acquitter de ses obligations fiduciaires envers les participants et bénéficiaires des régimes. Je ne lui reproche pas d’avoir présenté une demande sous le régime de la

this position once it engaged in the arrangement process. Other conflicts and breaches of fiduciary duties and of fundamental rules of procedural equity in the Superior Court flowed from this first decision. Moreover, Indalex maintained a strongly adversarial attitude towards the interest of the beneficiaries throughout the arrangement process, while it was still, at least in form, the administrator of the plans.

[272] The option given to employers to act as administrators of pension plans under the *PBA* does not constitute a licence to breach the fiduciary duties that flow from this function. It should not be viewed as an invitation for the courts to white-wash the consequences of such breaches. The option is predicated on the ability of the employer-administrator to avoid the conflicts of interests that cause these breaches. An employer deciding to assume the position of administrator cannot claim to be in the same situation as the Crown when it discharges fiduciary obligations towards certain groups in society under the Constitution or the law. For those cases, the Crown assumes those duties because it is obligated to do so by virtue of its role, not because it chooses to do so. In such circumstances, the Crown must often balance conflicting interests and obligations to the broader society in the discharge of those fiduciary duties (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at paras. 37-38). If Indalex found itself in a situation where it had to balance conflicting interests and obligations, as it essentially argues, it could not retain the position of administrator that it had willingly assumed. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

[273] Indalex could apply for protection under the *CCAA*. But, in so doing, it needed to make arrangements to avoid conflicts of interests. As nothing was done, the members of the plans were

LACC, mais plutôt de ne pas avoir alors renoncé à administrer les régimes. Elle a même continué à les administrer pendant la procédure en vue de conclure un arrangement. D'autres conflits d'intérêts et manquements à ses obligations fiduciaires ainsi qu'aux règles fondamentales d'équité procédurale devant la Cour supérieure ont découlé de cette décision initiale. Qui plus est, Indalex a conservé tout au long de cette procédure une attitude fortement contraire aux intérêts des bénéficiaires, malgré le fait qu'elle administrait toujours les régimes, à tout le moins théoriquement.

[272] Si la *LRR* offre à l'employeur le choix d'agir à titre d'administrateur d'un régime de retraite, elle ne l'autorise pas à manquer aux obligations fiduciaires qui découlent de cette fonction et il ne faudrait pas conclure qu'elle invite les tribunaux à escamoter les conséquences de tels manquements. Cette faculté de choisir présuppose la capacité de l'employeur-administrateur d'éviter les conflits d'intérêts qui entraînent de tels manquements. L'employeur qui choisit d'agir à titre d'administrateur ne saurait prétendre se trouver dans la même situation que l'État qui s'acquitte des obligations fiduciaires que lui impose la Constitution ou la loi à l'égard de certains groupes de la société. Ces obligations incombent à l'État, non pas par choix, mais en raison de son rôle. Dans ces circonstances, l'État est souvent appelé à concilier des intérêts opposés avec ses obligations envers la société en général (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 37-38) en s'acquittant de ses obligations fiduciaires. Si Indalex devait concilier des intérêts et des obligations contradictoires, comme elle le prétend, elle ne pouvait pas conserver la fonction d'administrateur qu'elle avait assumée de son plein gré. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

[273] Il était loisible à Indalex de demander la protection de la *LACC*. Toutefois, il lui fallait dans ce cas prendre des mesures pour éviter les conflits d'intérêts. Son inaction a forcé les

left to play catch up as best they could when the process that put in place the DIP financing and its super priority was initiated. The process had been launched in such a way that it took significant time before the beneficiaries could effectively participate in the process. In practice, the United Steelworkers union, which represented only a small group of the members of the Salaried Employees Plan, acted for them after the start of the procedures. The members of the Executive Plan hired counsel who appeared for them. But, throughout, there were problems with notices, delays and the ability to participate in the process. Indeed, during the CCAA proceedings, the Monitor and Indalex seemed to have been more concerned about keeping the members of the plans out of the process rather than ensuring that their voices could be heard. Two paragraphs of the submissions to this Court by Morneau Shepell Ltd., the subsequently appointed administrator of the plan, aptly sums up the behaviour of Indalex and the Monitor towards the beneficiaries, whose representations were always deemed to be either premature or late:

When counsel for the Retirees again appeared at a motion to approve the bidding procedure, his objections were considered premature:

In my view, the issues raised by the retirees do not have any impact on the Bidding Procedures. The issues can be raised by the retirees on any application to approve a transaction — but that is for another day.

Only when counsel appeared at the sale approval motion, as directed by the motions judge, were the concerns of the pension plan beneficiaries heard. At that time, the Appellants complain, the beneficiaries were too late and their motion constituted a collateral attack on the original DIP Order. However, it cannot be the case that stakeholder groups are too early, until they are too late. [R.F., at paras. 54-55]

[274] I must also mention the failed attempt to assign Indalex in bankruptcy once the sale of its

participants aux régimes à se débrouiller de leur mieux pour rattraper le train en marche une fois que le processus de financement DE assorti d'une priorité sur toutes les autres créances avait été mis en branle. Compte tenu de la manière dont ce processus a été engagé, un délai considérable s'est écoulé avant que les bénéficiaires puissent y participer réellement. Dans les faits, le Syndicat des Métallos, qui ne représentait qu'un petit nombre de bénéficiaires du régime des salariés, a agi en leur nom après le début du processus. Pour leur part, les participants au régime des cadres ont retenu les services d'un avocat. Cependant, du début à la fin, ils se sont heurtés à des difficultés concernant les avis, les délais et leur capacité de participer au processus. En effet, tout au long de la procédure intentée sous le régime de la LACC, le contrôleur et Indalex semblent s'être souciés davantage d'écarter les participants aux régimes que de veiller à ce qu'ils puissent être entendus. Le passage suivant des arguments présentés devant notre Cour par Morneau Shepell Ltd., l'administrateur ultérieur du régime, résume bien la conduite d'Indalex et du contrôleur à l'égard des bénéficiaires, dont les observations ne semblaient jamais tomber à point :

[TRADUCTION] Lorsque l'avocat représentant les retraités a comparu à nouveau à l'audience sur la motion en approbation du processus de vente par soumission, ses objections ont été considérées comme prématurées :

À mon avis, les questions soulevées par les retraités n'ont aucune incidence sur le processus de vente par soumission. Les retraités pourront soulever ces questions lorsqu'une motion en homologation d'une opération sera présentée — ce qui n'est pas le cas maintenant.

Ce n'est que lorsque l'avocat a comparu relativement à la motion en homologation de la vente, conformément aux directives du juge des requêtes, que les préoccupations des bénéficiaires du régime de retraite ont finalement été entendues. À ce moment-là, selon les appellants, l'intervention des bénéficiaires arrivait trop tard et constituait une contestation indirecte de l'ordonnance DE initiale. Or, il ne peut pas être toujours soit trop tôt soit trop tard pour les groupes intéressés. [m.i., par. 54-55]

[274] Je ne saurais passer sous silence la tentative ratée d'Indalex de faire cession de ses biens

business had been approved. One of the purposes of this action was essentially to harm the interests of the members of the plans. At the time, Indalex was still wearing its two hats, at least from a legal perspective. But its duties as a fiduciary were clearly not at the forefront of its concerns. There were constant conflicts of interest throughout the process. Indalex did not attempt to resolve them; it brushed them aside. In so acting, it breached its duties as a fiduciary and its statutory obligations under s. 22(4) *PBA*.

III. Procedural Fairness in CCAA Proceedings

[275] The manner in which this matter was conducted in the Superior Court was, at least partially, the result of Indalex disregarding its fiduciary duties. The procedural issues that arose in that court did not assist in mitigating the consequences of these breaches. It is true that, in the end, the beneficiaries obtained, or were given, some information pertaining to the proceedings and that counsel appeared on their behalf at various stages of the proceedings. However, the basic problem is that the proceedings were not conducted according to the spirit and principles of the Canadian system of civil justice.

[276] I accept that those procedures are often urgent. The situation of a debtor requires quick and efficient action. The turtle-like pace of some civil litigation would not meet the needs of the application of the *CCAA*. However, the conduct of proceedings under this statute is not solely an administrative process. It is also a judicial process conducted according to the tenets of the adversarial system. The fundamentals of such a system must not be ignored. All interested parties are entitled to a fair procedure that allows their voices to be raised and heard. It is not an answer to these concerns to say that nothing else could be done, that no other solution would have been better, that, in substance, hearing the members would have been a waste of time. In all branches of procedure whether in administrative law, criminal law or civil action, the rights to be informed and to be heard in some

en faillite après l'homologation de la vente de l'entreprise. Cette manoeuvre visait entre autres à nuire aux intérêts des participants aux régimes. À l'époque, Indalex cumulait toujours ses deux fonctions, du moins sur le plan juridique. Cependant, ses obligations fiduciaires ne se trouvaient de toute évidence pas au centre de ses préoccupations. Les conflits d'intérêts se sont multipliés au cours de la procédure. Au lieu d'essayer de les régler, Indalex les a balayés du revers de la main. Elle a ainsi manqué à ses obligations fiduciaires et aux prescriptions du par. 22(4) de la *LRR*.

III. L'équité procédurale dans une procédure intentée sous le régime de la LACC

[275] La manière dont l'instance s'est déroulée devant la Cour supérieure résultait, du moins en partie, du non-respect par Indalex de ses obligations fiduciaires. Les points de procédure soulevés devant la cour n'ont pas permis d'atténuer les conséquences de ces manquements. Certes, les bénéficiaires ont finalement obtenu ou reçu certains renseignements concernant la procédure et ils ont pu être représentés par un avocat à diverses étapes, mais l'esprit et les principes du système canadien de justice civile n'ont pas été respectés, et c'est là le problème fondamental.

[276] Je reconnais que, souvent, le temps presse dans ce genre de procédure. La situation d'un débiteur nécessite la prise de mesures rapides et efficaces. Un litige qui s'éternise, comme certaines actions civiles, ne saurait convenir pour l'application de la *LACC*. Toutefois, la procédure prévue par cette loi n'est pas de nature purement administrative. Il s'agit également d'un processus judiciaire, assujéti à ce titre aux principes du système contradictoire. Les règles fondamentales de ce système ne sauraient être bafouées. Toutes les parties intéressées ont droit à une procédure équitable qui leur permet d'exprimer leur point de vue et d'être entendues. Il ne suffit pas à cet égard de répondre que rien d'autre ne pouvait être tenté, qu'il n'existait pas de solution meilleure ou, essentiellement, qu'entendre les participants aurait constitué une perte de temps. Dans toute procédure,

way remain fundamental principles of justice. Those principles retain their place in the CCAA, as some authors and judges have emphasized (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 5, *per* Farley J.). This was not done in this case, as my colleagues admit, while they downplay the consequences of these procedural flaws and breaches.

IV. Imposing a Constructive Trust

[277] In this context, I see no error in the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust (paras. 200-207). It was a fair decision that met the requirements of justice, under the principles set out by our Court in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, and in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217. The remedy of a constructive trust was justified in order to correct the wrong caused by Indalex (*Soulos*, at para. 36, *per* McLachlin J. (as she then was)). The facts of the situation met the four conditions that generally justify the imposition of a constructive trust (*Soulos*, at para. 45), as determined by Justice Gillese in her reasons, at paras. 203-4: (1) the defendant was under an equitable obligation in relation to the activities giving rise to the assets in his or her hands; (2) the assets in the hands of the defendant were shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his or her equitable obligation to the plaintiff; (3) the plaintiff has shown a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendants remain faithful to their duties; and (4) there are no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case, such as the protection of the interests of intervening creditors.

que ce soit en droit administratif, pénal ou civil, le droit d'être informé et celui d'être entendu d'une manière ou d'une autre demeurent des principes fondamentaux de la justice. Ils demeurent applicables sous le régime de la LACC, comme le font remarquer certains auteurs et juges (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 5 (le juge Farley). Ces principes n'ont pas été respectés en l'espèce, et mes collègues le reconnaissent, mais minimisent les conséquences de tels manquements et vices de procédure.

IV. Imposition d'une fiducie par interprétation

[277] Dans les circonstances, la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation ne me paraît pas erronée (par. 200-207). Il s'agit d'une décision équitable conforme aux exigences de la justice, selon les principes énoncés par notre Cour dans les arrêts *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, et *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217. Pareille réparation pour le tort causé par Indalex est fondée (*Soulos*, par. 36, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Les faits de l'espèce respectent les quatre conditions qui justifient généralement l'imposition d'une fiducie par interprétation (*Soulos*, par. 45), comme le constate la juge Gillese aux par. 203-204 de ses motifs : (1) le défendeur était assujéti à une obligation en equity relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens; (2) il a été démontré que la possession des biens par le défendeur résultait des actes qu'il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'equity lui imposait à l'égard du demandeur; (3) le demandeur a établi qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations; (4) il n'existe pas de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, comme la protection des intérêts des créanciers intervenants.

[278] In crafting such a remedy, the Court of Appeal was relying on the inherent powers of the courts to craft equitable remedies, not only in respect of procedural issues, but also of substantive questions. Section 9 of the CCAA is broadly drafted and does not deprive courts of their power to fill in gaps in the law when this is necessary in order to grant justice to the parties (G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law, 2007* (2008), 41, at pp. 78-79).

[279] The imposition of the trust did not disregard the different corporate personalities of Indalex and Indalex U.S. It properly acknowledged the close relationship between the two companies, the second in effect controlling the first. This relationship could and needed to be taken into consideration in order to determine whether a constructive trust was a proper remedy.

[280] For these reasons, I would uphold the imposition of a constructive trust and I would dismiss the appeal with costs to the respondents.

APPENDIX

The Pension Benefits Amendment Act, 1973, S.O. 1973, c. 113

6. The said Act is amended by adding thereto the following sections:

23a.—(1) Any sum received by an employer from an employee pursuant to an arrangement for the payment of such sum by the employer into a pension plan as the employee’s contribution thereto shall be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same after his receipt thereof into the pension plan as the employee’s contribution thereto and the employer shall not appropriate or convert any part thereof to his own use or to any use not authorized by the trust.

[278] En imposant pareille réparation, la Cour d’appel a exercé la compétence inhérente des tribunaux de concevoir une réparation en equity en réponse non seulement à une question de procédure, mais également à une question de fond. L’article 9 de la LACC est formulé en termes généraux et n’a pas pour effet de priver le tribunal du pouvoir de combler au besoin les lacunes du droit pour rendre justice aux parties (G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law, 2007* (2008), 41, p. 78-79).

[279] En imposant la fiducie, la Cour n’a pas négligé le fait qu’Indalex et Indalex É.-U. constituent des personnes morales distinctes. Elle a tenu compte à juste titre de leurs rapports étroits, la seconde contrôlant dans les faits la première. Il était possible, voire nécessaire, de prendre ces rapports en compte pour déterminer si la fiducie par interprétation constituait une réparation adéquate en l’espèce.

[280] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de confirmer la fiducie par interprétation et de rejeter l’appel avec dépens en faveur des intimés.

ANNEXE

The Pension Benefits Amendment Act, 1973, S.O. 1973, ch. 113

[TRADUCTION]

6. La même loi est modifiée par l’adjonction de ce qui suit :

23a.—(1) Toute somme qu’un employeur reçoit d’un employé conformément à une entente relative à son versement par l’employeur à titre de cotisation salariale est réputée détenue en fiducie par l’employeur en vue de son versement, après qu’il l’a reçue, au régime de retraite à titre de cotisation salariale, et l’employeur ne peut s’en approprier quelque partie ni la transformer à son usage personnel ou à un autre usage non autorisé par la fiducie.

(2) For the purposes of subsection 1, any sum withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be a sum received by the employer from the employee.

(3) Any sum required to be paid into a pension plan by an employer as the employer's contribution to the plan shall, when due under the plan, be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same into the plan in accordance with the plan and this Act and the regulations as the employer's contribution and the employer shall not appropriate or convert any part of the amount required to be paid to the fund to his own use or to any use not authorized by the terms of the pension plan.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1980, c. 373

21. . . .

(2) Upon the termination or winding up of a pension plan filed for registration as required by section 17, the employer is liable to pay all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency prescribed by the regulations, up to the date of such termination or winding up, to the insurer, administrator or trustee of the pension plan.

23.—(1) Where a sum is received by an employer from an employee under an arrangement for the payment of the sum by the employer into a pension plan as the employee's contribution thereto, the employer shall be deemed to hold the sum in trust for the employee until the sum is paid into the pension plan whether or not the sum has in fact been kept separate and apart by the employer and the employee has a lien upon the assets of the employer for such amount that in the ordinary course of business would be entered in books of account whether so entered or not.

(3) Where an employer is required to make contributions to a pension plan, he shall be deemed to hold in trust for the members of the plan an amount calculated in accordance with subsection (4), whether or not,

(2) Pour les besoins du paragraphe 1, la somme qu'un employeur prélève sur une somme payable à l'employé, notamment par retenue salariale, est réputée constituer une somme que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) Toute somme qu'un employeur doit verser à un régime de retraite à titre de cotisation patronale et qui est exigible aux termes du régime est réputée détenue en fiducie par l'employeur en vue de son versement au régime de retraite conformément à celui-ci, à la présente loi et au règlement, et l'employeur ne peut s'approprier ni transformer à son usage personnel ou à tout autre usage non autorisé par le régime quelque partie du montant qui doit être versé à la caisse.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1980, ch. 373

[TRADUCTION]

21. . . .

(2) À la cessation ou à la liquidation d'un régime de retraite déposé en vue de son agrément en vertu de l'article 17, l'employeur est tenu de verser à l'assureur, à l'administrateur ou au fiduciaire du régime de retraite les sommes dont le versement aurait été par ailleurs exigible pour satisfaire aux critères de solvabilité, et ce, jusqu'à la date de la cessation ou de la liquidation du régime.

23.—(1) L'employeur qui reçoit une somme d'un employé conformément à une entente relative à son versement par l'employeur à un régime de retraite à titre de cotisation salariale est réputé la détenir en fiducie jusqu'à son versement au régime de retraite, et ce, qu'il l'ait conservée séparément ou non, et l'employé a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à un régime de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants au régime une somme dont le montant est calculé conformément au paragraphe (4), et ce,

- (a) the employer contributions are payable into the plan under the terms of the plan or this Act; or
- (b) the amount has been kept separate and apart by the employer,

and the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not.

(4) For the purpose of determining the amount deemed to be held in trust under subsection (3) on a specific date, the calculation shall be made as if the plan had been wound up on that date.

32. In addition to any amounts the employer is liable to pay under subsection 21 (2), where a defined benefit pension plan is terminated or wound up or the plan is amended so that it is no longer a defined benefit pension plan, the employer is liable to the plan for the difference between,

- (a) the value of the assets of the plan; and
- (b) the value of pension benefits guaranteed under subsection 31 (1) and any other pension benefit vested under the terms of the plan,

and the employer shall make payments to the insurer, trustee or administrator of the pension plan to fund the amount owing in such manner as is prescribed by regulation.

Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, c. 2

2. Subsection 21 (2) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

(2) Upon the termination or winding up of a registered pension plan, the employer of employees covered by the pension plan shall pay to the administrator, insurer or trustee of the pension plan,

- (a) an amount equal to,

- a) que la cotisation de l'employeur soit payable ou non aux termes du régime ou de la présente Loi et
- b) que l'employeur l'ait conservée séparément ou non,

et les participants ont un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans des livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(4) Aux fins de déterminer le montant qui est réputé détenu en fiducie en application du paragraphe (3) à une date précise, le calcul est effectué comme si le régime avait été liquidé à cette date.

32. En plus des sommes que l'employeur est tenu de payer en application du paragraphe 21 (2), lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées ou lorsqu'une modification fait en sorte qu'un régime n'est plus un régime de retraite à prestations déterminées, l'employeur est tenu de combler la différence entre

- a) la valeur de l'actif du régime et
- b) la valeur des prestations de retraite garanties suivant le paragraphe 31 (1) et de toutes autres prestations de retraite auxquelles le droit est acquis aux termes du régime,

et l'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite les sommes ainsi requises de la manière prévue par règlement.

Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, ch. 2

[TRADUCTION]

2. Le paragraphe 21 (2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

(2) Lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite enregistré, l'employeur dont les employés bénéficient du régime verse à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime

- a) une somme dont le montant est égal

- (i) the current service cost, and
- (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that have accrued to and including the date of the termination or winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date; and

- (b) all other payments that, by the terms of the pension plan or the regulations, are due from the employer to the pension plan but have not been paid at the date of the termination or winding up.

(2a) For the purposes of clause (2) (a), the current service cost and special payments shall be deemed to accrue on a daily basis.

3. Section 23 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

23.—(1) Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension plan as the employee's contribution to the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension plan.

(2) For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

(3) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (1).

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
 - (i) the current service cost, and
 - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (i) au coût du service courant et
- (ii) aux paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus;

- b) toute autre somme qui, aux termes du régime de retraite ou du règlement, est due par l'employeur au régime de retraite, mais qui n'a pas été versée à la date de la cessation ou de la liquidation.

(2a) Pour les besoins de l'alinéa (2) a), le coût du service courant et les paiements spéciaux sont réputés s'accumuler sur une base quotidienne.

3. L'article 23 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :

23.—(1) L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à un régime de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent au régime de retraite.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), toute retenue à la source ou autre somme prélevée par l'employeur est réputée constituer de l'argent que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à la somme réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (1).

(4) L'employeur qui, dans le cadre d'un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- a) de toutes les sommes que l'employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
 - (i) le coût du service courant et
 - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n'ont pas été versés;

(b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

(5) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (4).

(6) Subsections (1) and (4) apply whether or not the moneys mentioned in those subsections are kept separate and apart from other money.

. . .

8. Sections 32 and 33 of the said Act are repealed and the following substituted therefor:

32.—(1) The employer of employees who are members of a defined benefit pension plan that the employer is bound by or to which the employer is a party and that is partly or wholly wound up shall pay to the administrator, insurer or trustee of the plan an amount of money equal to the amount by which the value of the pension benefits guaranteed by section 31 plus the value of the pension benefits vested under the defined benefit pension plan exceeds the value of the assets of the plan allocated in accordance with the regulations for payment of pension benefits accrued with respect to service in Ontario.

(2) The amount that the employer is required to pay under subsection (1) is in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2).

(3) The employer shall pay the amount required under subsection (1) to the administrator, insurer or trustee of the defined benefit pension plan in the manner prescribed by the regulations.

Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35

58.—(1) Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

. . .

b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l'employeur est tenu de payer en vertu de l'alinéa 21 (2) a).

(5) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à celui de la somme qui est réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (4).

(6) Les paragraphes (1) et (4) s'appliquent que les sommes mentionnées soient conservées séparément ou non.

. . .

8. Les articles 32 et 33 de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit :

32.—(1) L'employeur dont les employés participent à un régime de retraite à prestations déterminées par lequel il est lié ou auquel il est partie et qui fait l'objet d'une liquidation partielle ou totale est tenu de verser à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime un montant égal à l'excédent de la valeur des prestations de retraite garanties par l'article 31 et de la valeur des prestations de retraite acquises suivant le régime de retraite à prestations déterminées sur la valeur de l'actif du régime établie conformément au règlement applicable au paiement des prestations de retraite accumulées eu égard aux états de services en Ontario.

(2) Le versement que l'employeur est tenu d'effectuer suivant le paragraphe (1) s'ajoute à celui exigé au paragraphe 21 (2).

(3) L'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite à prestations déterminées, de la manière prescrite par règlement, toute somme dont le versement est exigé au paragraphe (1).

Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35

58. (1) L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

. . .

(3) An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

59.—(1) Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

75.—(1) A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least fifty-five, at the effective date of the wind up of the pension plan in whole or in part, has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
 - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
 - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

59. (1) L'intérêt sur l'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

75. (1) En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins cinquante-cinq, à la date de prise d'effet de la liquidation totale ou partielle, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes du régime de retraite, le participant est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la plus antérieure des dates suivantes :
 - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
 - (ii) la date à laquelle le participant aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle le participant

the reduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date.

aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date.

76.—(1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
 - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Commission declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
 - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
 - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 40 (3) (50 per cent rule) and section 75,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8

57. (1) [Trust property] Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

(2) [Money withheld] For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from money payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

76. (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
 - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si la Commission déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
 - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
 - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 40 (3) (règle des 50 pour cent),

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8

57. (1) [Bien en fiducie] L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

(2) [Sommes retenues] Pour l'application du paragraphe (1), l'argent retenu des sommes payables à l'employé par l'employeur, que ce soit par retenues salariales ou autrement, est réputé être de l'argent que l'employeur a reçu de l'employé.

(3) [Accrued contributions] An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) [Wind up] Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

58. (1) [Accrual] Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) [Interest] Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

74. (1) [Activating events] This section applies if a person ceases to be a member of a pension plan on the effective date of one of the following activating events:

1. The wind up of a pension plan, if the effective date of the wind up is on or after April 1, 1987.
2. The employer's termination of the member's employment, if the effective date of the termination is on or after July 1, 2012. However, this paragraph does not apply if the termination occurs in any of the circumstances described in subsection (1.1).
3. The occurrence of such other events as may be prescribed in such circumstances as may be specified by regulation.

(1.1) [Same, termination of employment] Termination of employment is not an activating event if the termination is a result of wilful misconduct, disobedience or wilful neglect of duty by the member that is not trivial and has not been condoned by the employer or if the termination occurs in such other circumstances as may be prescribed.

(3) [Cotisations accumulées] L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) [Liquidation] Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

58. (1) [Accumulation] L'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) [Intérêt] L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

74. (1) [Événements déclencheurs] Le présent article s'applique si une personne cesse d'être un participant à la date de prise d'effet de l'un des événements déclencheurs suivants :

1. La liquidation du régime de retraite, si sa date de prise d'effet tombe le 1^{er} avril 1987 ou après cette date.
2. La cessation, par l'employeur, de l'emploi d'un participant, si sa date de prise d'effet tombe le 1^{er} juillet 2012 ou après cette date, la présente disposition ne s'appliquant toutefois pas si la cessation se produit dans les circonstances visées au paragraphe (1.1).
3. L'arrivée d'autres événements prescrits dans les circonstances prescrites par règlement.

(1.1) [Idem : cessation d'emploi] La cessation de l'emploi n'est pas un événement déclencheur si elle résulte d'un acte d'inconduite délibérée, d'indiscipline ou de négligence volontaire du participant qui n'est pas frivole et que l'employeur n'a pas toléré, ou qu'elle se produit dans les autres circonstances prescrites.

(1.2) [Exceptions, election by certain pension plans] This section does not apply with respect to a jointly sponsored pension plan or a multi-employer pension plan while an election made under section 74.1 for the plan and its members is in effect.

(1.3) [Benefit] A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least 55 on the effective date of the activating event has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
 - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
 - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to the reduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date.

(2) [Part year] In determining the combination of age plus employment or membership, one-twelfth credit shall be given for each month of age and for each month of continuous employment or membership on the effective date of the activating event.

(3) [Member for 10 years] Bridging benefits offered under the pension plan to which a member would be entitled if the activating event had not occurred and if his or her membership were continued shall be included in calculating the pension benefit under subsection (1.3) of a person who has at least 10 years of continuous employment with the employer or has been a member of the pension plan for at least 10 years.

(1.2) [Exceptions : choix fait par certains régimes de retraite] Le présent article ne s'applique pas à l'égard d'un régime de retraite conjoint ou d'un régime de retraite interentreprises tant qu'un choix fait en vertu de l'article 74.1 pour le régime et les participants est en vigueur.

(1.3) [Prestation] En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins 55, à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes de celui-ci, il est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la première des dates suivantes :
 - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
 - (ii) la date à laquelle il aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle il aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date.

(2) [Partie d'année] Pour déterminer le total de l'âge plus l'emploi ou l'affiliation, un crédit d'un douzième est accordé pour chaque mois d'âge et pour chaque mois d'emploi ou d'affiliation continus à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur.

(3) [Participant pendant 10 ans] Les prestations de raccordement offertes aux termes du régime de retraite auxquelles un participant aurait droit si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que l'affiliation du participant continuait, sont incluses dans le calcul de la prestation de retraite prévue au paragraphe (1.3) dans le cas d'une personne qui a accumulé au moins 10 années d'emploi continu chez l'employeur ou qui est un participant depuis au moins 10 ans.

(4) [Prorated bridging benefit] For the purposes of subsection (3), if the bridging benefit offered under the pension plan is not related to periods of employment or membership in the pension plan, the bridging benefit shall be prorated by the ratio that the member's actual period of employment bears to the period of employment that the member would have to the earliest date on which the member would be entitled to payment of pension benefits and a full bridging benefit under the pension plan if the activating event had not occurred.

(5) [Notice of termination of employment] Membership in a pension plan that is wound up includes the period of notice of termination of employment required under Part XV of the *Employment Standards Act, 2000*.

(6) [Application of subs. (5)] Subsection (5) does not apply for the purpose of calculating the amount of a pension benefit of a member who is required to make contributions to the pension fund unless the member makes the contributions in respect of the period of notice of termination of employment.

(7) [Consent of employer] For the purposes of this section, where the consent of an employer is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the employer shall be deemed to have given the consent.

(7.1) [Consent of administrator, jointly sponsored pension plans] For the purposes of this section, where the consent of the administrator of a jointly sponsored pension plan is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the administrator shall be deemed to have given the consent.

(8) [Use in calculating pension benefit] A benefit described in clause (1.3) (a), (b) or (c) for which a member has met all eligibility requirements under this section shall be included in calculating the member's pension benefit or the commuted value of the pension benefit.

75. (1) [Liability of employer on wind up] Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension

(4) [Prestation de raccordement distribuée proportionnellement] Pour l'application du paragraphe (3), si la prestation de raccordement offerte aux termes du régime de retraite ne se rapporte pas à des périodes d'emploi ou d'affiliation au régime de retraite, la prestation de raccordement est distribuée selon le rapport qui existe entre la période réelle d'emploi du participant à la période d'emploi que le participant aurait faite à la première date à laquelle le membre aurait droit au paiement de prestations de retraite et d'une pleine prestation de raccordement aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit.

(5) [Avis de licenciement] L'affiliation à un régime de retraite qui est liquidé inclut la période de préavis de licenciement exigé en vertu de la partie XV de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*.

(6) [Champ d'application du par. (5)] Le paragraphe (5) ne s'applique pas afin de calculer le montant de la prestation de retraite d'un participant qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite, à moins que le participant verse les cotisations à l'égard de la période de préavis de licenciement.

(7) [Consentement de l'employeur] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'employeur est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'employeur est réputé avoir donné son consentement.

(7.1) [Consentement de l'administrateur : régimes de retraite conjoints] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'administrateur d'un régime de retraite conjoint est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'administrateur est réputé avoir donné son consentement.

(8) [Calcul de la prestation de retraite] La prestation mentionnée à l'alinéa (1.3) a), b) ou c) à l'égard de laquelle un participant a rempli toutes les conditions d'admissibilité prévues au présent article est incluse dans le calcul de la prestation de retraite du participant ou de sa valeur de rachat.

75. (1) [Responsabilité de l'employeur à la liquidation] Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des

plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and

- (b) an amount equal to the amount by which,
 - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
 - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
 - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

Appeals of Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting allowed, LEBEL and ABELLA JJ. dissenting. Appeal of USW dismissed.

Solicitors for the appellant Sun Indalex Finance, LLC: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors: Chaitons, Toronto.

Solicitors for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the appellant/respondent United Steelworkers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondents Keith Carruthers, et al.: Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited

règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;

- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
 - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
 - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
 - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

Pourvois de Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting accueillis, les juges LEBEL et ABELLA sont dissidents. Pourvoi du Syndicat des Métallos rejeté.

Procureurs de l'appelante Sun Indalex Finance, LLC : Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 : Chaitons, Toronto.

Procureurs de l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intimés Keith Carruthers, et autres : Koskie Minsky, Toronto.

Procureurs de l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau

Partnership): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitor for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Federation of Pensioners: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: McMillan, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Sobeco, société en commandite): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureur de l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : Thornton Grout Finnigan, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des retraités : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Frédéric Bélanger *Respondent***INDEXED AS: R. v. BÉLANGER****2013 SCC 7**

File No.: 34512.

2013: February 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Offences — Dangerous driving — Elements of offence — Trial judge taking all relevant factors into account and making no error in finding accused guilty.***Statutes and Regulations Cited***Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 249.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Doyon and Kasirer JJ.A.), 2011 QCCA 1598, SOQUIJ AZ-50784910, [2011] J.Q. No. 12012, 2011 CarswellQue 15741, setting aside the conviction for dangerous operation of a motor vehicle entered by Aubry J., 2010 QCCQ 13775, SOQUIJ AZ-50721988, [2010] J.Q. n° 24271, 2010 CarswellQue 15068. Appeal allowed.

Robin Tremblay and Guy Loisel, for the appellant.*Jean-Claude Dufour and Patrick Jacques*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] WAGNER J. — The Crown appeals from a judgment in which the Quebec Court of Appeal reversed the trial judge's decision and acquitted the respondent of dangerous operation of his motor

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Frédéric Bélanger *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. BÉLANGER****2013 CSC 7**

N° du greffe : 34512.

2013 : 12 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Infractions — Conduite dangereuse — Éléments de l'infraction — La juge de première instance a tenu compte de tous les facteurs pertinents et n'a commis aucune erreur en concluant à la culpabilité de l'accusé.***Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 249.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Doyon et Kasirer), 2011 QCCA 1598, SOQUIJ AZ-50784910, [2011] J.Q. n° 12012, 2011 CarswellQue 9655, qui a annulé la déclaration de culpabilité de conduite dangereuse inscrite par la juge Aubry, 2010 QCCQ 13775, SOQUIJ AZ-50721988, [2010] J.Q. n° 24271, 2010 CarswellQue 15068. Pourvoi accueilli.

Robin Tremblay et Guy Loisel, pour l'appelante.*Jean-Claude Dufour et Patrick Jacques*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — Le ministère public se pourvoit à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a infirmé le jugement de première instance et acquitté l'intimé de l'infraction d'avoir

vehicle and of thereby causing bodily harm to Michel Bisson and the death of Michel Rostand, contrary to s. 249 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] It is common ground that passing on a double line does not on its own suffice to establish the respondent's criminal liability. All the circumstances of the case must be considered.

[3] The trial judge made no fatal error in finding the respondent guilty.

[4] She took the relevant factors and all the circumstances into account.

[5] The Court of Appeal's intervention was therefore not warranted.

[6] For these reasons, the appeal is allowed. The judgment of the Quebec Court of Appeal dated September 8, 2011 is set aside, the judgment of the Court of Québec dated September 14, 2010 is restored, and the case is remanded to the Court of Québec in the judicial district of Baie-Comeau for sentencing submissions.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Baie-Comeau.

Solicitor for the respondent: Jean-Claude Dufour, Baie-Comeau.

conduit son véhicule à moteur de façon dangereuse et d'avoir causé ainsi des lésions corporelles à Michel Bisson et la mort de Michel Rostand, le tout en contravention de l'art. 249 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] Il est acquis que le dépassement sur une ligne double ne suffit pas en soi pour établir la responsabilité criminelle de l'intimé sans appréciation de toutes les circonstances de l'espèce.

[3] La juge de première instance n'a commis aucune erreur déterminante en concluant à la culpabilité de l'intimé.

[4] Elle a tenu compte des facteurs pertinents et de toutes les circonstances.

[5] En conséquence, la Cour d'appel n'était pas justifiée d'intervenir.

[6] Pour ces motifs, l'appel est accueilli. L'arrêt de la Cour d'appel du Québec daté du 8 septembre 2011 est infirmé, le jugement de la Cour du Québec daté du 14 septembre 2010 est rétabli et le dossier est renvoyé à la Cour du Québec du district judiciaire de Baie-Comeau pour les plaidoiries sur la peine.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Baie-Comeau.

Procureur de l'intimé : Jean-Claude Dufour, Baie-Comeau.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Fredrick Owen Blacklaws *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BLACKLAWS

2013 SCC 8

File No.: 34889.

2013: February 15.

Present: McLachlin C.J. and Fish, Abella, Rothstein and Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Procedure — Application to sever counts — Charges arising from two separate incidents involving different complainants — Crown charging the counts relating to both incidents on same indictment — Trial judge dismissing application to sever counts — Majority of Court of Appeal ordering new trial on basis that denial of severance resulted in injustice — Trial judge did not act unjudicially in denying severance application — Denial of severance application not resulting in injustice.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch, Newbury and Levine JJ.A.), 2012 BCCA 217, 260 C.R.R. (2d) 351, 93 C.R. (6th) 83, 285 C.C.C. (3d) 132, 322 B.C.A.C. 107, 549 W.A.C. 107, [2012] B.C.J. No. 980, 2012 CarswellBC 1457, setting aside the accused's convictions for forcible confinement, overcoming resistance to commission of an offence, sexual assault causing bodily harm and assault causing bodily harm, and ordering a new trial. Appeal allowed.

Susan J. Brown, for the appellant.

Brent R. Anderson and *Lawrence D. Myers, Q.C.*, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Fredrick Owen Blacklaws *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. BLACKLAWS

2013 CSC 8

N° du greffe : 34889.

2013 : 15 février.

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

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

Droit criminel — Procédure — Demande de séparation de chefs d'accusation — Accusations découlant de deux événements distincts concernant deux plaignantes différentes — Réunion par la Couronne dans un même acte d'accusation de chefs se rapportant aux deux événements — Rejet par le juge du procès de la demande de séparation des chefs d'accusation — Arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel et ordonnant la tenue d'un nouveau procès au motif que le refus de séparer les chefs d'accusation avait entraîné une injustice — Le juge du procès n'a pas agi de manière non judiciaire en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation — Le rejet de cette demande n'a pas causé d'injustice.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Finch, Newbury et Levine), 2012 BCCA 217, 260 C.R.R. (2d) 351, 93 C.R. (6th) 83, 285 C.C.C. (3d) 132, 322 B.C.A.C. 107, 549 W.A.C. 107, [2012] B.C.J. No. 980, 2012 CarswellBC 1457, qui a annulé les déclarations de culpabilité pour séquestration, tentative de vaincre la résistance à la perpétration d'une infraction, agression sexuelle causant des lésions corporelles et voies de fait causant des lésions corporelles, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Susan J. Brown, pour l'appelante.

Brent R. Anderson et *Lawrence D. Myers, c.r.*, pour l'intimé.

The following is the judgment delivered orally
by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view
that the appeal should be allowed, for the reasons of
Chief Justice Finch.

Judgment accordingly.

*Solicitor for the appellant: Attorney General of
British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Myers, McMurdo &
Karp, Vancouver.*

Version française du jugement rendu oralement
par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis
que l'appel doit être accueilli, pour les motifs expo-
sés par le juge en chef Finch.

Jugement en conséquence.

*Procureur de l'appelante : Procureur général de
la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Myers, McMurdo & Karp,
Vancouver.*

Named Person B *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Jacqueline Benoît, Raymond Bouchard,
Denis Corriveau, Marcel Demers,
Raymond Desfossés, Gilles Dubois,
Frédéric Faucher, Jean-Claude Gagné,
Denis Gaudreault and
Gérard Hubert** *Others*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario and
Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. NAMED PERSON B

2013 SCC 9

File No.: 34053.

2012: April 11; 2013: February 22.

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

**ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF
QUÉBEC**

Criminal law — Evidence — Informer privilege — Individual with informer privilege with one police force providing information relating to himself and others to second police force — Whether individual has status of police informer with second police force — Whether implicit promise of confidentiality by second police force exists as result of nexus between two police forces.

B approached a first police force to give information about violent crimes and was promised confidentiality by that police force. Two days later, the first police

* Deschamps J. took no part in the judgment.

Personne désignée B *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Jacqueline Benoît, Raymond Bouchard,
Denis Corriveau, Marcel Demers,
Raymond Desfossés, Gilles Dubois,
Frédéric Faucher, Jean-Claude Gagné,
Denis Gaudreault et Gérard Hubert** *Autres*

et

**Directeur des poursuites pénales,
procureur général de l'Ontario et
Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PERSONNE DÉSIGNÉE B

2013 CSC 9

N° du greffe : 34053.

2012 : 11 avril; 2013 : 22 février.

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

**EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DU
QUÉBEC**

Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indicateur — Révélations relatives à elle et à autrui faites par une personne bénéficiant du privilège de l'indicateur auprès d'un corps policier à un second corps policier — Cette personne bénéficie-t-elle du privilège de l'indicateur auprès du second corps policier? — Une promesse implicite de confidentialité par le second corps policier a-t-elle découlé du lien entre les deux corps policiers?

La personne désignée B (« B ») est entrée en contact avec le premier corps policier pour lui communiquer des renseignements relatifs à des crimes violents, et ce

* La juge Deschamps n'a pas participé au jugement.

force transferred B and the information he had provided to the Sûreté du Québec (“SQ”). Over the next five years, B continued to cooperate with the SQ and to give information about serious crimes. At the end of that period, the Crown ordered the SQ to redact B’s name and any information that could identify him from all documents and to put those documents under seal. It also brought an application to determine if B benefitted from police informer privilege with the SQ. The application judge found that B did not have informer status.

Held (Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal is allowed and the matter remitted for reconsideration.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: While the application judge recognized that a promise of confidentiality could be either explicit or implicit, he undertook no analysis into whether an implicit promise could have been inferred. In particular, the application judge failed to make any findings about whether B’s transfer from the first police force to the SQ, the relationship between the two police forces, and the similarities in B’s relationships with both, could have led someone in B’s position to believe, on reasonable grounds, that the status he had with the first police force would continue with the second.

The possibility of an implied promise of confidentiality emerges from this record based on the nexus between the first police force and the SQ and the SQ’s failure to clarify to B what his status was. B’s interactions with the SQ originated in his relationship as a confidential informant with the first police force and the two police forces cooperated in handling B over the following years. In addition, the evidence is undisputed that no one ever told B that he ceased to be a confidential informant when he was transferred to the SQ, even though it is also undisputed that he repeatedly asked the SQ to clarify his status.

B approached the first police force to provide information about violent crimes. He was promised informer privilege with respect to the information that he provided to that force. In its investigations, the SQ used

corps policier lui a promis la confidentialité. Deux jours plus tard, B ainsi que les renseignements qu’elle avait fournis ont été transférés à la Sûreté du Québec (« SQ »). Durant cinq ans, elle a poursuivi sa collaboration avec la SQ et a continué à révéler des renseignements sur des crimes graves. Au terme de cette période, le ministre public a ordonné à la SQ de caviarder le nom de B et tout renseignement susceptible de révéler son identité dans l’ensemble des documents et de mettre ces derniers sous scellés. Il a également présenté une demande pour que soit déterminé si B jouissait du privilège relatif aux indicateurs de police auprès de la SQ. Le juge des requêtes a conclu que B ne jouissait pas du statut d’indicateur.

Arrêt (les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et l’affaire est renvoyée pour réexamen.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Moldaver et Karakatsanis : Bien que le juge des requêtes ait reconnu qu’une promesse de confidentialité peut être soit expresse, soit implicite, il n’a entrepris aucune analyse pour déterminer si une promesse implicite aurait pu prendre naissance. Tout particulièrement, il a omis de tirer quelque conclusion que ce soit quant à la question de savoir si le transfert de B du premier corps policier à la SQ, la relation entre les deux corps policiers et les similitudes dans les relations qu’a entretenues B avec l’un et l’autre pourraient avoir mené une personne placée dans la position de cette dernière à avoir des motifs raisonnables de croire que le statut dont elle bénéficiait auprès du premier corps policier serait maintenu relativement à ses rapports avec le second corps policier.

L’hypothèse d’une promesse implicite de confidentialité ressort en l’espèce du lien entre le premier corps policier et la SQ et du fait que cette dernière a omis de préciser à B la nature de son statut. Les rapports de cette dernière avec la SQ découlent de ceux qu’elle entretenait, à titre d’indicateur anonyme, avec le premier corps policier, et les deux corps policiers ont traité avec B en collaborant au fil des ans. Ensuite, il est incontesté qu’on n’a jamais dit à B qu’elle cessait d’être un indicateur anonyme après le transfert de son dossier à la SQ. Cela s’avère, même si — fait également incontesté — elle a demandé à cette dernière à maintes reprises des précisions sur son statut.

B est entrée en contact avec le premier corps policier pour lui communiquer des renseignements relatifs à des crimes violents. On lui a promis que le privilège de l’indicateur s’appliquerait aux renseignements qu’elle

confidential information B had given to the first police force prior to the SQ's involvement.

Based on B's information, the two police forces worked together and dealt with B interchangeably. An SQ officer acknowledged that the first police force and the SQ were effectively operating together in respect of an investigation that developed around B's information. This interconnection is also reflected in a letter sent by an officer of the first police force, which acknowledges B's confidentiality with the first force and implies that that force believed that B had a similar status with the SQ.

In addition to the temporal and operational nexus between the two forces, B insistently asked what his status was and never received a clear answer. This may well have led someone in B's position to reasonably believe that his identity would be protected. While the SQ officers were adamant that they did not think of B as an informer, they do not appear to have shared this view with B. B was promised confidentiality by the first police force because his cooperation put his life at risk. The risk did not change when he was transferred to the SQ two days later and there is no doubt that the SQ knew of B's protected status with the first police force. At the very least, the SQ sent mixed signals to B concerning the confidentiality of his statements. The net effect of these mixed signals from the SQ on B's reasonable expectation of confidentiality must be decided at a new hearing.

The fact that one police force has granted informer status to an individual is not, on its own, a sufficient basis for a claim of informer privilege with another police force. However, given the nexus between the forces in handling B, and given the essential continuity of B's relationship with both, B may well have had reasonable grounds to believe that the protection promised by the first police force would continue with the ongoing flow of information that he was providing to the SQ.

Per Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): To decide this case, the concrete realities of it and the limits of appellate review must first be assessed. The realities

communiquerait à ce corps policier. Pour mener à bien ses enquêtes, la SQ a utilisé des renseignements confidentiels qui avaient été communiqués par B au premier corps policier avant que la SQ n'intervienne.

Sur la base des renseignements fournis par B, les deux corps policiers travaillaient de pair et traitaient indifféremment avec elle. Un agent de la SQ a reconnu que, dans les faits, les deux forces travaillaient de pair pour mener une enquête fondée sur les renseignements divulgués par B. Ces rapports étroits ressortent également d'une lettre adressée par un agent du premier corps policier à la SQ, dans laquelle il reconnaissait l'existence de la protection conférée par le premier corps policier à B et laissait entendre que son service de police croyait que cette dernière jouissait d'un statut semblable auprès de la SQ.

Outre le lien temporel et opérationnel entre les deux corps policiers, B a demandé à maintes reprises des précisions sur son statut sans jamais obtenir de réponse claire, ce qui aurait bien pu donner à une personne placée dans la situation de B des motifs raisonnables de croire que son identité serait protégée. Si les agents de la SQ ont nié catégoriquement avoir considéré B comme un indicateur, ils ne semblent pas l'avoir informée de leur point de vue. Le premier corps policier avait promis la confidentialité à B, parce que sa collaboration mettait sa vie en danger. Or, ce danger auquel elle s'exposait n'a pas disparu au moment du transfert de son dossier à la SQ deux jours plus tard et il ne fait aucun doute que les policiers de la SQ étaient au courant de la protection dont bénéficiait B auprès du premier corps policier. À tout le moins, la SQ a tenu un discours ambigu quant à la confidentialité des déclarations de B. L'effet réel sur l'attente raisonnable de B en matière d'anonymat de ce discours ambigu de la SQ doit être déterminé dans le cadre d'une nouvelle audience.

Le fait qu'un corps policier ait conféré le statut d'indicateur à quelqu'un ne suffit pas, à lui seul, pour justifier la prétention à l'existence du privilège de l'indicateur en ce qui a trait à ses rapports avec un autre corps policier. Or, compte tenu du lien entre les corps policiers dans leur traitement de B et de la continuité effective des rapports qu'elle a entretenus avec les deux corps policiers, elle aurait pu avoir des motifs raisonnables de croire que la protection promise par le premier corps policier continuerait de s'appliquer au fil de ses révélations continues à la SQ.

Les juges Rothstein et Cromwell (dissidents) : Pour trancher l'affaire, il faut en premier lieu évaluer le contexte des réalités concrètes dans lequel elle s'inscrit

are that the application judge expressly rejected B's evidence that his status as a confidential police informer was ever promised or even discussed. He further found that the police had done nothing that would permit B to understand that he was to become a confidential police informer. While it may in some rare cases be theoretically possible for a person to be both a Crown witness and a confidential police informer, it was not possible in B's situation. The application judge recognized this as does B's own counsel before this Court. The fact that the police have an obligation to protect a person has nothing to do with whether that person is a confidential police informer. Thus, there is nothing inconsistent with the police position that, on the one hand, they felt obliged to protect B and on the other, that B was not a confidential police informer.

Any implication that B inquired about his status as a police informer and was not given a straight answer is not supported by either the application judge's findings or by this record. In fact, the officers who testified on this issue repeatedly asserted that a conversation about B's status as a source or confidential informer simply never occurred. Indeed, none of the officers involved failed to give B a straight answer about whether he was a confidential source because there were no such discussions.

It is not open to an appellate court to reweigh the evidence in the record or to draw inferences from the evidence, which the application judge refused to draw, absent some clear and determinative error on the part of the judge. Thus, it is not open to this Court on appeal to draw any inference from this record that B inquired whether or not he was a source and did not receive a straight answer. Such an inference is not only contrary to the evidence that the application judge accepted but it is also contrary to the judge's express finding of fact that the SQ did nothing that could have led B to believe that he would become a confidential police source.

On the issue of alleged police promises of confidentiality, the application judge was alive to and expressly noted that there was inconsistency in the evidence. A review of the record shows that there was indeed inconsistency or confusion in the evidence about what was or was not confidential. Sorting this out is the job of the application judge, not of an appellate court. The

et les limites de la révision en appel. En réalité, le juge des requêtes a expressément rejeté le témoignage de B selon lequel on lui avait fait la promesse qu'elle jouirait du statut d'indicateur de police anonyme, voire qu'on en avait discuté avec elle. Il a également jugé que les policiers n'avaient rien fait qui aurait permis à B de croire qu'elle allait devenir indicateur de police anonyme. Même si, dans de rares cas, il peut être possible en théorie qu'une personne soit à la fois témoin pour le ministère public et indicateur de police anonyme, ce n'était pas possible dans la situation de B. Le juge des requêtes l'a reconnu, comme d'ailleurs le propre avocat de B devant la Cour. Le fait que la police ait l'obligation de protéger une personne n'a rien à voir avec celui de savoir si cette personne est un indicateur de police anonyme. Partant, il n'y a rien d'incompatible à ce que les policiers soutiennent, d'une part, qu'ils s'estimaient tenus de protéger B et, d'autre part, que celle-ci n'était pas un indicateur de police anonyme.

Toute supposition voulant que B ait posé des questions relativement à son statut d'indicateur de police et qu'elle n'ait pas eu droit à une réponse claire n'est étayée ni par les conclusions du juge des requêtes ni par le dossier. En fait, les policiers qui ont témoigné relativement à cette question ont affirmé à plusieurs reprises qu'il n'y a tout simplement pas eu de discussion quant au statut de la personne désignée B en tant que source ou indicateur anonyme. En effet, aucun des agents en cause n'a omis de donner une réponse claire à B quant à la question de savoir si elle était une source anonyme parce qu'il n'y a pas eu de discussions à ce sujet.

Une cour qui siège en appel n'est pas habilitée à soulever de nouveau les éléments de preuve au dossier et à tirer des inférences que n'a pas voulu tirer le juge des requêtes, à moins que celui-ci n'ait commis une erreur manifeste et déterminante. La Cour ne peut donc pas, en appel, tirer de ce dossier l'inférence que B a demandé si elle était une source et qu'elle n'a pas eu de réponse claire. Une telle inférence serait non seulement contraire à la preuve à laquelle le juge des requêtes a donné foi, mais aussi contraire à sa conclusion de fait expresse que la SQ n'a rien fait qui aurait pu inciter B à croire qu'elle deviendrait un indicateur de police anonyme.

Au sujet des promesses alléguées d'anonymat qui auraient été faites par les policiers, le juge des requêtes était conscient de l'existence de l'inconstance dans la preuve et il l'a expressément souligné. Un examen du dossier permet de constater qu'il y a effectivement eu un certain flou et de l'inconstance dans la preuve quant à la question de savoir ce qui était confidentiel et ce qui ne

judge did so and there is no basis to interfere with his findings.

The application judge did not fail to consider whether a promise of confidential informer status could be implicit in this case. Rather, the judge's factual findings and the record amply support the conclusion that he was careful to consider whether any promise was made implicitly as well as explicitly, even though B's evidence was solely to the effect that the SQ had made repeated explicit promises. This was the only basis for his professed belief that he had informer status.

The judge was alive to B's dealings with other police agencies. Having heard that evidence, however, he found as a fact that the evidence in the case required that B's dealings with the SQ be considered differently. The judge referred to several differences in support of this conclusion, which is amply supported by the evidence.

In light of the application judge's extensive findings, there is no evidence to support the view that there may have been some implicit promise in this case. In fact, this possibility is inconsistent with B's own clear and unequivocal evidence that the claim of informer privilege arose solely from alleged express promises, which the application judge concluded had never been made. Moreover, the judge accepted police evidence that there was never even any thought of making B a confidential informer and that they did nothing that could let B understand that he had that status. The judge also found that it was some years after B's initial dealings with the SQ that B started to claim the status of a confidential police informer. These findings leave no room for the imputed or implied promise theory.

Finally, the judge's conclusions that B actually knew that he did not have informer privilege and that B's claim of that status was an after-the-fact exercise of opportunism make irrelevant any possibility that some hypothetical person in B's circumstances might have thought that the promise was implicit. B knew he had no such promise and provided the information anyway. B was a disappointed suitor for a potentially lucrative co-operating witness contract and an opportunist, not a police informer.

l'était pas. C'était au juge des requêtes qu'il revenait de faire la lumière sur la question, pas à une cour siégeant en appel. Le juge l'a fait et il n'y a aucune raison de revenir sur ses conclusions.

Le juge des requêtes n'a pas omis d'examiner la question de l'existence ou non d'une promesse implicite quant au statut d'indicateur anonyme en l'espèce. Au contraire, ses constatations de fait et le dossier étaient amplement la conclusion qu'il a pris soin d'examiner si une promesse tant implicite qu'explicite avait été faite, même si le témoignage de B n'a fait état que de promesses explicites répétées de la SQ. C'était le seul fondement pour justifier sa croyance qu'elle avait le statut d'indicateur.

Le juge était au fait des rapports qu'entretenait B avec d'autres corps policiers. Or, au courant de cet élément du dossier, il a conclu à la nécessité de considérer différemment les rapports qu'elle entretenait avec la SQ. Il a fait état de plusieurs différences pour justifier cette conclusion qui est largement étayée par la preuve.

À la lumière des nombreuses constatations du juge des requêtes, le dossier ne permet pas de conclure à l'existence d'une promesse implicite en l'espèce. En fait, le témoignage de B, dont il ressort clairement que le privilège de l'indicateur qu'elle revendiquait n'aurait découlé que de promesses expresses qu'on lui aurait faites — des promesses dont le juge a conclu qu'elles n'avaient jamais existé —, dément cette possibilité. Qui plus est, le juge a ajouté foi aux dépositions des policiers selon lesquels ils n'avaient même jamais envisagé de faire de B un indicateur anonyme et n'avaient rien fait qui a pu inciter cette dernière à croire qu'elle avait ce statut. Le juge a aussi conclu que ce n'est que quelques années après que B ait échangé pour la première fois avec la SQ qu'elle a commencé à réclamer le statut d'indicateur de police anonyme. Ces constatations empêchent d'accorder quelque crédit que ce soit à la théorie de la promesse sous-entendue ou implicite.

Enfin, les conclusions du juge — selon lesquelles B savait en fait ne pas jouir du privilège de l'indicateur et avait invoqué ce statut après coup par opportunisme — permettent d'écarter, au motif qu'elle n'est pas pertinente, la possibilité qu'une personne imaginaire placée dans sa situation ait pu croire à une promesse implicite. B savait n'avoir reçu aucune telle promesse et a tout de même communiqué les renseignements. Elle est une soupirante déçue de ne pas avoir signé un contrat potentiellement lucratif de témoin repentini et une opportuniste, pas un indicateur de police.

In light of the record, there is no reason to interfere with the application judge's findings of fact. Nothing in this case, however, should be taken as undermining the importance of the police being clear with potential sources about their status; quite the contrary. Given the important role that informer status plays in the detection and prosecution of crime, courts must not undermine its effectiveness by condoning police actions that leave potential informers uncertain or confused as to their status. The application judge in this case was clearly alive to these concerns, as he ought to have been, and reached the conclusions he did after a careful and thorough review of all of the evidence. His decision should not be disturbed.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Attorney-General v. Briant* (1846), 15 M. & W. 169, 153 E.R. 808.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465; *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389.

APPEAL from a decision of the Quebec Superior Court (Gagnon J.), No. 200-01-134678-097, rendered on September 17, 2010. Appeal allowed, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

Guy Bertrand, for the appellant.

Jacques Casgrain and *Maxime Laganière*, for the respondent.

Louis Belleau, for the Others.

François Lacasse and *Nancy L. Irving*, for the interveners the Director of Public Prosecutions.

Vu le dossier, il n'y a pas lieu de modifier les conclusions de fait du juge des requêtes. Toutefois, rien ici ne doit prêter à une interprétation qui nie l'importance pour le policier d'indiquer clairement à une source éventuelle en quoi consiste son statut. Bien au contraire. Compte tenu du rôle important que joue le statut d'indicateur dans la détection des crimes et la poursuite de leurs auteurs, les tribunaux ne doivent pas miner son efficacité en sanctionnant l'action policière qui crée chez les indicateurs éventuels de l'incertitude ou de la confusion quant à leur statut. En l'espèce, le juge des requêtes était manifestement conscient de ces considérations, comme il se devait de l'être, et il a tiré ses conclusions à l'issue d'un examen attentif et approfondi de l'ensemble du dossier de preuve. Il n'y a donc pas lieu de modifier sa décision.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Attorney-General c. Briant* (1846), 15 M. & W. 169, 153 E.R. 808.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389.

POURVOI contre une décision de la Cour supérieure du Québec (le juge Gagnon), n° 200-01-134678-097, rendue le 17 septembre 2010. Pourvoi accueilli, les juges Rothstein et Cromwell sont dissidents.

Guy Bertrand, pour l'appelante.

Jacques Casgrain et *Maxime Laganière*, pour l'intimée.

Louis Belleau, pour les Autres.

François Lacasse et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Susan Magotiaux, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Anil K. Kapoor and *Lindsay L. Daviau*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

[1] ABELLA J. — This appeal involves an individual, “B”,¹ who was guaranteed confidentiality by one police force and then transferred to another. The second police force failed to answer B’s repeated questions about his status, nor did it at any time clarify what that status was. The disposition of this case rests on the consequences of the information vacuum created by the second police force and, in particular, on whether an inference could reasonably have been drawn that an implicit promise of confidentiality was made based on the nexus between the two police forces.

[2] The application judge held that B’s status as a confidential informant with one police force did not automatically make him a confidential informant for the other. The application judge also found that B lied about being expressly promised confidential informer status by the second police force. But the inquiry should not have ended there. What remained unanswered was whether, due to the interaction between the police forces and other police conduct, there was a nexus between the two police forces and, if so, whether B was implicitly promised that the confidentiality he enjoyed with one police force would continue to the other. The application judge accepted the testimony of officers in the second police force concerning their interactions with B. Significantly, that testimony

¹ B, whose identity is anonymous, is referred to in the masculine throughout these reasons. To further protect B’s identity, the name of the police force which granted him informer status, the names of the officers who dealt with him, and the dates of relevant meetings and conversations, have not been disclosed in these reasons.

Susan Magotiaux, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Anil K. Kapoor et *Lindsay L. Daviau*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

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

[1] LA JUGE ABELLA — Le présent pourvoi concerne une personne (« personne désignée B »)¹ à qui un service de police a garanti la confidentialité pour les renseignements qu’elle leur a relatés et dont le dossier a ultérieurement été transféré à un autre service. Ce second corps policier n’a pas répondu aux questions réitérées de cette personne sur son statut et n’a jamais précisé la nature de celui-ci. Le règlement de la présente affaire dépend des conséquences du vide informationnel créé par le second service de police et, en particulier, sur la possibilité qu’une inférence ait pu raisonnablement être tirée qu’une promesse implicite de confidentialité avait été faite en raison du lien entre les deux corps policiers.

[2] Le juge des requêtes a conclu que le statut d’indicateur anonyme dont jouissait la personne désignée B auprès d’un service de police ne lui conférerait pas automatiquement le même statut auprès de l’autre service. Le juge a également estimé que la personne désignée B avait menti en prétendant avoir reçu du second service de police la promesse expresse qu’elle aurait ce statut d’indicateur anonyme. Mais il n’aurait pas fallu en rester là. En effet, il restait à déterminer si, compte tenu de l’interaction entre les corps de police et de la conduite des policiers, il existait un lien entre ces forces policières et, le cas échéant, si la personne désignée B avait reçu une promesse implicite suivant laquelle la confidentialité dont elle jouissait auprès du premier service de police continuerait de s’appliquer auprès

¹ Pour protéger l’identité de la personne désignée B, le nom du corps de police qui lui a conféré le statut d’indicateur, les noms des policiers qui ont traité avec elle ainsi que les dates des rencontres et des conversations pertinentes n’ont pas été divulgués dans les présents motifs.

included acknowledgments that B repeatedly asked what his status was, and was never clearly told that he was *not* a police informer.

[3] The application judge concluded that B's status with each police force was to be treated differently. He never explained why. B placed himself at risk by providing the Sûreté du Québec ("SQ") with information leading to the investigation and prosecution of violent crime. I see an error in the application judge's failure to make *any* findings about whether the transfer, the relationship between the two police forces, and the similarities in B's relationships with both, could have led someone in B's position to believe, on reasonable grounds, that the status he had with the first police force would continue with the police force to which he was transferred.

[4] The record reveals that these are live issues. None of the application judge's findings address them, even accepting all of the findings delineated by Justice Cromwell. This, with respect, leaves a key question unanswered, namely, whether an implicit promise of confidentiality was made in these circumstances.

Background

[5] Motivated by fear for his safety and a desire for vengeance, B met with two officers of the first police force in order to give them information. B's information implicated a number of people who were involved in violent criminal activity and in which he admitted to having been involved as well. B was promised confidentiality and given an informant code in that police force's system. The police force then released B, but because the

du second. Le juge des requêtes a ajouté foi aux témoignages d'agents du second corps policier sur leurs rapports avec la personne désignée B. Or, fait important, selon ces derniers, la personne désignée B avait demandé des précisions sur son statut à maintes reprises, et jamais on ne lui a clairement indiqué qu'elle *n'était pas* un indicateur de police.

[3] Le juge des requêtes a conclu que le statut de la personne désignée B auprès de chaque corps policier devait être traité différemment. Il n'a jamais expliqué pourquoi. La personne désignée B a pris des risques en fournissant à la Sûreté du Québec (« SQ ») des renseignements qui ont mené à des enquêtes et à des poursuites relatives à des crimes violents. J'estime que le juge des requêtes a commis une erreur en omettant de tirer *quelque* conclusion *que ce soit* quant à la question de savoir si le transfert, la relation entre les deux corps policiers et les similitudes dans les relations qu'a entretenues la personne désignée B avec l'un et l'autre pourraient avoir mené une personne placée dans la position de cette dernière à avoir des motifs raisonnables de croire que le statut dont elle bénéficiait auprès du premier corps policier serait maintenu relativement à ses rapports avec le corps policier à qui son dossier avait été transféré.

[4] Le dossier révèle que ces questions sont toujours pendantes. Aucune des conclusions tirées par le juge des requêtes n'en traite, même si on accepte toutes les conclusions décrites par le juge Cromwell. Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime donc que cela laisse en suspens une question clé, soit celle de savoir si, dans les circonstances, il y a eu promesse implicite de confidentialité.

Les faits

[5] Inquiète pour sa propre sécurité et dans un esprit de vengeance, la personne désignée B a rencontré deux agents du premier corps policier, pour leur révéler des renseignements relativement à un bon nombre de personnes impliquées dans des crimes violents auxquels elle a admis avoir elle-même participé. Les agents de ce corps policier lui ont promis la confidentialité et attribué un code d'indicateur dans leur système. Ils l'ont ensuite

criminal activity was outside its authority, the force transmitted the information it got from B to the SQ.

[6] Two days later, B was transferred to the SQ and two SQ officers arrested him for his crimes. B continued to want to cooperate and to give information both about his crimes and his prior criminal activities. In the next several days, B made a number of statements to the SQ relating to them.

[7] B was given an informant code in the SQ's system and, for five years, continued to cooperate with the SQ. Most of B's declarations to the SQ were preceded by a statement promising him that the information he provided would not be used against him in a proceeding, except for perjury, but that charges could be brought against him if they were supported by independent evidence.

[8] During the course of those five years, B pleaded guilty to one of his violent crimes and was sentenced for it.

[9] At the end of the five years, the Crown ordered the SQ to redact B's name and any information that could identify him from all documents and to put those documents under seal. A few months later, two SQ officers went to the penitentiary to have B sign a document entitled [TRANSLATION] "Waiver of Informer Privilege" — a waiver of his right to invoke police informer privilege. He did not sign. Thereafter, B's name does not appear in any new documents, and was replaced with the word "source".

[10] The Crown brought an application to clarify B's status and determine if he benefitted from a police informer privilege that assured the

remise en liberté, mais, comme ce corps policier n'était pas compétent pour enquêter sur les activités criminelles en cause, ses agents ont transmis les renseignements obtenus à la SQ.

[6] Deux jours plus tard, la personne désignée B a été transférée à la SQ et deux agents de ce corps policier l'ont mis en état d'arrestation pour ses crimes. Elle était tout de même disposée à poursuivre sa collaboration et à divulguer son passé criminel. Au cours des jours qui ont suivi, elle a révélé à cet égard de nombreux renseignements aux agents de la SQ.

[7] La personne désignée B s'est vu attribuer un code d'indicateur de la SQ et, durant cinq ans, elle a poursuivi sa collaboration avec cette dernière. La plupart de ses déclarations à ce service de police étaient précédées de la promesse que les renseignements fournis ne serviraient pas à la poursuivre, sauf pour parjure, à cette condition près que des accusations reposant sur d'autres éléments de preuve pourraient être portées contre elle.

[8] Durant ces cinq années, la personne désignée B a plaidé coupable quant à un des crimes violents qu'elle avait commis et s'est vu infliger une peine à cet égard.

[9] Au terme des cinq ans, le ministère public a ordonné à la SQ de caviarder le nom de la personne désignée B et tout renseignement susceptible de révéler son identité dans l'ensemble des documents et de mettre ces derniers sous scellés. Quelques mois plus tard, deux agents de la SQ se sont présentés au pénitencier pour faire signer à la personne désignée B une « Renonciation au bénéfice du privilège d'informateur » — une renonciation à son droit d'invoquer le privilège d'indicateur de police. Elle a refusé de signer. Par la suite, le nom de la personne désignée B n'a plus figuré dans les nouveaux documents, qui l'identifient plutôt par le vocable « source ».

[10] Le ministère public a présenté une demande pour que soit clarifié le statut de la personne désignée B et que soit déterminé si elle jouissait

confidentiality of his identity. The hearing took place in closed session, with documents under seal.

[11] At the hearing, B testified that he was told by the SQ on several occasions that he was an informer. He relied on the fact that he was attributed an informant code by the SQ, that he was asked to sign a “Waiver of Informer Privilege”, and that he was identified as a “source” in any documents created after the Crown requested the general redaction. For its part, the Crown argued that the SQ expected B to become a cooperating witness; that B was told on many occasions that his statements could be used against him; that B’s identity was not concealed by the SQ in documents and statements prior to the sealing of the documents; and that the police had made limited disclosure of one of B’s statements on one occasion. The Crown suggested that this was inconsistent with B’s testimony that he had been promised that his identity would remain protected.

[12] The application judge found that the first police force’s officers had promised to keep B’s identity confidential in exchange for the information he provided. All of B’s statements to that police force, therefore, were protected by informer privilege. This is not contested by any of the parties.

[13] The application judge concluded, however, that [TRANSLATION] “[t]he evidence requires that [B’s] situation be viewed differently depending on whether information was being disclosed to the [first police force] or to investigators from the Sûreté du Québec”. As to B’s status with the SQ, the application judge saw the evidence as presenting “two diametrically opposed versions” of events. The application judge rejected B’s evidence that the SQ had expressly told him that he was a confidential informer, and accepted the SQ’s denial that any such promise was made.

du privilège relatif aux indicateurs de police lui assurant l’anonymat. L’audience s’est déroulée à huis clos et avec des documents tous sous scellés.

[11] À l’audience, la personne désignée B a affirmé que des agents de la SQ l’avaient assuré à plusieurs reprises qu’elle était un indicateur. Elle a invoqué le code d’indicateur attribué par la SQ, la demande qui lui a été faite de signer la « Renonciation au bénéfice du privilège d’informateur » de police et le fait qu’elle était identifiée par le mot « source » dans tous les documents créés après que le ministère public avait demandé le caviardage de l’ensemble des documents. Pour sa part, le ministère public a fait valoir que la SQ s’attendait de la personne désignée B qu’elle devienne un témoin repent, que cette personne avait été avertie à de nombreuses reprises que ses déclarations pourraient servir à l’incriminer, que la SQ n’avait pas protégé son identité dans les documents et déclarations produits avant que les documents ne soient mis sous scellés et que le service de police avait fait une divulgation partielle d’une des déclarations de la personne désignée B à une occasion. Le ministère public a laissé entendre que ces éléments contredisaient le témoignage de cette dernière selon lequel on lui avait promis l’anonymat.

[12] De l’avis du juge des requêtes, les agents du premier corps policier s’étaient engagés à protéger l’identité de la personne désignée B en échange des renseignements qu’elle leur a divulgués. Partant, toutes les déclarations de la personne désignée B au premier corps policier étaient protégées en vertu du privilège de l’indicateur. Cette conclusion n’est pas contestée par les parties.

[13] En revanche, le juge des requêtes a conclu que « [l]a preuve exige de considérer différemment la situation de [la personne désignée B] selon qu’elle communique des renseignements [au premier corps policier] ou aux enquêteurs de la Sûreté du Québec ». Quant au statut de la personne désignée B auprès de la SQ, il a observé que la preuve faisait état de « deux versions diamétralement opposées ». Il a rejeté le témoignage de la personne désignée B, selon qui des agents de la SQ lui auraient affirmé expressément qu’elle était un indicateur anonyme, et a ajouté foi à celui des agents de la SQ niant l’existence d’une telle promesse.

[14] While he noted that it was [TRANSLATION] “odd” that the police would ask a person to renounce his right to invoke police informer privilege if it had never been offered in the first place, the application judge nonetheless ultimately accepted the testimony of the Crown’s witnesses and found that B’s testimony was not credible. He therefore concluded that B had never been promised police informer status by the SQ in exchange for his statements.

[15] But the application judge undertook no analysis into whether the promise was implicit in the circumstances because of the nexus between the first police force, who had expressly granted B informer status, and the SQ, to whom the first force immediately transferred B because they lacked jurisdiction over the crimes he was describing. That oversight was based on the application judge’s conclusion that B’s relationships with the first police force and the SQ had to be treated differently. The application judge therefore ignored B’s relationship with the first force entirely when assessing his status *vis-à-vis* the SQ.

[16] The application judge never explained why the two forces had to be treated differently, nor did he make any findings related to the issue. Instead, his analysis unfolded based on this unexplored assumption. Yet B only became involved with the SQ due to his collaboration with the first police force as a confidential informer. The failure to consider this nexus, in my respectful view, meant that the application judge did not consider whether the police conduct gave rise to an implicit promise of protected status. In other words, would the police conduct have led someone in B’s position to believe, on reasonable grounds, that his protected status would continue when he and his information were transferred to the SQ?

[14] Qualifiant d’« insolite » le fait que des policiers demandent à une personne de renoncer à un privilège s’il ne lui avait jamais été offert, le juge des requêtes a néanmoins ajouté foi à la déposition des témoins du ministère public et rejeté celle de la personne désignée B, l’estimant non crédible. Par conséquent, il a conclu que la SQ n’avait jamais promis à cette personne le statut d’indicateur de police en échange de ses révélations.

[15] Par ailleurs, le juge des requêtes n’a pas analysé la question de savoir si la promesse avait été implicite dans les circonstances en raison du lien entre le premier corps policier — qui avait expressément consenti à la personne désignée B le statut d’indicateur — et la SQ, à qui le premier corps policier a immédiatement transféré le dossier faute d’avoir la compétence quant aux crimes qu’elle décrivait. C’est parce qu’il était arrivé à la conclusion qu’il fallait traiter différemment les rapports que la personne désignée B entretenait avec le premier corps policier d’une part et la SQ d’autre part que le juge des requêtes a fait l’impasse sur cette question. En effet, il n’a pas du tout tenu compte de la relation qu’avait la personne désignée B avec le premier corps policier lorsqu’il a examiné le statut qu’elle avait dans ses rapports avec la SQ.

[16] Le juge des requêtes n’a jamais expliqué pourquoi les deux forces policières devaient être traitées différemment. Il n’a pas non plus tiré de conclusion relativement à la question. Il a plutôt articulé son analyse en se fondant sur cette hypothèse inexplorée. Or, la personne désignée B n’est entrée en relation avec la SQ qu’en raison de sa collaboration avec le premier corps policier à titre d’indicateur anonyme. Avec tout le respect que je dois au juge des requêtes, j’estime que, en omettant de tenir compte de ce lien, il ne s’est pas demandé si une promesse implicite de confidentialité avait découlé de la conduite des policiers. Autrement dit, un individu dans la situation de la personne désignée B aurait-il eu des motifs raisonnables d’inférer de la conduite des policiers que la protection dont il jouissait auprès du premier corps policier survivrait au transfert à la SQ de son dossier et des renseignements qu’il avait révélés?

[17] I would set aside the application judge's order and direct that a new hearing take place to determine B's status in light of the nexus between the police forces.

Analysis

[18] In *R. v. Barros*, [2011] 3 S.C.R. 368, this Court held that "not everybody who provides information to the police thereby becomes a confidential informant" (para. 31). The Court was clear, however, that "the promise [of protection and confidentiality] need not be express [and] may be implicit in the circumstances" (para. 31, citing *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60). The legal question is whether, objectively, an implicit promise of confidentiality can be inferred from the circumstances. In other words, would the police conduct have led a person in the shoes of the potential informer to believe, on reasonable grounds, that his or her identity would be protected? Related to this, is there evidence from which it can reasonably be inferred that the potential informer believed that informer status was being or had been bestowed on him or her? An implicit promise of informer privilege may arise even if the police did not intend to confer that status or consider the person an informer, so long as the police conduct in all the circumstances could have created reasonable expectations of confidentiality.

[19] The application judge recognized that the promise of confidentiality could be either explicit or implicit, but he undertook no analysis into whether an implicit promise could have been inferred from the circumstances of the relationship between the two police forces. In fairness, a theory based on an implicit promise of confidentiality was not specifically argued before the application judge. The arguments before him centred on B's claims that SQ officers had *expressly* and repeatedly told him that his identity would remain confidential, which the officers denied. Once the application judge found against B on that point, he effectively overlooked

[17] Je suis d'avis d'annuler la décision du juge des requêtes et d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience pour que soit défini le statut de la personne désignée B, compte tenu du lien entre les corps policiers.

Analyse

[18] Dans *R. c. Barros*, [2011] 3 R.C.S. 368, la Cour a conclu que « les individus qui fournissent des renseignements à la police n'en deviennent pas tous des indicateurs confidentiels » (par. 31). Toutefois, elle a précisé « qu'il n'est pas nécessaire que la promesse [de protection et de confidentialité] soit explicite [et] peut être implicite selon les circonstances » (par. 31, citant *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60). La question de droit qui se pose est donc celle de savoir si, en toute objectivité, on peut inférer des circonstances l'existence d'une promesse implicite de confidentialité. En d'autres mots, la conduite des policiers aurait-elle pu donner à quelqu'un dans la situation de l'indicateur potentiel des motifs raisonnables de croire que son identité serait protégée? Dans le même ordre d'idées, pourrait-on raisonnablement déduire de la preuve que l'indicateur potentiel croyait que le statut d'indicateur lui était conféré ou lui avait été conféré? Il peut y avoir promesse implicite relative au privilège de l'indicateur même lorsque la police n'a pas l'intention d'attribuer ce statut ou de considérer la personne comme un indicateur, dès lors que la conduite des policiers dans l'ensemble des circonstances aurait pu donner lieu à une attente raisonnable en matière de confidentialité.

[19] Le juge des requêtes a reconnu qu'une promesse de confidentialité peut être soit expresse, soit implicite, mais il n'a entrepris aucune analyse pour déterminer si une promesse implicite aurait pu résulter des circonstances entourant les rapports de la personne désignée B avec les deux corps policiers. En toute justice pour le juge, l'hypothèse de la promesse implicite de confidentialité n'a pas été plaidée devant lui. Les arguments soulevés portaient plutôt sur les affirmations de la personne désignée B selon qui des agents de la SQ lui avaient assuré, *expressément* et à maintes reprises, que son identité serait protégée, ce qu'ont nié les

the possibility that the police conduct, even in the absence of any express statements, could have amounted to an implicit promise of confidentiality.

[20] Justice Cromwell states that there is no live issue as to whether B received an *implicit* promise of confidentiality, because the application judge effectively found that B *knew* that he did not have informant status with the SQ. With respect, those were not the application judge's findings. I agree that if there had been a finding that B actually knew that he did not have informant status, the inquiry would end there. But there was no such finding. What the application judge did was to reject B's claims that the SQ *expressly promised him* confidential informer status. He invoked B's [TRANSLATION] "doubtful credibility . . . and . . . obvious opportunism". In other words, the application judge found that B lied in saying that the SQ officers expressly promised him confidentiality in order to bolster his claim. That does not, however, amount to a finding that B knew all along that he did not benefit from confidentiality with the SQ.

[21] Similarly, B's failure to testify about an implicit promise does not necessarily mean that no such promise was made or that he knew that informer status had been withheld. While B may have been found not to be credible about receiving *explicit* promises of confidentiality, the evidence in the record of a nexus between the police forces leaves open the possibility of an implicit promise. B's "obvious opportunism" and lack of credibility do not, in the circumstances of this case, close the door to finding an *implicit* promise of confidentiality, nor do they dispense with the need for the application judge to examine the nexus between the investigations and determine whether it gave rise to such a promise. It is hard to speculate what the application judge's findings *might have been* had he specifically turned his mind to the issue.

agents. Ayant donné tort à la personne désignée B à ce sujet, le juge des requêtes n'a, en effet, pas envisagé la possibilité qu'une promesse implicite de confidentialité ait pu découler de la conduite des policiers, même sans déclaration expresse à cet effet.

[20] Selon le juge Cromwell, la question de la promesse *implicite* de confidentialité ne se pose pas, puisque le juge des requêtes est arrivé à la conclusion, au vu des faits, que la personne désignée B *savait* qu'elle ne bénéficiait pas du statut d'indicateur auprès de la SQ. Sauf le respect que je dois à mon collègue, telle n'était pas la conclusion du juge. Je conviens que pareille conclusion mettrait fin à l'analyse. Cela dit, le juge n'a jamais tiré de telle conclusion. Il a rejeté les prétentions de la personne désignée B voulant que la SQ *lui aurait expressément promis* qu'elle aurait le statut d'indicateur anonyme. Il a invoqué sa « crédibilité douteuse [. . .] et [. . .] son opportunisme évident ». Autrement dit, le juge des requêtes a conclu que, pour soutenir sa prétention, la personne désignée B a menti lorsqu'elle a affirmé que les agents de la SQ lui ont expressément promis la confidentialité. Cela n'équivaut toutefois pas à une conclusion selon laquelle la personne désignée B savait depuis le début qu'elle ne jouissait pas de cette protection quant à ses rapports avec la SQ.

[21] De même, le fait que la personne désignée B n'ait pas témoigné quant à une promesse implicite ne signifie pas nécessairement qu'une telle promesse n'a pas été faite ou qu'elle savait que le statut d'indicateur lui avait été refusé. Si la personne désignée B a pu être jugée non crédible lorsqu'elle a affirmé avoir reçu une promesse *explicite* d'anonymat, l'existence possible d'une promesse implicite reste plausible compte tenu de la preuve au dossier qui fait état d'un lien entre les corps policiers. L'« opportunisme évident » de la personne désignée B et son manque de crédibilité n'empêchent pas, dans les circonstances du présent dossier, de conclure qu'il y a eu une promesse *implicite* de confidentialité ni ne dispensent le juge des requêtes d'examiner le lien qui existe entre les enquêtes et de déterminer s'il a donné lieu à une telle promesse. On peut difficilement avancer des hypothèses sur les conclusions que le juge *aurait pu* émettre à ce sujet s'il s'y était attaché.

[22] For me, the possibility of an implied promise of confidentiality emerges from this record based on the nexus between the first police force and the SQ, and the SQ's failure to clarify to B what his status was. First, B's interactions with the SQ originated in his relationship as a confidential informant with the first police force and the two police forces cooperated in handling B over the following years. In addition, the evidence is undisputed that no one ever told B that he *ceased* to be a confidential informant when he was transferred to the SQ, even though it is also undisputed that he repeatedly asked the SQ to clarify his status.

[23] The key issue is the nexus between the police forces. B advanced the argument that all police forces are "indivisible" with respect to police informer privilege such that, where one police force extends a promise of confidentiality to an informer, that status will continue to attach to the person when he or she is transferred to another force. I see no need for such a blunt "indivisibility" rule. The fact that one police force has granted informer status to an individual is not, on its own, a sufficient basis for a claim of informer privilege with another police force.

[24] This is not to say that B's transfer from one police force to another is irrelevant to whether B had reason to believe that he had been given informer privilege by the SQ. Given the interactions between the two police forces in handling B, and given the essential continuity of B's relationship with both forces, in my view B may have had reasonable grounds to believe that the protection promised by the first police force would continue with the ongoing flow of information that he was providing to the SQ.

[22] À mon avis, l'hypothèse d'une promesse implicite de confidentialité ressort en l'espèce du lien entre le premier corps policier et la SQ et du fait que cette dernière a omis de préciser à la personne désignée B la nature de son statut. D'abord, les rapports de cette dernière avec la SQ découlent de ceux qu'elle entretenait, à titre d'indicateur anonyme, avec le premier corps policier, et les deux corps policiers ont traité avec cette personne en collaborant au fil des ans. Ensuite, il est incontesté qu'on n'a jamais dit à la personne désignée B qu'elle *cessait* d'être un indicateur anonyme après le transfert de son dossier à la SQ. Cela s'avère, même si — fait également incontesté — elle a demandé à cette dernière à maintes reprises des précisions sur son statut.

[23] La question principale porte sur le lien entre les corps policiers. La personne désignée B fait valoir l'argument selon lequel, eu égard au privilège de l'indicateur, les corps policiers forment une entité « indivisible » de sorte que la confidentialité promise par un à une personne dont le dossier est par la suite transféré à un autre continue de s'appliquer. Il ne me semble pas nécessaire d'adopter un principe d'« indivisibilité » à ce point radical. Le fait qu'un corps policier ait conféré le statut d'indicateur à quelqu'un ne suffit pas, à lui seul, pour justifier la prétention à l'existence du privilège de l'indicateur en ce qui a trait à ses rapports avec un autre corps policier.

[24] Il ne faut pas en conclure pour autant que le transfert de la personne désignée B d'un service de police à un autre ne joue aucunement pour déterminer si cette personne avait des motifs de croire qu'elle s'était vu octroyer le privilège de l'indicateur par la SQ. Compte tenu des interactions entre les deux corps policiers dans leur traitement de la personne désignée B et de la continuité effective des rapports qu'elle a entretenus avec les deux corps policiers, elle aurait pu avoir, à mon avis, des motifs raisonnables de croire que la protection promise par le premier corps policier continuerait de s'appliquer au fil de ses révélations continues à la SQ.

[25] B approached the first police force in order to provide information about violent crimes. He was promised informer privilege with respect to the information that he provided to that force from their initial meeting onwards. One of the two officers who had been at that meeting explained that he perceived a strong need for confidentiality as of that first meeting, given the risk to B's safety and the sensitive information he was providing concerning serious criminal activity:

[TRANSLATION] We can't afford to put [his] safety at risk. One thing that's absolutely certain is that we wouldn't have time to, as we say, . . . "code" [him] at that time; there's a coding procedure and all that. But in our minds, everything Named Person B told us . . . went into a classified file to protect [his] . . . shall we say, secrets.

. . . everything that was said . . . [h]ad to remain highly confidential, and there was evidence there that related to past investigations, [violent crimes]. We couldn't afford to . . . we couldn't give it a low classification. It had to be given a high classification . . .

[26] In its investigations, the SQ used confidential information B had given to the first police force during their initial meetings, prior to the SQ's involvement. Significantly, that information was *unrelated* to the charges against B, and included a list of individuals involved in violent criminal activity. In other words, while it is true that the SQ arrested B for a violent crime that he committed, the SQ treated B as much more than merely a suspect in a serious crime. B was expected, and in fact continued to provide the SQ with information about violent criminal activity, just as he had done with the first police force.

[25] La personne désignée B est entrée en contact avec le premier corps policier pour lui communiquer des renseignements relatifs à des crimes violents. On lui a promis que le privilège de l'indicateur s'appliquerait aux renseignements qu'elle communiquerait au premier corps policier à compter de leur rencontre initiale. Un des deux agents qui étaient présents à cette rencontre a saisi, dès la première rencontre, l'importance de la confidentialité, étant donné le risque que courait la personne désignée B et la nature sensible des renseignements qu'elle communiquait au sujet d'activités criminelles graves. Pour reprendre ses propos :

On ne peut pas se permettre de mettre sa sécurité en jeu. C'est sûr et certain qu'on n'aurait pas le temps voulu pour, comme on dit, [. . .] coder [la personne désignée B] là; il y a une procédure de codification tout ça, mais dans notre tête à nous autres, tout ce que la personne désignée B nous avait dit, [. . .] rentraient dans un dossier classé pour protéger ses [. . .] autrement dit, secrets.

. . . tout ce qui avait été dit [. . .] [f]allait que ça demeure hautement confidentiel, puis il y avait des éléments là qui impliquaient des enquêtes passées, des [crimes violents], on ne pouvait pas se permettre de [. . .] on ne pouvait pas classer ça à la légère, il fallait que ce soit hautement classifié . . .

[26] Pour mener à bien ses enquêtes, la SQ a utilisé des renseignements confidentiels qui avaient été communiqués par la personne désignée B au premier corps policier durant leur rencontre initiale, avant que la SQ n'intervienne. Fait important, ces renseignements *ne concernaient pas* les accusations portées contre la personne désignée B et comportaient notamment une liste de personnes impliquées dans des activités criminelles violentes. Autrement dit, la SQ a certes arrêté la personne désignée B pour un crime violent, mais le traitement qu'elle lui a réservé révèle qu'elle la tenait pour bien plus qu'un simple suspect dans un crime grave. La SQ s'attendait de la part de la personne désignée B qu'elle continue de lui fournir des renseignements sur des activités criminelles violentes, ce qu'elle a effectivement continué de faire, comme elle l'avait fait pour le premier corps policier.

[27] There is no doubt that the SQ knew of B's protected status with the first police force. One of the SQ officers who arrested B acknowledged that when the SQ picked B up, they knew that B had provided [TRANSLATION] "a lot of information" to the first police force, that B wanted to cooperate by providing information, that he was "protected" by that other force, and that the SQ would have to continue to protect him:

[TRANSLATION] Well, we knew from the beginning that Named Person B wanted to give information, there was no secret about it, and when we took charge of Named Person B, it was because the [first police force] told us [he] was implicated in [violent criminal activity, for which] the Sûreté du Québec [was] responsible. . . . So we met [him] as a [violent crime] suspect, but *we knew that this person . . . wanted to co-operate with the Sûreté. We knew that [he]’d given information to the [first police force]. We knew that this was a person who was protected by the [first police force]. We knew that we were the ones who would continue to protect [him]. So, we were in a sense [his] controllers.* [Emphasis added.]

[28] Another SQ officer who had dealt with B from the beginning acknowledged that he knew that B was coded as a "source" by the other police force when he first talked to him upon his transfer from that force. The exchange at the hearing was as follows:

[TRANSLATION]

Q Was [he] already classified as a "source" by the Quebec police?

. . . .

A I would say, to the best of my knowledge, I would say no.

. . . .

Q Did you know that [he] had been one for the [first police force] or that [he] still was one for the [first police force]?

A A "source" for the [first police force]?

[27] Il ne fait aucun doute que les policiers de la SQ étaient au courant de la protection dont bénéficiait la personne désignée B auprès du premier corps policier. En effet, selon un des agents de la SQ, lors de l'arrestation de celle-ci, la SQ savait déjà que cette personne avait fourni « beaucoup d'informations » au premier corps policier, qu'elle était prête à collaborer en communiquant d'autres renseignements, qu'elle était « protégée » par cet autre corps policier et que la SQ allait devoir continuer d'assurer sa protection :

Bien, nous autres, on sait dès le début que la personne désignée B veut donner de l'information là, il n'y a pas de secret pour ça, puis quand on prend charge de la personne désignée B, c'est parce que [le premier corps policier] nous dit qu'elle est impliquée dans des [activités criminelles violentes]. [Ces activités], c'est la Sûreté du Québec qui s'occupe de ça au Québec. Ça fait qu'on la rencontre comme suspect [dans un crime grave], mais *on sait que cette personne-là [. . .] veut collaborer à la Sûreté, on sait qu'elle a donné de l'information au [premier corps policier], on sait que c'est une personne qui est protégée par le [premier corps policier], on sait que c'est nous autres qui va continuer à la protéger. Donc, on est un peu ses contrôleurs.* [Italiques ajoutés.]

[28] À l'audience, un autre agent de la SQ qui avait traité avec la personne désignée B depuis le début a reconnu avoir su, dès son premier entretien avec elle au moment de son transfert, que le premier corps policier lui avait attribué un code à titre de « source ». Voici la transcription de l'échange :

Q Est-ce que déjà à la police de Québec, elle était classée comme une « source »?

. . . .

R Moi, je vous dirais, qu'à ma connaissance, je vous dirais que non.

. . . .

Q Saviez-vous qu'elle l'avait été par le [premier corps policier] ou qu'elle l'était toujours ensuite auprès du [premier corps policier]?

R « Source » [du premier corps policier]?

Q Yeah.

A *It'd been coded that way . . .* [Emphasis added.]

[29] Notes taken two years after B's arrest by an officer of the first police force following a conversation with an SQ officer (introduced as fresh evidence), confirm that the first police force put the SQ on notice that B benefitted from confidentiality:

[TRANSLATION]

[The SQ officer and I] discussed [B] and the information that source had given [the two officers of the first police force who first met with B].

Informer privilege was discussed. On this subject, I said that [B] had the privilege because [he] had given the information as a source and [he] had an expectation of confidentiality.

I told [the SQ officer] that in my opinion, though I'm not a lawyer, if the information is confidential and if it is included in [any document], it should be redacted. To be confirmed with a lawyer.

[30] For five years, B continued to provide the SQ with wide-ranging information dealing with violent crimes. SQ officers kept going back to him as a source, and his information led to the investigation and prosecution of many other crimes.

[31] During the years when he was being questioned, B knew that he was being dealt with interchangeably by both police forces. At various points, he stayed under the first police force's guard or at that force's premises and was picked up there by SQ officers. On at least three occasions, an officer of the first force met with B along with SQ officers.

[32] At the hearing, an SQ officer acknowledged that the first police force and the SQ were effectively

Q Ouais.

R *Ç'avait été codé comme ça . . .* [Italiques ajoutés.]

[29] Des notes — prises deux ans après l'arrestation de la personne désignée B par un agent du premier corps policier à la suite d'une conversation avec un agent de la SQ (et déposées à titre de nouvelle preuve) — confirment que le premier corps policier avait informé la SQ du privilège dont bénéficiait la personne désignée B :

Nous [l'agent de la SQ et moi] parlons de la source [B] et les informations que cette source a donné [sic] [aux deux agents du premier corps policier qui ont été les premiers à la rencontrer].

Il est question du privilège de l'informateur. À ce sujet, je dis que [la personne désignée B] jouit du privilège parce qu'[elle] a donné ces informations à titre de source et [elle] avait une expectative de confidentialité.

Je dis à [l'agent de la SQ] que selon moi bien que je ne suis [sic] pas avocat, si les informations sont confidentielles et si elles se retrouvent dans [un document], ces informations se devront d'être élagués [sic]. À confirmer avec un avocat.

[30] Durant cinq ans, la personne désignée B a continué de fournir à la SQ d'amples renseignements sur des crimes violents. Les agents de la SQ ne cessaient de la solliciter à titre de source de renseignements, et ses révélations leur ont permis de mener des enquêtes et d'intenter des poursuites relativement à de nombreux autres crimes.

[31] Au cours des années durant lesquelles elle a collaboré, la personne désignée B savait qu'elle faisait affaire tantôt avec un corps policier, tantôt avec l'autre. À quelques reprises, elle se trouvait sous la garde du premier corps policier, ou dans les locaux de cette force, et des agents de la SQ venaient l'y chercher. De plus, à au moins trois occasions, un agent du premier corps policier s'est entretenu avec la personne désignée B en présence d'agents de la SQ.

[32] À l'audience, un agent de la SQ a reconnu que, dans les faits, les deux forces travaillaient de

operating together in respect of an investigation that developed around B's information. In order to show his good faith, B had surrendered various items to the SQ, including thousands of dollars. The SQ turned the money over to the first police force. When asked why the SQ turned the money over to that force, the SQ officer noted that [TRANSLATION] "[the first force] was on the case, was . . . participating in the case". He referred to the joint handling of B as "a sort of interorganizational project".

[33] This interconnection is also reflected in a letter sent by an officer of the first police force to the SQ with respect to the money, which acknowledges B's confidentiality with the first force and implies that that force believed that B had a similar status with the SQ. The officer asked the SQ to return the money to B because the only evidence that the money was the proceeds of crime was given by B to the SQ under a promise that it would not be used against him. He indicated that

[TRANSLATION] given the status of [B] with the Sûreté du Québec and the [first police force], and given *our obligation to keep this status confidential*, we have been unable to gather any other evidence that could be used. [Emphasis added.]

[34] In other words, the relationship between B and the SQ was not only connected to the first police force in an ongoing way, it was not significantly different from that between B and the first force. Both police forces warned him that he would receive no immunity in respect of his own criminal acts, and both forces expected him to become a cooperating witness in other cases. Based on B's information, the two police forces worked together and dealt with B interchangeably.

pair pour mener une enquête fondée sur les renseignements divulgués par la personne désignée B. Pour démontrer sa bonne foi, cette dernière a remis à la SQ divers objets, y compris des milliers de dollars. La SQ a confié l'argent au premier corps policier. À la question de savoir pourquoi la SQ avait procédé ainsi, l'agent de la SQ a fait remarquer que « [le premier corps policier] était au dossier, [. . .] participait au dossier ». Il a qualifié leurs rapports concomitants avec la personne désignée B de « genre de projet entre organisations ».

[33] Ces rapports étroits ressortent également d'une lettre adressée par un agent du premier corps policier à la SQ au sujet de l'argent remis, dans laquelle il reconnaissait l'existence de la protection conférée par le premier corps policier à la personne désignée B et laissait entendre que son service de police croyait que cette dernière jouissait d'un statut semblable auprès de la SQ. L'agent avait demandé à la SQ de rendre l'argent à la personne désignée B, car le seul élément prouvant l'origine criminelle des fonds émanait d'elle-même, qui l'avait divulgué à la SQ en échange d'une promesse qu'il ne servirait pas à l'incriminer. L'agent auteur de la lettre a indiqué que

compte tenu du statut de [la personne désignée B] à l'égard de la Sûreté du Québec et [du premier corps policier], et de *notre obligation de garder confidentiel ce statut*, nous n'avons pu recueillir aucun élément de preuve qui aurait pu être utilisé. [Italiques ajoutés.]

[34] Autrement dit, non seulement les rapports de la personne désignée B avec la SQ ont-ils continuellement fait intervenir le premier corps policier, mais ils ne différaient pas sensiblement de ceux qu'elle entretenait avec ce dernier. Les deux services de police l'ont avertie qu'elle ne bénéficierait d'aucune immunité à l'égard des crimes qu'elle avait elle-même commis et s'attendaient qu'elle devienne un témoin repentir par rapport à d'autres causes. Sur la base des renseignements fournis par la personne désignée B, les deux corps policiers travaillaient de pair et traitaient indifféremment avec elle.

[35] This evidence of a close connection between the first police force and the SQ establishes a foundation upon which someone in B's position may reasonably have seen himself as being part of a joint, ongoing operation between the two police forces: the first force had given him an express promise of informer privilege, and the SQ, to whom he was transferred consensually for jurisdictional reasons, took advantage of the relationship and information that flowed from this protection.

[36] In addition to the temporal and operational nexus between the two forces, the evidence is undisputed that B insistently asked what his status was and never received a clear answer. An SQ officer who had dealt with B since his arrest testified that around the time of his transfer to the SQ, B [TRANSLATION] "was worried about what was going to happen to [him]", and that he was "deeply concerned" about this. It was a source of stress for B, who was "extremely afraid" that he would be killed. Another SQ officer testified that B was asking about his status two years after his transfer. The application judge found that B was still asking about his status two years after that.

[37] The SQ's conduct in failing to clarify B's status to him despite being repeatedly asked to do so, may well have led someone in B's position to reasonably believe that his identity would be protected. It bears emphasizing that no one ever told B that he was *not* a confidential informant with the SQ. One of the SQ officers who arrested B, for instance, testified that he did not discuss B's status with him when he first took B into SQ custody, because B had already "started the process" with the first police force:

[35] Cette preuve d'un lien étroit entre le premier corps policier et la SQ aurait pu donner à une personne placée dans la situation de la personne désignée B des motifs raisonnables de croire qu'elle participait à une opération conjointe et continue des deux forces policières : le premier corps policier lui avait promis expressément qu'elle jouirait du privilège de l'indicateur et la SQ — à qui son dossier a été transféré avec son consentement pour des raisons de ressort — a bénéficié de ces rapports protégés et des renseignements découlant de cette protection.

[36] Outre le lien temporel et opérationnel entre les deux corps policiers, la preuve, non contredite à cet égard, démontre que la personne désignée B demandé à maintes reprises des précisions sur son statut sans jamais obtenir de réponse claire. Selon un agent de la SQ qui a traité avec la personne désignée B dès l'arrestation de cette dernière, à l'époque de son transfert à la SQ, elle s'inquiétait de « savoir qu'est-ce qui va arriver avec elle », et cette situation lui causait « une grosse préoccupation » et du stress, car elle avait « extrêmement peur » de mourir. Un autre agent de la SQ a affirmé que la personne désignée B s'était enquis de son statut deux ans après son transfert. Le juge des requêtes a déterminé qu'elle s'en enquêrait toujours deux ans plus tard.

[37] La conduite des agents de la SQ, qui n'ont pas donné d'éclaircissement à la personne désignée B quant à son statut, et ce, malgré ses demandes réitérées à cet égard, aurait bien pu donner à un individu dans la situation de cette dernière des motifs raisonnables de croire que son identité serait protégée. Il convient de souligner que personne ne lui a jamais dit qu'elle *ne* bénéficiait *pas* du statut d'indicateur anonyme auprès de la SQ. Un des agents de la SQ qui avait procédé à l'arrestation de la personne désignée B, par exemple, a affirmé ne pas avoir abordé la question de son statut avec la personne désignée B au moment où il l'a arrêtée, parce qu'elle avait déjà « commencé un processus » avec le premier corps policier. Pour reprendre un extrait de son témoignage :

[TRANSLATION]

Q Was [his] testimony as a cooperating witness, [his] status discussed

A It was not discussed.

Q . . . at that time?

A No, because [he]’d already started with the [first police force]. Named Person B, *[he] was in a process with [that force], we knew that [he]’d given a lot of information to the [first force].* We knew that because we’d met the guys from that force. So I don’t know what Named Person B might’ve been thinking at that time. *[He] . . . was in a process in [his] mind, that’s for sure, for sure . . . because . . . [he] was cooperating with [the first force].* [Emphasis added.]

Although this officer was referring to the process of becoming a cooperating witness, the “process” B had started with the first police force included a promise of confidentiality made only two days earlier.

[38] While the SQ officers were adamant that they did not think of B as an informer, they do not appear to have shared this view with B. B was promised confidentiality by the first police force because his cooperation put his life at risk. The risk did not change when he was transferred to the SQ two days later. From that point onward, B repeatedly voiced concerns about his confidentiality, his safety, and the uncertainty and confusion he felt while waiting for the possibility of a cooperating witness contract to materialize.

[39] There is no doubt that much of the focus of B’s questions related to whether the cooperating witness contract was forthcoming and to the type of protection that he would be given under it. But there is also no doubt that he voiced inquiries that raised confidentiality concerns. Where B’s status was in flux and unclear as a result of his transfer from one police force to another, the SQ’s failure to clarify

Q Est-ce qu’il est question là de son témoignage de repent, de son statut . . .

R Il n’est pas question de ça.

Q . . . à ce moment-là?

R Non, parce que, [la personne désignée B, elle] a déjà commencé avec [le premier corps policier]. Elle, la personne désignée B là, *elle est dans un processus avec [ce corps policier], on sait qu’elle [lui] a donné beaucoup d’informations [. . .],* on sait ça, parce qu’on a rencontré les gars [du premier corps policier], fait que, moi je ne sais pas ce que la personne désignée B, elle, peut penser à ce moment-là. *Elle [. . .] est dans un processus dans sa tête, c’est sûr, sûr [. . .] parce que [. . .] elle collabore avec [le premier corps policier].* [Italiques ajoutés.]

L’agent en question faisait certes référence à la procédure pour devenir un témoin repent, mais le « processus » entrepris auprès du premier corps policier incluait une promesse de confidentialité faite seulement deux jours auparavant.

[38] Si les agents de la SQ ont nié catégoriquement avoir considéré la personne désignée B comme un indicateur, ils ne semblent pas l’avoir informée de leur point de vue. Le premier corps policier avait promis la confidentialité à la personne désignée B, parce que sa collaboration mettait sa vie en danger. Or, ce danger auquel elle s’exposait n’a pas disparu au moment du transfert de son dossier à la SQ deux jours plus tard. À compter de ce moment-là, la personne désignée B a exprimé à maintes reprises qu’elle était préoccupée quant à la protection de son anonymat, à sa sécurité, ainsi qu’à l’incertitude et à la confusion qu’elle ressentait en attendant que se concrétise la possibilité de la signature d’un contrat de témoin repent.

[39] Il ne fait aucun doute que les questions posées par la personne désignée B portaient principalement sur le fait de savoir si le contrat de témoin repent serait signé dans un proche avenir et sur le type de protection dont elle jouirait par suite de la signature d’un tel contrat. Cela dit, il ne fait également aucun doute qu’elle a posé des questions qui exprimaient des préoccupations

his status may have given rise to a reasonable belief in informer status, whether or not he actually asked a specific question like, “Will I be treated as a police informer in the event of failure to conclude a cooperating witness contract?”

[40] In these circumstances, the fact that nobody clarified for him whether the confidentiality promised by the first police force continued to apply to his dealings with the SQ could well have led him to believe that the protection he had with the first force continued pending the cooperating witness contract.

[41] The fresh evidence also illustrates the ambiguity generated by the SQ’s approach to B’s status. Two documents introduced as fresh evidence were written by one of the SQ officers who had been involved with B since his transfer. These documents followed a discussion the SQ officer had two years after B’s arrest with an officer of the first police force about B’s status. In these documents, B was referred to as a “source”, as was the practice with informers, rather than by name. Many other documents prepared by SQ officers refer to B by his name. In other words, SQ officers inconsistently referred to B, sometimes designating him by his real name, and sometimes calling him an informer. Their confusion may well have led B to reasonably assume that his confidential status remained unchanged upon his transfer from the first police force to the SQ.

quant à la confidentialité. Puisque le statut de la personne désignée B était changeant et incertain par suite de son transfert d’une force policière à une autre, l’omission de la SQ de clarifier ce statut pourrait avoir donné à cette dernière des motifs raisonnables de croire qu’elle avait le statut d’indicateur, qu’elle ait posé ou non une question spécifique du type : « Est-ce que je vais être traité/ée comme un indicateur de police advenant le cas où il n’y aurait pas signature d’un contrat de témoin repent? »

[40] Dans les circonstances, le fait que personne n’ait précisé à son intention si la promesse de confidentialité qui lui avait été faite par le premier corps policier tenait toujours quant à ses rapports avec la SQ pourrait fort bien avoir mené la personne désignée B à croire que la protection dont elle jouissait avec le premier corps policier continuait de s’appliquer en attendant la signature du contrat de témoin repent.

[41] Les nouveaux éléments de preuve illustrent également l’ambiguïté ayant résulté de l’attitude de la SQ à l’égard du statut de la personne désignée B. Un agent de la SQ responsable du dossier depuis le transfert de la personne désignée B a rédigé deux documents qui ont été déposés à titre de nouvelle preuve. Ces documents avaient été rédigés par suite d’une discussion qu’avait eue leur auteur, deux ans après le transfert de la personne désignée B, avec un agent du premier corps policier quant au statut de cette dernière. Celle-ci n’est pas nommée dans les documents en question et est identifiée par le vocable « source », comme le veut la pratique lorsqu’il est question d’un indicateur dans ce type d’écrit. Dans de nombreux autres documents préparés par des agents de la SQ, la personne désignée B est nommée. Autrement dit, la pratique des agents de la SQ a manqué d’uniformité : tantôt ils la désignaient par son nom, tantôt ils la qualifiaient d’indicateur. Leur confusion a bien pu donner à la personne désignée B des motifs raisonnables de présumer que l’anonymat continuait à lui être assuré après le transfert de son dossier du premier corps policier à la SQ.

[42] Justice Cromwell concludes that B could not reasonably have believed that the SQ considered him an informer, given the expectation that he would become a cooperating witness. But informer privilege is not necessarily inconsistent with being a cooperating witness. B's position at the hearing was that he believed he would remain a police informer until he secured a cooperating witness contract with the Crown. In other words, his identity would remain confidential until the Crown *confirmed* that it intended to call him as a witness and provide certain advantages in exchange for his testimony.

[43] As this Court recognized in *Barros*, the same person can be an informer entitled to privilege in one matter, and a witness whose identity is disclosable in another:

Once a police informer goes into the “field” and acts as a police agent, the informer privilege is no longer applicable to prevent disclosure of his or her identity in respect of the events in which he or she acted as an agent. . . . *This does not mean, of course, that the informer loses protection in other cases where he or she has not stepped out of the protected role.* [Emphasis added; para. 33.]

Witnesses can even testify without having to disclose that they supplied confidential information to the police in that same matter, as this Court noted in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 17: “[Informer privilege] applies to a witness on the stand. Such a person cannot be compelled to state whether he or she is a police informer . . .”. This possibility has been recognized since *Attorney-General v. Briant* (1846), 15 M. & W. 169, 153 E.R. 808, in which Pollock C.B. held that a Crown witness could not be asked, “Did you give the information?” that led to the institution of penal proceedings. Finally, while informers typically waive privilege when they agree to testify, nothing prevents them from keeping their privilege until there is a firm decision to testify by both the informer and the prosecution.

[42] Le juge Cromwell conclut que, comme on s'attendait à ce que la personne désignée B serve de témoin repent, elle ne pouvait raisonnablement croire que la SQ la considèrerait comme un indicateur. Or, le privilège de l'indicateur n'est pas nécessairement incompatible avec le statut de témoin repent. Selon la déposition à l'audience de la personne désignée B, elle croyait conserver le statut d'indicateur de police jusqu'à la conclusion d'un contrat de témoin repent avec le ministère public. Autrement dit, son identité serait protégée le temps que le ministère public *confirme* son intention de la convoquer à titre de témoin et lui offre certains avantages en échange de son témoignage.

[43] Comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Barros*, une personne peut être à la fois un indicateur bénéficiant du privilège dans une affaire et un témoin dont l'identité peut être divulguée dans une autre :

À partir du moment où l'indicateur se rend sur le « terrain » et se met à agir comme un agent de la police, le privilège relatif aux indicateurs de police, qui empêcherait la divulgation de son identité, cesse de s'appliquer à l'égard des événements dans le cadre desquels il agit comme agent. [. . .] *Bien entendu, cela ne veut pas dire que l'indicateur perd la protection dans les autres cas où il n'a pas outrepassé les limites de son rôle.* [Italiques ajoutés; par. 33.]

Qui plus est, suivant l'avis exprimé par la Cour dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 17, un témoin ne peut pas être tenu de révéler qu'il a fourni des renseignements à la police dans la même affaire, sous le couvert de la confidentialité : « [Le privilège de l'indicateur] s'applique au témoin appelé à la barre, qui ne peut être contraint de dire s'il est un indicateur de police . . . ». Cette possibilité est reconnue depuis l'arrêt *Attorney-General c. Briant* (1846), 15 M. & W. 169, 153 E.R. 808, dans lequel le baron en chef Pollock a conclu qu'un témoin du ministère public n'aurait pas à répondre à la question de savoir s'il a fourni les renseignements ayant mené aux poursuites pénales. Enfin, bien que l'indicateur renonce habituellement au privilège une fois qu'il a accepté de témoigner, rien ne l'empêche de le conserver tant que sa décision et celle de la poursuite à cet égard ne sont pas arrêtées.

[44] SQ officers gave B several reassurances that may have reinforced his view that he *was* an informer until he became a cooperating witness. One of the two SQ officers who arrested B explained to him that he would never have to testify in relation to any of the information he provided unless a cooperating witness contract was signed:

[TRANSLATION]

A . . . And I also explained to [him] that if [he] didn't sign a contract, [he] would never have to testify about any of the things [he]'d given us under a promise. . . .

Q Under a promise of . . . that it couldn't be used against [him]?

A That's it. . . . [He] wouldn't have to testify, because the contract is so that the person will testify . . . and that's the point of the contract

Q If there was no contract, well, [he] wouldn't have to testify. . . .

A That's it.

[45] Moreover, another SQ officer testified that he always made it clear to B that his statements were confidential:

[TRANSLATION]

Q But Named Person B asked you several times: “*Hey*, my statements, what're you doing with them? Will they stay confidential? Don't show that to anyone.”

A They were always confidential.

Q They were always confidential?

A Yes.

Q But you were always clear with Named Person B that they were confidential?

A They were always confidential. The only thing When I say confidential, it's that those statements weren't shown to other accused, or potential accused, or even “accusables” [Emphasis in original.]

[44] Les propos rassurants tenus à plusieurs reprises par les agents de la SQ en s'adressant à la personne désignée B ont pu la conforter dans son idée qu'elle *était* effectivement un indicateur jusqu'au moment où elle deviendrait témoin repent. Un des deux agents de la SQ qui avaient procédé à son arrestation lui a expliqué qu'elle ne serait jamais appelée à témoigner sur les renseignements qu'elle avait fournis à moins qu'un contrat de témoin repent ne soit signé :

R . . . Et je lui ai expliqué aussi, que si elle ne signait pas de contrat, elle n'aurait jamais témoigné dans aucune de ses choses qu'elle nous avait données avec une promesse. . . .

Q Avec une promesse de [. . .] que ça ne pourrait pas servir contre elle?

R Bien c'est ça. [. . .] Elle n'aurait pas à témoigner parce que le contrat c'est pour que la personne témoigne [. . .] et c'est le but du contrat

Q S'il n'y avait pas de contrat, bien, elle n'aurait pas à témoigner, nécessairement. . . .

R C'est ça.

[45] Qui plus est, selon la déposition d'un autre agent de la SQ, il a toujours indiqué clairement à la personne désignée B que ses déclarations étaient confidentielles :

Q Mais la personne désignée B vous a posé à quelques reprises : « *Eille*, moi, les déclarations, qu'est-ce que vous faites avec, ça va rester confidentiel, ne montrez pas ça à personne? »

R Ç'a toujours été confidentiel.

Q Ç'a toujours été confidentiel?

R Oui.

Q Mais, vous avez toujours été clair avec la personne désignée B, que c'était confidentiel?

R Ç'a toujours été confidentiel. La seule chose [. . .] Quand je parle de confidentialité là, c'est que ces déclarations-là n'ont pas été montrées à d'autres accusés, ou potentiels, même accusables [En italique dans l'original.]

He also said that he repeatedly reassured B that none of his statements had ever been disclosed:

[TRANSLATION]

Q But [he] was told they were confidential?

A As far as I know, [his] statements were never disclosed in any case. Except for [one time] . . . we didn't disclose any statements. In fact, it bothered me at times, and I would tell [him]: "Look, don't worry, nothing in the file, nothing's been disclosed".

[46] This officer said that there was only one exception to the confidentiality which generally applied to B's statements: on one occasion, a statement was disclosed in another investigation. The SQ did so without B's knowledge or consent. The exceptional use of B's statements a few years after the start of his relationship with the SQ is hardly revelatory of whether B could reasonably have believed that his identity was being protected throughout that time.

[47] It is true that B gave statements to the SQ after being cautioned that they could be used as evidence in court against third parties. But these cautions must be juxtaposed against the repeated reassurances from SQ officers that B's statements would remain confidential, and that B would never have to testify on those subjects *unless and until* he became a cooperating witness. At the very least, the SQ sent mixed signals to B concerning the confidentiality of his statements, and never clearly denied that he benefitted from confidentiality. In my view, the net effect of these mixed signals from the SQ on B's reasonable expectation of confidentiality must be decided at a new hearing.

[48] Significantly too, five years after B's transfer to the SQ, the Crown ordered the SQ to redact all documents that could identify B, and asked that a signed waiver of privilege be obtained from B.

Il a également rassuré la personne désignée B à plusieurs reprises en précisant qu'aucune de ses déclarations n'avait été divulguée :

Q Mais ça lui a été dit que c'était confidentiel?

R Ses déclarations, tant qu'à moi, n'ont jamais été divulguées dans aucun dossier. À part [une fois] [. . .] on n'a jamais divulgué aucune déclaration. D'ailleurs, ça m'agaçait des fois puis je lui disais : « Regarde, inquiète-toi pas, il n'y a rien, dans le dossier il n'y a rien qui a été divulgué ».

[46] L'agent a signalé une seule exception à la règle de confidentialité qui a été appliquée de manière générale aux déclarations de la personne désignée B : à une occasion, une déclaration a été divulguée dans le cadre d'une enquête dans un autre dossier, et ce, à l'insu de la personne désignée B et sans son consentement. Une telle utilisation exceptionnelle de ses déclarations quelques années après le début de ses rapports avec la SQ ne permet guère de juger si la personne désignée B pouvait avoir ou non des motifs raisonnables de croire que son identité était protégée pendant la période en question.

[47] Certes, la personne désignée B a fourni des renseignements à la SQ après avoir été avertie de la possibilité qu'ils servent en preuve au procès de tiers. Or, il convient d'analyser ces avertissements à la lumière des propos rassurants réitérés par les agents de la SQ, à savoir que ses déclarations demeureraient confidentielles et qu'elle ne serait jamais tenue de témoigner sur ces sujets *à moins* de devenir un témoin repent, et *pas avant*. À tout le moins, la SQ a tenu un discours ambigu quant à la confidentialité des déclarations et n'a jamais clairement démenti que la personne désignée B fût protégée par la confidentialité. À mon avis, l'effet réel sur l'attente raisonnable de la personne désignée B en matière d'anonymat de ce discours ambigu de la SQ doit être déterminé dans le cadre d'une nouvelle audience.

[48] Autre fait important, cinq ans après le transfert de la personne désignée B à la SQ, le ministre public a ordonné à la SQ de caviarder tous les documents susceptibles de révéler l'identité de

SQ officers repeatedly visited B for that purpose. Had there been certainty that B's status was *not* protected, these steps would not have been necessary. The application judge acknowledged that the Crown's request for a waiver of privilege was [TRANSLATION] "contradictory" and "odd" given the SQ officers' position that they had never promised B confidentiality, concluding: "Had the intention been to confuse, it could not have been done better."

[49] All of this, including the uncontradicted evidence that B was not told by the SQ what his status was, makes it possible that someone in B's circumstances could reasonably believe that the confidentiality he was promised by the first police force continued when they transferred him to the SQ. I would therefore allow the appeal and remit the matter for reconsideration in light of these reasons.

The reasons of Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Overview

[50] The appellant, B, provided information about criminal activity — his own and that of others — to the Sûreté du Québec ("SQ").² The issue here is whether B had confidential informer status with respect to the information. The application judge, after a hearing at which B and a number of police officers testified, decided that B did not have that status. This appeal challenges that conclusion.

² B and all other individuals are referred to in the masculine throughout these reasons.

la personne désignée B et de faire signer à cette dernière la renonciation. Les agents de la SQ lui ont rendu visite à maintes reprises pour obtenir d'elle une signature. Eût-il été certain que son identité *n'était pas* protégée, ces mesures *n'auraient pas été* nécessaires. Le juge des requêtes a reconnu le caractère « insolite » et « contradictoire » de la demande du ministère public compte tenu du fait que les agents de la SQ avaient affirmé *n'avoir jamais promis la confidentialité à la personne désignée B* et a conclu en ces termes : « On aurait voulu confondre qu'on [n']aurait pas mieux fait. »

[49] Compte tenu de ce qui précède, y compris la preuve incontestée selon laquelle la SQ n'a pas informé la personne désignée B de la nature de son statut, il est plausible qu'une personne placée dans la même situation que cette dernière aurait eu des motifs raisonnables de croire que la confidentialité que lui avait promis le premier corps policier continuerait de la protéger après le transfert de son dossier à la SQ. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire pour réexamen à la lumière des présents motifs.

Version française des motifs des juges Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Aperçu

[50] La partie appelante — soit la personne désignée B — a transmis à la Sûreté du Québec (« SQ ») des renseignements incriminants pour elle et pour d'autres relativement à des activités criminelles². La question qu'il faut trancher en l'espèce est celle de savoir si la personne désignée B jouissait du statut d'indicateur anonyme relativement à ces révélations. À l'issue d'une audience au cours de laquelle la personne désignée B et plusieurs policiers ont témoigné, le juge des requêtes a conclu qu'il n'en était rien. Le présent pourvoi conteste cette conclusion.

² Tout au long des présents motifs, le féminin est utilisé pour désigner tant la partie appelante que les autres personnes.

[51] My colleague Abella J. would hold that the application judge's ruling must be set aside and the matter reheard, essentially for two reasons. First, the application judge "undertook no analysis" into whether the promise of confidential informer status was implicit in the circumstances (paras. 15 and 19). Second, this issue which the application judge failed to consider is a live issue on this record because there is evidence, including new evidence, to support the conclusion that "the police conduct [would] have led someone in B's position to believe, on reasonable grounds, that [his status was] protected" (para. 16). The failure to consider this live issue therefore requires a new hearing. I cannot subscribe to my colleague's conclusion or the reasons for it. My disagreement is based on the following interrelated points.

[52] First, the analysis of the appeal in my view must take place in the context of the concrete realities of this case and within the proper limits of appellate review. Respectfully, my colleague's analysis is directed towards hypothetical possibilities that are either contrary to clear findings by the application judge or have no air of reality on the record before the Court.

[53] Second, the application judge, as I see it, did not fail to consider whether a promise of confidential informer status could be implicit in this case. In my view, the judge's factual findings and the record amply support the conclusion that he considered that possibility.

[54] Third, as I read the record in light of the application judge's extensive findings, there is no evidence to support the view that there may have been some implicit promise in this case. In fact, this possibility is inconsistent with B's own evidence and with the circumstances under which B was treated by the SQ. Moreover, the application judge specifically considered whether an implicit promise had been made and made explicit findings of fact

[51] Ma collègue, la juge Abella, est d'avis d'annuler la décision du juge des requêtes et d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience, et ce, essentiellement pour deux raisons. Premièrement, le juge des requêtes « n'a[urait] pas analysé » la question de l'existence ou non dans les circonstances d'une promesse implicite faite à la personne désignée B de lui conférer le statut d'indicateur anonyme (par. 15 et 19). Deuxièmement, cette question, qui aurait été omise dans l'analyse du juge, se poserait toujours selon ma collègue, car la preuve, y compris de nouveaux éléments, permettrait de conclure qu'« un individu dans la situation de la personne désignée B aurait [. . .] eu des motifs raisonnables d'inférer de la conduite des policiers » (par. 16) que son statut était protégé. Par conséquent, l'omission d'examiner cette question pendant justifierait la tenue d'une nouvelle audience. Je ne puis souscrire ni à la conclusion de ma collègue ni aux motifs qui la sous-tendent. Mon désaccord repose sur les points connexes suivants.

[52] En premier lieu, j'estime que l'analyse du pourvoi doit s'inscrire dans le contexte des réalités concrètes de la présente affaire et dans les limites prescrites de la révision en appel. Avec égards, j'estime que l'analyse de ma collègue vise des situations hypothétiques qui sont soit contraires aux conclusions claires du juge des requêtes, soit totalement irréalistes compte tenu du dossier dont la Cour est saisie.

[53] En deuxième lieu, j'estime que le juge des requêtes n'a pas omis d'examiner la question de l'existence ou non d'une promesse implicite quant au statut d'indicateur anonyme. Ses constatations de fait et le dossier étayent amplement la conclusion qu'il s'est penché sur cette possibilité.

[54] En troisième lieu, à la lumière des nombreuses constatations du juge des requêtes, le dossier ne permet pas, selon moi, de conclure à l'existence d'une promesse implicite en l'espèce. En fait, le témoignage de la personne désignée B et les circonstances ayant entouré son traitement par la SQ démentent cette possibilité. Qui plus est, le juge des requêtes s'est penché spécifiquement sur la question de savoir si une promesse implicite

that the *SQ* never did anything that could allow *B* to understand that he would become a confidential police informer. As I see it there is no live issue on this point.

[55] Fourth, the application judge found as a fact that *B* *actually knew* from his first dealings, and during his subsequent dealings, with the *SQ* that he had no promise that he would be a confidential source for the *SQ* and that the claim of informer status was an after-the-fact exercise in opportunism on *B*'s part. This conclusion, amply supported by the record, makes irrelevant what some hypothetical person in *B*'s position might have thought. *B* thought no such thing and, knowing he did not have any promise of confidentiality, supplied information to the *SQ* for a number of years. As the application judge found, *B*'s assertion of informer privilege came only when the Crown, in the context of discharging disclosure obligations in another prosecution, thought it advisable to have *B*'s status clarified by a judicial determination. The judge dismissed *B*'s after-the-fact claims as showing [TRANSLATION] "obvious opportunism" on his part.

[56] I would dismiss the appeal.

II. Issues, Facts and Proceedings

A. *Introduction*

[57] The appellant, *B*, provided information about criminal activity — his own and that of others — over a number of years to the *SQ* in the hopes of being retained as a [TRANSLATION] "co-operating witness" and of receiving the type of remuneration and other benefits normally commensurate with this type of co-operation. Ultimately, individuals (some of whom are parties to this appeal and are referred to as the "Other Individuals") were charged with several violent crimes and it is in the context of

avait été faite et a expressément tiré la conclusion de fait que la *SQ* n'a jamais rien fait qui pourrait avoir incité la personne désignée *B* à croire qu'elle pourrait devenir un indicateur de police anonyme. Selon moi, aucune question pendante ne subsiste à cet égard.

[55] En quatrième lieu, selon le juge des requêtes, la personne désignée *B* *savait en fait*, dès ses premiers entretiens avec les agents de la *SQ* puis durant les entretiens subséquents, qu'on ne lui avait pas promis l'anonymat quant à ses rapports avec ce corps de police et que sa prétention au statut d'indicateur n'a été qu'un geste opportuniste de sa part, après le fait. Cette conclusion, qui est largement étayée par le dossier, rend futile la question de savoir ce qu'aurait pensé une personne imaginaire placée dans la situation de la personne désignée *B*. Cette dernière ne pensait à rien de tel, elle savait pertinemment qu'aucune promesse d'anonymat ne lui avait été faite et, pourtant, elle a révélé des renseignements à la *SQ* pendant plusieurs années. Selon le juge des requêtes, la personne désignée *B* n'a invoqué le privilège relatif à l'indicateur de police qu'après que le ministère public, pour honorer ses obligations de communication dans le cadre d'un autre procès, a jugé préférable de demander au tribunal de clarifier son statut. Le juge n'a pas retenu les arguments soulevés après coup par la personne désignée *B*, qualifiant l'exercice d'« opportunisme évident ».

[56] Je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Questions en litige, faits et historique judiciaire

A. *Introduction*

[57] Pendant plusieurs années, la personne désignée *B*, a transmis à la *SQ* des renseignements incriminants pour elle et pour d'autres relativement à des activités criminelles. Elle l'a fait dans l'espoir de devenir un « témoin repentant » et d'obtenir la rémunération et les autres avantages normalement associés à ce type de coopération. En fin de compte, des personnes (dont certaines sont parties au présent appel; ci-après appelées les « autres personnes ») ont été accusées de plusieurs

their trial that the question of B's possible status as a confidential police informer arises.

[58] If information provided by B met the *Stinchcombe* standard, it would normally have to be disclosed: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. However, B claimed to have confidential police informer status: therefore, B's identity as the supplier of the information to the SQ was privileged and must not be disclosed. The Crown's position, however, is that B has no such status.

[59] B's status of course could significantly affect the scope of the Crown's disclosure obligation to the Other Individuals at their trial. If B is a confidential source with respect to certain information, then B's identity as the supplier of that information must be kept confidential, along with any other information that could reveal B's identity as the source in that regard. None of this confidential information could be disclosed, subject only to an accused establishing that it falls within the "innocence at stake" exception or unless both B and the police waive the privilege. Otherwise, the confidentiality is absolute and disclosure cannot be made. The impact on disclosure is thus potentially considerable.

[60] The Crown applied to the application judge for a determination of this issue and the application judge held that B was not a confidential informer with respect to information he supplied to the SQ.

B. *Issues*

[61] The principal issues, as the appeal has evolved, are these:

crimes graves et c'est dans le contexte de leur procès qu'est soulevée la question de savoir si le statut d'indicateur de police avait été conféré ou non à la personne désignée B.

[58] Si les renseignements révélés par la personne désignée B satisfont à la norme formulée dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, il faudrait normalement les communiquer. Or, la personne désignée B a prétendu avoir le statut d'indicateur de police anonyme et soutenu que, du fait de ce statut de source des renseignements fournis à la SQ, son identité est protégée et ne peut être communiquée. Le ministère public prétend toutefois que la personne désignée B ne jouit pas de ce statut.

[59] L'ampleur de l'obligation de communication du ministère public envers les autres personnes dans le contexte de leur procès dépend bien sûr considérablement du statut de la personne désignée B. Si cette dernière est effectivement une source anonyme relativement à certains renseignements, son identité doit être protégée ainsi que toute autre information susceptible de révéler cette dernière de même que son rôle de source de ces renseignements. La confidentialité absolue de cette information s'imposerait, à moins qu'un accusé n'établisse que cette dernière est visée par l'exception relative à la « démonstration de [son] innocence » ou que la personne désignée B et la police renoncent à l'application du privilège. Autrement, la confidentialité est absolue et la communication interdite. L'incidence sur l'obligation de communication pourrait donc être considérable.

[60] Le ministère public a demandé au juge des requêtes de trancher la question. Ce dernier a conclu que la personne désignée B n'avait pas le statut d'indicateur anonyme à l'égard des renseignements fournis à la SQ.

B. *Questions en litige*

[61] Compte tenu de l'évolution de l'affaire, les principales questions en litige sont les suivantes :

- | | |
|--|---|
| <p>1. What are the concrete realities of this case and the proper limits of appellate review which form the basis for consideration of the appeal? In my view, the judge's express findings of fact, read in light of the record leave no room for appellate intervention with respect to his conclusion that B was not a confidential source for the SQ.</p> <p>2. Did the application judge fail to consider whether a promise of confidential informer status could be implicit in this case? In my view he did not.</p> <p>3. Is there a live issue on this record as to whether there may have been an implicit promise of informer privilege by the SQ? In my view there is not.</p> <p>4. Is the application judge's finding of fact that B actually knew that he did not have confidential informer status fatal to B's claim? In my view it is.</p> | <p>1. Quelles sont les réalités concrètes de la présente affaire et les limites appropriées de la révision en appel qui justifient d'entendre le pourvoi? À mon avis, les conclusions de fait expresses du juge, lues à la lumière du dossier, n'autorisent aucune intervention en appel quant à sa conclusion que la personne désignée B n'était pas une source anonyme de la SQ.</p> <p>2. Le juge des requêtes a-t-il omis d'examiner la question de l'existence ou non, en l'espèce, d'une promesse implicite quant au statut d'indicateur anonyme? À mon avis, ce n'est pas le cas.</p> <p>3. Au vu du dossier, la question de l'existence ou non d'une promesse implicite faite par la SQ quant à l'octroi du privilège de l'indicateur de police se pose-t-elle toujours? À mon avis, ce n'est pas le cas.</p> <p>4. La conclusion du juge des requêtes selon laquelle la personne désignée B savait en fait pertinemment ne pas jouir du statut d'indicateur anonyme porte-t-elle un coup fatal à la thèse de cette dernière? À mon avis, c'est le cas.</p> |
|--|---|

C. *Background Facts*

(1) The Appellant Seeks Out the Police

[62] The appellant, motivated by a desire to avenge himself against others and to make amends for his past criminal activity, contacted the police. He sought to provide information about past crimes and to assist in their prosecution.

[63] Soon thereafter, the appellant was put under arrest by the SQ, cautioned and detained for his criminal activity. Of course, that warning would have included advice that anything B said could be used as evidence. During the application hearing, Crown counsel read out the warning given to B by the SQ before taking B's statements regarding his criminal activity.

C. *Faits*

(1) La partie appelante se manifeste à la police

[62] Mue par le désir de vengeance contre d'autres et de rédemption pour son propre passé criminel, la partie appelante a communiqué avec la police. Elle souhaitait révéler des renseignements à propos d'anciens crimes et collaborer aux poursuites intentées contre leurs auteurs.

[63] Peu de temps après, la partie appelante a été mise en état d'arrestation par la SQ, informée de ses droits et détenue en lien avec ses activités criminelles. Il va sans dire que la mise en garde comportait un avis selon lequel tout ce qu'elle dirait pourrait être utilisé en preuve. À l'audience sur la requête, le ministère public a lu la mise en garde faite à la personne désignée B par l'agent de la SQ avant qu'il ne prenne la déposition de cette dernière relativement à ses activités criminelles.

[TRANSLATION]

Q And when [he] told you then: My name is . . . I'm going to read you a warning. You can sit down. I want to inform you that you're under arrest. . . .

Q Et quand il vous dit là : Mon nom est [. . .] Je vais vous lire une mise en garde. Vous pouvez vous asseoir. Je tiens à vous informer que vous êtes arrêté. . . .

Q . . . you have the right to remain silent. We must inform you that we are police officers. You are not required to say anything, and you must understand clearly that if you wish to speak, everything you say will be taken down . . . and can be used as evidence against you. [Emphasis added.]

Q . . . vous avez le droit de garder le silence. Nous devons vous informer que nous sommes des policiers. Vous n'êtes pas oblig[é/ée] de dire quoi que ce soit et vous devez comprendre clairement que si vous désirez parler, tout ce que vous direz sera pris par écrit [. . .] et ça pourra servir de preuve contre vous. [Je souligne.]

[64] The appellant gave a statement to the SQ regarding his involvement in criminal activity, going so far as to bring SQ officers to the crime scene. B was told by the police at the outset that B would be held to account for his crime. It was therefore clear to B that those matters were not subject to any sort of confidentiality obligation. B's arrest, detention and cautioning by the SQ are in every respect consistent with that advice.

[64] La partie appelante a fait des déclarations à propos de sa participation à des activités criminelles et a même guidé des agents de la SQ jusqu'au lieu du crime. Dès le départ, la personne désignée B avait été informée par la police qu'elle serait tenue responsable de ses crimes. Il ne faisait donc aucun doute pour la personne désignée B que ces renseignements n'étaient pas visés par quelque obligation de confidentialité que ce soit. L'arrestation de la personne désignée B, sa détention et la mise en garde qui lui a été donnée par la SQ sont compatibles à tous égards avec cet avis.

[65] I also underline the application judge's finding that B stated that from the beginning of his co-operation with the police, B both wanted and expected to testify at future trials. In the circumstances here, as the application judge found, B could not possibly become a Crown witness and a confidential police informer with the SQ.

[65] Je relève également la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la personne désignée B avait affirmé que, dès le début de sa coopération avec la police, elle voulait et comptait témoigner aux procès qui seraient intentés. Dans de telles circonstances, comme l'a conclu le juge des requêtes, elle ne pouvait devenir à la fois témoin à charge et indicateur de police anonyme pour la SQ.

[66] The next day, the appellant was arrested and cautioned for another crime. Again, B freely made a statement discussing several subjects, including the extent of B's involvement in that crime.

[66] Le lendemain, la partie appelante a été mise en état d'arrestation et informée de ses droits relativement à un autre crime. La personne désignée B a de nouveau fait une déclaration de son propre chef sur plusieurs sujets, dont sa propre participation à ce crime.

[67] I underline the cautions given to B by the SQ to the effect any statements could be used in evidence.

[67] Je souligne que la SQ avait informé la personne désignée B que ses déclarations pourraient être utilisées en preuve.

[68] The appellant's co-operation subsequently continued to intensify, as he provided the SQ with

[68] Par la suite, la partie appelante a intensifié sa coopération avec la SQ et fait d'autres révélations

further statements implicating other individuals in serious crimes. Several of these statements were made under a promise by the SQ that they would not be used as incriminating evidence *against the appellant*.

[69] The SQ officers involved, realizing that the appellant could possibly be of great use to them in solving other cases, started to evaluate whether he could make a suitable co-operating witness.

[70] As a result of their frequent meetings, they registered the appellant as an informer in the SQ database, apparently to enable them to incur secret expenses for him. Indeed, though this type of code was normally used to identify confidential informers in its database, the SQ was clear that it had been attributed to the appellant for purely administrative imperatives. As an SQ officer testified, this registration was warranted because secret expenses could only be reimbursed if incurred for the benefit of an individual who had such a code assigned to him in the SQ database.

[71] Soon after his first meeting with the SQ, the latter also submitted the appellant to a polygraph test, one of the important preliminary steps to obtaining co-operating witness status.

(2) The Appellant Shows Signs of Impatience

[72] While the administration of the polygraph test could have been interpreted by the appellant as an encouraging sign that a co-operating witness contract was forthcoming, B was not appeased. He soon thereafter became nervous about the Crown's lateness in formalizing his status as a co-operating witness and voiced this to the SQ. He insisted on being promptly informed of the state of his co-operating witness application and on receiving clarification about his status in the meantime. He threatened, at one point, to starve himself and stop co-operating with the SQ until he was formally recognized as a co-operating witness.

impliquant d'autres personnes dans des crimes sérieux. Plusieurs de ces déclarations ont été faites en échange d'une promesse donnée par un représentant de la SQ qu'elles ne serviraient pas comme preuve incriminante *contre la partie appelante*.

[69] Les agents de la SQ, estimant que la partie appelante pourrait leur être d'une grande utilité pour élucider d'autres dossiers, ont envisagé la possibilité d'en faire un témoin repent.

[70] En raison de la fréquence de leurs rencontres, ils ont enregistré la partie appelante comme indicateur dans la base de données de la SQ, censément pour être en mesure d'engager des dépenses secrètes à son égard. Effectivement, même si ce type de code est normalement réservé aux indicateurs anonymes inscrits dans sa base de données, la SQ a clairement précisé que, dans ce cas, elle le lui avait attribué pour des raisons purement administratives. Comme l'a dit un agent de la SQ durant son témoignage, ce type d'enregistrement était justifié parce que les dépenses secrètes ne sont remboursables que si elles ont été engagées à l'égard d'une personne inscrite sous un tel code dans la base de données de la SQ.

[71] Peu après sa première rencontre avec la SQ, les agents de cette dernière ont en outre soumis la partie appelante à un test polygraphique, une des étapes préalables importantes en vue de l'obtention du statut de témoin repent.

(2) La partie appelante s'impatiente

[72] Certes, la partie appelante aurait pu inférer du test polygraphique qu'un contrat de témoin repent allait bientôt lui être présenté; elle ne s'apaisait pas pour autant. Peu de temps après, elle a informé la SQ que le temps que mettait le ministère public à formaliser son statut de témoin repent la rendait nerveuse et a réclamé d'être mise au courant sans délai de l'état de sa demande et d'obtenir des précisions sur son statut entre-temps. À un certain moment, elle a menacé de faire la grève de la faim et de cesser sa coopération avec la SQ tant qu'elle ne serait pas officiellement reconnue comme témoin repent.

[73] The appellant testified that his insistence led the SQ to tell him that he would be considered a confidential police informer until it received instructions as to whether his co-operating witness candidacy was approved. The SQ police officers who testified, on the other hand, denied ever making such a promise. Their view of the situation was that he was in the process of becoming a co-operating witness (and some explicitly told him this) and that the idea of making him a confidential informer had not crossed their mind at that time. The application judge accepted the police evidence and rejected that of B. The appellant continued to cooperate with the SQ for a time after this episode.

(3) The Appellant Continues Co-operation With the SQ

[74] Almost a year after being arrested, the appellant was informed by officers that the Crown had decided against enrolling the appellant as a co-operating witness. The Crown had decided against calling B as a witness in future trials and therefore that status was in the Crown's view unnecessary.

[75] The SQ later informed B that there was a possibility that B would be offered a co-operating witness contract nonetheless. The appellant accepted the police's offer and a co-operative relationship between the SQ and the appellant was re-established.

[76] After B resumed active co-operation with the SQ, he later gave several statements to the SQ. It is worth noting here that though it was made clear to the appellant that these statements could not be used against *him* in a court of law, it was also made clear that they could be used as evidence *in the trials of third parties*. As I shall discuss and the application judge rightly found, in these circumstances, the roles of potential witness and police informer were completely inconsistent, as B would well have understood.

[73] Selon son témoignage, à force d'insister, la partie appelante s'est fait répondre par la SQ qu'elle la considérerait comme un indicateur de police anonyme tant qu'elle n'aurait pas reçu d'autres instructions sur l'état de sa demande relative au statut de témoin repent. Or, à l'audience, les agents de la SQ ont nié pour leur part lui avoir fait une telle promesse. Selon eux, elle était en passe de devenir un témoin repent (et c'est expressément le discours que certains lui ont tenu) et l'idée d'en faire un indicateur anonyme ne leur avait pas traversé l'esprit à ce moment-là. Le juge des requêtes a ajouté foi aux témoignages des policiers et a rejeté celui de la personne désignée B qui a continué de collaborer avec la SQ pendant un certain temps après cet épisode.

(3) La partie appelante a poursuivi sa coopération avec la SQ

[74] Près d'un an après son arrestation, la partie appelante a été informée par des policiers de la décision du ministère public de ne pas l'engager comme témoin repent. Ayant renoncé à l'interroger aux procès qui allaient être instruits, ses représentants avaient en effet jugé qu'il était inutile de lui conférer ce statut.

[75] Plus tard, des agents de la SQ ont informé la personne désignée B qu'elle pourrait se voir offrir un contrat de témoin repent malgré tout. La partie appelante a accepté l'offre des policiers, et la coopération entre eux a été rétablie.

[76] La personne désignée B a donc repris sa coopération active avec la SQ et lui a fait plusieurs déclarations ultérieurement. Il vaut la peine de souligner que, bien qu'il ait été clairement expliqué à la partie appelante que ces déclarations ne pourraient être utilisées contre *elle* en justice, il lui avait également été expliqué qu'elles pourraient servir de preuve *au procès de tiers*. Comme je vais l'expliquer ci-après, et comme l'a conclu à bon droit le juge des requêtes, dans de telles circonstances, les rôles de témoin éventuel et d'indicateur de police étaient tout à fait inconciliables, ce que la personne désignée B devait avoir compris.

[77] Subsequently, the appellant had occasional dealings with the SQ, either in person or by phone, providing additional information. On these occasions, the SQ provided assurances that a co-operating witness contract was probably forthcoming.

(4) Non-completion of the Co-operating Witness Contract

[78] The following year, SQ officers met with the appellant to transmit, on behalf of the Crown, a new offer in a case before the court. The SQ officers also informed him that he would, for the time being, be considered a special witness (a witness who benefits from police protection because of the sensitive nature of the information that he may be called upon to testify on, but who does not obtain the financial advantages normally commensurate with being a co-operating witness). They assured him however that his co-operating witness application was still pending.

[79] A few weeks later, the appellant contacted the SQ, seeking assurances about the progress of his co-operating witness application. The appellant testified that he was told by an SQ officer, with another officer present, that his contract was forthcoming and that, in any event, he was considered a confidential police informer in the meantime. Again, this is denied by the SQ. The officer, on the other hand, claims only to have told him that he wanted him to testify in court, and assured him that he was taking care of him and his safety. According to the officer, the option of granting the appellant confidential informer status was never contemplated because he was always sure that the appellant would be given a co-operating witness contract. As noted earlier, the application judge accepted the police evidence.

[80] What is uncontested, however, is that the evaluation process was progressing. Officers took the appellant to other SQ-controlled premises later that same year, where he made full disclosure of his

[77] Par la suite, la partie appelante a entretenu des rapports occasionnels avec la SQ à qui elle communiquait d'autres renseignements en personne ou par téléphone. Lors de leurs entretiens, la SQ lui assurait qu'un contrat de témoin repentit allait probablement lui être présenté.

(4) L'entente de témoin repentit n'est pas conclue

[78] L'année suivante, des agents de la SQ ont rencontré la partie appelante pour lui transmettre la nouvelle offre du ministère public dans le cadre de la cause en cours d'instance. Les agents de la SQ l'ont également informée qu'elle serait considérée jusqu'à nouvel ordre comme un témoin spécial — c'est-à-dire un témoin qui bénéficie d'une protection policière en raison de la nature délicate des renseignements qu'il pourrait être appelé à fournir durant son témoignage, mais qui ne jouit pas des avantages financiers normalement réservés au témoin repentit. Ils lui ont assuré cependant que sa demande en vue d'obtenir le statut de témoin repentit suivait son cours.

[79] Quelques semaines plus tard, la partie appelante a communiqué avec la SQ pour être rassurée quant à l'état de sa demande en vue d'obtenir le statut de témoin repentit. Selon la partie appelante, un agent de la SQ, en présence d'un autre agent, lui aurait dit que le contrat ne saurait se faire attendre et que, de toute façon, elle était considérée comme un indicateur de police anonyme entre-temps, ce que nie également la SQ. Pour sa part, l'agent a affirmé avoir seulement demandé à la partie appelante de témoigner au procès et lui avoir assuré qu'il prenait soin d'elle et de sa sécurité. Toujours aux dires de l'agent en question, il n'a jamais pensé lui conférer le statut d'indicateur anonyme parce qu'il avait toujours été convaincu qu'elle obtiendrait un contrat de témoin repentit. Comme je l'ai signalé précédemment, le juge des requêtes a donné foi aux témoignages des policiers.

[80] Cependant, le fait que l'évaluation du dossier de la personne désignée B progressait n'est pas contesté. En effet, des agents ont emmené la partie appelante dans d'autres locaux sécurisés de la

criminal past — a prerequisite to the signature of a co-operating witness contract. He also met with Crown prosecutors a few days later.

[81] A few months later, the appellant was questioned again with the assurance that his statements would not be used against him in a court of law. He was questioned regarding several inconsistencies between different statements he had made to the police and to Crown prosecutors. It is clear that his credibility was being tested, as is often done when evaluating the suitability of a co-operating witness candidate and his potential for providing convincing testimony in court.

[82] However, the Crown ultimately decided against entering into the arrangement because it did not intend to have him testify for the moment. He would therefore not be retained as a co-operating witness.

(5) The Crown Attempts to Clarify Appellant's Status

[83] The Crown, having decided not to retain the appellant as a co-operating witness, sought to clarify the appellant's status in order to properly discharge its disclosure obligations. While this was being sorted out, the Crown, as a measure of precaution, ordered that the appellant's name and any information capable of leading to the discovery of his identity be redacted from various documents.

[84] Chief among its concerns was its desire to clarify whether or not the appellant benefited from informer privilege, for if he did, much of his statements even if otherwise subject to disclosure would not be so subject. In an effort to clear up this issue, the Crown sent a police officer to meet with the appellant and ask him whether he would agree to sign a document whereby he would undertake not to seek to invoke informer privilege regarding the information he had provided the SQ. The appellant refused. The Crown therefore brought a motion

SQ plus tard la même année. Elle y a tout divulgué sur son passé criminel, une étape préalable à la signature d'un contrat de témoin repent. Elle a également rencontré des procureurs du ministère public quelques jours plus tard.

[81] Quelques mois plus tard, la partie appelante a encore été interrogée. On lui a assuré de nouveau que ses déclarations ne seraient pas utilisées contre elle en justice. L'interrogatoire portait sur plusieurs déclarations contradictoires qu'elle avait faites à la police et aux procureurs du ministère public. De toute évidence, sa crédibilité était mise à l'épreuve, un exercice fréquent lorsqu'il est question de déterminer si un candidat au titre de témoin repent possède les qualités requises et s'il constituerait un témoin convaincant.

[82] Cela dit, le ministère public qui n'avait pas, à ce moment-là, l'intention de faire comparaître la personne désignée B comme témoin, a décidé de ne pas conclure l'entente. La partie appelante n'était donc pas retenue à titre de témoin repent.

(5) Le ministère public tente de clarifier le statut de la partie appelante

[83] Ayant décidé de ne pas engager la partie appelante à titre de témoin repent, le ministère public a demandé que soit clarifié le statut de cette dernière, de sorte qu'il puisse respecter ses obligations en matière de communication. Par mesure de précaution, le ministère public a ordonné entre-temps que l'identité de la partie appelante et tout renseignement susceptible de la révéler soient biffés de divers documents.

[84] Le ministère public souhaitait principalement savoir si la partie appelante bénéficiait ou non du privilège de l'indicateur puisque, si tel était le cas, la plupart de ses déclarations, même si elles étaient autrement susceptibles d'être divulguées, ne le seraient pas. Afin d'élucider la question, un policier envoyé par le ministère public est allé rencontrer la partie appelante pour lui demander de signer un engagement de ne pas chercher à faire reconnaître l'existence d'un privilège de l'indicateur relativement aux renseignements fournis à

before the court seeking to determine whether or not the appellant benefited from informer privilege. After witness testimony and argument by counsel, the judge held that B did not benefit from informer privilege in regard to that information.

D. *Judgment Below*

[85] After having reviewed this Court's decisions in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, and the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465, the application judge held that in order for informer privilege to apply, the police had to explicitly or implicitly promise a claimant that his identity as the provider of information would be kept confidential. He added that the burden rested on the individual claiming informer privilege to demonstrate, on a balance of probabilities, that he was entitled to benefit from it.

[86] The appellant testified about this issue during the hearing, admitting that the purpose for initially coming forward to the police was to get revenge. B further testified that he hoped to become a cooperating witness and that B's statements would not be used against B in a court of law. Nevertheless, the appellant testified that he believed he benefited from informer privilege *because he had been assured of this many times by several SQ officers. According to B, he had been told that he would be considered a confidential informer as long as the hoped-for cooperating witness agreement with the Crown had not been finalized. B's position throughout was that the SQ had made an explicit promise of informer status. B's position in his evidence was never that he had inferred from police conduct that they were promising B informer status or that anything done by the police force fed any such inference.*

[87] The Crown also called several SQ officers to testify in that regard. They all indicated that the

la SQ, ce que la partie appelante a refusé de faire. Le ministère public a donc présenté une requête à la cour, lui enjoignant de déterminer si la partie appelante jouissait ou non du privilège de l'indicateur. Ayant entendu des témoins et les arguments des avocats, le juge a conclu que la personne désignée B ne bénéficiait pas du privilège de l'indicateur.

D. *Historique judiciaire*

[85] Après avoir analysé les décisions de la Cour dans *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, ainsi que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Babes* (2000), 146 C.C.C. (3d) 465, le juge des requêtes a conclu que, pour que s'applique le privilège de l'indicateur, il faut que la police ait promis, expressément ou implicitement, à la personne revendiquant le privilège que son identité comme source des renseignements serait protégée. Il a ajouté qu'il incombe à la personne qui invoque le privilège de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle est en droit d'en bénéficier.

[86] À l'audience, la partie appelante a témoigné sur ce point et a admis s'être manifestée initialement auprès de la police pour se venger. Elle a ajouté qu'elle espérait devenir un témoin repent et que ses déclarations ne serviraient pas à l'incriminer devant un tribunal. Elle a néanmoins affirmé qu'elle croyait bénéficier du privilège de l'indicateur *parce que c'est ce que lui avaient assuré à maintes reprises plusieurs agents de la SQ. Selon elle, on lui avait dit qu'elle serait considérée comme un indicateur anonyme tant que l'entente de témoin repent qu'elle espérait conclure avec le ministère public n'était pas finalisée. Depuis le début, la personne désignée B a fait valoir que la SQ lui avait promis expressément le statut d'indicateur. Dans son témoignage, elle n'a jamais dit qu'elle avait inféré des actes des policiers qu'ils lui promettaient ce statut ni que la conduite du corps policier l'avait confortée dans son inférence.*

[87] Le ministère public a également appelé plusieurs agents de la SQ à témoigner à cet égard.

appellant had never been considered a confidential informer and had never been told so. In fact, they indicated that they always had in mind that B was in the process of becoming a co-operating witness and would testify in future court proceedings. The prospect of granting B informer privilege had, according to them, simply never been on their radar.

[88] After having considered the testimonial and documentary evidence before him, the application judge proceeded to identify the elements which supported the parties' respective positions.

[89] In support of the appellant's position, the application judge noted the fact that the SQ in some respects treated B as it would a confidential informer and had invited him to sign a document whereby he would undertake not to seek to invoke informer privilege regarding the information he had provided the SQ.

[90] In support of the opposite conclusion, the application judge noted, amongst other things, that (1) the appellant wished to become a police agent and expected to have to testify in future trials, (2) B was arrested for violent criminal activity and the information that he gave the SQ in that regard was used against B, (3) B gave a statement soon after his first meeting with the SQ knowing that this could lead to charges of violent criminal activity, (4) the SQ never produced any source reports regarding the information gathered from him, (5) B was offered immunity and an undertaking not to testify in a prosecution, (6) one of the appellant's statements was disclosed in the course of another investigation (this is incompatible with the confidentiality owed to an individual benefiting from informer privilege), and that (7) the appellant gave several statements in regards of which he was warned they could be used as evidence in the trial of others.

Ils ont tous affirmé que la partie appelante n'avait jamais été considérée comme un indicateur anonyme ni été informée qu'elle en était un. En fait, à leurs yeux, dès le départ, la personne désignée B était en voie de devenir un témoin repent et témoignerait lors de procès ultérieurs. À leurs dires, la possibilité de lui conférer le privilège de l'indicateur ne leur avait tout simplement jamais traversé l'esprit.

[88] Après avoir examiné la preuve testimoniale et documentaire dont il disposait, le juge des requêtes a recensé les divers éléments appuyant les positions respectives des parties.

[89] Parmi les éléments favorables à la partie appelante, le juge des requêtes a retenu que, à certains égards, la SQ a traité la personne désignée B comme elle traiterait un indicateur anonyme, mais aussi qu'elle lui a demandé de signer un engagement de ne pas chercher à faire reconnaître l'existence du privilège de l'indicateur relativement aux renseignements qu'elle lui avait fournis.

[90] Au soutien de l'argument contraire, le juge des requêtes a recensé entre autres (1) le fait que la partie appelante voulait devenir un agent de la police et s'attendait à témoigner lors de procès ultérieurs, (2) le fait que la personne désignée B avait été arrêtée relativement à des activités criminelles violentes et que les renseignements qu'elle avait fournis à la SQ à ce sujet avaient été utilisés contre elle, (3) le fait que la personne désignée B avait fait des déclarations peu après sa première rencontre avec des agents de la SQ, sachant que ces déclarations pouvaient mener à des accusations en lien avec des activités criminelles sérieuses, (4) le fait que la SQ n'a jamais produit de rapport de source relativement aux révélations faites par la personne désignée B, (5) le fait que le ministère public avait proposé l'immunité à la personne désignée B et s'était engagé à ne pas la faire témoigner, (6) le fait que l'une des déclarations de la partie appelante avait été divulguée durant une autre enquête (ce qui est incompatible avec l'anonymat auquel a droit une personne qui jouit du privilège de l'indicateur) et (7) le fait que la partie appelante avait été avertie à l'égard de plusieurs dépositions que ces dernières pourraient être utilisées au procès de tiers.

[91] Having completed this exercise, the application judge acknowledged that it was certainly surprising to [TRANSLATION] “ask someone considered to be a possible witness to waive [his] police informer privilege [some] years after having assigned [him] an identifier reserved for sources”. He also found quite strange that the Crown asked the appellant to undertake not to seek to invoke a privilege that only the SQ police officers could have granted and that they maintained never having granted.

[92] Nevertheless, the application judge remained of the view that no express or implied understanding existed between the SQ and the appellant that he would be conferred confidential informer status. Contrary to Justice Abella’s suggestion that the key question of whether there was an implicit promise of confidentiality was left unanswered, this question was in fact specifically answered in the negative by the application judge. Recognizing that the evidence was contradictory, he largely rejected the appellant’s testimony as lacking credibility, and instead accepted the evidence of the SQ officers.

[93] The application judge further found that the appellant had *always*, since his first meeting with the SQ, understood that he would testify in other trials. B’s insistence on obtaining confidential informer status was sparked, the application judge found, by disappointment with not being signed on as a co-operating witness and the fruitlessness of the negotiations with the witness protection programme. The application judge was of the view that the appellant seized the opportunity of trying to invoke informer privilege when the Crown tried to obtain an undertaking not to seek to invoke informer privilege; on account of this, the appellant’s behaviour, the application judge opined, was that of an obvious opportunist. Considering this express finding that B only sought to assert privilege after the fact, it is my view that we can conclude that, contrary to my colleague’s statement at para. 20, this *does* “amount to a finding that B knew all along that he did not benefit from confidentiality with the SQ”.

[91] Après avoir procédé à cet exercice, le juge des requêtes a reconnu qu’il était certes surprenant de « demander à celui que l’on considère comme un témoin éventuel de renoncer à son privilège d’informateur de police après lui avoir attribué [quelques années] plus tôt un identifiant réservé aux sources ». Selon le juge, il était également très étrange que le ministère public demande à la partie appelante de s’engager à ne pas invoquer un privilège que seuls les agents de la SQ avaient le pouvoir de lui accorder, ce qu’ils affirment n’avoir jamais fait.

[92] Cela dit, le juge des requêtes était toujours d’avis qu’aucune entente — expresse ou implicite — n’était intervenue entre la SQ et la partie appelante conférant le statut d’indicateur anonyme à cette dernière. Contrairement à ce que suggère le juge Abella, soit que la question clé de l’existence ou non d’une promesse implicite d’anonymat serait restée sans réponse, le juge des requêtes y a, en fait, répondu spécifiquement, par la négative. Concluant à une preuve contradictoire, le juge a largement rejeté le témoignage de la partie appelante qu’il jugeait non crédible et accepté celui des agents de la SQ.

[93] Le juge des requêtes était également d’avis que la partie appelante a su *en tout temps*, et ce, à compter de sa première rencontre avec des agents de la SQ, qu’elle témoignerait dans d’autres procès. Selon lui, son insistance à devenir indicateur anonyme était motivée par la déception de n’avoir pas été engagée comme témoin repentir et par l’échec de ses négociations avec le programme de protection des témoins. Pour le juge des requêtes, la partie appelante avait profité de la tentative du ministère public de lui faire signer un engagement de ne pas chercher à faire reconnaître l’existence du privilège de l’indicateur pour invoquer ce dernier et cela trahissait chez elle un opportunisme évident. Compte tenu de cette conclusion expresse selon laquelle la personne désignée B avait tenté d’invoquer le privilège uniquement après coup, j’estime que, contrairement à ce qu’affirme ma collègue au par. 20, nous sommes autorisés à conclure que cela « équivaut [*bel et bien*] à une conclusion selon laquelle la personne désignée B savait depuis le début qu’elle ne jouissait pas de cette protection quant à ses rapports avec la SQ ».

[94] With all that having been said, the application judge concluded that an analysis of the testimonies and the exhibits leads to the overriding conclusion that the appellant did not benefit from informer privilege in regard to the information provided to the SQ, but was rather a compellable witness in the trial of other individuals. The judge further found that the SQ had never done anything that would allow B to understand that he would become a confidential police informer.

III. Analysis

A. *What Are the Concrete Realities of This Case?*

[95] At the outset, I think it is important to note the concrete realities of the case and the limits of appellate review against which the appellant's submissions must be assessed. As I see it, there are several matters that must be kept in mind.

[96] First, the application judge expressly rejected B's evidence including the evidence that his status as a confidential police informer was ever promised, or even discussed. He further found that the police had done nothing that would permit B to understand that he was to become a confidential police informer. It is worth setting out in full some key parts of the application judge's findings in this regard:

[TRANSLATION] Officers . . . who were in regular contact with [B] from [the time of his first meeting with the SQ], all state that they always dealt with [him] as a witness to crimes and that they at no time suggested to [him] that they would one day consider [him] a police informer should [he] not be granted a co-operating witness contract. [B] states categorically that the opposite is true and that the officers in question formally undertook to do so on several occasions.

[94] Cela dit, le juge des requêtes a conclu que son analyse des témoignages et des pièces avait démontré de façon prépondérante et dominante que la partie appelante ne jouissait pas du privilège de l'indicateur à l'égard des renseignements fournis à la SQ, mais constituait plutôt un témoin contraignable dans le cadre du procès d'autres personnes. Le juge a aussi conclu que les agents de la SQ n'ont jamais rien fait qui ait pu permettre à la personne désignée B de croire qu'elle deviendrait un indicateur de police anonyme.

III. Analyse

A. *Quelles sont les réalités concrètes de la présente affaire?*

[95] Pour commencer, je pense qu'il importe de préciser quelles sont les réalités concrètes de la cause ainsi que les limites de la révision en appel qui doivent baliser l'examen des demandes de la partie appelante. Selon moi, il est impératif de garder certaines questions à l'esprit.

[96] Premièrement, le juge des requêtes a expressément rejeté le témoignage de la personne désignée B, y compris les passages où elle affirmait qu'on lui avait fait la promesse qu'elle jouirait du statut d'indicateur de police anonyme ou qu'on en avait même discuté avec elle. Il a également jugé que les policiers n'avaient rien fait qui aurait permis à la personne désignée B de croire qu'elle allait devenir indicateur de police anonyme. Il vaut la peine de citer des extraits clés des conclusions du juge à cet égard :

Les policiers [. . .], qui ont des contacts réguliers avec [la personne désignée B] à compter de [sa première rencontre avec des agents de la SQ], affirment tous qu'ils ont toujours traité [cette dernière] comme un témoin d'infractions et qu'ils n'ont jamais évoqué avec [elle] l'hypothèse qu'[elle] soit un jour considéré[e] par eux comme un indicateur de police au cas où il n'obtiendrait pas de contrat de témoin repent. [La personne désignée B] soutient catégoriquement le contraire et identifie ces mêmes policiers comme étant ceux qui ont pris cet engagement formel avec lui à plusieurs reprises.

The Court accordingly accepts the version of the police witnesses, who have always, since [B's first meeting with the SQ], made it clear that they intended to have [B] testify publicly about [his] disclosures, and who have always told [him] so without ever suggesting to [him] that [he] might become a police informer should there be no contract with the Crown.

. . . the Court must on the basis of the evidence as a whole find that there was no agreement, either express or tacit, between [B] and the officers . . . under which [he] had the status of a police informer . . . [Emphasis added.]

[97] Second, while it may in some rare cases be theoretically possible for a person to be both a Crown witness and a confidential police informer, it was not possible in B's situation. The application judge recognized this as indeed does B's own counsel before this Court. Moreover, the application judge specifically rejected as a matter of fact B's evidence that he was promised confidential informer status pending the resolution of the cooperating witness process and accepted the police evidence that they did nothing that could have led B to understand that he had confidential police informer status at any point in their dealings.

[98] Third, the fact that the police have an obligation to protect a person has nothing to do with whether that person is a confidential police informer. There is nothing inconsistent with the police position that, on the one hand, they felt obliged to protect B, and on the other that B was not a confidential police informer.

[99] Fourth, it is not open to an appellate court to reweigh the evidence in the record or to draw inferences from the evidence which the application judge refused to draw absent some clear and determinative error on the part of the application

Le tribunal retient en conséquence la version des témoins policiers qui ont toujours, depuis [sa première rencontre avec des agents de la SQ], manifesté l'intention de faire témoigner publiquement [la personne désignée B] au sujet de ses révélations et qui ont toujours tenu avec lui ce discours sans jamais lui laisser entendre qu'[elle] pourrait, à défaut de contrat avec l'État, devenir un indicateur de police.

. . . l'ensemble de la preuve impose au tribunal de conclure à l'inexistence d'une entente, qu'elle soit expresse ou tacite, entre [la personne désignée B] et les policiers [. . .] lui permettant de bénéficier du statut d'informateur de police . . . [Je souligne.]

[97] Deuxièmement, même si, dans de rares cas, il peut être possible en théorie qu'une personne soit à la fois témoin pour le ministère public et indicateur de police anonyme, ce n'était pas possible dans la situation de la personne désignée B. Le juge des requêtes l'a reconnu, comme d'ailleurs l'avocat de la personne désignée B elle-même devant la Cour. En outre, le juge des requêtes a spécifiquement rejeté, dans les faits, l'affirmation de la personne désignée B selon laquelle on lui avait promis le statut d'indicateur anonyme en attendant la fin du processus devant mener à celui de témoin repentit et donné foi aux témoignages des policiers selon lesquels ils n'avaient rien fait qui a pu inciter la personne désignée B à croire qu'elle avait le statut d'indicateur de police anonyme à quelque moment que ce soit durant leurs échanges.

[98] Troisièmement, le fait que la police ait l'obligation de protéger une personne n'a rien à voir avec celui de savoir si cette personne est un indicateur de police anonyme. Il n'y a rien d'incompatible à ce que les policiers soutiennent, d'une part, qu'ils s'estimaient tenus de protéger la personne désignée B et, d'autre part, que celle-ci n'était pas un indicateur de police anonyme.

[99] Quatrièmement, une cour qui siège en appel n'est pas habilitée à soupeser de nouveau les éléments de preuve au dossier et à tirer des inférences que n'a pas voulu tirer le juge des requêtes, à moins que celui-ci n'ait commis une erreur

judge. In my respectful view, my colleague Abella J.'s reasons run afoul of this important principle in more than one respect.

[100] Consider, for example, my colleague's repeated references to B's inquiries concerning his "status". In effect, my colleague suggests that B asked repeatedly about whether he was a police informer and was not given a straight answer. Respectfully, that is not an inference that may be fairly drawn from this record or the application judge's findings of fact.

[101] B's testimony that he was assured that he had the status of a confidential police informer pending the outcome of the co-operating witness contract process was specifically rejected by the application judge. On the contrary, the judge found expressly that the police, since B's first meeting with the SQ, had *always manifested the intention to call B to testify* publicly about his revelations to them and that *their discussions with him never allowed him to understand that he could become a confidential source*.

[102] According to the police witnesses, whose evidence the judge accepted, B's preoccupation was with getting a co-operating witness contract — a contract that he could reasonably expect would provide financial and other benefits. It was about the progress of the process of being given such a contract, not whether B was a confidential informer, that B repeatedly inquired and in response to which the police advised that the process was ongoing and that the Crown had the final decision. Any implication that B inquired about his status as a police informer and was not given a straight answer is, respectfully, not supported by either the application judge's findings or by this record. In fact, the officers who testified on this issue repeatedly asserted that a conversation about B's status as a "source" or "confidential informer"

manifeste et déterminante. Avec respect, j'estime que ma collègue la juge Abella transgresse cet important principe à plus d'un égard.

[100] Si on se penche, par exemple, sur les références répétées de ma collègue aux demandes de la personne désignée B quant à son « statut ». Dans les faits, ma collègue suggère que la personne désignée B a demandé à maintes reprises si elle était un indicateur de police et ce, sans obtenir de réponse claire. Avec égards, je considère que c'est une inférence qui ne peut être tirée à bon droit du présent dossier ou des conclusions de fait du juge des requêtes.

[101] L'affirmation de la personne désignée B selon laquelle elle avait reçu l'assurance qu'elle avait le statut d'indicateur de police anonyme en attendant l'issue du processus qui devait mener à la signature du contrat qui ferait d'elle un témoin repentini a été spécifiquement rejetée par le juge des requêtes. Par contre, le juge a expressément conclu que, dès la première rencontre de la personne désignée B avec la SQ et par la suite, les policiers avaient *toujours manifesté l'intention de citer la personne désignée B à comparaître* publiquement quant aux révélations qu'elle leur avait faites et que *leurs discussions avec elle n'ont jamais pu lui laisser croire qu'elle pourrait devenir une source anonyme*.

[102] Selon le témoignage des policiers, preuve acceptée par le juge, la personne désignée B était préoccupée d'obtenir un contrat de témoin repentini, un contrat dont elle pouvait raisonnablement s'attendre qu'il lui procure des avantages financiers et autres. Ses questions répétées portaient non pas sur son statut d'indicateur anonyme, mais sur les progrès du processus devant mené à la signature d'un tel contrat, questions auxquelles les policiers ont répondu en lui assurant que le processus suivait son cours et en précisant que le ministère public avait le dernier mot sur la question. Toute supposition voulant que la personne désignée B ait posé des questions relativement à son statut d'indicateur de police et qu'elle n'ait pas eu droit à une réponse claire n'est, à mon avis, étayée ni par les conclusions du juge des requêtes ni par

simply never occurred. For example, an officer testified in the following manner:

[TRANSLATION]

Q But when [he] had these questions, do you remember that Named Person B asked you: “Yeah, but then, if [he] doesn’t sign, what will you do with me?”

A No.

Q What am I?

A No.

Q . . . What are you doing with the statements?”

A No. We always worked with the idea that [he] would become a co-operating witness. When I worked with [him], we took down statements, we went looking for evidence. It was clear to us that it was going to be given to Crown prosecutors so that charges would be laid. But I, anyway, it had been explained to [him] how [he] would become a cooperating witness, that is, that there were people who would be deciding that. So we always worked with the idea that [he] would become a cooperating witness.

Another officer’s testimony on this issue is also instructive:

[TRANSLATION]

Q And Named Person B, when [he] spoke with you, am I right to say that [he] told you a number of times: “I want to be a ‘source’, I don’t want you to give my statements to anyone”

A No, Named Person B

Q . . .

A No, Named Person B, [his] statements were targeted, and we used them . . . Named Person B, every time [he] was with us, [he] knew we were using [his] statements.

le dossier. En fait, les policiers qui ont témoigné relativement à cette question ont affirmé à plusieurs reprises qu’*il n’y a tout simplement pas eu de discussion* quant au statut de la personne désignée B en tant que « source » ou « indicateur anonyme ». À titre d’exemple, voici un extrait du témoignage d’un des agents :

Q Mais, lorsqu’elle avait ces questionnements-là, vous souvenez-vous que la personne désignée B vous aurait demandé : « Ouais, mais là, s’ils ne signent pas là, vous faites quoi avec moi? »

R Non.

Q Je suis quoi là?

R Non.

Q . . . Les déclarations vous faites quoi avec? »

R Non. On a toujours travaillé dans le sens qu’elle deviendrait un témoin repent. Moi, quand j’ai travaillé avec elle, on prenait des déclarations, on allait chercher des éléments de preuve. C’était clair dans notre esprit à nous que ça allait être présenté à des procureurs de la Couronne pour que des accusations soient portées. Mais moi, de toute façon, il lui avait été expliqué de la façon qu’elle deviendrait un témoin repent, donc, qu’il y avait des gens qui allaient se pencher là-dessus. Donc, on a toujours travaillé dans le sens qu’elle deviendrait un témoin repent.

Le témoignage d’un autre agent à ce sujet est également instructif :

Q Puis la personne désignée B quand elle s’entretenait avec vous, j’ai pas raison de dire qu’à plusieurs reprises elle vous avait dit : « Moi, je veux être comme une “source”, je ne veux pas que tu donnes mes déclarations à personne » . . .

R Non, la personne désignée B . . .

Q . . .

R Non, la personne désignée B, ses déclarations étaient ciblées puis on s’en servait [. . .] La personne désignée B là, tout le temps qu’elle a été avec nous autres là, elle a su qu’on se servait de ses déclarations.

Yet another officer provides a similar answer to this question:

[TRANSLATION]

Q Did you . . . at the beginning of your relationship, if I can call it that . . . as controller with Named Person B, discuss possible avenues for Named Person B at the level, to help you out a bit . . . Did you describe [him], did you say “OK, you’re a ‘source’, special witness or co-operating witness in any event”?

A Me, I never spoke . . . Me, in my work there, the status of Named Person B, [he] was always going to become a co-operating witness, become a witness in the case. It was always that.

Q But did you not also answer [him] that, at any rate, in the meantime, you are a “source”?

A No. No. [He] was always regarded as . . . In my mind, [he] was going to testify. It was a surprise when we learned that [he] would not be testifying. It was a surprise.

In other words, none of the officers involved failed to give B a straight answer about whether he was a confidential source because there were no such discussions and the very idea of B being or becoming a source never even crossed their minds.

[103] In my view, it is not open to this Court on appeal to draw any inference from this record that B inquired whether or not he was a “source” and did not receive a straight answer. Such an inference is not only contrary to the evidence which the application judge accepted but it is also contrary to the judge’s express finding of fact that the SQ did nothing that could have led B to believe that he would become a confidential police source.

[104] My colleague also, in my respectful view, oversteps the bounds of appellate review with respect to the issue of alleged police promises of confidentiality. On this, the application judge

Un troisième agent a donné une réponse semblable :

Q Avez-vous, [. . .] dans les débuts de votre relation, si je peux dire ça comme ça [. . .] comme contrôleur avec la personne désignée B, discuté des avenues possibles de la personne désignée B au niveau, pour vous orienter un peu [. . .] Vous l’avez qualifiée, vous avez dit : « bon, tu es “source”, témoin spécial ou témoin de repentir de toute façon »?

R Moi j’ai jamais parlé [. . .] Moi, dans mon travail là, le statut de la personne désignée B, ça s’enlignait toujours pour devenir témoin repentir, devenir témoin dans la cause, ç’a toujours été ça.

Q Mais, vous ne lui avez pas répondu aussi que de toute façon, en attendant tu es « source »?

R Non. Non. Elle a toujours été considérée comme [. . .] Moi, dans ma tête à moi, elle allait témoigner, ç’a été une surprise quand on a appris qu’elle ne témoignerait pas, ç’a été une surprise.

Autrement dit, aucun des agents en cause n’a omis de donner une réponse claire à la personne désignée B quant à la question de savoir si elle était une source anonyme parce qu’il n’y a pas eu de discussions à ce sujet et que l’idée même qu’elle puisse être ou devenir une source ne leur a jamais effleuré l’esprit.

[103] À mon avis, la Cour ne peut pas, en appel, tirer de ce dossier l’inférence que la personne désignée B a demandé si elle était une « source » et qu’elle n’a pas eu de réponse claire. Une telle inférence serait non seulement contraire à la preuve à laquelle le juge des requêtes a donné foi, mais aussi contraire à sa conclusion de fait expresse que la SQ n’a rien fait qui aurait pu inciter la personne désignée B à croire qu’elle deviendrait un indicateur de police anonyme.

[104] Toujours avec respect, j’estime que ma collègue a également outrepassé les limites de la révision en appel quant à la question des promesses alléguées d’anonymat qui auraient été faites par

was alive to and expressly noted that there was a lack of clarity and consistency in the evidence. A review of the record shows that there were indeed some inconsistencies in the police evidence on this issue and that the term “confidential” was used in several different senses. The judge even interjected during the testimony of an officer in order to clarify the sense in which the officer was using the term confidential.

[105] The apparent confusion about what was or was not confidential is evident in the police testimony. For example, an officer — in the passage cited by my colleague Abella J. at para. 44 — states that if B does not sign a contract, he will not have to testify and his statements will not be used against him, implying a certain level of confidentiality. Later, however, he testified to having on one occasion acted in a way that was inconsistent with B being a confidential source and insisted that B is not a “source” because with a “source” you cannot divulge his identity. Similarly, another officer is inconsistent in his testimony about confidentiality. While in the passage cited by my colleague at para. 45, the officer states that B’s statements were “always confidential”, he also testifies to the fact that B was never a police informer nor a confidential “source”. On the other hand, the evidence of another officer consistently contrasts B’s situation with that of a police informer — whose identity and statements must be kept secret — and states that there was no confidentiality.

[106] Sorting this out was the job of the application judge, not of an appellate court. The judge adverted to this issue (among others) and made findings that the evidence showed that B in this case could not be at the same time a police informer and prosecution witness, that the police had consistently manifested the intention to call B as a witness and that the police had never let B understand that he

les policiers. À ce sujet, le juge des requêtes était conscient de l’existence d’un certain flou et de l’inconstance dans la preuve et il l’a expressément souligné. Un examen du dossier permet de constater qu’il y a effectivement eu certaines contradictions dans le témoignage des policiers sur cette question et qu’ils ont utilisé le terme « confidentiel » dans plusieurs sens. Le juge est même intervenu durant le témoignage d’un agent de manière à clarifier le sens que donnait ce dernier au terme en question.

[105] La confusion apparente quant à la question de savoir ce qui était confidentiel et ce qui ne l’était pas ressort clairement du témoignage des policiers. Par exemple, un agent — dans le passage cité par ma collègue la juge Abella au par. 44 — affirme que si la personne désignée B ne signait pas de contrat, elle n’aurait pas à témoigner et ses déclarations ne seraient pas utilisées contre elle, ce qui suppose un certain degré de confidentialité. Plus tard, toutefois, il a affirmé avoir agi à une occasion d’une manière incompatible avec le fait que la personne désignée B était une source anonyme et insisté pour dire que la personne désignée B n’est pas une « source » parce qu’il n’est pas permis de divulguer l’identité d’une « source ». Un autre agent a aussi tenu des propos contradictoires lorsqu’il a témoigné quant à la confidentialité. En effet, dans le passage cité par ma collègue au par. 45, l’agent a affirmé que les déclarations de la personne désignée B étaient « toujours [. . .] confidentiel[les] », mais il a aussi affirmé que la personne désignée B n’a jamais été un indicateur de police ou une « source » anonyme. Par ailleurs, dans son témoignage, un autre agent a systématiquement distingué la situation de la personne désignée B de celle d’un indicateur de police — dont l’identité et les déclarations doivent rester secrètes — et affirmé que rien en l’espèce ne faisait l’objet d’une quelconque confidentialité.

[106] C’était au juge des requêtes qu’il revenait de faire la lumière sur la question, pas à une cour siégeant en appel. Le juge a fait référence à la question (entre autres) et tiré des conclusions selon lesquelles la preuve démontrait que la personne désignée B, en l’espèce, ne pouvait être à la fois indicateur de police et témoin de la poursuite, que les policiers avaient invariablement manifesté

would become a confidential police informer. There is in my view no basis to interfere with these clear findings.

[107] With those matters in mind, I turn to the remaining issues.

B. *Did the Application Judge Fail to Consider Whether a Promise of Confidential Informer Status Could Be Implicit in This Case?*

[108] My colleague Abella J. finds that the application judge's ruling ought to be quashed because he did not consider whether a promise of confidential informer status could be implicit. Respectfully, I do not agree that the judge failed to consider the question. Several considerations lead me to this view.

[109] The judge was alive to B's dealings with other police agencies. Having heard that evidence, however, he found as a fact that the evidence in the case required that B's dealings with the SQ be considered differently. The judge referred to several differences in support of this conclusion, which is amply supported by the evidence.

[110] B had contacted the police for the purpose of providing them with information. During the initial encounter with the SQ, B was taken into custody and arrested for his crime. As I have reviewed above, B made a number of statements. While in some cases, B was promised that the statements would not be used as evidence against B, in many cases it was made perfectly clear to B, and B clearly understood, that they could be used as evidence in court *against others*. That use of B's statements, of course, is completely inconsistent with any notion that B's identity as the supplier of that information would remain confidential. In short, the dealings with the SQ consisted of plea bargaining and protracted negotiations of a possible co-operating witness

leur intention de citer la personne désignée B à comparaître et qu'ils ne lui avaient jamais laissé croire qu'elle deviendrait un indicateur de police anonyme. À mon avis, il n'y a aucune raison de revenir sur ces conclusions claires.

[107] Avec ces éléments en tête, je vais maintenant me pencher sur les questions qu'il reste à trancher.

B. *Le juge des requêtes a-t-il omis d'examiner la question de l'existence ou non, en l'espèce, d'une promesse implicite quant au statut d'indicateur anonyme?*

[108] Ma collègue, la juge Abella, estime que la décision du juge des requêtes devrait être infirmée parce qu'il ne se serait pas penché sur la question de l'existence ou non d'une promesse implicite quant au statut d'indicateur anonyme. Avec égards, je ne peux convenir que le juge a omis d'examiner la question, et ce, pour plusieurs raisons.

[109] Le juge était au fait des rapports qu'entretenait la personne désignée B avec d'autres corps policiers. Or, au courant de cet élément du dossier, il a conclu à la nécessité de considérer différemment les rapports qu'elle entretenait avec la SQ. Il a fait état de plusieurs différences pour justifier cette conclusion qui est largement étayée par la preuve.

[110] La personne désignée B avait communiqué avec la police afin de lui révéler certains renseignements. Durant sa première rencontre avec la SQ, elle a été mise en détention et en état d'arrestation pour le crime qu'elle avait commis. Comme je l'ai rappelé précédemment, la personne désignée B a ensuite fait un certain nombre de déclarations. Si, dans certains cas, on lui avait promis que les déclarations ne serviraient pas en preuve contre elle, dans beaucoup de cas, il lui a été précisé clairement — et elle savait pertinemment — que les déclarations pourraient servir de preuve *au procès d'autrui*. Manifestement, un tel usage de ces déclarations est totalement inconciliable avec l'idée que l'identité de leur auteur comme source des renseignements ne serait pas révélée. Bref, les

contract, which contemplated B testifying for the Crown in public trials.

[111] These considerations lead me to the view that the application judge did not fail to consider whether a promise of confidential informer status could be implicit. Rather, the judge was careful to consider whether any promise was made *implicitly* as well as explicitly, even though B's evidence was solely to the effect that the SQ had made repeated explicit promises. This was the *sole* basis for his professed belief that he had informer status. In any event, as I will discuss in the next section, the existence of a supposed "implicit promise" was never a live issue on this record.

C. *Is There a Live Issue on This Record as to Whether There may Have Been an Implicit Promise of Informer Privilege by the SQ?*

[112] I see no basis on this record for thinking that a reasonable person in the position of B would or could reasonably think his identity as the supplier of the information would remain confidential. This point requires considerable reference to the record as well as to the judge's findings of fact.

[113] To begin, it is critical to understand B's own evidence before the judge. B consistently maintained that he had received numerous, explicit promises from the SQ that he had the status of a confidential informer pending the negotiation of his "co-operating witness" contract. B's position in his testimony was never that his perception of the SQ's actions led him to believe that his identity was protected. According to B's own testimony, the supposed understanding of the obligation of confidentiality arose solely from express promises to that effect by officers of the SQ.

rapports de la personne désignée B avec la SQ ont consisté en négociations relatives à l'inscription d'un plaidoyer et en longs pourparlers sur la possibilité de conclure un contrat de témoin repenté qui aurait prévu la comparution de la personne désignée B comme témoin à charge lors de procès publics.

[111] Je conclus de ces considérations que le juge des requêtes n'a pas omis d'examiner la question de l'existence ou non d'une promesse implicite quant au statut d'indicateur anonyme. Il a plutôt pris soin d'examiner si une promesse tant *implicite* qu'explicite avait été faite, même si le témoignage de la personne désignée B n'a fait état que de promesses explicites répétées de la SQ. C'était le *seul* fondement pour justifier sa croyance qu'elle avait le statut d'indicateur. Quoi qu'il en soit, comme je vais l'expliquer dans la prochaine section, la question de l'existence d'une « promesse [supposément] implicite » ne s'est jamais posée au vu du dossier.

C. *Au vu du dossier, la question de l'existence ou non d'une promesse implicite par la SQ quant à l'octroi du privilège de l'indicateur de police se pose-t-elle toujours?*

[112] Rien dans le dossier ne permet de conclure qu'une personne raisonnable dans la position de la personne désignée B croirait ou pourrait croire que son identité à titre de source des renseignements serait protégée. Pour trancher la question, il faut examiner de près le dossier et les conclusions de fait du juge.

[113] Tout d'abord, il importe de comprendre la déposition faite par la personne désignée B devant le juge. Elle a systématiquement affirmé que la SQ lui a promis expressément à de nombreuses reprises qu'elle allait bénéficier du statut d'indicateur anonyme jusqu'à l'issue des négociations relatives à son contrat de témoin repenté. La personne désignée B n'a jamais affirmé que sa perception des actes de la SQ l'avait incitée à croire que son identité était protégée. Selon son témoignage, la prétendue entente quant à l'obligation de confidentialité découlait uniquement de promesses expresses faites à ce sujet par des agents de la SQ.

[114] During the application hearing, the appellant was very clear about the basis upon which he claimed informer privilege: The police had *explicitly* promised him informer privilege status. Indeed, at the beginning of his testimony, B indicated asking the SQ what his status would be shortly after the beginning of his co-operation. According to him, this is what happened:

[TRANSLATION]

[B] Then, after that, I spoke with the police about “What will my status be? Are you going to sign me to a contract? Are you going to sign me” “No, before the contract Named Person B, everything you tell me will remain confidential. There are always There are 3 types of status: a ‘source’, a special witness or you’re a co-operating witness.” OK. “So now, for now, you’re a ‘source’.” “Oh yeah?” “Yeah, so everything you tell us now, for us it’s . . . you have no charges now, so we take it and that’s all.”

[115] He added that for some months after his first contact with the SQ, he was regularly told by SQ officers that they could not tell him whether or not he would be retained as a co-operating witness, but that, in any event, he was a confidential informer in the meantime:

[TRANSLATION]

[B] They said: “. . . [W]e can’t say you’re a special witness, we don’t know that Named Person B, you aren’t a co-operating witness, we don’t know that. So you’re a ‘source’”.

[116] Later in his testimony, the appellant identified the individuals who allegedly expressly told him that he would be considered a confidential informer until his co-operating witness candidacy was settled.

[117] Never in his testimony did the appellant suggest that his understanding of his alleged confidential status had its origins in anything other than repeated express promises by the SQ. B never suggested in evidence that his dealings with the SQ had given the impression that he had that status. All

[114] À l’audience sur la requête, la partie appelante a expliqué très clairement le fondement sur lequel elle s’appuie pour invoquer le privilège de l’indicateur : les policiers le lui avaient *expressément* promis. En effet, au début de son témoignage, elle a affirmé avoir demandé à la SQ, peu après le début de leur coopération, de préciser son statut. Elle résume ainsi sa vision des faits :

[B] Là, suite à ça, je discute avec la police de [. . .] « Ça va être quoi mon statut, allez-vous me signer un contrat, allez-vous me signer [. . .] » « Non, avant le contrat [personne] désignée B, tout ce que tu me dis, ça reste confidentiel. Ça fait qu’il y a toujours [. . .] Il y a 3 statuts là-dedans : une “source”, un témoin spécial ou tu es un témoin repent. » Bon. « Puis là, pour le moment-là, toi tu es une “source”. » « Ah oui. » « Ouais, fait que tout ce tu dis là nous autres c’est [. . .] t’as pas de charge là, puis on prend ça, puis c’est toute. »

[115] La personne désignée B a ajouté que, pendant les quelques mois qui ont suivi son premier contact avec la SQ, des agents de cette dernière lui ont répété régulièrement ne pas être en mesure de lui dire si elle serait engagée à titre de témoin repent, mais affirmaient qu’elle était de toute façon un indicateur anonyme entre-temps :

[B] Ils disent : « . . . on peut pas dire que tu es témoin spécial, on ne le sait pas [personne] B, tu n’es pas un témoin repent, on ne le sait pas. Ça fait que tu es une “source”. »

[116] Plus tard au cours de son témoignage, la partie appelante a nommé les personnes qui lui auraient dit expressément qu’elle serait considérée comme un indicateur anonyme jusqu’à la décision sur sa candidature au titre de témoin repent.

[117] Dans sa déposition, la partie appelante n’a jamais laissé entendre que son interprétation de son prétendu statut d’indicateur anonyme découlait d’autre chose que de promesses expresses qui lui avaient été faites par les agents de la SQ. Il n’est jamais ressorti de son témoignage que ses rapports

of the SQ officers testified that not only had no such promises ever been made but that the possibility of B becoming a confidential informer had never been discussed with B or considered by them.

[118] The application judge made clear findings of fact regarding the probative value that he attached to the appellant's testimony. He found that it lacked credibility, and that the *appellant himself* had *always*, since his first meeting with the SQ, understood that he would testify in the trial of other individuals (and therefore his identity could necessarily not remain confidential). This is consistent with the numerous cautions given to the appellant in relation to the many statements given to the SQ. The application judge further found that the appellant's request for informer privilege was essentially a vain attempt by a disgruntled individual to get back at the Crown and the SQ for the unfair treatment he believed he had experienced in relation to his desire to become a co-operating witness. The judge found as a fact that it was only after B was asked to renounce any intention to claim informer privilege that B started to claim the status of confidential informer. Moreover, as noted, the judge also found as a fact that the SQ never did anything that could have allowed B to understand that he was or might be a confidential police informer. In short, the application judge disbelieved the bulk of the appellant's version of facts, including his allegation that an explicit promise had been made to him. Significantly, the appellant does not contest the application judge's devastating findings of credibility regarding his testimony.

[119] In addition to rejecting the centrepiece of the appellant's version of facts, the application judge found as a matter of fact that the SQ officers had always had in mind to have the appellant testify and that they had never intended to make him a confidential informer. This corresponds largely to

avec la SQ lui avaient donné l'impression qu'elle bénéficiait de ce statut. Selon tous les agents de la SQ qui ont témoigné, non seulement de telles promesses n'avaient jamais été faites, mais la possibilité de tenir la personne désignée B pour un indicateur anonyme n'avait même jamais été envisagée ou discutée avec elle.

[118] Le juge des requêtes a formulé des conclusions de fait non équivoques sur la valeur probante qu'il accordait au témoignage de la partie appelante. Selon lui, elle manquait de crédibilité et a su *en tout temps*, soit à compter de sa première rencontre avec la SQ, qu'elle témoignerait au procès d'autres personnes (et donc que son identité, par la force des choses, ne pourrait rester secrète). Les conclusions du juge collent aux nombreuses mises en garde faites à la partie appelante relativement à ses nombreuses déclarations à la SQ. En outre, le juge des requêtes a conclu que la stratégie de la partie appelante d'invoquer le privilège de l'indicateur n'était rien d'autre qu'une vaine tentative de la part d'un mécontent de se venger du traitement à son avis injuste que le ministère public et la SQ lui auraient réservé relativement à son souhait de devenir un témoin repent. Le juge a conclu que c'est seulement après qu'on a demandé à la personne désignée B de signer un engagement de ne pas chercher à faire reconnaître l'existence du privilège de l'indicateur qu'elle a commencé à réclamer le statut d'indicateur anonyme. En outre, je le répète, le juge a aussi conclu que la SQ n'a jamais rien fait qui aurait pu inciter la personne désignée B à comprendre qu'elle était ou pouvait être un indicateur de police anonyme. En somme, le juge des requêtes a rejeté en grande partie les faits tels que les a présentés la partie appelante, dont l'argument qu'une promesse expresse lui avait été faite. Fait important, la partie appelante ne conteste nullement les funestes constatations du juge des requêtes quant à la crédibilité de son témoignage.

[119] En plus de rejeter la version des faits de la partie appelante, le juge des requêtes a conclu que les agents de la SQ avaient envisagé depuis le début de faire témoigner cette dernière et n'avaient jamais eu l'intention d'en faire un indicateur anonyme. Cette conclusion correspond en grande partie au

what the SQ officers who testified said and is, in my view, a perfectly defensible finding of fact, on the record before us.

[120] To sum up, the appellant's own testimony was clear and unequivocal that the claim of informer privilege arose solely from alleged express promises — promises which the application judge concluded had never been made. Moreover, the judge accepted police evidence that there was *never even any thought* of making B a confidential informer and that they did nothing that could let B understand that he had that status. The judge also found that it was some years after B's initial dealings with the SQ that B started to claim the status of a confidential police informer. These findings leave no room for the imputed or implied promise theory.

[121] Moreover, as I touched on earlier, we know that SQ officers arrested the appellant for his criminal activity soon after their first meeting. The appellant was cautioned and specifically informed that anything he would say could be used against him in a court of law. We also know that throughout his relationship with the SQ, his statements were generally accompanied by a warning that either the evidence could be used against him, or, at the very least, that it could be used in the trial of others. The record discloses that the appellant understood this.

[122] Indeed, when cross-examined by the Crown, the appellant clearly stated that he understood that his first statements to the SQ could be used against him and entered into evidence in a *public* trial:

témoignage des agents de la SQ et constitue, à mon avis, une conclusion de fait parfaitement défendable au vu du dossier.

[120] Bref, il ressort clairement du témoignage de la partie appelante que le privilège de l'indicateur qu'elle revendiquait n'aurait découlé que de promesses expresses qu'on lui aurait faites, des promesses dont le juge a conclu qu'elles n'avaient jamais existé. Qui plus est, le juge a ajouté foi aux dépositions des policiers selon lesquels ils *n'avaient même jamais envisagé* de faire de la personne désignée B un indicateur anonyme et n'avaient rien fait qui a pu inciter cette dernière à croire qu'elle avait ce statut. Le juge a aussi conclu que ce n'est que quelques années après que la personne désignée B ait échangé pour la première fois avec la SQ qu'elle a commencé à réclamer le statut d'indicateur de police anonyme. Ces constatations empêchent d'accorder quelque crédit que ce soit à la théorie de la promesse sous-entendue ou implicite.

[121] En outre, comme je l'ai mentionné précédemment, nous savons que, peu après leur première rencontre, des agents de la SQ ont arrêté la partie appelante relativement à ses activités criminelles. On lui a alors lu ses droits et on l'a informée expressément que toute parole pourrait être utilisée pour l'incriminer devant un tribunal. Nous savons également que tout au long de ses rapports avec la SQ, ses déclarations étaient généralement précédées d'une mise en garde selon laquelle les renseignements pourraient servir contre elle ou, à tout le moins, à poursuivre d'autres personnes. Le dossier révèle que la partie appelante était consciente de cette possibilité.

[122] En effet, le contre-interrogatoire mené par le procureur du ministère public a clairement fait ressortir la connaissance par la partie appelante du fait que ses premières déclarations à la SQ pourraient être utilisées pour l'incriminer et déposées en preuve dans le cadre d'un procès *public* :

[TRANSLATION]

Q So you, when they tell you “it can be used as evidence against you”, what do you understand that to mean?

A Well, it can be used as evidence against me. That’s what I understand; it’s clear.

Q In what context can it be used as evidence against you?

A Well, it can be used as evidence against me. What do you want me to say? . . .

Q During what? During the trial? During a public trial? So it means that that statement will be used if they say. . . .

A Exactly. Yes, Yes.

Q Do you understand that clearly?

A Yes. Yes. [Emphasis added.]

[123] And later, again during his testimony on cross-examination, the Crown attorney read to the appellant a portion of the transcript of one of his interviews conducted after his arrest by the SQ. Therein, an SQ officer explained to the appellant that he had a right to counsel and that anything he would say could be used as evidence in an eventual trial. The Crown attorney then asked the appellant if he had properly understood what the SQ had told him:

[TRANSLATION]

Q You understood clearly what you were told at that time? You knew that it could be used

A Yes.

Q . . . as evidence in court?

A Yes. Yes.

[124] Not only did the appellant understand that the statements he gave the SQ could be used against him, he even stated that he hoped, at first, to get a co-operating witness contract precisely because he hoped they would not be if he acquired that status:

Q Puis vous là, quand on vous dit ça peut servir de preuve contre vous, vous comprenez quoi de ça, vous?

R Bien, ça peut servir de preuve contre moi. C’est ça que je comprends c’est clair.

Q Dans quel cadre ça peut servir de preuve contre vous?

R Bien, ça peut servir de preuve contre moi, que voulez-vous que je vous dise. . .

Q Durant quoi? Durant le procès? Durant un procès public? Ça veut donc dire qu’on va s’en servir de cette déclaration-là si on se dit. . .

R Exactement. Oui, oui.

Q Vous comprenez ça comme il faut?

R Oui. Oui. [Je souligne.]

[123] Plus tard pendant le contre-interrogatoire, le procureur a lu à la partie appelante un extrait de la transcription d’un des interrogatoires menés après son arrestation par la SQ. Un agent de ce corps policier y explique à la partie appelante qu’elle a droit à l’assistance d’un avocat et que ses paroles pourraient servir de preuve dans un procès ultérieur. Le procureur a alors demandé à la partie appelante si elle avait bien compris ce que l’agent de la SQ lui avait dit :

Q Vous compreniez bien ce qu’on vous disait à ce moment-là. Vous saviez que ça pourrait servir . . .

R Oui.

Q . . . de preuve à la Cour?

R Oui, oui.

[124] Non seulement la partie appelante savait-elle que ses déclarations à la SQ pourraient servir à l’incriminer, mais, elle est allée jusqu’à affirmer avoir voulu au départ se voir offrir un contrat de témoin repentant dans l’espoir, justement, d’éviter que ses révélations ne soient utilisées à tel dessein :

[TRANSLATION]

Q Did, did you hope to have a cooperating witness contract?

A At first, I hoped to have one, because I didn't want my statements to be held against me, since

Yes, I hoped to at first. But then, they kept on telling me: "No, Named Person B, we'll cross that bridge when we get there." [Emphasis added.]

[125] On account of this evidence, it appears to me that the application judge did not err in deciding that the appellant understood that the information he provided the SQ could be used in public trials and that his identity as the purveyor of that information would not remain confidential, and therefore that he did not benefit from informer privilege in regard to that information. The SQ had told him that at the time of their first contact with B and reiterated it when he started making his statements.

[126] In any event, even had he had such an expectation, this expectation as well as any belief that the police had acted on it and guaranteed him confidentiality would have been unreasonable. Indeed, the very fact that he was cautioned several times that his statements could at the very least be entered into evidence against others in public trials is fundamentally incompatible with an expectation or belief in a guarantee of confidentiality.

[127] My colleague Abella J. mentions several elements which she believes support her position that the appellant could have believed, on reasonable grounds, that he benefited from informer privilege. Respectfully, I find none to be persuasive.

[128] When he was formally charged and cautioned, he would have known that everything he said from that point on could be used as evidence in a court of law. Being treated in that fashion by the

Q Est-ce que vous, vous espériez en avoir un contrat de repenti?

R En premier j'espérais en avoir un, parce que je voulais pas que mes déclarations soient retenues contre moi, vu que . . .

Oui, j'espérais, au début. Mais là, ils me disaient tout le temps : « Non [personne] désignée B, on traversera la rivière quand on sera rendus au pont. » [Je souligne.]

[125] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que le juge des requêtes n'a commis aucune erreur en concluant que la partie appelante savait que les renseignements qu'elle fournissait à la SQ pourraient servir dans le cadre de procès publics, que son identité à titre de source de ces renseignements ne resterait pas secrète et du coup, qu'elle ne bénéficiait pas du privilège de l'indicateur à l'égard de ces renseignements. C'est le discours que la SQ lui avait tenu à leur premier contact et répété au moment de ses déclarations.

[126] Quoi qu'il en soit, même si la personne désignée B avait quelque espoir que ce soit en ce sens, toute attente et toute croyance que les policiers avaient agi en conséquence et lui avaient garanti l'anonymat aurait été déraisonnable. En effet, le fait même que des mises en garde répétées avaient averti la personne désignée B que ses déclarations pourraient à tout le moins être déposées en preuve aux procès publics de tiers est fondamentalement incompatible avec une attente ou une croyance à l'égard d'une garantie d'anonymat.

[127] Ma collègue, la juge Abella, mentionne plusieurs éléments à l'appui de sa conclusion selon laquelle la partie appelante avait des motifs raisonnables de croire qu'elle jouissait du privilège de l'indicateur. Avec égards, aucun ne me convainc.

[128] Lorsqu'elle a été formellement accusée et mise en garde, elle devait savoir que tout ce qu'elle dirait à compter de ce moment-là pourrait être utilisé comme preuve devant un tribunal. Ce traitement par

police is absolutely incompatible with any notion that it would have somehow led someone to believe that his or her identity as the purveyor of statements to them would be kept confidential. B of course would have fully understood this.

[129] I have already discussed my colleague's suggestion that B repeatedly asked the SQ about his status and did not receive a straight answer. Neither the application judge's conclusions nor the record permit any such inference to be drawn. I have also referred to the police evidence about confidentiality; the application judge considered this evidence and found that the SQ had done nothing that would allow B to infer that he was a confidential police informer. My colleague also places weight on some documents to support the possibility that B thought he had been implicitly promised confidential source status. The reason that this cannot be so, however, is that there is no evidence that B was even aware of them. The documents could therefore not bear on his belief. The police officers who were in a position to provide the appellant with confidential informer status testified that they never had in mind to make the appellant a confidential informer. The only "status" he had with the SQ, in their mind, was that of an individual in the process of becoming a co-operating witness. This testimony was accepted by the application judge.

[130] My colleague points to the fact that the appellant was referred to as a source in two documents while having been named in many others. My colleague concludes that this inconsistent treatment of B may have led B to reasonably assume that he had confidential status with the SQ. Respectfully, this is not an inference that is open on this record. B never suggested any such thing during his extensive testimony. Moreover, there is no evidence that this fact was known by the appellant at the relevant time and it therefore cannot have given

la police est totalement incompatible avec l'idée que ce corps policier aurait incité quelqu'un à croire que son identité à titre de source de déclarations qui lui étaient faites resterait confidentielle. Il va de soi que la personne désignée B l'aurait parfaitement compris.

[129] J'ai déjà discuté de la suggestion de ma collègue selon laquelle la personne désignée B aurait demandé à maintes reprises aux agents de la SQ ce qu'il en était de son statut et n'aurait pas reçu de réponse claire. Ni les conclusions du juge des requêtes ni le dossier ne permettent de tirer une telle inférence. J'ai aussi fait référence aux témoignages des policiers quant à l'anonymat et à la confidentialité et au fait que le juge des requêtes les a examinés avant de conclure que les agents de la SQ n'avaient rien fait qui permette à la personne désignée B d'inférer qu'elle était un indicateur de police anonyme. Ma collègue donne aussi de l'importance à certains documents pour étayer la possibilité selon laquelle la personne désignée B croyait avoir reçu la promesse implicite qu'elle obtiendrait le statut de source anonyme. Or, cela ne pouvait être le cas parce qu'aucun élément de preuve ne démontre que la personne désignée B avait même connaissance de l'existence de ces documents. Ils n'ont donc pas pu avoir d'incidence sur sa compréhension de la situation. Or, selon le témoignage des policiers qui étaient à même de conférer à la partie appelante le statut d'indicateur anonyme, il n'a jamais été question de faire d'elle un tel indicateur et le seul « statut » dont elle jouissait auprès de la SQ était celui d'un individu en voie de devenir un témoin repent. Le juge des requêtes a donné foi à ces témoignages.

[130] Ma collègue souligne que deux documents font référence à la partie appelante en la qualifiant de source et que, par ailleurs, elle avait été nommée dans un grand nombre d'autres documents. La juge Abella conclut que cette inconstance dans le traitement de la personne désignée B a pu la mener à tenir raisonnablement pour acquis qu'elle avait un statut confidentiel avec la SQ. Avec égards, j'estime que le présent dossier ne permet pas de tirer une telle inférence. La personne désignée B n'a jamais laissé entendre une telle chose durant son long

rise to any implied promise in the appellant's mind. If this evidence is seen as undermining the SQ's evidence that it never considered giving B confidential source status, that use is directly contrary to clear findings of fact by the application judge. Finally, the evidence is inconsequential placed in the correct factual context. The appellant is referred to by name in many documents and this is incompatible with the police having an actual desire to keep his identity confidential. The evidence of the documents provides no basis to set aside the application judge's finding of fact that the SQ did not ever treat B as a confidential source. The fact that B was not aware of any of this at the time of course means that this could not have given rise to any implied promise of confidentiality.

[131] Finally, counsel for the appellant made much of the fact that the Crown tried to get the appellant to sign a document whereby he would undertake not to seek to invoke informer privilege regarding the information he had provided the SQ. At the outset, it bears mentioning that the document in question did not assume that the appellant was a confidential informer. Rather, it only asked the appellant to provide assurances that he would not *seek* confidential informer status in the future. In any event, the evidence is clear that this initiative came from the Crown and not the SQ. While the Crown may have had its reasons to seek such assurances, I do not think that this can be used, without supporting evidence, to conclude that the SQ thought the appellant was a confidential informer or that it gave rise to a reasonable belief that an implied promise of confidentiality had been given. This point was fully considered by the application judge and rejected.

témoignage. Qui plus est, aucun élément de preuve ne permet d'affirmer que ce fait était connu de la partie appelante au moment pertinent; il n'a donc pas pu donner lieu à une promesse implicite dans l'esprit de la partie appelante. Considérer que cet élément de preuve peut miner les témoignages d'agents de la SQ qui ont dit n'avoir jamais envisagé de conférer à la personne désignée B le statut de source anonyme reviendrait à en faire un usage totalement contraire à des conclusions de fait claires tirées par le juge des requêtes. Enfin, ces éléments de preuve ne portent pas à conséquence s'ils sont envisagés dans le bon contexte factuel. La partie appelante est identifiée par son nom dans de nombreux documents, ce qui n'est pas compatible avec la thèse selon laquelle la police a effectivement voulu lui assurer l'anonymat. Les documents en preuve ne permettent pas d'écarter la conclusion de fait du juge des requêtes selon laquelle la SQ n'a jamais traité la personne désignée B comme une source anonyme. Que la personne désignée B n'ait pas eu connaissance de ces faits à l'époque signifie bien sûr qu'ils n'ont pu donner lieu à une promesse implicite d'anonymat.

[131] En dernier lieu, l'avocat de la partie appelante a fait grand cas du fait que le ministère public avait tenté de faire signer à la partie appelante un engagement à ne pas invoquer le privilège de l'indicateur à l'égard des renseignements fournis à la SQ. Il importe de mentionner d'emblée que le document en question ne signifiait pas que la partie appelante était un indicateur anonyme, mais enjoignait seulement à cette dernière de promettre de ne pas *chercher* à obtenir ce statut à l'avenir. Quoiqu'il en soit, la preuve démontre clairement que l'initiative émanait du ministère public, et non de la SQ. Certes, il se peut que le ministère public ait été justifié de souhaiter obtenir un tel engagement, mais je ne crois pas que ce fait, faute de preuve à l'appui, permette de conclure que la SQ considérait la partie appelante comme un indicateur anonyme ou qu'il ait donné naissance à des motifs raisonnables de croire à l'existence d'une promesse implicite d'anonymat. Le juge des requêtes a examiné cet argument de manière approfondie et l'a rejeté.

[132] To conclude, I am of the view that the implicit promise of confidentiality was never a live issue on this record.

D. *Is the Application Judge's Finding of Fact That B Actually Knew That He Did Not Have Confidential Informer Status Fatal to B's Claim?*

[133] The application judge in effect found that B *actually knew* that his identity was not protected with respect to the information given to the SQ. My colleague maintains that there was no such finding, but I respectfully disagree. This finding, in my view, is supported by the evidence and fatal to the suggestion that there could be some implied understanding to the contrary. To develop this point, I must touch first on some principles of the law about confidential informers and then return to examine the application judge's findings.

[134] The traditional view is that informer privilege has “contract-like” elements of offer and acceptance. The privilege arises where a police officer promises protection and confidentiality to a prospective informer in exchange for information. In a clear case, confidentiality is explicitly sought and agreed to: *R. v. Barros*, 2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368, at paras. 31-32; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 36. This promise may be express or implied: *Bisaillon*, at p. 105. While the subjective intent of the police may be relevant to assessing the evidence, subjective intent on their part to confer the privilege is not a necessary element of the test for whether the privilege has been conferred. All of the leading cases from this Court put this rule on this “contract-like” basis.

[135] I therefore agree with my colleague Abella J. when she says that the test for whether there was an implicit promise of confidentiality in this case is whether the police conduct would have led someone

[132] En conclusion, je suis d'avis que l'existence ou non d'une promesse implicite d'anonymat n'a jamais été une question à trancher vu le dossier en l'espèce.

D. *La conclusion du juge des requêtes selon laquelle la personne désignée B savait en fait pertinemment ne pas jouir du statut d'indicateur anonyme porte-t-elle un coup fatal à la thèse de cette dernière?*

[133] Le juge des requêtes est arrivé à la conclusion que la personne désignée B *savait en fait pertinemment* que son identité n'était pas protégée à l'égard des renseignements qu'elle avait révélés à la SQ. Selon ma collègue, le juge n'a jamais tiré une telle conclusion. Je ne suis pas de cet avis. À mes yeux, la conclusion est étayée par la preuve et porte un coup fatal à la thèse de l'existence d'une entente implicite à l'effet contraire. L'analyse de ce point nécessite de rappeler certains principes du droit relatif aux indicateurs anonymes avant de poursuivre l'examen des conclusions du juge des requêtes.

[134] Selon le point de vue traditionnel, le privilège de l'indicateur comporte les éléments d'offre et d'acceptation inspirés du contrat. Le privilège prend naissance lorsqu'un policier promet la protection et l'anonymat à un indicateur éventuel en échange de ses révélations. Dans les cas clairs, l'anonymat est demandé explicitement et accordé : *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 31-32; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 36. La promesse peut être explicite ou implicite : *Bisaillon*, p. 105. Si l'intention subjective des policiers est pertinente pour apprécier la preuve, leur intention subjective de conférer ou non le privilège ne fait pas partie des éléments du critère permettant de déterminer l'existence du privilège. Tous les arrêts de principe issus de notre Cour confèrent à la règle ce fondement de type contractuel.

[135] Je souscris donc à l'avis de ma collègue, la juge Abella, selon qui le critère pour déterminer s'il y a eu promesse implicite d'anonymat en l'espèce consiste à déterminer si la conduite des

in B's position to believe, on reasonable grounds, that such a promise had been made in exchange for the information provided. There is thus both a subjective and an objective element: the alleged source must in fact believe that confidentiality was promised in exchange for the information and that belief must be reasonable, judged from the point of view of a reasonable person in the alleged source's position. If there is such a belief and it is reasonable, an implicit promise has been established.

[136] I note that appellant's counsel in this Court agrees that the alleged source must believe that the protection has been accorded. As appellant's counsel put it, [TRANSLATION] "B's belief and perception as to his status as an informer is of prime importance".

[137] I emphasize this fundamental point because I am respectfully of the view that my colleague has lost sight of it in her analysis. My colleague spends much effort in trying to demonstrate that if B had believed that he had been promised confidentiality, that belief would have been reasonable. I of course do not accept that contention. But be that as it may, the reasonableness of the belief of some hypothetical person in B's situation is not sufficient to establish the existence of the privilege unless B also established that he actually believed that the implicit promise had been made. There can be no such finding here and that is fatal to B's claim.

[138] I repeat that B's position in his extensive testimony was never that there was some sort of implicit promise. B's alleged belief was based solely on alleged express — and repeated — promises of being given confidential informer status. There is no basis in fact to support the conclusion that B in fact believed that he was an informer. Quite the contrary.

policiers aurait donné à quelqu'un dans la situation de la personne désignée B des motifs raisonnables de croire qu'une telle promesse lui avait été faite en échange des renseignements fournis. Ainsi, il faut à la fois un élément subjectif et un élément objectif : la personne qui dit être une source doit effectivement croire que l'anonymat lui a été promis en échange de ses révélations, et cette croyance doit être raisonnable, du point de vue d'une personne raisonnable placée dans la situation de la première. Si cette croyance existe et si elle est raisonnable, alors l'existence d'une promesse implicite est démontrée.

[136] Je souligne que l'avocat de la partie appelante devant la Cour convient que la personne qui dit être une source doit croire que la protection lui a été accordée. Pour reprendre ses propos, « [l]a conviction et la perception de B quant à son statut d'informateur est de prime importance ».

[137] Je tiens à souligner cet élément fondamental parce que j'estime respectueusement que ma collègue l'a perdu de vue dans son analyse. Elle s'efforce de démontrer que, si la personne désignée B avait cru qu'on lui avait promis la confidentialité, sa croyance aurait été raisonnable. Évidemment, je ne puis accepter cette thèse. Mais, quoi qu'il en soit, le caractère raisonnable de la croyance d'une personne imaginaire placée dans la situation de la personne désignée B ne suffit pas pour établir l'existence du privilège, à moins que la personne désignée B démontre également qu'elle croyait effectivement à l'existence d'une promesse implicite. Il n'est pas possible de tirer une telle conclusion en l'espèce, et ce fait est fatal à la thèse qu'elle défend.

[138] Je le répète, la thèse présentée par la personne désignée B lors de son long témoignage portait, non pas sur l'existence d'une sorte de promesse implicite, mais sur sa prétendue croyance, fondée exclusivement sur des promesses expresses et répétées, qu'on lui avait conféré le statut d'indicateur anonyme. Les faits ne permettent pas de conclure que la personne désignée B croyait dans les faits être un indicateur. Bien au contraire.

[139] The judge correctly noted that the evidence showed that in the circumstances of this case, *B could not be at the same time a prosecution witness and a police informer* with respect to the information given to the SQ. The application judge also proceeded on the basis that in the circumstances here, this would have been clear to B. The application judge makes repeated reference to B's knowledge that he would be a witness and to the cautions which he had heard and signed that made this explicit. This approach cannot be faulted and accords with the evidence.

[140] So far as I am aware, there is no hard and fast rule that a confidential informer cannot become a witness to testify regarding the very information he provided to police in confidence. However, as a practical matter, such situations would be extremely rare. It is hard to see how an informer could testify about certain things without making it obvious that he was a source of the police knowledge about those things. In other words, such testimony could only rarely if at all be given without creating a risk that the informer's identity as the purveyor of the privileged information would be discovered, an outcome, I would emphasize, the Crown is under a legal obligation to do all in its power to avoid. As a practical matter, unless both the Crown *and* the witness agree to renounce it, informer privilege must be seen as barring, for all practical purposes, the Crown from calling an informer to testify at trial about the very information provided to the police in confidence. The two roles are almost invariably incompatible. Of course, a potential witness would fully understand this as it will generally be obvious that the testimony will reveal the source of the information. The application judge, as noted, concluded that this was the situation in this case. It is also important to remember that the application judge specifically rejected B's evidence that B was expressly promised the status of confidential informer pending the decision about the possible co-operating witness contract.

[139] Le juge a signalé à juste titre que, selon le dossier de preuve, dans les circonstances de l'espèce, *la personne désignée B ne pouvait être à la fois un témoin à charge et un indicateur de police* à l'égard des renseignements qu'elle avait révélés à la SQ. Le juge des requêtes a également tenu pour acquis que, étant donné la situation, ce fait aurait dû paraître évident pour la personne désignée B. Le juge des requêtes a mentionné à maintes reprises, d'une part, le fait que cette dernière savait qu'elle allait témoigner et, d'autre part, les mises en garde expresses à ce sujet qu'elle avait entendues et signées. La démarche du juge n'est pas erronée et est étayée par la preuve au dossier.

[140] À ma connaissance, aucune règle absolue n'empêche un indicateur anonyme de témoigner quant aux renseignements qu'il a communiqués à la police sous le couvert de la confidentialité. Cela dit, en pratique, une telle situation serait extrêmement rare. On peut difficilement imaginer comment un indicateur pourrait, dans son témoignage, traiter de certains renseignements sans qu'il soit évident que la police les tient de lui. Autrement dit, ce genre de témoignage emporte toujours ou presque toujours le risque que l'identité de l'indicateur à titre de source des renseignements confidentiels soit dévoilée. Cela dit, je tiens à souligner que le ministère public doit impérativement faire tout en son pouvoir pour éviter qu'une telle situation se produise. En pratique, à moins que le ministère public *et* le témoin y renoncent d'un commun accord, le privilège de l'indicateur empêche en réalité le ministère public de faire témoigner un indicateur à propos des renseignements qu'il a révélés à la police sous le couvert de la confidentialité. Les deux rôles sont presque toujours incompatibles. Évidemment, un témoin éventuel comprendra cela, car il sera généralement manifeste que sa déposition révélera la source des renseignements. Comme je l'ai mentionné, le juge des requêtes a reconnu qu'il était en présence d'une telle situation. Il importe également de rappeler qu'il a spécifiquement rejeté le témoignage de la personne désignée B selon qui on lui avait expressément promis le statut d'indicateur anonyme le temps qu'une décision soit prise au sujet de la possibilité de conclure un contrat de témoin repent.

[141] Taking all of the evidence into account, the judge concluded that B knew he was to be a witness in relation to the information that he provided to the SQ and this necessarily required B to know that he was not a confidential informer. Moreover, and perhaps even more significantly, the judge found that it was only some years after B's first dealings with the SQ and his being told that his evidence would not for the moment be required that B's behaviour gradually changed. The judge also found that it was only after B was requested to sign the renunciation of any intention to claim informer privilege and the unsuccessful negotiations with the witness protection service that he asserted confidential informer status. In short, the judge concluded that B knew all along that he had no informer protection and that B's assertion to the contrary was an after-the-fact exercise of obvious opportunism.

[142] In my view, these clear and strong findings are supported by a mountain of evidence, not the least of which is that B in his testimony before the judge at no time suggested that his belief that informer protection had been accorded depended on anything other than express promises by members of the SQ to that effect. The judge found, of course, that there were no such express promises and indeed that the SQ officers did nothing that would let B understand that any such promise was being made.

[143] The judge's conclusions that B actually knew that he did not have informer privilege and that B's claim of that status was an after-the-fact exercise of opportunism make irrelevant any possibility that some hypothetical person in B's circumstances might have thought that the promise was implicit. B knew he had no such promise and provided the information anyway. B was a disappointed suitor for a potentially lucrative

[141] Compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des requêtes a conclu que la personne désignée B savait qu'elle allait témoigner relativement aux renseignements qu'elle avait fournis à la SQ et qu'elle devait donc savoir qu'elle n'était pas un indicateur anonyme. En outre — et possiblement plus important encore — le juge a conclu que le comportement de la personne désignée B s'est mis à changer seulement quelques années après le début de sa coopération avec la SQ, et après qu'on lui a appris que son témoignage ne serait pas nécessaire à ce moment-là. Le juge a aussi conclu que c'est seulement après qu'on a demandé à la personne désignée B de signer un engagement de ne pas chercher à faire reconnaître l'existence du privilège et après l'échec des négociations avec le service de protection des témoins que la personne désignée B a invoqué son statut d'indicateur anonyme. Bref, selon le juge, la personne désignée B savait dès le départ qu'elle ne bénéficiait pas de la protection accordée aux indicateurs et le fait pour elle de prétendre le contraire après coup relevait d'un opportunisme évident.

[142] À mon avis, ces conclusions claires et fortes sont étayées par une montagne de preuve, et tout particulièrement celle voulant que la personne désignée B n'a jamais laissé entendre devant le juge que sa croyance selon laquelle elle bénéficiait de la protection accordée aux indicateurs était fondée sur autre chose que des promesses expresses prononcées à ce sujet par des agents de la SQ. Bien entendu, le juge a conclu à l'inexistence de promesses de ce genre et même au fait que les agents de la SQ n'avaient rien fait qui eût pu porter la personne désignée B à croire qu'une telle promesse lui était faite.

[143] Les conclusions du juge — selon lesquelles la personne désignée B savait en fait ne pas jouir du privilège de l'indicateur et avait invoqué ce statut après coup par opportunisme — permettent d'écarter, au motif qu'elle n'est pas pertinente, la possibilité qu'une personne imaginaire placée dans sa situation ait pu croire à une promesse implicite. La personne désignée B savait n'avoir reçu aucune telle promesse et a tout de même communiqué les

co-operating witness contract and an opportunist, not a police informer.

[144] To conclude on this point, B never claimed to have a subjective belief that he had been promised confidentiality in exchange for the information provided to the SQ on any basis other than express promises. In light of the application judge's findings, there is no evidence to support the view that B in fact had any such subjective belief on any basis. This, to my way of thinking, makes irrelevant what some hypothetical person in B's position might reasonably have believed.

[145] In light of the record and the findings of fact of the application judge in this case, there is, in my view, no reason to interfere with the application ruling. However, I would underline that I share the application judge's view that the police and the prosecution could have handled this matter in a more satisfactory manner. Nothing that I have said, therefore, should be taken as undermining the importance of the police being clear with potential sources about their status; quite the contrary.

[146] Police informer status plays an important role in the investigation and prosecution of crimes. As this Court noted in *Leipert*, at para. 10, “[t]he rule is of fundamental importance to the workings of a criminal justice system”. In order for it to be effective, the protection provided to police informers must be virtually inviolable, subject only to the narrow innocence at stake exception. Indeed this Court has previously described the privilege as “absolute”: *Vancouver Sun*, at para. 4.

[147] Both the police and the public at large benefit from the existence of this privilege because it encourages people to come forward to assist in police investigations:

renseignements. Elle est une soupirante déçue de ne pas avoir signé un contrat potentiellement lucratif de témoin repentant et une opportuniste, pas un indicateur de police.

[144] En conclusion sur ce point, la personne désignée B n'a jamais prétendu avoir une croyance subjective — selon laquelle on lui avait promis l'anonymat en échange des renseignements qu'elle a divulgués à la SQ — fondée sur autre chose que des promesses expresses. Compte tenu des conclusions du juge des requêtes, rien n'étaye le point de vue suivant lequel la personne désignée B avait une quelconque croyance subjective de ce type fondée sur quoi que ce soit. Ainsi, à mon avis, ce qu'une personne imaginaire dans la situation de la personne désignée B aurait raisonnablement pu penser n'est pas pertinent.

[145] Vu le dossier et les conclusions de fait du juge des requêtes en l'espèce, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier la décision sur la requête. Cependant, je tiens à souligner le fait que je partage l'avis du juge des requêtes selon lequel la police et la poursuite auraient pu mieux conduire l'affaire. Par conséquent, aucun de mes propos ne doit prêter à une interprétation qui nie l'importance pour le policier d'indiquer clairement à une source éventuelle en quoi consiste son statut. Bien au contraire.

[146] Le statut d'indicateur de police joue un rôle important dans les enquêtes menées sur des crimes et les poursuites qui en découlent. Comme l'a fait remarquer la Cour au par. 10 de *Leipert*, « [l]a règle revêt une importance fondamentale pour le fonctionnement du système de justice criminelle ». Pour être efficace, la protection accordée aux indicateurs de police doit être pour ainsi dire inviolable, sous réserve seulement de l'application étroite de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé. En effet, notre Cour a déjà décrit le privilège comme étant « absolu » : *Vancouver Sun*, par. 4.

[147] Tant la police que le grand public bénéficient de l'existence de ce privilège, car il invite les gens à contribuer aux enquêtes policières :

Police work, and the criminal justice system as a whole, depend to some degree on the work of confidential informers. The law has therefore long recognized that those who choose to act as confidential informers must be protected from the possibility of retribution. The law's protection has been provided in the form of the informer privilege rule, which protects from revelation in public or in court of the identity of those who give information related to criminal matters in confidence. This protection in turn encourages cooperation with the criminal justice system for future potential informers.

(*Vancouver Sun*, at para. 16)

[148] Given the important role that informer status plays in the detection and prosecution of crime, courts must not undermine its effectiveness by condoning police actions which leave potential informers uncertain or confused as to their status. Police actions which amount to deliberate attempts to confuse a person about his status, or even inadvertent actions that have the same effect, reduce confidence in the protection provided by informer privilege. That reduced confidence discourages people with information about criminal activity from reporting to the police, which erodes a powerful investigative avenue.

[149] The application judge in this case was clearly alive to these concerns, as he ought to have been, and reached the conclusions he did after a careful and thorough review of all of the evidence. His decision should not be disturbed.

[150] I must now turn briefly to two further issues.

E. *Should a New Hearing Be Granted on the Basis That the Application Judge Failed to Pay Heed to the Principles Established by Our Court in R. v. Basi?*

[151] The Other Individuals submit that the application judge did not follow the principles

Le travail des policiers et le système de justice pénale dans son ensemble sont, dans une certaine mesure, tributaires de l'initiative des indicateurs confidentiels. Ainsi, il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements concernant des matières criminelles. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec le système de justice pénale.

(*Vancouver Sun*, par. 16)

[148] Compte tenu du rôle important que joue le statut d'indicateur dans la détection des crimes et la poursuite de leurs auteurs, les tribunaux ne doivent pas miner son efficacité en sanctionnant l'action policière qui crée chez les indicateurs éventuels de l'incertitude ou de la confusion quant à leur statut. La tentative délibérée par un policier de créer de la confusion chez une personne quant à son statut, voire de poser des actes par inadvertance qui produisent le même effet, minent la confiance dans la protection qui découle du privilège de l'indicateur et découragent les détenteurs de renseignements sur des activités criminelles de les communiquer à la police, ce qui affaiblit une puissante avenue d'enquête.

[149] En l'espèce, le juge des requêtes était manifestement conscient de ces considérations, comme il se devait de l'être, et il a tiré ses conclusions à l'issue d'un examen attentif et approfondi de l'ensemble du dossier de preuve. Il n'y a donc pas lieu de modifier sa décision.

[150] Je dois maintenant examiner brièvement deux autres points.

E. *Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience au motif que le juge des requêtes n'a pas suivi les principes établis par la Cour dans l'arrêt R. c. Basi?*

[151] Les autres personnes font valoir que le juge des requêtes n'a pas suivi les principes établis dans

established in *Basi* and therefore disregarded their rights to full answer and defence. However, as I find that the appellant does not benefit from informer privilege, the Other Individuals would be entitled to whatever relevant discloseable evidence came out of the SQ's dealings with the appellant. It follows that any procedural failings on the part of the application judge, if there were such, did not in the end prejudice the Other Individuals.

F. *Would Any Privilege Have Been Lost Through Disclosure of B's Identity?*

[152] The Other Individuals submit that even if the privilege arose, it would have been lost through disclosure of B's identity. As in my view, the privilege did not arise, I do not have to address this issue. I simply note that it seems to me that this issue would have to be decided if one were of the view that the privilege may have indeed arisen.

IV. Disposition

[153] I would dismiss the appeal with no order as to costs.

Appeal allowed, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Guy Bertrand Avocats, Québec.

Solicitor for the respondent: Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Solicitors for the Others: Shadley Battista, Montréal.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Ottawa.

l'arrêt *Basi* et a, par le fait même, porté atteinte à leur droit à une défense pleine et entière. Comme je suis d'avis que la partie appelante ne bénéficie pas du privilège de l'indicateur, les autres personnes auraient droit à la communication de tous les renseignements pertinents issus des rapports de la partie appelante avec la SQ qui sont visés par la communication préalable. Il s'ensuit que tout manquement procédural imputable au juge des requêtes, s'il en était, n'a causé aucun préjudice aux autres personnes.

F. *La divulgation de l'identité de la personne désignée B aurait-elle mis fin au privilège?*

[152] Les autres personnes prétendent que, même si le privilège s'appliquait en l'espèce, la divulgation de l'identité de la personne désignée B y aurait mis fin. Comme je suis d'avis que le privilège n'a jamais existé, je n'ai pas à répondre à cette question. Je mentionne simplement qu'il me semble que, dans le cas contraire, il faudrait trancher cette question.

IV. Dispositif

[153] Je suis d'avis de rejeter l'appel sans dépens.

Pourvoi accueilli, les juges ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Guy Bertrand Avocats, Québec.

Procureur de l'intimée : Poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Procureurs des Autres : Shadley Battista, Montréal.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

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

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Kapoor Barristers, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Peter Garfield Taylor *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TAYLOR

2013 SCC 10

File No.: 34934.

2013: February 22.

Present: Fish, Abella, Rothstein, Cromwell and
Moldaver JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Evidence — Assessment — Accused convicted of sexually assaulting and forcibly confining a minor — Accused's son testifying for defense at trial — Trial judge rejecting evidence of son as being fabrication — Court of Appeal quashing convictions and ordering new trial — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in rejecting evidence provided by accused's son and in misapprehending trial evidence as a whole — Trial judge not erring in rejecting evidence or in assessment of evidence as a whole.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Welsh, Rowe and Hoegg JJ.A.), 2012 NLCA 33, 323 Nfld. & P.E.I.R. 62, 94 C.R. (6th) 339, 288 C.C.C. (3d) 268, [2012] N.J. No. 202 (QL), 2012 CarswellNfld 196, setting aside the accused's convictions for sexual assault and forcible confinement and ordering a new trial. Appeal allowed, Fish and Cromwell JJ. dissenting.

Vikas Khaladkar, for the appellant.

Derek J. Hogan, for the respondent.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Peter Garfield Taylor *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. TAYLOR

2013 CSC 10

N° du greffe : 34934.

2013: 22 février.

Présents : Les juges Fish, Abella, Rothstein, Cromwell
et Moldaver.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'avoir séquestré et agressé sexuellement une mineure — Fils de l'accusé témoignant en faveur de la défense au procès — Rejet de ce témoignage par le juge du procès au motif qu'il constituait de la fabrication — Annulation des déclarations de culpabilité par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné par celle-ci — Arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel et concluant que le juge du procès a erronément rejeté le témoignage du fils de l'accusé et a mal apprécié l'ensemble de la preuve présentée au procès — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant le témoignage ou en appréciant l'ensemble de la preuve.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Welsh, Rowe et Hoegg), 2012 NLCA 33, 323 Nfld. & P.E.I.R. 62, 94 C.R. (6th) 339, 288 C.C.C. (3d) 268, [2012] N.J. No. 202 (QL), 2012 CarswellNfld 196, qui a annulé les déclarations de culpabilité pour agression sexuelle et séquestration prononcées contre l'accusé et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Fish et Cromwell sont dissidents.

Vikas Khaladkar, pour l'appelante.

Derek J. Hogan, pour l'intimé.

The following is the judgment delivered orally
by

[1] FISH J. — The appeal is allowed for the reasons given by Hoegg J.A. in the Court of Appeal and the conviction entered by the trial judge is restored. Fish and Cromwell JJ., dissenting, would have affirmed the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Version française du jugement rendu oralement
par

[1] LE JUGE FISH — Le pourvoi est accueilli, pour les motifs exposés par la juge Hoegg de la Cour d'appel, et la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès est rétablie. Les juges Fish et Cromwell, dissidents, auraient confirmé l'arrêt de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

**Saskatchewan Human Rights
Commission** *Appellant*

v.

William Whatcott *Respondent*

and

**Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Canadian Constitution Foundation,
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Human Rights Commission,
Alberta Human Rights Commission,
Egale Canada Inc.,
Ontario Human Rights Commission,
Canadian Jewish Congress,
Unitarian Congregation of Saskatoon,
Canadian Unitarian Council,
Women’s Legal Education and Action Fund,
Canadian Journalists for Free Expression,
Canadian Bar Association,
Northwest Territories
Human Rights Commission,
Yukon Human Rights Commission,
Christian Legal Fellowship,
League for Human Rights
of B’nai Brith Canada,
Evangelical Fellowship of Canada,
United Church of Canada,
Assembly of First Nations,
Federation of Saskatchewan Indian Nations,
Métis Nation — Saskatchewan,
Catholic Civil Rights League,
Faith and Freedom Alliance and
African Canadian Legal Clinic** *Interveners*

**INDEXED AS: SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS
COMMISSION) v. WHATCOTT**

2013 SCC 11

File No.: 33676.

2011: October 12; 2013: February 27.

**Saskatchewan Human Rights
Commission** *Appelante*

c.

William Whatcott *Intimé*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l’Alberta,
Canadian Constitution Foundation,
Association canadienne des libertés civiles,
Commission canadienne des droits
de la personne,
Alberta Human Rights Commission,
Egale Canada Inc.,
Commission ontarienne des droits
de la personne, Congrès juif canadien,
Unitarian Congregation of Saskatoon,
Conseil unitarien du Canada,
Fonds d’action et d’éducation juridiques pour
les femmes, Journalistes canadiens pour la
liberté d’expression, Association du
Barreau canadien, Commission des droits de
la personne des Territoires du Nord-Ouest,
Commission des droits de la personne
du Yukon, Alliance des chrétiens en droit,
Ligue des droits de la personne de
B’nai Brith Canada, Alliance évangélique
du Canada, Église Unie du Canada,
Assemblée des Premières Nations,
Federation of Saskatchewan Indian Nations,
Métis Nation — Saskatchewan,
Ligue catholique des droits de l’homme,
Faith and Freedom Alliance et
African Canadian Legal Clinic** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS
COMMISSION) c. WHATCOTT**

2013 CSC 11

N° du greffe : 33676.

2011 : 12 octobre; 2013 : 27 février.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Hate publications — Whether provincial human rights legislation prohibiting publications that expose or tend to expose to hatred, ridicule, belittle or otherwise affront dignity of persons on basis of prohibited ground infringes guaranteed freedom of religion — If so, whether infringement justified — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Publications haineuses — Une loi provinciale sur les droits de la personne interdisant toute publication qui, pour un motif illicite, expose ou tend à exposer des personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité enfreint-elle la liberté de religion garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate publications — Whether provincial human rights legislation prohibiting publications that expose or tend to expose to hatred, ridicule, belittle or otherwise affront dignity of persons on basis of prohibited ground infringes guaranteed freedom of expression — If so, whether infringement justified — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publications haineuses — Une loi provinciale sur les droits de la personne interdisant toute publication qui, pour un motif illicite, expose ou tend à exposer des personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité enfreint-elle la liberté d'expression garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Administrative law — Appeals — Standard of review — Human rights tribunal finding that hate publications infringe provincial human rights legislation and that provincial human rights legislation prohibiting hate publications is constitutional — Whether decision reviewable on standard of correctness or reasonableness — Whether tribunal made reviewable error.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Conclusion d'un tribunal des droits de la personne que les publications haineuses enfreignent la loi provinciale sur les droits de la personne et que cette loi, qui interdit les publications haineuses, est constitutionnelle — La décision est-elle susceptible de révision selon la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Le tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de révision?

Four complaints were filed with the Saskatchewan Human Rights Commission concerning four flyers published and distributed by W. The complainants alleged that the flyers promoted hatred against individuals on the basis of their sexual orientation. The first two flyers were entitled “Keep Homosexuality out of Saskatoon’s Public Schools!” and “Sodomites in our Public Schools”. The other two flyers were identical to one another and were a reprint of a page of classified advertisements to which handwritten comments were added. A tribunal was appointed to hear the complaints. It held that the flyers constituted publications that contravened s. 14 of *The*

La Saskatchewan Human Rights Commission a été saisie de quatre plaintes relatives à quatre tracts publiés et distribués par W. Les plaignants ont allégué que les tracts fomentaient la haine contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle. Les deux premiers tracts étaient intitulés respectivement « Gardons l’homosexualité en dehors des écoles publiques de Saskatoon! » et « Des sodomites dans nos écoles publiques ». Les deux autres tracts étaient identiques; il s’agissait d’une reproduction d’une page de petites annonces à laquelle des notes manuscrites avaient été ajoutées. Un tribunal a été constitué pour examiner les plaintes. Il a jugé que les tracts

* Deschamps J. took no part in the judgment.

* La juge Deschamps n’a pas participé au jugement.

Saskatchewan Human Rights Code because they exposed persons to hatred and ridicule on the basis of their sexual orientation, and concluded that s. 14 of the *Code* was a reasonable restriction on W's rights to freedom of religion and expression guaranteed by s. 2(a) and (b) of the *Charter*. The Court of Queen's Bench upheld the tribunal's decision. The Court of Appeal accepted that the provision was constitutional but held that the flyers did not contravene it.

Held: The appeal should be allowed in part.

The definition of "hatred" set out in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, with some modifications, provides a workable approach to interpreting the word "hatred" as it is used in legislative provisions prohibiting hate speech. Three main prescriptions must be followed. First, courts must apply the hate speech prohibitions objectively. The question courts must ask is whether a reasonable person, aware of the context and circumstances, would view the expression as exposing the protected group to hatred. Second, the legislative term "hatred" or "hatred or contempt" must be interpreted as being restricted to those extreme manifestations of the emotion described by the words "detestation" and "vilification". This filters out expression which, while repugnant and offensive, does not incite the level of abhorrence, delegitimization and rejection that risks causing discrimination or other harmful effects. Third, tribunals must focus their analysis on the effect of the expression at issue, namely whether it is likely to expose the targeted person or group to hatred by others. The repugnancy of the ideas being expressed is not sufficient to justify restricting the expression, and whether or not the author of the expression intended to incite hatred or discriminatory treatment is irrelevant. The key is to determine the likely effect of the expression on its audience, keeping in mind the legislative objectives to reduce or eliminate discrimination. In light of these three directives, the term "hatred" contained in a legislative hate speech prohibition should be applied objectively to determine whether a reasonable person, aware of the context and circumstances, would view the expression as likely to expose a person or persons to detestation and vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination.

The statutory prohibition against hate speech at s. 14(1)(b) of the *Code* infringes the freedom of

constituaient des publications interdites par l'art. 14 du *Saskatchewan Human Rights Code* au motif qu'ils exposaient des personnes à la haine et les ridiculisaient en raison de leur orientation sexuelle, et il a estimé que l'art. 14 du *Code* constituait une limite raisonnable à la liberté de religion et à la liberté d'expression que garantissent à W les al. 2a) et b) de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine a confirmé la décision du tribunal. La Cour d'appel a confirmé la constitutionnalité de la disposition mais a jugé que les tracts ne contrevenaient pas à celle-ci.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

La définition du mot « haine » proposée dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à quelques modifications près, offre une méthode pratique pour interpréter le mot « haine » pour l'application des dispositions législatives interdisant les propos haineux. Trois lignes directrices principales doivent être suivies. Premièrement, les tribunaux judiciaires doivent appliquer de manière objective les dispositions interdisant les propos haineux. Ils doivent se demander si une personne raisonnable, informée du contexte et des circonstances, estimerait que les propos exposent le groupe protégé à la haine. Deuxièmement, les termes « haine » et « mépris » qui figurent dans la disposition ne s'entendent que des manifestations extrêmes de l'émotion à laquelle renvoient les termes « détestation » et « diffamation ». Ainsi sont écartés les propos qui, bien que répugnants et offensants, n'incitent pas à l'exécration, au dénigrement et au rejet qui risquent d'emporter la discrimination et d'autres effets préjudiciables. Troisièmement, les tribunaux administratifs doivent axer l'analyse sur les effets des propos en cause, à savoir s'ils sont susceptibles d'exposer la personne ou le groupe ciblé à la haine d'autres personnes. Le caractère répugnant des idées exprimées ne suffit pas pour justifier d'en restreindre l'expression, et il n'est pas pertinent de se demander si l'auteur des propos avait l'intention d'inciter à la haine ou à la discrimination. Ce qu'il faut déterminer, ce sont les effets qu'auront probablement les propos sur l'audience, compte tenu des objectifs législatifs visant à réduire ou à éliminer la discrimination. À la lumière de ces trois lignes directrices, le mot « haine » employé dans une disposition interdisant les propos haineux doit être appliqué de façon objective pour déterminer si une personne raisonnable, informée du contexte et des circonstances, estimerait que les propos sont susceptibles d'exposer autrui à la détestation et à la diffamation pour un motif de discrimination illicite.

L'interdiction des propos haineux prévue à l'al. 14(1)(b) du *Code* porte atteinte à la liberté d'expression garantie

expression guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*. The activity described in s. 14(1)(b) has expressive content and falls within the scope of s. 2(b) protection. The purpose of s. 14(1)(b) is to prevent discrimination by curtailing certain types of public expression.

The limitation imposed on freedom of expression by the prohibition in s. 14(1)(b) of the *Code* is a limitation prescribed by law within the meaning of s. 1 of the *Charter* and is demonstrably justified in a free and democratic society. It appropriately balances the fundamental values underlying freedom of expression with competing *Charter* rights and other values essential to a free and democratic society, in this case a commitment to equality and respect for group identity and the inherent dignity owed to all human beings.

The objective for which the limit is imposed, namely tackling causes of discriminatory activity to reduce the harmful effects and social costs of discrimination, is pressing and substantial. Hate speech is an effort to marginalize individuals based on their membership in a group. Using expression that exposes the group to hatred, hate speech seeks to delegitimize group members in the eyes of the majority, reducing their social standing and acceptance within society. Hate speech, therefore, rises beyond causing distress to individual group members. It can have a societal impact. Hate speech lays the groundwork for later, broad attacks on vulnerable groups that can range from discrimination, to ostracism, segregation, deportation, violence and, in the most extreme cases, to genocide. Hate speech also impacts on a protected group's ability to respond to the substantive ideas under debate, thereby placing a serious barrier to their full participation in our democracy.

Section 14(1)(b) of the *Code* is proportionate to its objective. Prohibiting representations that are objectively seen to expose protected groups to hatred is rationally connected to the objective of eliminating discrimination and the other harmful effects of hatred. To satisfy the rational connection requirement, the expression captured under legislation restricting hate speech must rise to a level beyond merely impugning individuals: it must seek to marginalize the group by affecting their social status and acceptance in the eyes of the majority. The

par l'al. 2b) de la *Charte*. Les activités visées à l'al. 14(1)(b) comportent un contenu expressif et entrent dans le champ d'application de la protection offerte par l'al. 2b). L'alinéa 14(1)(b) vise à empêcher la discrimination en limitant certaines formes de communications publiques.

La limite que l'interdiction énoncée à l'al. 14(1)(b) du *Code* apporte à la liberté d'expression est une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte* et sa justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Elle atteint un juste équilibre entre, d'une part, les valeurs fondamentales sous-jacentes à la liberté d'expression et, d'autre part, d'autres droits garantis par la *Charte* et valeurs essentielles dans le cadre d'une société libre et démocratique, en l'occurrence la promotion de l'égalité et du respect de chaque groupe et de la dignité inhérente à tout être humain.

L'objectif de la limite — à savoir s'attaquer aux causes de la discrimination pour en atténuer les effets préjudiciables et les coûts sociaux — est urgent et réel. Les propos haineux constituent une façon de tenter de marginaliser des personnes en raison de leur appartenance à un groupe. Au moyen de messages qui exposent à la haine le groupe visé, le propos haineux cherche à dénigrer les membres du groupe aux yeux de la majorité en attaquant leur statut social et en compromettant leur acceptation au sein de la société. Ainsi, les propos haineux causent des troubles psychologiques aux membres individuels du groupe et leur effet ne s'arrête pas là. Ils peuvent avoir des incidences sur l'ensemble de la société. Les propos haineux préparent le terrain en vue de porter des attaques plus virulentes contre les groupes vulnérables, attaques qui peuvent prendre la forme de mesures discriminatoires, d'ostracisme, de ségrégation, d'expulsion, de violences et, dans les cas les plus extrêmes, de génocide. Ils ont également pour effet de nuire à la capacité des membres d'un groupe protégé de réagir à des idées de fond au centre du débat, ce qui constitue un obstacle majeur les empêchant de participer pleinement à la démocratie.

L'alinéa 14(1)(b) du *Code* est proportionné à l'objectif recherché. L'interdiction des représentations qui sont objectivement perçues comme exposant un groupe protégé à la haine a un lien rationnel avec l'objectif d'éliminer la discrimination ainsi que les autres effets préjudiciables de la haine. Pour pouvoir satisfaire au critère du lien rationnel, la communication visée par la disposition législative limitant les discours haineux doit être d'une ampleur telle qu'elle ne nuit pas seulement à des individus, mais qu'elle tente de marginaliser le

societal harm flowing from hate speech must be assessed as objectively as possible and the focus must be on the likely effect of the hate speech on how individuals external to the group might reconsider the social standing of the group. Section 14(1)(b) of the *Code* reflects this approach. The prohibition only prohibits public communication of hate speech; it does not restrict hateful expression in private communications between individuals. Similarly, the prohibition does not preclude hate speech against an individual on the basis of his or her uniquely personal characteristics, but only on the basis of characteristics that are shared by others and have been legislatively recognized as a prohibited ground of discrimination. However, expression that “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” does not rise to the level of ardent and extreme feelings constituting hatred required to uphold the constitutionality of a prohibition of expression in human rights legislation. Accordingly, those words in s. 14(1)(b) of the *Code* are not rationally connected to the legislative purpose of addressing systemic discrimination of protected groups and they unjustifiably infringe freedom of expression. Consequently, they are constitutionally invalid and must be struck from s. 14(1)(b).

Section 14(1)(b) of the *Code* meets the minimal impairment requirement. Alternatives proposed were to allow the marketplace of ideas to arrive at the appropriate balance of competing rights or to leave the prosecution of hate speech to the criminal law. However, the prohibition in s. 14(1)(b) is one of the reasonable alternatives that could have been selected by the legislature. The words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” in s. 14(1)(b) are also constitutionally invalid because they do not minimally impair freedom of expression. Once those words are severed from s. 14(1)(b), the remaining prohibition is not overbroad, but rather tailored to impair freedom of expression as little as possible. The modified provision will not capture all harmful expression, but it is intended to capture expression which, by inspiring hatred, has the potential to cause the type of harm that the legislation is trying to prevent.

groupe dont ils font partie en attaquant son statut social et en compromettant son acceptation aux yeux de la majorité. Le préjudice que des propos haineux causent à la société doit être évalué de façon aussi objective que possible et l’accent doit porter sur l’effet que peuvent avoir les propos haineux sur la façon dont les personnes qui ne font pas partie du groupe vont percevoir le statut social de ce groupe. L’alinéa 14(1)(b) du *Code* témoigne de cette volonté du législateur. L’interdiction ne vise que la communication publique de propos haineux; elle ne limite pas l’expression de propos haineux dans les communications privées échangées entre personnes. De même, l’interdiction n’empêche pas de tenir des propos haineux contre une personne sur le fondement de ses caractéristiques personnelles uniques; elle ne vise que les propos haineux fondés sur des caractéristiques communes à un groupe de personnes et qui ont été reconnues comme motifs de distinction illicite aux termes d’une loi. Cependant, une forme d’expression qui « ridiculise, [. . .] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » ne saurait exprimer les sentiments violents et extrêmes inspirant la haine qui ont été jugés essentiels à la constitutionnalité d’une loi sur les droits de la personne interdisant certains propos. Ainsi, il n’existe pas de lien rationnel entre ces mots figurant à l’al. 14(1)(b) du *Code* et l’objectif visé par le législateur, à savoir lutter contre la discrimination systémique dirigée contre des groupes protégés, et ces mots portent atteinte de façon injustifiée à la liberté d’expression. Ils sont par conséquent inconstitutionnels et doivent être retranchés de l’al. 14(1)(b).

L’alinéa 14(1)(b) du *Code* satisfait à l’exigence relative à l’atteinte minimale. Les solutions de rechange proposées consistaient à faire confiance au libre échange des idées pour en arriver à un juste équilibre entre les droits contradictoires ou à laisser au droit criminel le soin d’assurer la poursuite des auteurs de propos haineux. L’interdiction prévue à l’al. 14(1)(b) fait toutefois partie des solutions de rechange raisonnables qui s’offraient au législateur. Par contre, l’expression « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » à l’al. 14(1)(b) est aussi inconstitutionnelle parce qu’elle ne constitue pas une atteinte minimale à la liberté d’expression. Dès lors que ces mots de l’al. 14(1)(b) sont retranchés, cette disposition n’a pas une portée excessive; elle est plutôt conçue de manière à porter le moins possible atteinte à la liberté d’expression. La disposition modifiée n’englobera pas tous les discours préjudiciables, mais elle est censée viser les formes d’expression qui, en inspirant la haine, sont susceptibles de causer le type de préjudice que la loi tente de prévenir.

Not all expression will be treated equally in determining an appropriate balancing of competing values under a s. 1 analysis, since different types of expression will be relatively closer to or further from the core values behind the freedom, depending on the nature of the expression. Hate speech is at some distance from the spirit of s. 2(b) because it does little to promote, and can in fact impede, the values underlying freedom of expression. Hate speech can also distort or limit the robust and free exchange of ideas by its tendency to silence the voice of its target group. These are important considerations in balancing hate speech with competing *Charter* rights and in assessing the constitutionality of the prohibition in s. 14(1)(b) of the *Code*.

Framing speech as arising in a moral context or within a public policy debate does not cleanse it of its harmful effect. Finding that certain expression falls within political speech does not close off the enquiry into whether the expression constitutes hate speech. Hate speech may often arise as a part of a larger public discourse but it is speech of a restrictive and exclusionary kind. Political expression contributes to our democracy by encouraging the exchange of opposing views. Hate speech is antithetical to this objective in that it shuts down dialogue by making it difficult or impossible for members of the vulnerable group to respond, thereby stifling discourse. Speech that has the effect of shutting down public debate cannot dodge prohibition on the basis that it promotes debate. Section 14 of the *Code* provides an appropriate means by which to protect almost the entirety of political discourse as a vital part of freedom of expression. It extricates only an extreme and marginal type of expression which contributes little to the values underlying freedom of expression and whose restriction is therefore easier to justify.

A prohibition is not overbroad for capturing expression targeting sexual behaviour. Courts have recognized a strong connection between sexual orientation and sexual conduct and where the conduct targeted by speech is a crucial aspect of the identity of a vulnerable group, attacks on this conduct stand as proxy for attacks on the group itself. If expression targeting certain sexual behaviour is framed in such a way as to expose persons of an identifiable sexual orientation to what is objectively

Les écrits et les discours ne seront pas traités sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agit de trouver un juste équilibre entre des valeurs concurrentes dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier parce que, selon leur nature, les divers types d'écrits et de discours se rapprochent ou s'éloignent relativement des valeurs fondamentales à la base de la liberté. Le propos haineux est quelque peu éloigné de l'esprit de l'al. 2b) parce qu'il contribue peu à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression et qu'il peut en fait les entraver. Le propos haineux peut également fausser ou restreindre l'échange sain et libre d'idées en raison de sa tendance à réduire au silence les membres du groupe visé. Il s'agit là de considérations importantes lorsqu'on recherche l'équilibre entre le discours haineux et les droits opposés garantis par la *Charte* et lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité de l'interdiction prévue à l'al. 14(1)(b) du *Code*.

Formuler des propos dans un contexte moral ou dans le cadre d'un débat d'intérêt public n'a pas pour effet de neutraliser leurs conséquences préjudiciables. Le fait de conclure qu'un discours ou un écrit relève du discours politique ne nous empêche pas de nous demander s'il constitue ou non un discours haineux. Il arrive souvent que des propos haineux s'inscrivent dans le cadre d'un débat public plus large, mais il s'agit d'un discours restrictif qui a tendance à exclure. L'expression d'opinions politiques contribue à la démocratie en encourageant l'échange d'opinions opposées. Les propos haineux vont directement à l'encontre de cet objectif du fait qu'ils empêchent tout dialogue, en rendant difficile, voire impossible, pour les membres du groupe vulnérable de réagir, entravant ainsi l'échange d'idées. Un discours qui a pour effet d'empêcher la tenue d'un débat public ne peut échapper à l'interdiction prévue par la loi pour la raison qu'il favorise le débat. L'article 14 du *Code* constitue un moyen approprié de protéger la presque totalité du discours politique en tant qu'aspect crucial de la liberté d'expression. Il n'exclut qu'un type d'expression extrême et marginale qui ne contribue guère à défendre les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression et dont la restriction est par conséquent plus facile à justifier.

Une interdiction qui englobe des propos ciblant un comportement sexuel n'a pas une portée excessive. Les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien solide entre l'orientation sexuelle et la conduite sexuelle et, lorsque la conduite visée par les propos qui ont été tenus constitue un aspect crucial de l'identité d'un groupe vulnérable, les attaques portées contre cette conduite doivent être assimilées à une attaque contre le groupe lui-même. Si une expression ciblant certains comportements sexuels

viewed as detestation and vilification, it cannot be said that such speech only targets the behaviour. It quite clearly targets the vulnerable group.

The fact that s. 14(1)(b) of the *Code* does not require intent by the publisher or proof of harm, or provide for any defences does not make it overbroad. Systemic discrimination is more widespread than intentional discrimination and the preventive measures found in human rights legislation reasonably centre on effects, rather than intent. The difficulty of establishing causality and the seriousness of the harm to vulnerable groups justifies the imposition of preventive measures that do not require proof of actual harm. The discriminatory effects of hate speech are part of the everyday knowledge and experience of Canadians. As such, the legislature is entitled to a reasonable apprehension of societal harm as a result of hate speech. The lack of defences is not fatal to the constitutionality of the provision. Truthful statements can be presented in a manner that would meet the definition of hate speech, and not all truthful statements must be free from restriction. Allowing the dissemination of hate speech to be excused by a sincerely held belief would provide an absolute defence and would gut the prohibition of effectiveness.

The benefits of the suppression of hate speech and its harmful effects outweigh the detrimental effect of restricting expression which, by its nature, does little to promote the values underlying freedom of expression. Section 14(1)(b) of the *Code* represents a choice by the legislature to discourage hate speech in a manner that is conciliatory and remedial. The protection of vulnerable groups from the harmful effect emanating from hate speech is of such importance as to justify the minimal infringement of expression.

Section 14(1)(b) of the *Code* also infringes freedom of conscience and religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Charter*. An infringement of s. 2(a) will be established where: (1) the claimant sincerely holds a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) the provision at issue interferes with the claimant's ability to act in accordance with his or her religious beliefs. To the extent that an individual's choice of expression is caught by the

est formulée de manière à exposer des personnes dont l'orientation sexuelle est identifiable à ce que l'on peut objectivement considérer comme des propos empreints de détestation et de mépris, on ne saurait affirmer que de tels propos ne visent que les comportements. Ils visent de toute évidence le groupe vulnérable.

Le fait que l'al. 14(1)(b) du *Code* n'exige pas une intention de la part de l'auteur des propos haineux ou la preuve d'un préjudice, ni ne prévoit de moyen de défense, ne lui donne pas une portée excessive. La discrimination systémique est plus répandue que la discrimination intentionnelle et les mesures préventives que l'on trouve dans les lois sur les droits de la personne sont raisonnablement axées sur les effets plutôt que sur l'intention. L'imposition de mesures préventives qui n'exigent pas la preuve d'un préjudice concret est justifiée tant par le fait qu'il est difficile d'établir l'existence d'un lien de causalité que par la gravité du préjudice causé aux groupes vulnérables. Les effets discriminatoires du discours haineux relèvent des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens. Par conséquent, le législateur a le droit d'avoir une appréhension raisonnée que les propos haineux causent un préjudice à la société. L'absence de moyen de défense n'est pas fatale à la validité de la disposition. Des déclarations véridiques peuvent être présentées de manière à répondre à la définition des propos haineux, et ce ne sont pas toutes les déclarations véridiques qui devraient être à l'abri de toute restriction. Permettre d'excuser la propagation de propos haineux parce que leur auteur est sincère dans ses convictions se traduirait par un moyen de défense absolu qui priverait l'interdiction de toute efficacité.

Les avantages que comporte la suppression des discours haineux et de leurs effets préjudiciables l'emportent sur les effets néfastes qu'entraîne le fait de limiter une expression qui, de par sa nature, contribue peu à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. L'alinéa 14(1)(b) du *Code* représente un choix qu'a fait le législateur en vue de décourager les propos haineux d'une façon conciliante qui a un effet réparateur. La protection des groupes vulnérables contre les conséquences préjudiciables découlant des propos haineux revêt une importance suffisamment grande pour justifier l'atteinte minimale à l'expression.

L'alinéa 14(1)(b) du *Code* porte également atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Il est établi qu'une mesure contrevient à l'al. 2a) de la *Charte* lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : (1) le plaignant entretient sincèrement une croyance ou se livre sincèrement à une pratique ayant un lien avec la religion; (2) la mesure contestée entrave la capacité du plaignant de se conformer à ses croyances

definition of “hatred” in s. 14(1)(b), the prohibition will substantially interfere with that individual’s ability to disseminate his or her belief by display or publication of those representations.

For the same reasons set out in the s. 1 analysis in the case of freedom of expression, the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” are not rationally connected to the legislative purpose of addressing systemic discrimination of protected groups, nor tailored to minimally impair freedom of religion. The remaining prohibition of any representation “that exposes or tends to expose to hatred” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground is a reasonable limit on freedom of religion and is demonstrably justified in a free and democratic society.

While the standard of review of the tribunal’s decision on the constitutionality of s. 14 of the *Code* is correctness, the standard of review of the tribunal’s decision that the flyers contravene that provision must be reasonableness. The tribunal did not unreasonably fail to give proper weight to the importance of protecting expression that is part of an ongoing debate on sexual morality and public policy. Nor was it unreasonable in isolating certain excerpts from the flyers for examination, or in finding that the flyers criticize sexual orientation and not simply sexual behaviour. That the rights of a vulnerable group are a matter of ongoing discussion does not justify greater exposure by that group to hatred and its effects. The only expression which should be caught by s. 14(1)(b) of the *Code* is hate-inspiring expression that adds little value to the political discourse or to the quest for truth, self-fulfillment, and an embracing marketplace of ideas. The words and phrases in a publication cannot properly be assessed out of context, and the expression must be considered as a whole, to determine the overall impact or effect of the publication. However, it is also legitimate to proceed with a closer scrutiny of those parts of the expression which draw nearer to the purview of s. 14(1)(b) of the *Code*. If, despite the context of the entire publication, even one phrase or sentence is found to bring the publication, as a whole, in contravention of the *Code*, this precludes its publication in its current form.

religieuses. Dans la mesure où le choix de discours d’un individu répond à la définition de « haine » énoncée à l’al. 14(1)(b), l’interdiction nuira considérablement à la capacité de cet individu de propager ses convictions par la diffusion ou la publication de ces représentations.

Pour les mêmes raisons que celles énoncées dans l’analyse, fondée sur l’article premier, relative à la liberté d’expression, il n’existe aucun lien rationnel entre les mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » et l’objectif du législateur consistant à combattre la discrimination systémique à l’endroit des groupes protégés, et ces mots ne permettent pas de porter le moins possible atteinte à la liberté de religion. Pour ce qui reste de la disposition, l’interdiction de toute représentation qui « expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine » pour un motif de distinction illicite constitue une limite raisonnable à la liberté de religion et sa justification est démontrée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Même si la norme de contrôle qui s’applique à la décision du tribunal sur la constitutionnalité de l’art. 14 du *Code* est celle de la décision correcte, la norme de contrôle applicable à la décision du tribunal selon laquelle les tracts contreviennent à cette disposition doit être celle de la décision raisonnable. Le tribunal n’a pas omis de façon déraisonnable de reconnaître à sa juste valeur l’importance que revêt la protection des propos qui s’inscrivent dans le cadre d’un débat constant sur la moralité sexuelle et l’intérêt public. Le tribunal n’a pas non plus adopté une approche déraisonnable en examinant certains passages des tracts ou en concluant que les tracts critiquaient l’orientation sexuelle et non simplement les comportements sexuels. Le fait que les droits d’un groupe vulnérable fassent l’objet d’un débat récurrent ne justifie pas que l’on expose ce groupe à la haine et à ses conséquences. Les seuls écrits et discours qui devraient tomber sous le coup de l’al. 14(1)(b) du *Code* sont ceux qui incitent à la haine et qui apportent peu au discours politique, à la recherche de la vérité, à l’épanouissement personnel ou à la tenue d’un débat d’idées riche et ouvert. On ne peut en toute légitimité interpréter hors contexte des mots ou des expressions tirés d’une publication, et il faut les examiner dans leur ensemble pour déterminer les répercussions ou les conséquences générales de la publication. Il est toutefois également légitime d’examiner de plus près les passages qui semblent se rapprocher davantage de ce que vise l’al. 14(1)(b) du *Code*. Si, malgré le contexte général de la publication, une expression ou une phrase font en sorte que c’est la publication dans son ensemble qui contrevient au *Code*, la publication ne peut alors paraître dans sa forme actuelle.

The tribunal's conclusions with respect to the first two flyers were reasonable. Passages of these flyers combine many of the hallmarks of hatred identified in the case law. The expression portrays the targeted group as a menace that threatens the safety and well-being of others, makes reference to respected sources in an effort to lend credibility to the negative generalizations, and uses vilifying and derogatory representations to create a tone of hatred. The flyers also expressly call for discriminatory treatment of those of same-sex orientation. It was not unreasonable for the tribunal to conclude that this expression was more likely than not to expose homosexuals to hatred.

The tribunal's decision with respect to the other two flyers was unreasonable and cannot be upheld. The tribunal erred by failing to apply s. 14(1)(b) to the facts before it in accordance with the proper legal test. It cannot reasonably be found that those flyers contain expression that a reasonable person, aware of the relevant context and circumstances, would find as exposing or likely to expose persons of same-sex orientation to detestation and vilification. The expression, while offensive, does not demonstrate the hatred required by the prohibition.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870; *R. v. Krymowski*, 2005 SCC 7, [2005] 1 S.C.R. 101; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Human Rights Commission (Sask.) v. Bell* (1994), 120 Sask. R. 122; *Owens v. Human Rights Commission (Sask.)*, 2002 SKQB 506, 228 Sask. R. 148, rev'd 2006 SKCA 41, 267 D.L.R. (4th) 733; *Kane v. Alberta Report*, 2001 ABQB 570, 291 A.R. 71; *Elmasry v. Rogers Publishing Ltd. (No. 4)*, 2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/509; *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Warman v. Kouba*, 2006 CHRT 50 (CanLII); *Citron v. Zündel (No. 4)* (2002), 41 C.H.R.R. D/274; *Warman v. Tremaine (No. 2)*, 2007 CHRT 2, 59 C.H.R.R. D/391; *Payzant v. McAleer* (1994), 26 C.H.R.R. D/271, aff'd (1996), 26 C.H.R.R. D/280; *Warman v. Northern Alliance*, 2009 CHRT 10 (CanLII); *Center for Research-Action on Race Relations v. www.bcwhitepride.com*, 2008 CHRT 1 (CanLII); *Warman v. Winnicki (No. 2)*, 2006 CHRT 20, 56 C.H.R.R. D/381; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011

Les conclusions du tribunal au sujet des deux premiers tracts étaient raisonnables. Des passages de ces tracts présentent de nombreuses caractéristiques de la haine reconnues par la jurisprudence. Ils dépeignent le groupe ciblé comme une menace qui pourrait compromettre la sécurité et le bien-être d'autrui, ils citent des sources respectées pour légitimer des généralisations négatives, et ils emploient des illustrations diffamantes et dénigrantes afin de créer un climat de haine. En outre, les tracts invitent expressément les lecteurs à soumettre les personnes d'orientation homosexuelle à un traitement discriminatoire. Il n'était pas déraisonnable pour le tribunal de conclure qu'il était fort probable que ces propos exposent les homosexuels à la haine.

La décision du tribunal relative aux deux autres tracts était déraisonnable et ne saurait être maintenue. Le tribunal a commis une erreur en n'appliquant pas l'al. 14(1)(b) aux faits dont il disposait conformément au critère juridique approprié. On ne peut pas raisonnablement conclure que ces tracts contiennent des propos qui, aux yeux d'une personne raisonnable informée des circonstances et du contexte pertinents, exposent ou sont susceptibles d'exposer les personnes d'orientation homosexuelle à la détestation et la diffamation. Même s'ils sont choquants, les propos ne traduisent pas le degré de haine que requiert l'application de l'interdiction.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870; *R. c. Krymowski*, 2005 CSC 7, [2005] 1 R.C.S. 101; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Human Rights Commission (Sask.) c. Bell* (1994), 120 Sask. R. 122; *Owens c. Human Rights Commission (Sask.)*, 2002 SKQB 506, 228 Sask. R. 148, inf. par 2006 SKCA 41, 267 D.L.R. (4th) 733; *Kane c. Alberta Report*, 2001 ABQB 570, 291 A.R. 71; *Elmasry c. Rogers Publishing Ltd. (No. 4)*, 2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/509; *Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Warman c. Kouba*, 2006 TCDP 50 (CanLII); *Citron c. Zündel (No. 4)* (2002), 41 C.H.R.R. D/274; *Warman c. Tremaine (No. 2)*, 2007 TCDP 2, 59 C.H.R.R. D/391; *Payzant c. McAleer* (1994), 26 C.H.R.R. D/271, conf. par (1996), 26 C.H.R.R. D/280; *Warman c. L'Alliance du Nord*, 2009 TCDP 10 (CanLII); *Centre de recherche-action sur les relations raciales c. www.bcwhitepride.com*, 2008 TCDP 1 (CanLII); *Warman c. Winnicki (No. 2)*, 2006 TCDP 20, 56 C.H.R.R. D/381; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société Radio-Canada c. Canada*

SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Human Rights Commission (Sask.) v. Engineering Students' Society, University of Saskatchewan* (1989), 72 Sask. R. 161; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *Kempling v. College of Teachers (British Columbia)*, 2005 BCCA 327, 43 B.C.L.R. (4th) 41; *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct. 1207 (2011); *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-304, *An Act to amend the Canadian Human Rights Act (protecting freedom)*, 1st Sess., 41st Parl., June 6, 2012.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 15.

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 [now R.S.C. 1985, c. H-6], s. 13(1).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 2(1)(m.01)(vi), 3, 4, 5, 14, 31(4) [rep. 2011, c. 17, s. 15], 31.4(a), (b), 32(1).

Saskatchewan Human Rights Code Amendment Act, 2000, S.S. 2000, c. 26.

Saskatchewan Human Rights Code Amendment Act, 2011, S.S. 2011, c. 17.

(*Procureur général*), 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Human Rights Commission (Sask.) c. Engineering Students' Society, University of Saskatchewan* (1989), 72 Sask. R. 161; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Abrams c. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *Kempling c. College of Teachers (British Columbia)*, 2005 BCCA 327, 43 B.C.L.R. (4th) 41; *Snyder c. Phelps*, 131 S. Ct. 1207 (2011); *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 15.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33 [maintenant L.R.C. 1985, ch. H-6], art. 13(1).

Projet de loi C-304, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)*, 1^{re} sess., 41^e lég., 6 juin 2012.

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 2(1)(m.01)(vi), 3, 4, 5, 14, 31(4) [abr. 2011, ch. 17, art. 15], 31.4(a), (b), 32(1).

Saskatchewan Human Rights Code Amendment Act, 2000, S.S. 2000, ch. 26.

Saskatchewan Human Rights Code Amendment Act, 2011, S.S. 2011, ch. 17.

Authors Cited

- Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1921.
- Dworkin, Ronald. "Foreword", in Ivan Hare and James Weinstein, eds., *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009, v.
- McNamara, Luke. "Negotiating the Contours of Unlawful Hate Speech: Regulation Under Provincial Human Rights Laws in Canada" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 1.
- Moon, Richard. *Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning Section 13 of the Canadian Human Rights Act and the Regulation of Hate Speech on the Internet*. Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 2008.
- Moon, Richard. *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*. Toronto: University of Toronto Press, 2000.
- Oxford English Dictionary* (online: www.oed.com), "calumny", "emotion".
- Sumner, L. W. *The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of Free Expression*. Toronto: University of Toronto Press, 2004.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Sherstobitoff, Smith and Hunter JJ.A.), 2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210, 477 W.A.C. 210, 317 D.L.R. (4th) 69, 218 C.R.R. (2d) 145, [2010] 4 W.W.R. 403, [2010] S.J. No. 108 (QL), 2010 CarswellSask 109, setting aside a decision of Kovach J., 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186, 61 C.H.R.R. D/401, [2007] S.J. No. 672 (QL), 2007 CarswellSask 836, upholding a decision of the Saskatchewan Human Rights Tribunal (2005), 52 C.H.R.R. D/264, 2005 CarswellSask 480. Appeal allowed in part.

Grant J. Scharfstein, Q.C., and Deidre L. Aldcorn, for the appellant.

Thomas A. Schuck, Iain Benson, John Carpay and Daniel Mol, for the respondent.

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.
- Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven, Conn. : Yale University Press, 1921.
- Dworkin, Ronald. « Foreword », in Ivan Hare and James Weinstein, eds., *Extreme Speech and Democracy*. New York : Oxford University Press, 2009, v.
- Grand Robert de la langue française* (version électronique), « calomnie », « émotion ».
- McNamara, Luke. « Negotiating the Contours of Unlawful Hate Speech : Regulation Under Provincial Human Rights Laws in Canada » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 1.
- Moon, Richard. *Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet*. Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 2008.
- Moon, Richard. *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*. Toronto : University of Toronto Press, 2000.
- Sumner, L. W. *The Hateful and the Obscene : Studies in the Limits of Free Expression*. Toronto : University of Toronto Press, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Sherstobitoff, Smith et Hunter), 2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210, 477 W.A.C. 210, 317 D.L.R. (4th) 69, 218 C.R.R. (2d) 145, [2010] 4 W.W.R. 403, [2010] S.J. No. 108 (QL), 2010 CarswellSask 109, qui a infirmé une décision du juge Kovach, 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186, 61 C.H.R.R. D/401, [2007] S.J. No. 672 (QL), 2007 CarswellSask 836, qui avait maintenu une décision du Tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan (2005), 52 C.H.R.R. D/264, 2005 CarswellSask 480. Pourvoi accueilli en partie.

Grant J. Scharfstein, c.r., et Deidre L. Aldcorn, pour l'appelante.

Thomas A. Schuck, Iain Benson, John Carpay et Daniel Mol, pour l'intimé.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

David N. Kamal, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Mark A. Gelowitz and *Jason MacLean*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

Andrew K. Lokan and *Jodi Martin*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Philippe Dufresne and *Brian Smith*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Audrey Dean and *Henry S. Brown, Q.C.*, for the intervener the Alberta Human Rights Commission.

Cynthia Petersen and *Christine Davies*, for the intervener Egale Canada Inc.

Anthony D. Griffin, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Mark J. Freiman, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Arif Chowdhury, for the interveners the Unitarian Congregation of Saskatoon and the Canadian Unitarian Council.

Kathleen E. Mahoney and *Jo-Ann R. Kolmes*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

M. Philip Tunley and *Paul J. Saguil*, for the intervener the Canadian Journalists for Free Expression.

David Matas, for the intervener the Canadian Bar Association.

Written submissions only by *Shaunt Parthev, Q.C.*, and *Ashley M. Smith*, for the interveners the Northwest Territories Human Rights Commission and the Yukon Human Rights Commission.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

David N. Kamal, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Mark A. Gelowitz et *Jason MacLean*, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.

Andrew K. Lokan et *Jodi Martin*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Philippe Dufresne et *Brian Smith*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Audrey Dean et *Henry S. Brown, c.r.*, pour l'intervenante Alberta Human Rights Commission.

Cynthia Petersen et *Christine Davies*, pour l'intervenante Egale Canada Inc.

Anthony D. Griffin, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Mark J. Freiman, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Arif Chowdhury, pour les intervenants Unitarian Congregation of Saskatoon et le Conseil unitarien du Canada.

Kathleen E. Mahoney et *Jo-Ann R. Kolmes*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

M. Philip Tunley et *Paul J. Saguil*, pour l'intervenant les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression.

David Matas, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Argumentation écrite seulement par *Shaunt Parthev, c.r.*, et *Ashley M. Smith*, pour les intervenantes la Commission des droits de la personne des Territoires du Nord-Ouest et la Commission des droits de la personne du Yukon.

Derek J. Bell, Ranjan K. Agarwal and Ruth A. M. Ross, for the intervener the Christian Legal Fellowship.

Marvin Kurz, for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

Donald E. L. Hutchinson and André Schutten, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Ben Millard, for the intervener the United Church of Canada.

Written submissions only by *David M. A. Stack*, for the interveners the Assembly of First Nations, the Federation of Saskatchewan Indian Nations and the Métis Nation — Saskatchewan.

Ryan D. W. Dalziel and Micah B. Rankin, for the interveners the Catholic Civil Rights League and the Faith and Freedom Alliance.

Sunil Gurmukh and Moya Teklu for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Facts</u>	8
III. <u>Relevant Statutory Provisions</u>	12
IV. <u>Judicial History</u>	13
A. <i>Saskatchewan Court of Queen's Bench, 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186</i>	13

Derek J. Bell, Ranjan K. Agarwal et Ruth A. M. Ross, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

Marvin Kurz, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada.

Donald E. L. Hutchinson et André Schutten, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Ben Millard, pour l'intervenante l'Église Unie du Canada.

Argumentation écrite seulement par *David M. A. Stack*, pour les intervenantes l'Assemblée des Premières Nations, Federation of Saskatchewan Indian Nations et Métis Nation — Saskatchewan.

Ryan D. W. Dalziel et Micah B. Rankin, pour les intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme et Faith and Freedom Alliance.

Sunil Gurmukh et Moya Teklu, pour l'intervenante African Canadian Legal Clinic.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Les faits</u>	8
III. <u>Dispositions législatives applicables</u>	12
IV. <u>Historique judiciaire</u>	13
A. <i>Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186</i>	13

B. <i>Saskatchewan Court of Appeal, 2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210</i>	15	B. <i>Cour d'appel de la Saskatchewan, 2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210</i>	15
V. <u>Issues</u>	19	V. <u>Questions en litige</u>	19
VI. <u>The Definition of “Hatred”</u>	20	VI. <u>La définition de la « haine »</u>	20
A. <i>Summary of the Decision in Canada (Human Rights Commission) v. Taylor</i>	21	A. <i>Résumé de l'arrêt Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor</i>	21
B. <i>Criticisms of the Taylor Definition of Hatred</i>	26	B. <i>Critiques de la définition de la haine retenue dans l'arrêt Taylor</i>	26
C. <i>Subjectivity</i>	31	C. <i>Subjectivité</i>	31
(1) <u>The Reasonable Person</u>	33	(1) <u>La personne raisonnable</u>	33
(2) <u>Dealing With the Inherent Subjectivity of the Emotion of Hatred</u>	37	(2) <u>La nature intrinsèquement subjective de l'émotion qu'est la haine</u>	37
(a) <i>The Meaning of “Hatred or Contempt”</i>	39	a) <i>Le sens de « haine » et « mépris »</i>	39
(b) <i>The Legislative Objectives</i>	47	b) <i>Les objectifs législatifs</i>	47
D. <i>Focusing on the Effects of Hate Speech</i>	49	D. <i>Mettre l'accent sur l'effet des propos haineux</i>	49
E. <i>Confirming a Modified Definition of “Hatred”</i>	55	E. <i>Confirmation d'une définition modifiée de la « haine »</i>	55
VII. <u>Standard of Review in Constitutional Questions</u>	61	VII. <u>Norme de contrôle applicable aux questions constitutionnelles</u>	61
VIII. <u>Constitutional Analysis</u>	62	VIII. <u>Analyse constitutionnelle</u>	62
A. <i>Whether Section 14(1)(b) Infringes Freedom of Expression Under Section 2(b) of the Charter</i>	62	A. <i>L'alinéa 14(1)(b) viole-t-il la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte?</i>	62
B. <i>Section 1 — Whether the Infringement Is Demonstrably Justified in a Free and Democratic Society</i>	63	B. <i>Article premier — la violation constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?</i>	63

(1) <u>The Approach to Freedom of Expression Under Section 1</u>	64	(1) <u>La conception de la liberté d'expression au regard de l'article premier</u>	64
(2) <u>Is the Objective for Which the Limit Is Imposed Pressing and Substantial?</u>	69	(2) <u>L'objectif visé par l'imposition de la limite en question est-il urgent et réel?</u>	69
(3) <u>Proportionality</u>	78	(3) <u>Proportionnalité</u>	78
(a) <u>Is the Limit Rationally Connected to the Objective?</u>	79	a) <u>Existe-t-il un lien rationnel entre la restriction et l'objectif?</u>	79
(i) <u>Societal Versus Individual Harm</u>	79	(i) <u>Préjudice collectif par opposition à préjudice individuel</u>	79
(ii) <u>Wording of Section 14(1)(b) of the Code</u>	85	(ii) <u>Le libellé de l'al. 14(1)(b) du Code</u>	85
(iii) <u>Effectiveness</u>	96	(iii) <u>L'efficacité</u>	96
(iv) <u>Conclusion in Respect of Rational Connection</u>	99	(iv) <u>Conclusion en ce qui concerne le lien rationnel</u>	99
(b) <u>Minimal Impairment</u>	101	b) <u>Atteinte minimale</u>	101
(i) <u>Alternative Methods of Furthering the Legislature's Objectives</u>	102	(i) <u>Autres moyens d'atteindre les objectifs du législateur</u>	102
(ii) <u>Overbreadth</u>	107	(ii) <u>Portée excessive</u>	107
1. <u>Wording of Section 14 of the Code</u>	108	1. <u>Le libellé de l'art. 14 du Code</u>	108
2. <u>Nature of the Expression</u>	112	2. <u>La nature de l'écrit ou du discours</u>	112
3. <u>Political Discourse</u>	115	3. <u>Le discours politique</u>	115
4. <u>Sexual Orientation Versus Sexual Behaviour</u>	121	4. <u>L'orientation sexuelle ou le comportement sexuel</u>	121
(iii) <u>Intent, Proof, and Defences</u>	125	(iii) <u>Intention, preuve et moyens de défense</u>	125

1. <i>Intent</i>	126	1. <i>L'intention</i>	126
2. <i>Proof of Harm</i>	128	2. <i>La preuve du préjudice</i>	128
3. <i>Lack of Defences</i>	136	3. <i>L'absence de moyens de défense</i>	136
(iv) <u>Conclusion on Minimal Impairment</u>	145	(iv) <u>Conclusion relative à l'atteinte minimale</u>	145
(c) <i>Whether the Benefits Outweigh the Deleterious Effects</i>	147	c) <i>Les avantages l'emportent-ils sur les effets préjudiciables?</i>	147
(d) <i>Conclusion on Section 1 Analysis</i>	151	d) <i>Conclusion sur l'analyse fondée sur l'article premier</i>	151
C. <i>Section 2(a) of the Charter</i>	152	C. <i>Alinéa 2a) de la Charte</i>	152
D. <i>Section 1 Analysis</i>	158	D. <i>Analyse fondée sur l'article premier</i>	158
IX. <u>Application of Section 14(1)(b) to Mr. Whatcott's Flyers</u>	165	IX. <u>Application de l'al. 14(1)(b) aux tracts de M. Whatcott</u>	165
A. <i>Standard of Review of Tribunal Decision</i>	166	A. <i>Norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal</i>	166
B. <i>Context</i>	169	B. <i>Contexte</i>	169
C. <i>The Tribunal's Decision</i>	178	C. <i>La décision du Tribunal</i>	178
D. <i>Remedy</i>	203	D. <i>Réparation</i>	203
X. <u>Conclusion</u>	206	X. <u>Dispositif</u>	206

APPENDIX A: Relevant Statutory Provisions**ANNEXE A : Dispositions législatives applicables****APPENDIX B: Flyers****ANNEXE B : Tracts****I. Introduction****I. Introduction**

[1] All rights guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are subject to reasonable limitations. This balancing of rights and limitations gives rise to a tension between freedom of expression constitutionally guaranteed under s. 2(b) of the *Charter* and legislative provisions prohibiting the promotion of hatred or the

[1] Tous les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* peuvent être restreints dans des limites raisonnables. La recherche d'un juste équilibre entre les droits qui sont reconnus et les limites qui les restreignent engendre une tension entre, d'une part, la liberté d'expression garantie par la Constitution à l'al. 2b) de la *Charte* et, d'autre

publication of hate speech. That tension has been considered by this Court in the context of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870; and *R. v. Krymowski*, 2005 SCC 7, [2005] 1 S.C.R. 101) and in the context of human rights legislation (*Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892). It is in this latter context that the Court is asked to revisit the matter in the present appeal. We are also asked to decide whether the statutory prohibition at issue infringes freedom of religion as guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*.

[2] The Saskatchewan legislature included a provision in its human rights legislation prohibiting hate publications. While emphasizing the importance of freedom of expression in a subsection of the provision, the intent of the statute is to suppress a certain type of expression which represents a potential cause of the discriminatory practices the human rights legislation seeks to eliminate. Our task is to determine whether the legislature's approach is constitutional.

[3] Four complaints were filed with the Saskatchewan Human Rights Commission ("Commission") concerning four flyers published and distributed by the respondent, William Whatcott. The flyers were distributed to the public and targeted homosexuals and were challenged by the complainants on the basis that they promoted hatred against individuals because of their sexual orientation. The Saskatchewan Human Rights Tribunal ("Tribunal") held that the flyers constituted publications that contravened s. 14 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1 ("Code") as they exposed persons to hatred and ridicule on the basis of their sexual orientation: (2005), 52 C.H.R.R. D/264. Section 14(1)(b) of the *Code* prohibits the publication or display of any representation "that exposes or tends to expose to hatred, ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of any person or class of persons on the basis

part, les dispositions législatives qui interdisent la fomentation de la haine ou la publication de propos haineux. Notre Cour s'est penchée sur cette tension dans le contexte du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870; et *R. c. Krymowski*, 2005 CSC 7, [2005] 1 R.C.S. 101) et dans le contexte des lois sur les droits de la personne (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892). C'est dans ce dernier contexte que notre Cour est appelée à réexaminer la question dans le cadre du présent pourvoi. On nous demande également de décider si l'interdiction prévue par la loi, en cause en l'espèce, porte atteinte à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*.

[2] Dans la loi sur les droits de la personne, le législateur de la Saskatchewan a prévu une disposition interdisant toute publication haineuse. Tout en soulignant, dans un des paragraphes de cette disposition, l'importance de la liberté d'expression, le législateur a exprimé sa volonté de supprimer un certain type d'écrits et de discours susceptibles d'être à l'origine des actes discriminatoires que la loi sur les droits de la personne cherche à éliminer. Notre tâche consiste à déterminer la constitutionnalité de la démarche du législateur.

[3] La Saskatchewan Human Rights Commission (« Commission ») a été saisie de quatre plaintes relatives à quatre tracts publiés et distribués par l'intimé, William Whatcott. Les tracts ont été distribués au public et visaient les homosexuels; les plaignants les ont attaqués au motif qu'ils fomentaient la haine contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle. Le Tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan (« Tribunal ») a jugé que les tracts constituaient des publications qui contrevenaient à l'art. 14 du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1 (« Code ») puisqu'ils exposaient des personnes à la haine et les ridiculisaient en raison de leur orientation sexuelle: (2005), 52 C.H.R.R. D/264. L'alinéa 14(1)(b) du *Code* interdit la publication ou l'affichage de toute représentation qui, [TRADUCTION] « pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes

of a prohibited ground”. The *Code* lists “sexual orientation” as a prohibited ground (s. 2(1)(m.01)(vi)). All statutory provisions referred to in these reasons are reproduced in Appendix A.

[4] The Saskatchewan Court of Queen’s Bench upheld the Tribunal’s decision: 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186. That decision was reversed by the Saskatchewan Court of Appeal (2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210 (“*Whatcott (C.A.)*”). The appellate court accepted that s. 14(1)(b) was constitutional but held that the flyers at issue did not meet the test for hatred and were not prohibited publications within the meaning of s. 14(1)(b) of the *Code*.

[5] Two issues arise in this appeal. The first is whether s. 14(1)(b) of the *Code* is constitutional. If so, a second issue arises as to whether the Tribunal’s application of that provision in the context of this case should have been upheld.

[6] I conclude that although s. 14(1)(b) of the *Code* infringes Mr. Whatcott’s rights under both ss. 2(a) and 2(b) of the *Charter*, the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. This Court’s approach in *Keegstra* and *Taylor*, with some modification, sets out an acceptable method for determining how to balance the competing rights and interests at play.

[7] In my respectful view, the Saskatchewan Court of Appeal erred, in part, in overturning the decision of the Tribunal. I would therefore allow the appeal and reinstate the decision of the Tribunal with respect to two of the flyers. I would dismiss the appeal in regard to the other two.

II. Facts

[8] In 2001 and 2002, Mr. Whatcott distributed four flyers in Regina and Saskatoon on behalf of the

à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité ». Dans le *Code*, « l’orientation sexuelle » figure à la liste des motifs de distinction illicites (sous-al. 2(1)(m.01)(vi)). Les dispositions législatives mentionnées dans les présents motifs sont reproduites à l’annexe A.

[4] La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a confirmé la décision du Tribunal : 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186. Cette décision a été infirmée par la Cour d’appel de la Saskatchewan (2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210 (« *Whatcott (C.A.)* »)) qui a reconnu la validité constitutionnelle de l’al. 14(1)(b), mais a jugé que les tracts en question ne répondaient pas au critère relatif aux propos haineux et ne constituaient pas des publications interdites au sens de l’al. 14(1)(b) du *Code*.

[5] Le présent pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si l’al. 14(1)(b) du *Code* est constitutionnel. Dans l’affirmative, la Cour devra examiner l’autre question, à savoir si, dans le contexte de la présente affaire, l’application de cette disposition par le Tribunal aurait dû être confirmée.

[6] Je conclus que l’al. 14(1)(b) du *Code* porte atteinte aux droits que les al. 2a) et 2b) de la *Charte* garantissent à M. Whatcott, mais que cette atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Le raisonnement que notre Cour a suivi dans les affaires *Keegstra* et *Taylor* constitue, à une modification près, une démarche acceptable pour établir un juste équilibre entre les droits et les intérêts opposés en jeu.

[7] À mon humble avis, la Cour d’appel de la Saskatchewan a commis en partie une erreur en infirmant la décision du Tribunal. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du Tribunal en ce qui concerne deux des tracts. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi en ce qui concerne les deux autres.

II. Les faits

[8] En 2001 et 2002, M. Whatcott a distribué quatre tracts à Regina et à Saskatoon pour le

Christian Truth Activists. Two of the flyers, marked as exhibits D and E at the Tribunal hearing, were entitled “Keep Homosexuality out of Saskatoon’s Public Schools!” (“Flyer D”) and “Sodomites in our Public Schools” (“Flyer E”), respectively. The other two flyers, marked as exhibits F and G, were identical, and were a reprint of a page of classified advertisements to which handwritten comments were added (“Flyer F” and “Flyer G”). The flyers are reproduced in Appendix B.

[9] Four individuals, who received these flyers at their homes, filed complaints with the Commission. They alleged that the material promoted hatred against individuals because of their sexual orientation, thereby violating s. 14 of the *Code*. The Commission appointed a human rights tribunal to hear the complaints.

[10] Relying on *Human Rights Commission (Sask.) v. Bell* (1994), 120 Sask. R. 122 (C.A.) (“*Bell*”), and on the Court of Queen’s Bench decision in *Owens v. Human Rights Commission (Sask.)*, 2002 SKQB 506, 228 Sask. R. 148, rev’d 2006 SKCA 41, 267 D.L.R. (4th) 733, the Tribunal concluded that s. 14 of the *Code* was a reasonable restriction on Mr. Whatcott’s rights to freedom of religion and expression as guaranteed by s. 2(a) and (b) of the *Charter*. With respect to the issue of whether the materials distributed by Mr. Whatcott constituted a breach of s. 14 of the *Code*, the Tribunal isolated certain passages from each of the flyers and concluded that the material contained in each flyer could objectively be viewed as exposing homosexuals to hatred and ridicule.

[11] The Tribunal issued an order prohibiting Mr. Whatcott and the Christian Truth Activists from distributing the flyers or any similar materials promoting hatred against individuals because of their sexual orientation. It also ordered Mr. Whatcott to pay compensation in the amount of \$2,500 to one complainant and \$5,000 to each of the remaining three complainants.

compte de Christian Truth Activists. Deux de ces tracts, cotés D et E à l’audience du Tribunal, étaient intitulés respectivement [TRADUCTION] « Gardons l’homosexualité en dehors des écoles publiques de Saskatoon! » (« tract D ») et « Des sodomites dans nos écoles publiques » (« tract E »). Les deux autres tracts, cotés F et G, étaient identiques; il s’agissait d’une reproduction d’une page de petites annonces à laquelle des notes manuscrites avaient été ajoutées (« tract F » et « tract G »). Les tracts sont reproduits à l’annexe B.

[9] Quatre personnes qui ont reçu ces tracts à leur domicile ont porté plainte devant la Commission. Elles ont allégué que ces écrits fomentaient la haine contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle, ce qui allait à l’encontre de l’art. 14 du *Code*. La Commission a constitué un tribunal des droits de la personne chargé d’examiner les plaintes.

[10] Le Tribunal s’est fondé sur l’arrêt *Human Rights Commission (Sask.) c. Bell* (1994), 120 Sask. R. 122 (C.A.) (« *Bell* »), et sur la décision de la Cour du Banc de la Reine dans *Owens c. Human Rights Commission (Sask.)*, 2002 SKQB 506, 228 Sask. R. 148, inf. par 2006 SKCA 41, 267 D.L.R. (4th) 733. Il a estimé que l’art. 14 du *Code* constituait une limite raisonnable à la liberté de religion et à la liberté d’expression que garantissent à M. Whatcott les al. 2a) et 2b) de la *Charte*. Pour la question de savoir si les documents distribués par M. Whatcott contrevenaient à l’art. 14 du *Code*, le Tribunal a relevé certains extraits de chaque tract et a conclu que le contenu de chacun de ces tracts pouvait objectivement être considéré comme exposant les homosexuels à la haine et au ridicule.

[11] Le Tribunal a prononcé une ordonnance interdisant à M. Whatcott et à Christian Truth Activists de distribuer les tracts ou tout écrit semblable incitant à la haine contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle. Il a également condamné M. Whatcott à verser une indemnité de 2 500 \$ à l’un des plaignants et de 5 000 \$ à chacun des trois autres plaignants.

III. Relevant Statutory Provisions

[12] At issue is s. 14 of the *Code*. It provides:

14. (1) No person shall publish or display, or cause or permit to be published or displayed, on any lands or premises or in a newspaper, through a television or radio broadcasting station or any other broadcasting device, or in any printed matter or publication or by means of any other medium that the person owns, controls, distributes or sells, any representation, including any notice, sign, symbol, emblem, article, statement or other representation:

(a) tending or likely to tend to deprive, abridge or otherwise restrict the enjoyment by any person or class of persons, on the basis of a prohibited ground, of any right to which that person or class of persons is entitled under law; or

(b) that exposes or tends to expose to hatred, ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of any person or class of persons on the basis of a prohibited ground.

(2) Nothing in subsection (1) restricts the right to freedom of expression under the law upon any subject.

IV. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen’s Bench, 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186*

[13] Kovach J. concluded that s. 14(1)(b) of the *Code* must be interpreted in accordance with the standard of hatred and contempt set out in *Taylor* so as to prohibit only “communication that involves extreme feelings and strong emotions of detestation, calumny and vilification” (para. 21). He upheld the Tribunal’s conclusion that the flyers contravened the provision, largely on the basis that the flyers equated homosexuals with pedophiles and child abusers.

III. Dispositions législatives applicables

[12] Le litige porte sur l’art. 14 du *Code*, qui prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

14. (1) Nul ne doit publier ou exposer, ni permettre ni faire en sorte que soit publié ou exposé, sur un terrain ou dans un bâtiment, ou dans un journal, par une station de télévision ou de radiodiffusion ou par tout moyen de diffusion, ou dans tout document imprimé ou publication ou par tout autre moyen que la personne possède, dirige, distribue ou vend, une représentation, que ce soit un avis, une affiche, un symbole, un emblème, un article, une déclaration ou toute autre représentation, qui :

(a) pour un motif de distinction illicite, tend ou est susceptible de tendre à priver, diminuer ou autrement restreindre, la jouissance, par toute personne ou catégorie de personnes, des droits qui lui sont reconnus par la loi;

(b) pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité.

(2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de restreindre le droit à la liberté d’expression reconnu par la loi sur quelque sujet que ce soit.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, 2007 SKQB 450, 306 Sask. R. 186*

[13] Le juge Kovach a conclu que l’al. 14(1)(b) du *Code* doit être interprété conformément à la norme relative à la haine et au mépris établie dans l’arrêt *Taylor*, de sorte que cette interdiction ne vise que [TRADUCTION] « la communication qui comporte l’expression de sentiments extrêmes et d’émotions intenses de détestation se traduisant par des calomnies et de la diffamation » (par. 21). Il a confirmé la conclusion du Tribunal selon laquelle les tracts contrevenaient à la disposition, principalement parce qu’ils assimilaient les homosexuels aux pédophiles et aux agresseurs d’enfants.

[14] With respect to the constitutionality of s. 14(1)(b), he held that while the provision may violate Mr. Whatcott's freedom of religion, the limit was justifiable.

B. *Saskatchewan Court of Appeal, 2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210*

[15] The Saskatchewan Court of Appeal issued concurring judgments by Smith and Hunter J.J.A., with Sherstobitoff J.A. concurring in both. Hunter J.A. reaffirmed that s. 14(1)(b) of the *Code* must be interpreted and applied so as to only prohibit communications involving extreme feelings and strong emotions of detestation, calumny and vilification. She cautioned that language used to debate the morality of an individual's behaviour must attract a relatively high degree of tolerance.

[16] Hunter J.A. found that the Tribunal and Court of Queen's Bench had failed to take the moral context of the flyers properly into account and had also failed to balance the limitation on freedom of expression in s. 14(1)(b) with the confirmation of the importance of expression set out in s. 14(2). In her view, the Tribunal and Kovach J. had erred in selecting specific phrases from the flyers, rather than dealing with the content and context of each flyer as a whole.

[17] She held that the words and phrases isolated by the Tribunal from Flyer D would not meet the definition of "hatred" set out in *Taylor* and that, in the context of a debate about the school curriculum, the entire flyer could not be considered a hate publication. She found that Flyer E was part of the ongoing debate about teaching homosexuality in public schools, and that the comment "Sodomites are 430 times more likely to acquire Aids & 3 times more likely to sexually abuse children!" was merely hyperbole and did not taint the entire publication. Finally, she found that the ambiguity of the handwritten statements in Flyers F and G made it difficult to conclude from an objective perspective

[14] S'agissant de la constitutionnalité de l'al. 14(1)(b), il a estimé que même si cet alinéa pouvait violer la liberté de religion de M. Whatcott, la limite qu'il impose était justifiable.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan, 2010 SKCA 26, 346 Sask. R. 210*

[15] La Cour d'appel de la Saskatchewan a publié les motifs concordants des juges Smith et Hunter auxquels le juge Sherstobitoff a donné son appui. Le juge Hunter a réaffirmé que l'al. 14(1)(b) du *Code* doit être interprété et appliqué de manière à n'interdire que les communications exprimant des sentiments extrêmes et des émotions intenses de détestation se traduisant par des calomnies et de la diffamation. Elle a formulé une mise en garde en expliquant que les mots employés pour débattre de la moralité du comportement d'une personne doivent faire l'objet d'un degré de tolérance relativement élevé.

[16] La juge Hunter a conclu que le Tribunal et la Cour du Banc de la Reine n'avaient pas tenu compte du contexte moral dans lequel les tracts avaient été publiés et qu'ils n'avaient pas non plus cherché à trouver un équilibre entre la limite apportée à la liberté d'expression par l'al. 14(1)(b) et l'importance de la liberté d'expression reconnue au par. 14(2). À son avis, le Tribunal et le juge Kovach avaient commis une erreur en ne retenant que certains passages des tracts au lieu d'en examiner le contenu et le contexte dans leur ensemble.

[17] Elle a estimé que les mots et les passages que le Tribunal avait retenus du tract D ne satisferaient pas à la définition du terme « haine » proposée dans l'arrêt *Taylor* et que, dans le cadre d'un débat portant sur un programme d'études, rien dans ce tract ne pourrait être considéré comme une publication incitant à la haine. Elle a estimé que le tract E s'inscrivait dans le cadre d'un débat constant sur l'enseignement de l'homosexualité dans les écoles publiques, et que le commentaire suivant lequel les [TRADUCTION] « sodomites sont 430 fois plus à risque d'attraper le sida et sont trois fois plus susceptibles de faire subir des sévices sexuels à des enfants » n'était qu'une hyperbole qui n'avait

that the publication exposed homosexuals to hatred. She concluded that the flyers were not prohibited publications.

[18] Smith J.A. agreed that the flyers did not offend the prohibition at s. 14(1)(b) of the *Code* against hate publications. She found it significant that it was the activity (a type of sexual conduct) rather than the individuals (those of same-sex orientation) to which the flyers were directed. Questions of sexual morality, being linked to both public policy and individual autonomy, lay at the heart of protected speech. She concluded that “where, on an objective interpretation, the impugned expression is essentially directed to disapprobation of same-sex sexual conduct in a context of comment on issues of public policy or sexual morality, its limitation is not justifiable in a free and democratic society” (para. 138).

V. Issues

[19] The issues on appeal are whether s. 14(1)(b) of the *Code* infringes s. 2(a) and/or s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether the infringement is demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. If s. 14(1)(b) is found to survive the constitutional challenge, the issue will be whether the Tribunal’s decision should have been upheld on appeal under s. 32(1) of the *Code*.

VI. The Definition of “Hatred”

[20] The Saskatchewan courts have consistently followed the approach to defining “hatred” set out in *Taylor* when interpreting and applying s. 14(1)(b) of the *Code*. Before embarking on a constitutional analysis of that provision, it will be useful to consider the *Taylor* definition of “hatred” and whether,

pas pour effet d’entacher la publication dans son ensemble. Enfin, elle a conclu que l’ambiguïté du texte manuscrit que l’on trouvait aux tracts F et G permettait difficilement de conclure d’un point de vue objectif que ces publications exposaient les homosexuels à la haine. Elle a conclu que les tracts ne constituaient pas des publications interdites.

[18] La juge Smith a convenu que les tracts n’allaient pas à l’encontre de l’interdiction des publications haineuses prévue à l’al. 14(1)(b) du *Code*. Elle a estimé qu’il était révélateur que les tracts visaient une activité — un type de comportements sexuels — plutôt que des personnes — celles d’orientation homosexuelle. Les questions de moralité sexuelle, qui sont reliées à des questions d’intérêt public et d’autonomie individuelle, se trouvent au cœur des communications protégées. Elle a conclu : [TRADUCTION] « . . . lorsque, suivant une interprétation objective, les propos contestés visent essentiellement à désapprouver les rapports sexuels entre personnes du même sexe dans le cadre de commentaires portant sur des questions d’intérêt public ou de moralité sexuelle, cette limite n’est pas justifiable dans le cadre d’une société libre et démocratique » (par. 138).

V. Questions en litige

[19] Les questions en litige en l’espèce sont celles de savoir si l’al. 14(1)(b) du *Code* viole l’al. 2a) et/ou l’al. 2b) de la *Charte* et, dans l’affirmative, si la justification de cette violation peut se démontrer aux termes de l’article premier de la *Charte*. Si l’alinéa 14(1)(b) résiste à la contestation de sa constitutionnalité, il faudra alors déterminer si la décision du Tribunal aurait dû être confirmée en appel.

VI. La définition de la « haine »

[20] Les tribunaux judiciaires de la Saskatchewan ont toujours interprété et appliqué l’al. 14(1)(b) du *Code* en suivant l’approche retenue dans l’arrêt *Taylor* pour définir le terme « haine ». Avant d’entreprendre l’analyse constitutionnelle de cette disposition, il s’avère utile d’examiner la définition

in light of the criticisms of it, the definition should be rejected or modified.

A. *Summary of the Decision in Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*

[21] *Taylor* was part of a trilogy of hate speech cases considered by this Court in 1990, along with *Keegstra* and *Andrews*. The main issue facing the Court in those cases was whether s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (“*CHRA*”) (now R.S.C. 1985, c. H-6), violated freedom of expression guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*, by restricting telephonic communications of matters likely to expose persons who are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination, to *hatred or contempt*. The case arose from complaints regarding a telephone message service offering pre-recorded messages alleging, *inter alia*, a conspiracy by Jews to control Canadian society.

[22] Dickson C.J., writing for the majority, held that Mr. Taylor’s freedom of expression was breached by s. 13(1) of the *CHRA*. However, the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*.

[23] He found that s. 13(1) was a limitation “prescribed by law” (p. 916) and that Parliament’s objective behind s. 13(1) (preventing the harms caused by hate propaganda) was of pressing and substantial importance sufficient to justify some limitation on freedom of expression. Dickson C.J. also reiterated his comment in *Keegstra* (at p. 766) that, contextually, hate propaganda strays some distance from the spirit of s. 2(b) of the *Charter*, and reconfirmed that its suppression does not severely curtail the values underlying freedom of expression. He reasoned that, when conjoined with the remedial provisions of the *CHRA*, s. 13(1) operates to suppress hate propaganda and its harmful effects, and is thereby rationally connected to Parliament’s objective. He rejected the argument that there could be no rational connection because it

du terme « haine » retenue dans *Taylor* pour déterminer, compte tenu des critiques dont elle a été l’objet, s’il y a lieu de la rejeter ou de la modifier.

A. *Résumé de l’arrêt Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*

[21] L’arrêt *Taylor* forme, avec les arrêts *Keegstra* et *Andrews*, une trilogie d’affaires portant sur les propos haineux que notre Cour a examinés en 1990. La principale question que devait trancher la Cour dans ces affaires était de savoir si le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (« *LCDP* ») (maintenant L.R.C. 1985, ch. H-6) violait la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* en interdisant les messages téléphoniques susceptibles d’exposer à la haine ou au mépris, pour un motif de distinction illicite, des personnes identifiables. Cette affaire faisait suite à des plaintes portées au sujet d’un service de messages téléphoniques offrant des messages enregistrés faisant état notamment d’un complot fomenté par les Juifs en vue de contrôler la société canadienne.

[22] Le juge en chef Dickson, au nom des juges majoritaires, a estimé que la liberté d’expression de M. Taylor avait été violée par le par. 13(1) de la *LCDP*. Toutefois, cette violation était à son avis justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*.

[23] Il a estimé que le par. 13(1) constituait une restriction « par une règle de droit » (p. 916) et que l’objectif visé par le législateur fédéral en édictant le par. 13(1) — prévenir les préjudices découlant de la propagande haineuse — était suffisamment urgent et réel pour justifier certaines restrictions à la liberté d’expression. Le juge en chef Dickson a repris les observations qu’il avait formulées dans l’arrêt *Keegstra* (p. 766) lorsqu’il avait expliqué que, sur le plan contextuel, la propagande haineuse se situait assez loin de l’esprit de l’al. 2b) de la *Charte*, confirmant une fois de plus que la suppression de la propagande haineuse ne portait pas gravement atteinte aux valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression. Il a expliqué que, quand on y joint les dispositions réparatrices de la *LCDP*, le par. 13(1) joue de manière à supprimer la propagande haineuse

was questionable whether s. 13(1) actually reduces the incidence of hate propaganda. In Dickson C.J.'s view, the process of hearing a complaint and, if substantiated, issuing a cease and desist order, "reminds Canadians of our fundamental commitment to equality of opportunity and the eradication of racial and religious intolerance" (p. 924).

[24] In assessing whether s. 13(1) minimally impairs freedom of expression, Dickson C.J. rejected the submission that it was overbroad and excessively vague. In his view, there was no conflict between providing a meaningful interpretation of s. 13(1) and protecting freedom of expression "so long as the interpretation of the words 'hatred' and 'contempt' is fully informed by an awareness that Parliament's objective is to protect the equality and dignity of all individuals by reducing the incidence of harm-causing expression" (p. 927). Dickson C.J. concluded that s. 13(1) "refers to unusually strong and deep-felt emotions of detestation, calumny and vilification" (p. 928 (emphasis added)). In his view, as long as tribunals required the ardent and extreme nature of feeling described by "hatred or contempt", there was "little danger that subjective opinion as to offensiveness will supplant the proper meaning of the section" (p. 929).

[25] Finally, Dickson C.J. concluded that the effects of s. 13(1) on freedom of expression were not so deleterious as to make it an unacceptable abridgement of freedom of expression. The Court held that, although s. 13(1) infringed s. 2(b) of the *Charter*, it was justified under s. 1 as an infringement justifiable in a free and democratic society.

et à écarter ses conséquences préjudiciables, de sorte qu'il existe un lien rationnel entre le par. 13(1) et l'objectif poursuivi par le législateur fédéral. Il a rejeté l'argument suivant lequel il ne pouvait exister de lien rationnel parce qu'on pouvait se demander si le par. 13(1) parvenait vraiment à diminuer la propagande haineuse. Suivant le juge en chef Dickson, le processus consistant à entendre une plainte et, si celle-ci est fondée, à rendre une ordonnance d'interdit, « rappelle aux Canadiens notre engagement fondamental envers l'égalité des chances et l'élimination de l'intolérance raciale et religieuse » (p. 924).

[24] Pour déterminer si le par. 13(1) portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression, le juge en chef Dickson a rejeté l'argument que ce paragraphe avait une portée trop large et qu'il était excessivement vague. Il n'y avait à son avis aucune incompatibilité entre le fait de donner au par. 13(1) une interprétation qui le rendait efficace et la protection de la liberté d'expression « pourvu que l'interprétation des mots "haine" et "mépris" repose sur la pleine conscience que l'objectif du Parlement est de protéger l'égalité et la dignité de tous les individus par la réduction des manifestations de l'expression préjudiciable » (p. 927). Le juge en chef Dickson a conclu que le par. 13(1) « vise donc des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation » (p. 928 (je souligne)). À son avis, tant que les tribunaux des droits de la personne constatent la nature à la fois virulente et extrême des sentiments évoqués par les termes « haine » ou « mépris », il y a « peu de danger qu'une opinion subjective quant au caractère offensant vienne se substituer à la véritable signification du paragraphe en cause » (p. 929).

[25] Enfin, le juge en chef Dickson a conclu que les effets du par. 13(1) sur la liberté d'expression n'étaient pas dommageables au point de se traduire par une restriction inacceptable de la liberté d'expression. La Cour a conclu que, même si le par. 13(1) portait atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, cette atteinte se justifiait au regard de l'article premier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

B. *Criticisms of the Taylor Definition of Hatred*

[26] The conclusion in *Taylor* about legislation similar to what is at issue in this case is not, however, determinative. Mr. Whatcott challenges the constitutionality of a different legislative provision, interpreted and applied over 20 years later, and in the context of a different prohibited ground.

[27] Mr. Whatcott and some interveners argue that there are a number of problems with the *Taylor* interpretation of “hatred” and with prohibiting hate speech generally. The criticisms tend to fall within two general categories, relating to either subjectivity or overbreadth. Criticisms concerning subjectivity are that the definition

1. leads to arbitrary and inconsistent results because it captures expression that an arbitrator or judge subjectively finds offensive or repugnant;
2. is a vague, emotive concept that is inherently subjective and unworkable; and
3. infringes freedom of expression in irrational ways not tied to the legislative objectives.

[28] Criticisms relating to overbreadth are that the definition or a particular legislative prohibition

1. is overreaching and captures more expression than is intended or necessary;
2. has a chilling effect on public debate, religious expression and media coverage of issues about moral conduct and social policy;
3. does not give legislative priority to freedom of expression;

B. *Critiques de la définition de la haine retenue dans l'arrêt Taylor*

[26] La conclusion issue de l'arrêt *Taylor* à propos de dispositions législatives semblables à celles qui nous intéressent n'est toutefois pas déterminante en l'espèce. M. Whatcott conteste la constitutionnalité d'une disposition législative différente, qui est interprétée et appliquée une vingtaine d'années plus tard dans le contexte d'un motif de distinction illicite différent.

[27] M. Whatcott et certains intervenants soutiennent que l'interprétation du mot « haine » retenue dans l'arrêt *Taylor* et l'interdiction générale relative aux propos haineux posent plusieurs problèmes. On tend à classer leurs reproches en deux grandes catégories, la première se rapportant à la subjectivité et la seconde, à la portée excessive de la définition de ce terme. En ce qui concerne la subjectivité, ils adressent les reproches suivants à cette définition :

1. une telle définition conduit à des résultats arbitraires et incohérents parce qu'elle vise des propos qu'un arbitre ou un juge estime subjectivement offensants ou répugnants;
2. il s'agit d'un concept vague et émotif qui est intrinsèquement subjectif et inapplicable;
3. elle porte atteinte à la liberté d'expression de façons irrationnelles qui n'ont rien à voir avec les objectifs visés par la loi.

[28] En ce qui concerne la portée excessive, les reproches que l'on adresse à cette définition sont les suivants :

1. elle a une portée trop large et interdit des propos qui n'étaient pas visés ou qu'il n'est pas nécessaire d'interdire;
2. elle a un effet paralysant sur le débat public, l'expression religieuse et le traitement par les médias des questions de conduite morale et d'ordre social;
3. elle n'accorde pas la priorité législative à la liberté d'expression;

- | | |
|---|---|
| 4. restricts private communications; | 4. elle restreint les communications privées; |
| 5. should require intention; | 5. elle n'exige pas d'intention; |
| 6. should require proof of actual harm or discrimination; and | 6. elle n'exige pas la preuve concrète de préjudice ou de discrimination; |
| 7. should provide for defences, such as a defence of truth. | 7. elle ne prévoit pas de moyens de défense comme celui de la véracité. |

[29] Some of these criticisms are directed to the manner in which a specific legislative prohibition is formulated. To the extent that they apply to s. 14(1)(b) of the *Code*, they will be addressed in the course of analyzing the constitutionality of that provision.

[29] Certaines critiques portent sur le libellé de la disposition. Celles qui intéressent l'al. 14(1)(b) du *Code* seront examinées dans le cadre de l'analyse de la constitutionnalité de cette disposition.

[30] However, I will first consider whether, in light of the criticisms, the definition of "hatred" established in *Taylor* remains valid, or should be modified or rejected.

[30] Toutefois, je vais d'abord examiner la question de savoir si, compte tenu des critiques dont elle a fait l'objet, la définition du terme « haine » énoncée dans *Taylor* demeure valide ou s'il y a lieu de la modifier ou de la rejeter.

C. *Subjectivity*

C. *Subjectivité*

[31] In my view, the criticisms point to two conceptual challenges to achieving a consistent application of a prohibition against hate speech. One is how to deal with the inherent subjectivity of the concept of "hatred". Another is a mistaken propensity to focus on the ideas being expressed, rather than on the *effect* of the expression.

[31] À mon avis, ces critiques font ressortir deux problèmes conceptuels qui font obstacle à une application cohérente d'une interdiction visant les propos haineux : la subjectivité intrinsèque de la notion de « haine », et la tendance erronée à mettre l'accent sur les idées exprimées plutôt que sur l'*effet* de leur expression.

[32] Criticisms about the inherent subjectivity of "hatred" can be broken into two separate concerns. The first is that the prohibition will lead to arbitrary and inconsistent results, depending on the subjective views of judges and arbitrators. The second is that a prohibition predicated on "hatred" is too vague and inherently subjective to ever be applied objectively. The resulting uncertainty about its application will have a chilling effect on expression. I will deal with each of these concerns in turn.

[32] Les critiques au sujet de la subjectivité intrinsèque de la notion de « haine » peuvent être divisées en deux volets distincts. D'une part, l'interdiction ouvre la porte à l'arbitraire et à l'incohérence, compte tenu des opinions subjectives des juges et des arbitres appelés à trancher. D'autre part, une interdiction fondée sur la « haine » est trop vague et intrinsèquement subjective pour être jamais appliquée de manière objective, si bien que l'incertitude quant à son application aura un effet paralysant sur l'expression. Je vais examiner chacune de ces questions séparément.

(1) The Reasonable Person

(1) La personne raisonnable

[33] Subjectivity is not unique to the application of standards within human rights legislation. As

[33] La subjectivité n'est pas le propre de l'application de normes en matière de droits de la

long as human beings act in the role of judge or arbitrator, there will be a subjective element in the application of any standard or test to a given fact situation. In the words of Cardozo J.: “. . . the traditions of our jurisprudence commit us to the objective standard. I do not mean, of course, that this ideal of objective vision is ever perfectly attained” but rather, inescapably, that “[t]he perception of objective right takes the color of the subjective mind”: *The Nature of the Judicial Process* (1921), at pp. 106 and 110.

[34] In response to this reality, courts develop legal principles for the purpose of providing a method of dealing with similar issues consistently. They follow precedent by looking to the manner in which a principle or standard was applied in comparable fact situations. Where the applicable standard or test is an objective one, courts and tribunals apply it on the basis of how a reasonable person in the same position or circumstances would act or think.

[35] In the present context, the courts have confirmed that when applying a prohibition based on hatred, the outcome does not depend on the subjective views of the publisher or of the victim of the alleged hate publication, but rather on an objective application of the test: see *Owens (C.A.)*, at paras. 58-59; *Kane v. Alberta Report*, 2001 ABQB 570, 291 A.R. 71, at para. 125; *Elmasry v. Rogers Publishing Ltd. (No. 4)*, 2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/509, at paras. 79-80; and *Whatcott (C.A.)*, at para. 55. The courts pose the question of whether, “when considered objectively by a reasonable person aware of the relevant context and circumstances, the speech in question would be understood as exposing or tending to expose members of the target group to hatred”: *Owens (C.A.)*, at para. 60. In the course of this assessment, a judge or adjudicator is expected to put his or her personal views aside and to base the determination on what he or she perceives to be the rational views of an informed member of society, viewing the matter realistically and practically.

personne. Tant que le rôle de juge ou d’arbitre sera confié à des êtres humains, une certaine subjectivité jouera dans l’application de toute norme ou de tout critère à une situation factuelle donnée. Pour reprendre les propos du juge Cardozo : [TRADUCTION] « . . . nos traditions juridiques nous obligent à une norme objective. Bien entendu, je ne prétends pas que cet idéal d’une vision objective soit atteint dans tous les cas », mais plutôt que, inévitablement, « [l]’esprit subjectif colore la perception d’un droit objectif » : *The Nature of the Judicial Process* (1921), p. 106 et 110.

[34] Compte tenu de cette réalité, les tribunaux judiciaires établissent des principes juridiques comme repères pour traiter avec uniformité les questions semblables. Ils respectent les précédents établis, analysant la manière dont un principe ou une norme a été appliqué dans des situations de fait comparables. La norme ou le critère objectif est appliqué par les tribunaux judiciaires et administratifs en fonction de ce qu’une personne raisonnable ferait ou croirait dans la même situation ou dans les mêmes circonstances.

[35] Dans le contexte qui nous occupe, les tribunaux judiciaires ont confirmé que lorsqu’il s’agit d’appliquer une disposition interdisant une action motivée par la haine, l’issue est fonction, non pas des opinions subjectives de l’auteur ou de la victime des propos présumés haineux, mais d’une application objective du critère : voir *Owens (C.A.)*, par. 58-59; *Kane c. Alberta Report*, 2001 ABQB 570, 291 A.R. 71, par. 125; *Elmasry c. Rogers Publishing Ltd. (No. 4)*, 2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/509, par. 79-80; et *Whatcott (C.A.)*, par. 55. Le tribunal pose la question de savoir si [TRADUCTION] « une personne raisonnable informée du contexte et des circonstances pertinents estimerait, d’un point de vue objectif, que les propos exposent ou sont susceptibles d’exposer à la haine les membres du groupe ciblé » : *Owens (C.A.)*, par. 60. Le juge ou l’arbitre qui procède à cet examen devrait faire abstraction de ses opinions personnelles et trancher selon ce qu’il conçoit comme étant l’opinion rationnelle d’un membre de la société informé qui considère l’affaire de manière réaliste et pratique.

[36] Even Cardozo J., despite his acknowledgement of the inherent subjectivity involved in the judicial process, concedes that the objective ideal “is one to be striven for within the limits of our capacity” and warns that “[a] jurisprudence that is not constantly brought into relation to objective or external standards incurs the risk of degenerating into . . . a jurisprudence of mere sentiment or feeling” (p. 106). Although developing legal principles, following precedent and applying objective standards will not completely eliminate subjectivity from the adjudicative process, these common law traditions reflect an awareness of the problem and provide a ground for appeal in cases of unjustifiable departure.

(2) Dealing With the Inherent Subjectivity of the Emotion of Hatred

[37] Nonetheless, is the emotion “hatred” too inherently subjective to be capable of an objective or consistent application? The argument, as I understand it, is that our perception and understanding of hatred, like any emotion, will depend in part on our different, personal experiences. Emotion is an “instinctive feeling as distinguished from reasoning or knowledge” and is therefore subjective: *Oxford English Dictionary* (online). Therefore, a test predicated on a vague emotion makes subjective application inevitable.

[38] In *Taylor*, Dickson C.J. reasoned that the subjectivity and arbitrariness of a prohibition based on “hatred” could be reduced by giving full effect to the legislative intent. His reasoning suggests that this can be achieved in two ways: by adhering to the proper meaning of the words chosen by the legislature; and by applying the prohibition in a manner that is consistent with its legislative objectives. Because of the centrality of both the meaning of “hatred” and the legislative objectives, further elaboration will be useful.

[36] Même le juge Cardozo, tout en reconnaissant la subjectivité intrinsèque du processus judiciaire, concède que l’idéal d’objectivité [TRADUCTION] « en est un vers lequel il faut tendre dans les limites de notre capacité » et il fait une mise en garde : « Une jurisprudence qui n’est pas constamment mise en rapport avec des normes objectives ou externes risque de dégénérer [. . .] en une jurisprudence érigée sur de simples impressions ou sentiments » (p. 106). Certes, l’établissement de principes juridiques, le respect des précédents et l’application de normes objectives ne permettent pas d’affranchir le processus judiciaire de toute subjectivité, mais ces traditions de la common law témoignent d’une connaissance du problème et prévoient un motif d’appel en cas d’écart injustifié par rapport à la norme.

(2) La nature intrinsèquement subjective de l’émotion qu’est la haine

[37] Néanmoins, l’émotion qu’est la « haine » est-elle trop intrinsèquement subjective pour se prêter à une application objective ou cohérente? Comme je le conçois, l’argument veut que notre perception et notre compréhension de la haine, à l’instar de toute autre émotion, est en partie fonction de nos expériences personnelles et distinctes. Une émotion s’entend d’une « [s]ensation (agréable ou désagréable), considérée du point de vue affectif » et elle est par conséquent subjective : *Le Grand Robert de la langue française* (en ligne). Partant, un critère fondé sur une émotion vague emporterait inévitablement une application subjective.

[38] Dans l’arrêt *Taylor*, le juge en chef Dickson a conclu à la possibilité de limiter la subjectivité et le caractère arbitraire inhérents à l’application d’une interdiction fondée sur la « haine » en donnant plein effet à l’intention du législateur. Ses motifs laissent entrevoir deux moyens pour ce faire : d’une part respecter le sens des mots choisis par le législateur; d’autre part appliquer l’interdiction de manière compatible avec les objectifs législatifs. Comme la définition du terme « haine » et les objectifs législatifs se trouvent au cœur de la présente affaire, il est utile de développer davantage.

(a) *The Meaning of “Hatred or Contempt”*

[39] In order to adhere to the legislative choice of the words “hatred or contempt”, Dickson C.J. emphasized the importance of interpreting them in a manner that did not include emotions of lesser intensities. In his view, prohibitions of hate speech should not be triggered by lesser gradations of disapprobation, so as to capture offensive comments or expressions of dislike. Interpreting “hatred or contempt” to include feelings of dislike would expand their meaning beyond what was contemplated by the legislature and could capture expression which, while derogatory, does not cause the type of harm that human rights legislation seeks to eliminate. As long as a tribunal is aware of the purpose behind s. 13(1) of the *CHRA* and “pays heed to the ardent and extreme nature of feeling described in the phrase ‘hatred or contempt’”, Dickson C.J. reasoned that “there is little danger that subjective opinion as to offensiveness will supplant the proper meaning of the section”: *Taylor*, at p. 929.

[40] Dickson C.J. analyzed the meaning of the words “hatred or contempt” as they are used in s. 13(1). He discussed with approval the approach of the human rights tribunal in *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (C.H.R.T.), at p. D/6469, which acknowledged that while those words “have a potentially emotive content” that could vary for each individual, there is “an important core of meaning in both”: *Taylor*, at p. 928. The tribunal found that “hatred” involves detestation, extreme ill-will and the failure to find any redeeming qualities in the target of the expression. “Contempt” involves looking down on someone or treating them as inferior. Dickson C.J. found that, according to the tribunal, s. 13(1) refers to “unusually strong and deep-felt emotions of detestation, calumny and vilification”: *Taylor*, at p. 928. The legislative prohibition should therefore only apply to expression of an unusual and extreme nature.

a) *Le sens de « haine » et « mépris »*

[39] En vue de respecter le sens des mots « haine » et « mépris » choisis par le législateur, le juge en chef Dickson souligne l’importance d’une interprétation qui écarte toute émotion d’une intensité moindre. À son avis, la législation interdisant les propos haineux ne devrait pas s’appliquer à l’expression d’une désapprobation d’un degré moindre, et viser ainsi des commentaires offensants ou l’expression d’une aversion. Assimiler l’aversion à la « haine » et au « mépris » aurait pour effet de prêter à ces derniers un sens plus large que celui qu’envisageait le législateur et risque de viser des propos qui, même s’ils ont pour effet de dénigrer, ne causent pas le type de mal que la législation en matière de protection des droits de la personne vise à éliminer. Tant que le tribunal administratif est conscient de l’objet sous-jacent du par. 13(1) de la *LCDP* et « de la nature à la fois virulente et extrême des sentiments évoqués par les termes “haine” ou “mépris” », selon le juge en chef Dickson, « il y a peu de danger qu’une opinion subjective quant au caractère offensant vienne se substituer à la véritable signification du paragraphe en cause » : *Taylor*, p. 929.

[40] Le juge en chef Dickson analyse le sens des mots « haine » et « mépris » employés au par. 13(1). Il examine en l’approuvant la démarche adoptée par le tribunal des droits de la personne dans *Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450 (T.C.D.P.), p. D/6469, suivant lequel, bien que ces mots puissent « être chargés émotionnellement » et que la façon dont ils sont utilisés soit susceptible de varier d’une personne à l’autre, il existe « un tronc commun important aux deux » : *Taylor*, p. 928. Le tribunal est arrivé à la conclusion que la « haine » correspond à un sentiment de détestation, de malice extrême qui n’admet chez la personne visée aucune qualité qui rachète ses défauts, tandis que le « mépris » s’entend de la condescendance manifestée à l’égard d’une personne ou du traitement d’infériorité qu’on lui réserve. Le juge en chef Dickson estime que, selon le tribunal, le par. 13(1) vise donc « des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation » : *Taylor*, p. 928. L’interdiction légale ne devrait donc s’appliquer qu’à des propos de nature inusitée et extrême.

[41] In my view, “detestation” and “vilification” aptly describe the harmful effect that the *Code* seeks to eliminate. Representations that expose a target group to detestation tend to inspire enmity and extreme ill-will against them, which goes beyond mere disdain or dislike. Representations vilifying a person or group will seek to abuse, denigrate or delegitimize them, to render them lawless, dangerous, unworthy or unacceptable in the eyes of the audience. Expression exposing vulnerable groups to detestation and vilification goes far beyond merely discrediting, humiliating or offending the victims.

[42] On the other hand, the reference in the *Taylor* definition to calumny is unnecessary. “Calumny” is defined as a “[f]alse and malicious misrepresentation of the words or actions of others, calculated to injure their reputation; libellous detraction, slander”: *Oxford English Dictionary* (online). While hate speech often uses the device of inflammatory falsehoods and misrepresentations to persuade and galvanize its audience, the use of such tools is not necessary to a finding that the expression exposes its targeted group to hatred. Nor would false misrepresentations, alone, be sufficient to constitute hate speech. In light of the general disuse of the word “calumny” in everyday vocabulary, in my view its inclusion in the definition is unnecessary.

[43] Not all prohibitions of hate speech include the word “contempt”, and s. 14(1)(b) of the *Code* does not. The tribunal in *Nealy* noted that the concept of “hatred” does not mandate a particular motive for the emotion, and that the word “contempt” added an element of looking down on or treating the object as inferior. While I agree with the tribunal that it is possible to hate someone one considers “superior”, in my view the term “hatred” in the context of human rights legislation includes a component of looking down on or denying the worth of another. The act of vilifying a person or group connotes accusing them of disgusting characteristics, inherent deficiencies or immoral

[41] À mon avis, les mots « détestation » et « diffamation » décrivent bien l’effet préjudiciable que le *Code* vise à éliminer. Les mots qui exposent un groupe ciblé à la détestation tendent à inspirer, d’une manière qui excède le simple dédain ou l’aversion, l’inimitié et une malice extrême envers le groupe. Les messages diffamatoires cherchent à insulter, à déconsidérer ou à dénigrer la personne ou le groupe ciblé pour le rendre illégitime, dangereux, ignoble ou inacceptable aux yeux du destinataire. Les messages qui exposent des groupes vulnérables à la détestation et la diffamation vont bien plus loin que simplement discréditer, humilier ou offenser les victimes.

[42] Par contre, l’allusion à la calomnie que l’on trouve dans la définition proposée dans l’arrêt *Taylor* est inutile. La « calomnie » se définit comme une « [i]mputation mensongère qui attente à la réputation, à l’honneur (de [quelqu’un]) » : *Le Grand Robert de la langue française* (en ligne). Bien que les propos haineux reprennent souvent des déclarations mensongères et incendiaires et de fausses déclarations pour convaincre et galvaniser les personnes à qui ils s’adressent, le recours à ces outils n’est pas nécessaire pour qu’on puisse conclure que les propos en cause exposent le groupe ciblé à la haine. Les fausses déclarations ne suffiraient pas non plus à elles seules à constituer des propos haineux. Compte tenu du fait que le mot « calomnie » n’est plus couramment employé dans le langage de tous les jours, j’estime qu’il n’est pas nécessaire de l’inclure dans la définition de la haine.

[43] Ce ne sont pas toutes les dispositions interdisant les propos haineux qui emploient le mot « mépris », et ce dernier ne figure pas à l’al. 14(1)(b) du *Code*. Dans l’affaire *Nealy*, le tribunal a signalé que la notion de « haine » n’exige pas un motif particulier justifiant cette émotion et que le mot « mépris » ajoute un élément de condescendance envers le sujet ou d’infériorité de ce dernier. Bien que je sois d’accord avec le tribunal pour dire que l’on peut haïr une personne que l’on considère « supérieure », à mon avis, le mot « haine » employé dans le contexte des droits de la personne connote notamment la condescendance ou le dénigrement. La diffamation d’une personne ou d’un groupe

propensities which are too vile in nature to be shared by the person who vilifies. Even without the word “contempt” in the legislative prohibition, delegitimizing a group as unworthy, useless or inferior can be a component of exposing them to hatred. Such delegitimization reduces the target group’s credibility, social standing and acceptance within society and is a key aspect of the social harm caused by hate speech.

[44] In the years following *Taylor*, there has been considerable human rights jurisprudence and academic commentary about what constitutes hate speech. The types of expression and devices used to expose groups to hatred were summarized as the “hallmarks of hate” enumerated in *Warman v. Kouba*, 2006 CHRT 50 (CanLII), at paras. 24-81. Hate speech often vilifies the targeted group by blaming its members for the current problems in society, alleging that they are a “powerful menace” (para. 24); that they are carrying out secret conspiracies to gain global control (*Citron v. Zündel (No. 4)* (2002), 41 C.H.R.R. D/274 (C.H.R.T.)); or plotting to destroy western civilization (*Taylor*). Hate speech also further delegitimizes the targeted group by suggesting its members are illegal or unlawful, such as by labelling them “liars, cheats, criminals and thugs” (*Citron*, at para. 140); a “parasitic race” or “pure evil”: *Warman v. Tremaine (No. 2)*, 2007 CHRT 2, 59 C.H.R.R. D/391, at para. 136.

[45] Exposure to hatred can also result from expression that equates the targeted group with groups traditionally reviled in society, such as child abusers, pedophiles (*Payzant v. McAleer* (1994), 26 C.H.R.R. D/271 (C.H.R.T.), aff’d (1996), 26 C.H.R.R. D/280 (F.C.T.D.)), or “deviant criminals who prey on children”: *Warman v. Northern Alliance*, 2009 CHRT 10 (CanLII), at para. 43. One of the most extreme forms of vilification is

implique de lui prêter des caractéristiques répugnantes, des lacunes intrinsèques ou des tendances immorales d’une nature à ce point vile que le difamateur ne saurait les partager. Même si le mot « mépris » ne figure pas à la disposition prohibitive, le fait de dénigrer un groupe en le qualifiant d’indigne, d’inutile ou d’inférieur peut contribuer à en exposer les membres à la haine. En dénigrant ainsi le groupe ciblé, on atténue sa crédibilité, sa situation sociale et son acceptation au sein de la société. Il s’agit là de l’un des principaux aspects du préjudice social que causent les propos haineux.

[44] Depuis l’arrêt *Taylor*, la définition des propos haineux a fait l’objet d’une abondante jurisprudence et de nombreux articles de doctrine en matière de droits de la personne. Le type de mots et les moyens employés pour exposer des groupes à la haine ont été résumés sous la rubrique des « thèmes distinctifs des messages haineux » énumérés dans la décision *Warman c. Kouba*, 2006 TCDP 50 (CanLII), par. 24-81. Les propos haineux diffament souvent le groupe visé en reprochant à ses membres d’être la cause des problèmes actuels de la société, et prétendent qu’ils constituent une « puissante menace » (par. 24); qu’ils complotent en secret pour en arriver à contrôler le monde (*Citron c. Zündel (No. 4)* (2002), 41 C.H.R.R. D/274 (T.C.D.P.)); ou qu’ils complotent pour détruire la civilisation occidentale (*Taylor*). Les propos haineux dénigrent également les groupes ciblés en laissant entendre que la situation de leurs membres est illégale ou qu’ils se livrent à des activités illicites, par exemple en les présentant comme « des menteurs, des tricheurs, des criminels et des escrocs » (*Citron*, par. 140), de « race parasite » et de « mal à l’état pur » : *Warman c. Tremaine (No. 2)*, 2007 TCDP 2, 59 C.H.R.R. D/391, par. 136.

[45] On peut également exposer un groupe à la haine par des propos qui l’assimilent à des groupes qui font habituellement l’objet de l’opprobre public tels que les agresseurs d’enfants et les pédophiles (*Payzant c. McAleer* (1994), 26 C.H.R.R. D/271 (T.C.D.P.), conf. par (1996), 26 C.H.R.R. D/280 (C.F. 1^{re} inst.)), ou en les qualifiant de « criminels déviants qui s’en prennent aux enfants » : *Warman c. L’Alliance du Nord*, 2009 TCDP 10 (CanLII),

to dehumanize a protected group by describing its members as animals or as subhuman. References to a group as “horrible creatures who ought not to be allowed to live” (*Northern Alliance*, at para. 43); “incognizant primates”, “genetically inferior” and “lesser beasts” (*Center for Research-Action on Race Relations v. www.bcwhitepride.com*, 2008 CHRT 1 (CanLII), at para. 53); or “sub-human filth” (*Warman v. Winnicki (No. 2)*, 2006 CHRT 20, 56 C.H.R.R. D/381, at para. 101) are examples of dehumanizing expression that calls into question whether group members qualify as human beings.

[46] As these examples illustrate, courts have been guided by the *Taylor* definition of hatred and have generally identified only extreme and egregious examples of delegitimizing expression as hate speech. This approach excludes merely offensive or hurtful expression from the ambit of the provision and respects the legislature’s choice of a prohibition predicated on “hatred”.

(b) *The Legislative Objectives*

[47] As to giving effect to the legislative objectives behind the prohibition, Dickson C.J. stated that there should be “no conflict between providing a meaningful interpretation of s. 13(1) and protecting the s. 2(b) freedom of expression” guaranteed by the *Charter*, provided that “the interpretation of the words ‘hatred’ and ‘contempt’ is fully informed by an awareness that Parliament’s objective is to protect the equality and dignity of all individuals by reducing the incidence of harm-causing expression”: *Taylor*, at p. 927. Linking the test for hate speech to the specific legislative objectives is key to minimizing both subjectivity and overbreadth. Preventive measures should only prohibit the type of expression expected to cause the harm targeted. Since the decision in *Taylor*, courts have confirmed that the “harm” these legislative prohibitions seek to prevent is more than

par. 43. Une des formes les plus extrêmes de procédé utilisé pour déconsidérer un groupe consiste à employer des termes déshumanisants en assimilant les membres à des animaux ou à des êtres inférieurs par des expressions comme « créatures horribles qui ne devraient pas avoir le droit de vivre » (*L’Alliance du Nord*, par. 43), « primates ignorants », êtres « génétiquement inférieurs », « bêtes les plus faibles » (*Centre de recherche-action sur les relations raciales c. www.bcwhitepride.com*, 2008 TCDP 1 (CanLII), par. 53) ou « déchets inférieurs » : *Warman c. Winnicki (No. 2)*, 2006 TCDP 20, 56 C.H.R.R. D/381, par. 101. Ce sont des exemples de termes déshumanisants qui remettent en question l’appartenance des membres de ces groupes au genre humain.

[46] Comme l’illustrent ces exemples, les tribunaux judiciaires ont appliqué la définition du terme « haine » établie dans *Taylor* et ont, de façon générale, conclu aux propos haineux seulement dans les cas où le dénigrement est des plus extrêmes et flagrant. Ainsi, dans l’application des dispositions législatives, on écarte les propos simplement offensants ou blessants et on respecte la volonté du législateur qui a adopté une interdiction légale fondée sur la « haine ».

b) *Les objectifs législatifs*

[47] Quant à donner effet aux objectifs législatifs qui sous-tendent l’interdiction légale, le juge en chef Dickson affirme qu’« il n’y a aucune incompatibilité entre le fait de donner au par. 13(1) une interprétation qui le rend efficace et la protection de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) » de la *Charte*, pourvu que « l’interprétation des mots “haine” et “mépris” repose sur la pleine conscience que l’objectif du Parlement est de protéger l’égalité et la dignité de tous les individus par la réduction des manifestations de l’expression préjudiciable » : *Taylor*, p. 927. En rattachant le critère servant à déterminer si les propos sont haineux aux objectifs précis du législateur, on réduit au minimum le risque de subjectivité et de portée excessive. Les mesures préventives ne devraient interdire que le type de propos susceptibles de causer le préjudice visé. Depuis l’arrêt *Taylor*, les tribunaux judiciaires

hurt feelings, humiliation or offensiveness: *Owens (C.A.)*, at paras. 52-53 and 58-60; and *Elmasry*, at paras. 79, 147 and 150.

[48] A prohibition of hate speech will not eliminate the emotion of hatred from the human experience. Employed in the context of human rights legislation, these prohibitions aim to eliminate the most extreme type of expression that has the potential to incite or inspire discriminatory treatment against protected groups on the basis of a prohibited ground. In applying hate prohibitions, courts must assess whether the impugned expression is likely to expose a protected group to hatred and potentially lead to the activity that the legislature seeks to eliminate. This ties the analysis to the legislative purpose and works to prevent the prohibition from capturing more expressive activity than is necessary to achieve that objective.

D. *Focusing on the Effects of Hate Speech*

[49] A separate but related conceptual challenge that impedes the proper application of hate speech prohibitions is a mistaken propensity to focus on the nature of the ideas expressed, rather than on the likely effects of the expression. The repugnant content of expression may sidetrack litigants from the proper focus of the analysis.

[50] As explained in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 968, freedom of expression was guaranteed in the *Charter* “so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream”. If the repugnancy or offensiveness of an idea does not exclude it from *Charter* protection under s. 2(b), it cannot, in itself, be sufficient to justify a limitation on expression under a s. 1 analysis. A blanket prohibition on the communication of repugnant ideas would offend

ont confirmé que le « mal » que les prohibitions légales visent à endiguer transcende les déclarations blessantes, l’humiliation ou l’offense : *Owens (C.A.)*, par. 52-53 et 58-60; et *Elmasry*, par. 79, 147 et 150.

[48] L’interdiction des propos haineux n’aura pas pour effet d’éliminer de l’expérience humaine l’émotion qu’est la haine. Dans le contexte des lois sur les droits de la personne, ces interdictions visent à éliminer les types de propos les plus extrêmes susceptibles d’inciter ou d’inspirer à l’égard des groupes protégés un traitement discriminatoire pour un motif interdit. En appliquant les interdictions légales de publier des propos haineux, les tribunaux sont appelés à déterminer si les propos reprochés exposeront probablement à la haine un groupe protégé et peuvent mener à une activité que le législateur cherche à éliminer. L’analyse est ainsi rattachée à l’objectif législatif et permet d’empêcher que l’interdiction n’ait une portée plus large que nécessaire pour permettre de réaliser cet objectif.

D. *Mettre l’accent sur l’effet des propos haineux*

[49] Un autre problème conceptuel, et pourtant connexe, qui fait obstacle à l’application des interdictions légales visant les propos haineux consiste à mettre à tort l’accent sur la nature des idées exprimées plutôt que sur l’effet que les propos sont susceptibles de produire. La teneur répugnante de ces propos risque de détourner l’attention des parties du véritable nœud de l’analyse.

[50] Ainsi que la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968, la liberté d’expression est garantie par la *Charte* « pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l’esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles ». Si le caractère répugnant ou offensant d’une idée ne suffit pas à l’exclure de la protection conférée par la *Charte* à son al. 2b), il ne peut en soi être suffisant pour justifier d’en restreindre l’expression à l’issue

the core of freedom of expression and could not be viewed as a minimal impairment of that right.

[51] The distinction between the expression of repugnant ideas and expression which exposes groups to hatred is crucial to understanding the proper application of hate speech prohibitions. Hate speech legislation is not aimed at discouraging repugnant or offensive ideas. It does not, for example, prohibit expression which debates the merits of reducing the rights of vulnerable groups in society. It only restricts the use of expression exposing them to hatred as a part of that debate. It does not target the ideas, but their mode of expression in public and the effect that this mode of expression may have.

[52] An assessment of whether expression exposes a protected group to hatred must therefore include an evaluation of the likely effects of the expression on its audience. Would a reasonable person consider that the expression vilifying a protected group has the potential to lead to discrimination and other harmful effects? This assessment will depend largely on the context and circumstances of each case.

[53] For example, in the normal course of events, expression that targets a protected group in the context of satire, or news reports about hate speech perpetrated by someone else, would not likely constitute hate speech. Representations made in private settings would also not be captured by provisions prohibiting publication, display or broadcast of the expression, such as in s. 14(1)(b) of the *Code*. It may also make a difference whether the expression contains a singular remark that comes close to violating the prohibition, or contains a multitude of or repeated, delegitimizing attacks.

d'une analyse fondée sur l'article premier. Une interdiction générale frappant toute communication d'idées répugnantes porterait atteinte au cœur même de la liberté d'expression et ne pourrait être considérée comme une atteinte minimale à ce droit.

[51] La distinction entre, d'une part, l'expression d'idées répugnantes et, d'autre part, les propos qui exposent des groupes à la haine, joue un rôle déterminant pour comprendre comment il faut appliquer l'interdiction des propos haineux. Les dispositions législatives interdisant les propos haineux ne visent pas à décourager l'expression d'idées répugnantes ou offensantes. Par exemple, elles n'interdisent pas les propos dans lesquels on débat de l'opportunité de restreindre ou non les droits des groupes vulnérables de la société. Elles visent seulement à restreindre le recours à des propos qui les exposent à la haine dans le cadre d'un tel débat. Elles ne visent pas les idées, mais leur mode d'expression en public et l'effet que peut produire ce mode d'expression.

[52] Par conséquent, l'analyse servant à déterminer si des propos exposent un groupe protégé à la haine doit inclure une évaluation de leurs effets probables sur le public visé. Une personne raisonnable serait-elle d'avis que les propos diffamant le groupe protégé seraient susceptibles d'ouvrir la porte à la discrimination et à d'autres effets préjudiciables? L'issue de l'analyse dépend largement du contexte et des circonstances de chaque cas.

[53] Par exemple, dans le cours normal des choses, des propos visant un groupe protégé à des fins satiriques ou dans le cadre d'un reportage portant sur les propos haineux tenus par quelqu'un d'autre ne constitueraient probablement pas un discours haineux. Les déclarations tenues en privé ne tomberaient pas non plus sous le coup de dispositions interdisant la publication, l'affichage ou la diffusion des propos, comme celles de l'al. 14(1)(b) du *Code*. Il y aurait également lieu de se demander si l'on est en présence d'une seule remarque qui transgresse presque la disposition prohibitive, ou d'attaques réitérées ou multiples aux fins de dénigrer le groupe.

[54] Dickson C.J. emphasized this need to focus on *the effects* of the expression in his reasons in *Taylor*. He noted that “the purpose and impact of human rights codes is to prevent discriminatory effects rather than to stigmatize and punish those who discriminate” (p. 933 (emphasis added)). The focus of the prohibition against hate propaganda in s. 13(1) of the *CHRA* is “solely upon [its] likely effects” (p. 931). Dickson C.J. reasoned that the preoccupation with the discriminatory effects was understandable, given that systemic discrimination is more widespread than intentional discrimination. Tribunals must focus on the likely effects of impugned expression in order to achieve the preventive goals of anti-discrimination statutes.

E. *Confirming a Modified Definition of “Hatred”*

[55] As will be apparent from the preceding discussion, in my view the *Taylor* definition of “hatred”, with some modifications, provides a workable approach to interpreting the word “hatred” as it is used in prohibitions of hate speech. The guidance provided by *Taylor* should reduce the risk of subjective applications of such legislative restrictions, provided that three main prescriptions are followed.

[56] First, courts are directed to apply the hate speech prohibitions *objectively*. In my view, the reference in *Taylor* to “unusually strong and deep-felt emotions” (at p. 928) should not be interpreted as imposing a subjective test or limiting the analysis to the intensity with which the author of the expression feels the emotion. The question courts must ask is whether a reasonable person, aware of the context and circumstances surrounding the expression, would view it as exposing the protected group to hatred.

[54] Dans l’affaire *Taylor*, le juge en chef Dickson souligne la nécessité de mettre l’accent sur *l’effet* des propos. Il fait remarquer que « le but et le rôle des codes des droits de la personne sont de prévenir des effets discriminatoires plutôt que de punir et de stigmatiser les personnes qui pratiquent la discrimination » (p. 933 (je souligne)). L’interdiction de la propagande haineuse prévue au par. 13(1) de la *LCDP* « n’envisage que [s]es effets probables » (p. 931). Selon le juge en chef Dickson, se préoccuper des effets discriminatoires coule de source, puisque la discrimination systémique est plus répandue que la discrimination intentionnelle. Les tribunaux administratifs doivent axer l’analyse sur les effets probables des propos reprochés pour réaliser les objectifs préventifs des lois antidiscrimination.

E. *Confirmation d’une définition modifiée de la « haine »*

[55] Comme il ressort de ce qui précède, j’estime que la définition du terme « haine » proposée dans *Taylor*, à quelques modifications près, offre une méthode pratique pour interpréter le mot « haine » pour l’application des dispositions interdisant les propos haineux. La démarche établie dans l’arrêt *Taylor* devrait permettre de réduire le risque d’application subjective des interdictions légales, à condition que les trois principales lignes directrices ici exposées soient suivies.

[56] Premièrement, les tribunaux judiciaires doivent appliquer de manière *objective* les dispositions interdisant les propos haineux. À mon avis, il ne faut pas interpréter l’expression « émotions exceptionnellement fortes et profondes » employée dans l’arrêt *Taylor* (p. 928) comme si elle emportait l’application d’un critère subjectif ou si elle restreignait l’analyse au degré d’intensité de l’émotion ressentie par l’auteur des propos. La question à laquelle le tribunal est appelé à répondre est de savoir si une personne raisonnable informée du contexte et des circonstances dans lesquels les propos ont été tenus estimerait que ces derniers exposent le groupe protégé à la haine.

[57] Second, the legislative term “hatred” or “hatred or contempt” is to be interpreted as being restricted to those extreme manifestations of the emotion described by the words “detestation” and “vilification”. This filters out expression which, while repugnant and offensive, does not incite the level of abhorrence, delegitimization and rejection that risks causing discrimination or other harmful effects.

[58] Third, tribunals must focus their analysis on the effect of the expression at issue. Is the expression likely to expose the targeted person or group to hatred by others? The repugnancy of the ideas being expressed is not, in itself, sufficient to justify restricting the expression. The prohibition of hate speech is not designed to censor ideas or to compel anyone to think “correctly”. Similarly, it is irrelevant whether the author of the expression intended to incite hatred or discriminatory treatment or other harmful conduct towards the protected group. The key is to determine the likely effect of the expression on its audience, keeping in mind the legislative objectives to reduce or eliminate discrimination.

[59] In light of these three principles, where the term “hatred” is used in the context of a prohibition of expression in human rights legislation, it should be applied objectively to determine whether a reasonable person, aware of the context and circumstances, would view the expression as likely to expose a person or persons to detestation and vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination.

[60] I turn now to the constitutionality of s. 14(1)(b) of the *Code*.

VII. Standard of Review in Constitutional Questions

[61] The standard of review on the constitutionality of s. 14(1)(b) of the *Code* is correctness: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 58.

[57] Deuxièmement, les termes « haine » et « mépris » qui figurent dans la disposition ne s’entendent que des manifestations extrêmes de l’émotion à laquelle renvoient les termes « détestation » et « diffamation ». Ainsi, sont écartés les propos qui, bien que répugnants et offensants, n’incitent pas à l’exécration, au dénigrement et au rejet qui risquent d’emporter la discrimination et d’autres effets préjudiciables.

[58] Troisièmement, les tribunaux administratifs doivent axer l’analyse sur les effets des propos en cause. Les propos sont-ils susceptibles d’exposer la personne ou le groupe ciblé à la haine d’autres personnes? Le caractère répugnant des idées exprimées ne suffit pas, en soi, pour justifier d’en restreindre l’expression. L’interdiction des propos haineux ne vise pas à censurer les idées ou à forcer quiconque à penser « correctement ». De même, il n’est pas pertinent de se demander si l’auteur des propos avait l’intention d’inciter à la haine, à la discrimination ou à une autre conduite préjudiciable à l’égard du groupe protégé. Ce qu’il faut déterminer, ce sont les effets qu’auront probablement les propos sur l’audience, compte tenu des objectifs législatifs visant à réduire ou à éliminer la discrimination.

[59] À la lumière de ces trois principes, lorsque le mot « haine » est employé dans une loi sur les droits de la personne pour interdire certains propos, il faudrait l’appliquer de façon objective pour déterminer si une personne raisonnable, informée du contexte et des circonstances, estimerait que les propos sont susceptibles d’exposer autrui à la détestation et à la diffamation pour un motif de discrimination illicite.

[60] Examinons maintenant la constitutionnalité de l’al. 14(1)(b) du *Code*.

VII. Norme de contrôle applicable aux questions constitutionnelles

[61] La norme de contrôle qui s’applique à l’examen de la constitutionnalité de l’al. 14(1)(b) du *Code* est celle de la décision correcte : voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 58.

VIII. Constitutional AnalysisA. *Whether Section 14(1)(b) Infringes Freedom of Expression Under Section 2(b) of the Charter*

[62] Applying the framework most recently described by this Court in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19 (“*CBC*”), I agree with the concession by the Commission that the statutory prohibition against hate speech infringes the freedom of expression guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*. The activity described in s. 14(1)(b) — the publication or display of certain types of expression — has expressive content and falls within the scope of s. 2(b) protection. The purpose of s. 14(1)(b) is to prevent discrimination by curtailing certain types of public expression.

B. *Section 1 — Whether the Infringement Is Demonstrably Justified in a Free and Democratic Society*

[63] Having found that the provision infringes s. 2(b) of the *Charter*, I turn to whether it may be saved under s. 1.

(1) The Approach to Freedom of Expression Under Section 1

[64] Freedom of expression is central to our democracy. Nonetheless, this Court has consistently found that the right to freedom of expression is not absolute and limitations of freedom of expression may be justified under s. 1: see *Irwin Toy*; *Keegstra*; *Taylor*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; and *CBC*. Section 1 both “guarantees and limits *Charter* rights and freedoms by reference to principles fundamental in a free and democratic society”: *Taylor*, at p. 916, *per* Dickson C.J.

VIII. Analyse constitutionnelleA. *L’alinéa 14(1)(b) viole-t-il la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la Charte?*

[62] En appliquant le cadre d’analyse élaboré récemment dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, je souscris à la concession faite par la Commission selon laquelle l’interdiction des propos haineux prévue par la loi porte atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*. Les activités visées à l’al. 14(1)(b) — le fait de publier ou d’exposer certains types de messages — comportent un contenu expressif et entrent dans le champ d’application de la protection offerte par l’al. 2b) de la *Charte*. L’alinéa 14(1)(b) vise à empêcher la discrimination en limitant certaines formes de communication publique de messages.

B. *Article premier — la violation constitue-t-elle une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique?*

[63] Comme j’ai conclu que la disposition en question viole l’al. 2b) de la *Charte*, il faut déterminer si cette disposition peut se justifier au sens de l’article premier.

(1) La conception de la liberté d’expression au regard de l’article premier

[64] La liberté d’expression est au cœur même de notre conception de la démocratie. Néanmoins, notre Cour a conclu à maintes reprises que la liberté d’expression n’est pas un droit absolu et que des restrictions à la liberté d’expression peuvent se justifier au sens de l’article premier de la *Charte* : voir *Irwin Toy*; *Keegstra*; *Taylor*; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; et *Société Radio-Canada*. L’article premier « garantit et limite à la fois les droits et libertés garantis par la *Charte* en faisant appel aux principes qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique » : *Taylor*, p. 916, le juge en chef Dickson.

[65] The justification of a limit on freedom of expression under s. 1 requires a contextual and purposive approach. The values underlying freedom of expression will inform the context of the violation: see *Taylor, Keegstra* and *Sharpe*. McLachlin C.J., writing for the majority in *Sharpe*, explained succinctly the values underlying freedom of expression first recognized in *Irwin Toy*, being “individual self-fulfilment, finding the truth through the open exchange of ideas, and the political discourse fundamental to democracy” (para. 23).

[66] We are therefore required to balance the fundamental values underlying freedom of expression (and, later, freedom of religion) in the context in which they are invoked, with competing *Charter* rights and other values essential to a free and democratic society, in this case, a commitment to equality and respect for group identity and the inherent dignity owed to all human beings: s. 15 of the *Charter* and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 78; and *Taylor*, at pp. 916 and 920.

[67] The balancing of competing *Charter* rights should also take into account Canada’s international obligations with respect to international law treaty commitments: *Taylor*, at p. 916, *per* Dickson C.J. Those commitments reflect an international recognition that certain types of expression may be limited in furtherance of other fundamental values: *Taylor*, at pp. 919-20, *per* Dickson C.J.

[68] It is in the context of balancing these *Charter* rights that the Saskatchewan legislature has chosen to suppress expression of a certain kind. The prohibition set out under s. 14(1)(b) of the *Code* is clearly a “limit[ation] prescribed by law” within the meaning of s. 1 of the *Charter*. The issue is whether

[65] La justification d’une restriction à la liberté d’expression au sens de l’article premier exige une interprétation contextuelle et téléologique. Les valeurs qui sous-tendent la liberté d’expression ont une incidence sur le contexte de la violation : voir les arrêts *Taylor, Keegstra* et *Sharpe*. La juge en chef McLachlin, au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Sharpe*, a expliqué de façon succincte les valeurs sous-jacentes au droit à la liberté d’expression reconnues pour la première fois dans l’arrêt *Irwin Toy*, à savoir « l’épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l’échange ouvert d’idées et le discours politique qui est fondamental pour la démocratie » (par. 23).

[66] Il nous incombe donc de trouver un juste équilibre entre, d’une part, les valeurs fondamentales sous-jacentes à la liberté d’expression (et, par la suite, à la liberté de religion) dans le contexte dans lequel elles sont invoquées, et, d’autre part, d’autres droits garantis par la *Charte* et valeurs essentielles dans le cadre d’une société libre et démocratique, en l’occurrence dans le cas qui nous occupe, la promotion de l’égalité et du respect de chaque groupe et de la dignité inhérente à tout être humain : art. 15 de la *Charte* et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 78; et *Taylor*, p. 916 et 920.

[67] La pondération de droits opposés garantis par la *Charte* devrait également tenir compte des obligations internationales contractées par le Canada aux termes de traités internationaux : *Taylor*, p. 916, le juge en chef Dickson. Ces engagements montrent que la communauté internationale reconnaît que certains types de discours peuvent être restreints pour promouvoir d’autres valeurs fondamentales : *Taylor*, p. 919-920, le juge en chef Dickson.

[68] C’est dans le contexte de la pondération de ces droits garantis par la *Charte* que le législateur de la Saskatchewan a choisi de supprimer certaines formes d’expression. L’interdiction énoncée à l’al. 14(1)(b) du *Code* est, de toute évidence, une restriction prescrite « par une règle de droit » au

the infringement of s. 2(b) is demonstrably justified: *Oakes*; *CBC*, at para. 64.

(2) Is the Objective for Which the Limit Is Imposed Pressing and Substantial?

[69] Following the *Oakes* test, the first step is to determine whether the objective of s. 14(1)(b) advances concerns that are of sufficient importance to warrant overriding the constitutional guarantee of freedom of expression.

[70] The objective of s. 14(1)(b) may be ascertained directly from the *Code* in which it is found. Section 3 states that the objectives of the *Code* are

(a) to promote recognition of the inherent dignity and the equal inalienable rights of all members of the human family; and

(b) to further public policy in Saskatchewan that every person is free and equal in dignity and rights and to discourage and eliminate discrimination.

[71] Hate speech is, at its core, an effort to marginalize individuals based on their membership in a group. Using expression that exposes the group to hatred, hate speech seeks to delegitimize group members in the eyes of the majority, reducing their social standing and acceptance within society. When people are vilified as blameworthy or undeserving, it is easier to justify discriminatory treatment. The objective of s. 14(1)(b) may be understood as reducing the harmful effects and social costs of discrimination by tackling certain causes of discriminatory activity.

[72] The majority in *Keegstra* and *Taylor* reviewed evidence detailing the potential risks of

sens de l'article premier de la *Charte*. Il faut alors se demander si la justification de la violation de l'al. 2b) peut se démontrer : *Oakes*; *Société Radio-Canada*, par. 64.

(2) L'objectif visé par l'imposition de la limite en question est-il urgent et réel?

[69] Selon le critère de l'arrêt *Oakes*, la première étape à franchir consiste à déterminer si l'objectif visé par l'al. 14(1)(b) se rapporte à des préoccupations suffisamment importantes pour justifier la suppression de la liberté d'expression garantie par la Constitution.

[70] L'objectif visé par l'al. 14(1)(b) ressort directement du *Code* dans lequel il se trouve. L'article 3 prévoit effectivement que le *Code* a pour objet

[TRADUCTION]

(a) de promouvoir la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables;

(b) de favoriser en Saskatchewan l'application du principe que toutes les personnes sont libres et égales en droits et en dignité, et de prévenir et d'éliminer la discrimination.

[71] Les propos haineux constituent, par définition, une façon de tenter de marginaliser des personnes en raison de leurs caractéristiques collectives. Au moyen de messages qui exposent à la haine le groupe visé, le propos haineux cherche à dénigrer les membres du groupe aux yeux de la majorité en attaquant leur statut social et en compromettant leur acceptation au sein de la société. Lorsque les gens sont diffamés parce qu'ils sont jugés indignes ou infâmes, il est plus facile de justifier un traitement discriminatoire. L'alinéa 14(1)(b) vise à atténuer les effets préjudiciables et les coûts sociaux de la discrimination en s'attaquant à certaines des causes de la discrimination.

[72] Les juges majoritaires ont examiné, dans les arrêts *Keegstra* et *Taylor*, des éléments de preuve

harm from the dissemination of messages of hate, including the 1966 *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*, commonly known as the Cohen Committee. The Cohen Committee wrote at a time when the experiences of fascism in Italy and National Socialism in Germany were in recent memory. Almost 50 years later, I cannot say that those examples have proven to be isolated and unrepeated at our current point in history. One need only look to the former Yugoslavia, Cambodia, Rwanda, Darfur, or Uganda to see more recent examples of attempted cleansing or genocide on the basis of religion, ethnicity or sexual orientation. In terms of the effects of disseminating hateful messages, there is today the added impact of the Internet.

[73] In *Keegstra*, at pp. 746-47, Dickson C.J. found that two types of harm were of a pressing and substantial concern. First, he referred to the grave psychological and social consequences to individual members of the targeted group from the humiliation and degradation caused by hate propaganda. Second, he noted the harmful effects on society at large by increasing discord and by affecting a subtle and unconscious alteration of views concerning the inferiority of the targeted group.

[74] Hate speech, therefore, rises beyond causing emotional distress to individual group members. It can have a societal impact. If a group of people are considered inferior, subhuman, or lawless, it is easier to justify denying the group and its members equal rights or status. As observed by this Court in *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at para. 147, the findings in *Keegstra* suggest “that hate speech always denies fundamental rights”. As the majority becomes desensitized by the effects of hate speech, the concern is that some members of society will demonstrate their rejection of the vulnerable group through conduct. Hate speech lays the groundwork for later, broad attacks on

détaillant les risques éventuels de préjudice découlant de la propagation de messages haineux, y compris le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* publié en 1966, mieux connu sous le nom de Comité Cohen. Le Comité Cohen avait publié son rapport à une époque où le souvenir du fascisme en Italie et du nazisme en Allemagne était encore frais à la mémoire. Une cinquantaine d’années plus tard, force est de constater qu’il ne s’agissait pas de cas isolés qui ne se sont pas reproduits dans l’histoire récente. Il suffit d’examiner ce qui s’est passé en Yougoslavie, au Cambodge, au Rwanda, au Darfour ou en Ouganda pour trouver des exemples plus récents de tentatives de nettoyage ou de génocide fondées sur la religion, l’origine ethnique ou l’orientation sexuelle. Pour ce qui est des effets de la propagation des messages haineux, il faut également tenir compte de nos jours de l’influence nouvelle de l’Internet.

[73] Dans l’arrêt *Keegstra*, p. 746-747, le juge en chef Dickson a estimé que deux sortes de préjudices constituaient une préoccupation urgente et réelle. En premier lieu, il a fait allusion aux graves conséquences psychologiques et sociales qui pouvaient être infligées aux membres du groupe ciblé en raison de l’humiliation et de l’avilissement causées par la propagande haineuse. En second lieu, il a signalé les effets préjudiciables sur l’ensemble de la société qui découleraient des discordes et des changements subtils opérés dans l’opinion des destinataires de la propagande haineuse concernant l’infériorité du groupe ciblé.

[74] Ainsi, les propos haineux causent des troubles psychologiques aux membres individuels du groupe et leur effet ne s’arrête pas là. Ils peuvent avoir des incidences sur l’ensemble de la société. Si un groupe de personnes est considéré comme inférieur, sous-humain ou sans loi, il est plus facile de justifier le refus de lui reconnaître, ainsi qu’à ses membres, l’égalité des droits ou de statut. Ainsi que notre Cour l’a fait observer dans l’arrêt *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 147, les conclusions tirées dans l’arrêt *Keegstra* laissent entendre « qu’un discours haineux nie toujours des droits fondamentaux ». Au fur et à mesure que la majorité devient insensible aux répercussions

vulnerable groups. These attacks can range from discrimination, to ostracism, segregation, deportation, violence and, in the most extreme cases, to genocide: see *Taylor and Keegstra*.

[75] Hate speech is not only used to justify restrictions or attacks on the rights of protected groups on prohibited grounds. As noted by Dickson C.J., at p. 763 of *Keegstra*, hate propaganda opposes the targeted group's ability to find self-fulfillment by articulating their thoughts and ideas. It impacts on that group's ability to respond to the substantive ideas under debate, thereby placing a serious barrier to their full participation in our democracy. Indeed, a particularly insidious aspect of hate speech is that it acts to cut off any path of reply by the group under attack. It does this not only by attempting to marginalize the group so that their reply will be ignored: it also forces the group to argue for their basic humanity or social standing, as a precondition to participating in the deliberative aspects of our democracy.

[76] To use an example related to the present case, the suggestion that homosexual conduct should not be discussed in schools because homosexuals are pedophiles requires the protected group to first defeat the absolutist position that all homosexuals are pedophiles in order to justify a level of societal standing that would then permit participation in the larger debate of whether homosexual conduct should be discussed in schools. In this way, the expression inhibits the protected group from interacting and participating in free expression and public debate.

des propos haineux, on peut craindre que certains membres de la société expriment, par leur conduite, leur rejet des membres du groupe vulnérable. Les propos haineux préparent le terrain en vue de porter des attaques plus virulentes contre les groupes vulnérables. Ces attaques peuvent prendre la forme de mesures discriminatoires, d'ostracisme, de ségrégation, d'expulsion et de violences et, dans les cas les plus extrêmes, de génocide : voir les arrêts *Taylor et Keegstra*.

[75] Les propos haineux n'ont pas uniquement pour objet de justifier les restrictions ou les atteintes portées, pour des motifs interdits, aux droits des groupes protégés. Le juge en chef Dickson a fait remarquer, à la p. 763 de l'arrêt *Keegstra*, la propagande haineuse prive les membres du groupe ciblé de la possibilité de s'épanouir en articulant des pensées et des idées. Elle a également pour effet de nuire à la capacité des membres du groupe de réagir à des idées de fond au centre du débat, ce qui constitue un obstacle majeur les empêchant de participer pleinement à la démocratie. De fait, le discours haineux comporte un aspect particulièrement insidieux en ce qu'il prive le groupe ciblé de tout moyen de riposter ou de rétorquer. C'est ce qu'il fait non seulement en tentant de marginaliser le groupe de manière à ce que ses réactions soient ignorées, mais également en employant des mots qui forcent les membres du groupe à défendre leur propre humanité fondamentale ou leur propre statut social avant même d'être admis à participer au débat démocratique.

[76] Pour citer un exemple se rapportant au cas qui nous occupe, en laissant entendre que les comportements homosexuels ne devraient pas être discutés dans les écoles parce que les homosexuels sont des pédophiles, le groupe protégé doit d'abord réfuter l'argument absolutiste suivant lequel les homosexuels sont tous des pédophiles pour démontrer qu'ils possèdent un statut social leur permettant de participer au débat plus large portant sur la question de savoir si les comportements homosexuels devraient être discutés dans les écoles. De cette façon, les mots employés empêchent le groupe protégé d'intervenir dans le débat public et de s'y exprimer librement.

[77] This Court has recognized the harm caused by hate speech in a number of subsequent cases including *Ross, Sharpe, and Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. I therefore have no difficulty in determining that the purpose of the legislation is pressing and substantial.

(3) Proportionality

[78] It is next necessary to consider whether s. 14(1)(b) of the *Code* is proportionate to its objective. Here perfection is not required. Rather the legislature's chosen approach must be accorded considerable deference. As McLachlin C.J. explained in *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610 (“*JTI*”), at para. 41, “[e]ffective answers to complex social problems . . . may not be simple or evident. There may be room for debate about what will work and what will not, and the outcome may not be scientifically measurable.” We must ask whether Parliament has chosen one of several reasonable alternatives: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 781-83; *Irwin Toy*, at p. 989; *JTI*, at para. 43.

(a) *Is the Limit Rationally Connected to the Objective?*

(i) Societal Versus Individual Harm

[79] As determined with respect to s. 15(1) of the *Charter* in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paras. 35-36, the objective of eliminating discrimination and substantive inequality generally focuses on reducing the perpetuation of prejudice and disadvantage to members of a group on the basis of statutorily enumerated (or analogous) personal characteristics, or on the perpetuation of stereotyping that does not correspond to the actual circumstances and characteristics of the claimant group. When hate speech pertains to a vulnerable group, the concern

[77] Notre Cour a reconnu les torts causés par les propos haineux dans plusieurs décisions ultérieures, dont les arrêts *Ross, Sharpe et Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Je n'ai donc aucune difficulté à conclure que l'objectif visé par la loi est urgent et réel.

(3) Proportionnalité

[78] Il faut ensuite nous demander si l'al. 14(1)(b) du *Code* est proportionné à l'objectif recherché. Sur ce point, la perfection n'est pas exigée. Il faut plutôt faire preuve d'une grande retenue à l'égard de l'approche suivie par le législateur. Ainsi que la juge en chef McLachlin l'a expliqué dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610 (« *JTI* »), par. 41 : « Il se peut qu'il ne soit pas simple ou facile de trouver des solutions efficaces à des problèmes sociaux complexes [. . .] Il peut y avoir lieu de débattre de ce qui fonctionnera ou ne fonctionnera pas, et il est possible que le résultat ne soit pas mesurable du point de vue scientifique. » Il faut se demander si le législateur a choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 781-783; *Irwin Toy*, p. 989; *JTI*, par. 43.

a) *Existe-t-il un lien rationnel entre la restriction et l'objectif?*

(i) Préjudice collectif par opposition à préjudice individuel

[79] Ainsi que la Cour l'a expliqué au sujet du par. 15(1) de la *Charte* dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 35-36, l'objectif consistant à supprimer la discrimination et l'inégalité réelle vise en principe à réduire la perpétuation d'un préjugé ou d'un désavantage à l'égard des membres d'un groupe en raison de caractéristiques personnelles indiquées dans la loi — ou de caractéristiques analogues —, ou la perpétuation d'un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du groupe demandeur. Lorsque les propos

is that it will perpetuate historical prejudice, disadvantage and stereotyping and result in social disharmony as well as harm to the rights of the vulnerable group.

[80] Therefore, the question of whether a restriction on hate speech is rationally connected to the legislative goal of reducing discrimination must focus on the group rather than on the individual and depends on demonstrating that the likely harm is to the group rather than an individual alone. Hate speech seeks to marginalize individuals based on their group characteristics. As such, in order to satisfy the rational connection requirement, the expression captured under legislation restricting hate speech must rise to a level beyond merely impugning individuals: it must seek to marginalize the group by affecting its social status and acceptance in the eyes of the majority.

[81] This is not to diminish the harm that might occur to individuals through attacks on their group. As Dickson C.J. noted in *Keegstra*, at p. 746, “[a] person’s sense of human dignity and belonging to the community at large is closely linked to the concern and respect accorded the groups to which he or she belongs (see I. Berlin, ‘Two Concepts of Liberty’, in *Four Essays on Liberty* (1969), 118, at p. 155).” However, in the context of hate speech, this harm is derivative of the larger harm inflicted on the group, rather than purely individual.

[82] Societal harm flowing from hate speech must be assessed as objectively as possible. The feelings of the publisher or victim are not the test: *Owens (C.A.)*, at paras. 58-60. While the emotional damage from hate speech is indeed troubling, protecting the emotions of an individual group member is not rationally connected to the overall purpose of

haineux ont trait à un groupe vulnérable, ce qu’on craint, c’est qu’il perpétue un préjugé, un désavantage et des stéréotypes historiques et qu’il engendre un manque d’harmonie au sein de la société et porte atteinte aux droits des membres du groupe vulnérable.

[80] Par conséquent, pour répondre à la question de savoir s’il existe un lien rationnel entre la limite apportée aux propos haineux et l’objectif du législateur de réduire la discrimination, il faut se concentrer sur le groupe plutôt que sur une seule personne et chercher à démontrer que c’est le groupe, et pas seulement la personne, qui pourrait subir un préjudice. Les propos haineux cherchent à marginaliser des personnes en raison de leurs caractéristiques collectives. Pour pouvoir satisfaire au critère du lien rationnel, la communication visée par la disposition législative limitant les discours haineux doit donc être d’une ampleur telle qu’elle ne nuit pas seulement à des individus, mais qu’elle tente également de marginaliser le groupe dont ils font partie en attaquant son statut social et en compromettant son acceptation aux yeux de la majorité.

[81] Il ne s’agit pas pour autant de minimiser le préjudice que peuvent subir certains individus en raison des attaques portées contre le groupe dont ils font partie. Ainsi que le juge en chef Dickson l’a fait observer dans l’arrêt *Keegstra*, p. 746, « le sentiment de dignité humaine et d’appartenance à l’ensemble de la collectivité est étroitement lié à l’intérêt et au respect témoignés à l’égard des groupes auxquels appartient l’individu (voir I. Berlin, ‘Deux conceptions de la liberté’, dans *Éloge de la liberté* (1988), 167, aux pp. 202 et 203) ». Toutefois, dans le contexte des propos haineux, ce préjudice découle du préjudice plus large infligé au groupe plutôt que d’un préjudice purement individuel.

[82] Le préjudice que des propos haineux causent à la société doit être évalué de façon aussi objective que possible. Les sentiments de leur auteur ou de la victime ne constituent pas le critère : *Owens (C.A.)*, par. 58-60. Bien que le préjudice émotionnel causé par des propos haineux soit effectivement troublant, il n’existe aucun lien rationnel entre la protection

reducing discrimination. While it would certainly be expected that hate speech would prompt emotional reactions from members of the targeted group, in the context of hate speech legislation, these reactions are only relevant as a derivative effect of the attack on the group. As a derivative effect, these are not sufficient to justify an infringement of s. 2(b). Instead, the focus must be on the likely effect of the hate speech on how individuals external to the group might reconsider the social standing of the group. Ultimately, it is the need to protect the societal standing of vulnerable groups that is the objective of legislation restricting hate speech.

[83] Section 14(1)(b) of the *Code* reflects this approach. The prohibition only limits the display or publication of representations, such as through newspapers or other printed matter, or through television or radio broadcasting. In other words, it only prohibits *public* communications of hate speech. The Saskatchewan legislature does not restrict hateful expression in private communications between individuals. While one would expect private expressions of hateful messages might inflict significant emotional harm, they do not impact the societal status of the protected group.

[84] Similarly, the prohibition does not preclude hate speech against an individual on the basis of his or her uniquely personal characteristics, but only on the basis of characteristics that are shared by others and have been legislatively recognized as a prohibited ground of discrimination. Although human rights legislation prohibits discrimination of both majority and minority subgroups identifiable by an enumerated characteristic, historical and jurisprudential experience demonstrates that hate speech is virtually always aimed at the minority subgroup. A prohibition of hate speech will only be rationally connected to the objective if its ambit is limited to expression publicly directed at a protected

des émotions d'un membre déterminé d'un groupe avec l'objectif général de réduire la discrimination. Bien qu'on puisse certainement s'attendre à ce que les propos haineux déclenchent des réactions émotionnelles de la part des membres du groupe ciblé, ces réactions ne sont pertinentes, dans le contexte d'une loi portant sur les propos haineux, qu'en tant que conséquence indirecte de l'attaque portée contre le groupe. Comme il ne s'agit que d'une conséquence indirecte, ces réactions ne suffisent pas pour justifier qu'il soit porté atteinte à l'al. 2b). L'accent doit plutôt porter sur l'effet que peuvent avoir les propos haineux sur la façon dont les personnes qui ne font pas partie du groupe vont percevoir le statut social de ce groupe. En dernière analyse, les dispositions législatives qui limitent l'expression de propos haineux visent à protéger le statut social des groupes vulnérables.

[83] L'alinéa 14(1)(b) du *Code* témoigne de cette volonté du législateur. L'interdiction ne vise que l'affichage ou la publication de représentations, dans un journal ou une autre publication, ou à la télévision ou la radio. En d'autres termes, elle ne vise que la communication *publique* de propos haineux. Le législateur de la Saskatchewan ne limite pas l'expression de propos haineux dans les communications privées échangées entre personnes. Bien qu'on puisse penser que l'expression privée de messages haineux est susceptible d'infliger un préjudice émotionnel grave, ces messages n'ont pas d'incidences sur le statut social du groupe protégé.

[84] De même, l'interdiction n'empêche pas de tenir des propos haineux contre une personne sur le fondement de ses caractéristiques personnelles uniques; elle ne vise que les propos haineux fondés sur des caractéristiques communes à un groupe de personnes et qui ont été reconnues comme motifs de distinction illicite aux termes d'une loi. Bien que les lois sur les droits de la personne interdisent la discrimination visant tant les sous-groupes majoritaires que les sous-groupes minoritaires identifiables en raison de certaines caractéristiques énumérées, l'histoire et la jurisprudence nous enseignent que les discours haineux visent pratiquement toujours un sous-groupe minoritaire. Il n'existera un

group, or at an individual on the basis that he or she is a member of that group.

(ii) Wording of Section 14(1)(b) of the Code

[85] The wording of s. 14(1)(b) of the *Code* has been criticized for prohibiting not only publications with representations exposing the target group to “hatred”, but any representation which “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground. The words “ridicules”, “belittles” or “affronts the dignity of” are said to lower the threshold of the test to capture “hurt feelings” and “affronts to dignity” that are not tied to the objective of eliminating discrimination. To the extent that they do, they are said to infringe freedom of expression in ways not rationally connected to the legislative objectives.

[86] In actual fact, the additional words in s. 14(1)(b) have not explicitly been used to lower its threshold below what was set in *Taylor*. Even before this Court’s decision in *Taylor*, the Saskatchewan Court of Appeal narrowly applied the wording in s. 14(1)(b): *Human Rights Commission (Sask.) v. Engineering Students’ Society, University of Saskatchewan* (1989), 72 Sask. R. 161; see also L. McNamara, “Negotiating the Contours of Unlawful Hate Speech: Regulation Under Provincial Human Rights Laws in Canada” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 1, at p. 57.

[87] Since the decision in *Taylor*, the Saskatchewan Court of Appeal has interpreted s. 14(1)(b) of the *Code*, including the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of”, to prohibit only those publications involving unusually strong and deep-felt emotions of detestation, calumny and vilification: see *Bell*, at para. 31; *Owens*, at para. 53; and *Whatcott (C.A.)*, at paras. 53-55.

lien rationnel entre l’interdiction visant les propos haineux et l’objectif visé que si cette interdiction ne vaut que pour les propos tenus en public qui visent un groupe protégé ou une personne au motif qu’elle fait partie de ce groupe.

(ii) Le libellé de l’al. 14(1)(b) du Code

[85] On a reproché au libellé de l’al. 14(1)(b) du *Code* d’interdire non seulement les publications qui exposent le groupe ciblé à la « haine », mais également toute communication qui [TRADUCTION] « ridiculise, [. . .] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » d’une personne ou une catégorie de personnes pour un motif de distinction illicite. Les mots « ridiculise », « rabaisse » ou « porte [. . .] atteinte à [la] dignité » auraient pour effet de rendre moins exigeant le critère, de manière à englober le « préjudice moral » et « l’atteinte à la dignité » qui ne sont pas liés à l’objectif consistant à supprimer la discrimination. Si tel est le cas, la disposition en question porterait atteinte à la liberté d’expression sans qu’il existe un lien rationnel avec les objectifs poursuivis par la loi.

[86] En fait, les mots contenus dans le dernier passage de l’al. 14(1)(b) n’ont pas explicitement servi à rendre moins exigeant le critère énoncé dans l’arrêt *Taylor*. Même avant que notre Cour ne rende l’arrêt *Taylor*, la Cour d’appel de la Saskatchewan avait appliqué de façon restrictive l’al. 14(1)(b) : *Human Rights Commission (Sask.) c. Engineering Students’ Society, University of Saskatchewan* (1989), 72 Sask. R. 161; voir également L. McNamara, « Negotiating the Contours of Unlawful Hate Speech : Regulation Under Provincial Human Rights Laws in Canada » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 1, p. 57.

[87] Depuis l’arrêt *Taylor*, la Cour d’appel de la Saskatchewan a interprété l’al. 14(1)(b) du *Code*, y compris les mots [TRADUCTION] « ridiculise, [. . .] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité », en n’interdisant que les publications exprimant des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et de la diffamation : voir *Bell*, par. 31; *Owens*, par. 53; et *Whatcott (C.A.)*, par. 53-55.

[88] Although the expansive words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” have essentially been ignored when applying s. 14(1)(b), it is a matter of concern to some interveners that “the legislation has never been amended, and no declaration has ever been made to read down the impugned law” (Christian Legal Fellowship factum, at para. 22), and that the express wording of the provision contributes to its chilling effect: Canadian Journalists for Free Expression factum, at para. 5.

[89] In my view, expression that “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” does not rise to the level of ardent and extreme feelings that were found essential to the constitutionality of s. 13(1) of the *CHRA* in *Taylor*. Those words are not synonymous with “hatred” or “contempt”. Rather, they refer to expression which is derogatory and insensitive, such as representations criticizing or making fun of protected groups on the basis of their commonly shared characteristics and practices, or on stereotypes. As Richards J.A. observed in *Owens*, at para. 53:

Much speech which is self-evidently constitutionally protected involves some measure of ridicule, belittlement or an affront to dignity grounded in characteristics like race, religion and so forth. I have in mind, by way of general illustration, the editorial cartoon which satirizes people from a particular country, the magazine piece which criticizes the social policy agenda of a religious group and so forth. Freedom of speech in a healthy and robust democracy must make space for that kind of discourse

[90] I agree. Expression criticizing or creating humour at the expense of others can be derogatory to the extent of being repugnant. Representations belittling a minority group or attacking its dignity through jokes, ridicule or insults may be hurtful and offensive. However, for the reasons discussed above, offensive ideas are not sufficient to ground a justification for infringing on freedom of expression. While such expression may inspire feelings

[88] Bien que le caractère général des mots [TRADUCTION] « ridiculise, [. . .] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » ait essentiellement été ignoré lorsqu’il s’est agi d’appliquer l’al. 14(1)(b), certains intervenants s’inquiètent du fait que [TRADUCTION] « la loi n’a jamais été modifiée et aucun tribunal n’a jamais déclaré qu’il fallait atténuer l’interprétation des dispositions législatives contestées » (mémoire de l’Alliance des chrétiens en droit, par. 22), et que le libellé explicite de la disposition contribue à son « effet paralysant » : mémoire des Journalistes canadiens pour la liberté d’expression, par. 5.

[89] À mon avis, une forme d’expression qui [TRADUCTION] « ridiculise, [. . .] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » ne saurait exprimer les sentiments virulents et extrêmes qui ont été jugés essentiels à la constitutionnalité du par. 13(1) de la *LCDP* dans l’arrêt *Taylor*. Ces termes ne sont pas des synonymes de « haine » ou de « mépris ». Ils renvoient plutôt à des propos dénigrants et insensibles qui, par exemple, critiquent ou ridiculisent des groupes protégés en raison de leurs caractéristiques et pratiques communes, ou de stéréotypes. Ainsi que le juge Richards l’a fait observer dans *Owens* (C.A.), par. 53 :

[TRADUCTION] Bien des propos protégés de toute évidence par la Constitution exposent dans une certaine mesure au ridicule, rabaissent ou portent atteinte à la dignité pour des motifs fondés sur la race, la religion et autres. J’ai à l’esprit, à titre d’exemple, la caricature qui ridiculise des personnes originaires d’un pays en particulier, l’article de magazine qui critique le programme des politiques sociales d’un groupe religieux, et ainsi de suite. Dans le cadre d’une démocratie saine et solide, la liberté d’expression doit faire place à ce type de discours . . .

[90] Je suis du même avis. Les formes d’expression qui critiquent et qui cultivent l’humour au détriment d’autres personnes peuvent être dénigrantes au point de devenir répugnantes. Les représentations qui rabaissent un groupe minoritaire ou qui portent atteinte à sa dignité par des blagues, des railleries ou des injures peuvent être blessantes. Toutefois, pour les raisons que j’ai exposées, les idées offensantes ne suffisent pas pour justifier

of disdain or superiority, it does not expose the targeted group to hatred.

[91] There may be circumstances where expression that “ridicules” members of a protected group goes beyond humour or satire and risks exposing the person to detestation and vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination. In such circumstances, however, the risk results from the intensity of the ridicule reaching a level where the target becomes exposed to hatred. While ridicule, taken to the extreme, can conceivably lead to exposure to hatred, in my view, “ridicule” in its ordinary sense would not typically have the potential to lead to the discrimination that the legislature seeks to address.

[92] Thus, in order to be rationally connected to the legislative objective of eliminating discrimination and the other societal harms of hate speech, s. 14(1)(b) must only prohibit expression that is likely to cause those effects through exposure to hatred. I find that the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” in s. 14(1)(b) are not rationally connected to the legislative purpose of addressing systemic discrimination of protected groups. The manner in which they infringe freedom of expression cannot be justified under s. 1 of the *Charter* and, consequently, they are constitutionally invalid.

[93] It remains to determine whether the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” can be severed from s. 14(1)(b) of the *Code*, or whether their removal would transform the provision into something which was clearly outside the intention of the legislature. It is significant that in the course of oral argument before this Court, the Attorney General for Saskatchewan endorsed the manner in which the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” were read out in *Bell*. I accept his view that the offending words can be severed without contravening the legislative intent.

une atteinte à la liberté d’expression. Ces formes d’expression peuvent inspirer des sentiments de dédain et de supériorité, mais elles n’exposent pas le groupe ciblé à la haine.

[91] Il peut arriver que les écrits et les discours visant à « ridiculiser » les membres d’un groupe protégé franchissent la limite de l’humour ou de la satire et risquent d’exposer la personne à la détestation et à la diffamation pour un motif de discrimination interdit. En pareilles circonstances toutefois, le risque découle du degré de ridicule qui atteint un niveau où la cible est exposée à la haine. Bien qu’il soit possible que le ridicule expose à la haine s’il est poussé à l’extrême, j’estime que, dans son sens ordinaire, le « ridicule » ne pourrait généralement pas mener à la discrimination que le législateur cherche à enrayer.

[92] Ainsi, pour que l’on puisse constater l’existence d’un lien rationnel entre l’objectif du législateur d’éliminer la discrimination et les autres préjudices que le discours haineux cause à la société, l’al. 14(1)(b) ne doit interdire que les messages susceptibles de causer de tels effets par l’exposition à la haine. J’estime qu’il n’existe pas de lien rationnel entre les mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » figurant à l’al. 14(1)(b) et l’objectif visé par le législateur, à savoir lutter contre la discrimination systémique dirigée contre des groupes protégés. La façon dont ces mots portent atteinte à la liberté d’expression ne peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte*; ils sont par conséquent inconstitutionnels.

[93] Il reste à établir s’il est possible de retrancher de l’al. 14(1)(b) du *Code* les mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité », ou si cette suppression ferait en sorte que la disposition en cause échappe manifestement à l’intention du législateur. Fait important, lors des débats devant notre Cour, le procureur général de la Saskatchewan a souscrit à l’interprétation donnée, dans l’arrêt *Bell*, aux mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité ». Je partage son opinion suivant laquelle l’expression en question peut être supprimée sans contrevenir à l’intention du législateur.

[94] Given my determination that these words are unconstitutional, it is time to formally strike out those words from s. 14(1)(b) of the *Code*. The provision would therefore read:

(b) that exposes or tends to expose to hatred any person or class of persons on the basis of a prohibited ground.

[95] Accordingly, I will proceed on the basis that the only word in issue on this appeal is “hatred”. Interpreting that term in accordance with the modified *Taylor* definition of “hatred”, the prohibition under s. 14(1)(b) of the *Code* is applied by inquiring whether, *in the view of a reasonable person aware of the context and circumstances, the representation exposes or tends to expose any person or class of persons to detestation and vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination.*

(iii) Effectiveness

[96] Mr. Whatcott contends that s. 14(1)(b) is not rationally connected to its objective because its effect runs counter to that objective. While the legislative objective is to stop hate speech, he submits that the effect of the prohibition has been to (a) allow the Commission to discriminate against religious speech on sexual behaviour; (b) grant those found in contravention of s. 14(1)(b) an audience before which to promote their martyrdom; (c) increase hate crimes, as acknowledged by the Commission; and (d) increase hatred against Christian people due to their demonization by the Commission.

[97] As will be discussed more fully below, the extent to which s. 14(1)(b) has a discriminatory effect on religious speech by precluding certain types of expression is, in my view, minimal and reasonably justified. Freedom of religious speech and the freedom to teach or share religious beliefs are unlimited, except by the discrete and narrow

[94] Puisque j’ai conclu que le passage en question est inconstitutionnel, le moment est venu de les radier de l’al. 14(1)(b) du *Code*. Cette disposition sera donc ainsi libellée :

(b) pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine.

[95] Par conséquent, je partirai du principe que le seul mot en litige dans le présent pourvoi est le mot « haine ». Compte tenu des modifications apportées à la définition du terme « haine » proposée dans l’arrêt *Taylor*, l’interdiction énoncée à l’al. 14(1)(b) du *Code* s’applique si *une personne raisonnable informée des circonstances et du contexte en cause considère que la représentation expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la détestation et à la diffamation pour un motif de distinction illicite.*

(iii) L’efficacité

[96] M. Whatcott prétend qu’il n’existe pas de lien rationnel entre l’al. 14(1)(b) et l’objectif recherché par cette disposition, parce que celle-ci va à l’encontre de cet objectif. Alors que l’objectif du législateur est d’éliminer les propos haineux, il plaide que l’interdiction a plutôt eu pour effet a) de permettre à la Commission de faire preuve de discrimination envers le discours religieux portant sur le comportement sexuel, b) d’accorder aux personnes qui enfreignent l’al. 14(1)(b) un auditoire devant lequel elles exposent leur martyre, c) d’accroître l’incidence des crimes haineux, ce que reconnaît la Commission, et d) de favoriser les manifestations de haine envers le peuple chrétien diabolisé par la Commission.

[97] Comme je l’expliquerai davantage plus loin, l’effet discriminatoire de l’al. 14(1)(b) sur le discours religieux, du fait de l’interdiction de certains types d’expression, est à mon avis minime et raisonnablement justifié. La liberté de discours religieux et la liberté d’enseigner ou de partager ses convictions religieuses sont illimitées et ne sont

requirement that this not be conveyed through hate speech.

[98] As to effectiveness, Dickson C.J. indicated, at pp. 923-24 of *Taylor*, that one should not be quick to assume that prohibitions against hate speech are ineffectual. In his view, the process of hearing a complaint and, if necessary, of issuing a cease and desist order, “reminds Canadians of our fundamental commitment to equality of opportunity” and the eradication of intolerance. The failure of the prohibition to render hate speech extinct or stop hate crimes is not fatal. As McLachlin C.J. noted for the majority in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, “[t]he government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so” (para. 48).

(iv) Conclusion in Respect of Rational Connection

[99] In my view, prohibiting representations that are objectively seen to expose protected groups to “hatred” is rationally connected to the objective of eliminating discrimination and the other harmful effects of hatred. Prohibiting expression which “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” protected groups is not rationally connected to reducing systemic discrimination against vulnerable groups. Those words unjustifiably infringe s. 2(b) of the *Charter* and are constitutionally invalid.

[100] Having severed the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” from s. 14(1)(b) of the *Code*, it remains to consider whether the balance of the prohibition can be demonstrably justified.

assujetties qu’à une condition bien précise et bien circonscrite, à savoir qu’elles ne doivent pas être exercées au moyen de propos haineux.

[98] S’agissant de l’efficacité, le juge en chef Dickson a indiqué, aux p. 923-924 de l’arrêt *Taylor*, qu’il ne faut pas conclure trop hâtivement que les interdictions frappant les discours haineux sont inefficaces. À son avis, le processus consistant à entendre une plainte et, si la plainte est fondée, à rendre une ordonnance d’interdit « rappelle aux Canadiens notre engagement fondamental envers l’égalité des chances » et l’élimination de l’intolérance. Le fait que l’interdiction en question ne réussisse pas à éradiquer les discours haineux ou à mettre un terme aux crimes haineux n’est pas fatal. Ainsi que la juge en chef McLachlin l’a fait observer, au nom des juges majoritaires, dans l’arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, « [I]e gouvernement 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 » (par. 48).

(iv) Conclusion en ce qui concerne le lien rationnel

[99] À mon avis, l’interdiction des représentations qui sont objectivement perçues comme exposant un groupe protégé à la haine a un lien rationnel avec l’objectif d’éliminer la discrimination ainsi que les autres effets préjudiciables de la haine. Il n’existe pas de lien rationnel entre l’interdiction de tout écrit ou discours qui [TRADUCTION] « ridiculise, [. . .] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » des groupes protégés et la réduction de la discrimination systémique envers les groupes vulnérables. Ces mots portent atteinte de manière injustifiée à l’al. 2b) de la *Charte* et sont inconstitutionnels.

[100] Après avoir retranché de l’al. 14(1)(b) du *Code* l’expression « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité », il reste à déterminer si la justification de ce qui reste de l’interdiction peut se démontrer.

(b) *Minimal Impairment*

[101] The second test in the proportionality analysis is whether the limit minimally impairs the right. It is the role of the legislature to choose among competing policy options. There are often different ways to deal with a particular problem, and various parties argued before this Court that civil hate prohibitions should be rejected in favour of other methods, which I will briefly summarize. However, I am mindful that while it may “be possible to imagine a solution that impairs the right at stake less than the solution Parliament has adopted” there is often “no certainty as to which will be the most effective”: *JTI*, at para. 43, *per* McLachlin C.J. Provided the option chosen is one within a range of reasonably supportable alternatives, the minimal impairment test will be met: *Edwards Books*, at pp. 781-83.

(i) Alternative Methods of Furthering the Legislature’s Objectives

[102] Two alternatives have been suggested that would better serve the goal of eradicating hate speech than the provisions of the *Code*. One is that trust should be placed in the “marketplace of ideas” to arrive at the appropriate balancing of competing rights and conflicting views. The other is that the prosecution of hate speech ought to be left to the criminal law.

[103] The notion of leaving the regulation of hate speech to the “marketplace of ideas” has long been advocated by critics of the regulation of hate speech: see *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630, *per* Holmes J., dissenting; R. Dworkin, “Foreword”, in I. Hare and J. Weinstein, eds., *Extreme Speech and Democracy* (2009), v; and R. Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* (2000). In the context of racial and religious discrimination, Dickson C.J. describes this approach as one that argues that “discriminatory ideas can best be met with information and education

b) *Atteinte minimale*

[101] Le second critère auquel il faut satisfaire dans l’analyse de la proportionnalité est celui de savoir si la restriction porte une atteinte minimale au droit en question. Il incombe au législateur de faire un choix parmi les solutions de principes qui s’offrent à lui. Il existe souvent différentes façons de traiter un problème particulier, et diverses parties ont fait valoir devant notre Cour qu’il convient de préférer aux interdictions en matière civile relatives à la propagande haineuse d’autres méthodes que je résumerai brièvement. Je suis conscient, cependant, qu’« [i]l peut être possible [. . .] d’imaginer une solution qui porte moins atteinte au droit en cause que celle adoptée par le législateur », souvent « sans que l’on sache avec certitude laquelle sera la plus efficace » : *JTI*, par. 43, la juge en chef McLachlin. Le critère de l’atteinte minimale est respecté dès lors que la solution retenue fait partie de celles qui sont raisonnablement défendables : *Edwards Books*, p. 781-783.

(i) Autres moyens d’atteindre les objectifs du législateur

[102] Deux solutions de rechange qui seraient plus efficaces que les dispositions du *Code* pour éradiquer les propos haineux ont été proposées. Le premier moyen consisterait à faire confiance au « libre échange des idées » pour en arriver à un juste équilibre permettant de concilier les droits et les opinions contradictoires. L’autre consisterait à laisser au droit criminel le soin d’assurer la poursuite des auteurs de propos haineux.

[103] Il y a longtemps que les critiques de la réglementation de la propagande haineuse préconisent de laisser le « libre échange des idées » réglementer ce type de discours : voir *Abrams c. United States*, 250 U.S. 616 (1919), p. 630, le juge Holmes, dissident; R. Dworkin, « Foreword », dans I. Hare et J. Weinstein, dir., *Extreme Speech and Democracy* (2009), v; et R. Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* (2000). Dans le contexte de la discrimination raciale et religieuse, le juge en chef Dickson dit ce qui suit à propos de cette solution : « . . . l’information

programmes extolling the merits of tolerance and cooperation between racial and religious groups”: *Keegstra*, at p. 784. Under this theory, unfettered debate is the most effective way for rational beings to attain the truth, thus accomplishing one of the three purposes of freedom of expression.

[104] I do not say that the marketplace of ideas may not be a reasonable alternative, and where a legislature is so minded, it will not enact hate speech legislation. However, in *Keegstra*, Dickson C.J. set out a compelling rationale for why Parliament’s preference to regulate hate speech through legislation rather than to trust it to the hands of the marketplace was also reasonable. He noted that “the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overplay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas” (p. 763). In his view, paradoxically, hate speech undermines the principles upon which freedom of expression is based and “contributes little to the . . . quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged” (p. 766). That is because a common effect of hate speech is to discourage the contributions of the minority. While hate speech may achieve the self-fulfillment of the publisher, it does so by reducing the participation and self-fulfillment of individuals within the vulnerable group. These drawbacks suggest that this alternative is not without its concerns.

[105] Others suggest that to minimally impair expression, hate speech should be dealt with through criminal law prohibitions or other prohibitions restricting only speech which threatens, advocates or justifies violence: see R. Moon, *Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning*

et l’éducation vantant les mérites de la tolérance et de la coopération entre les groupes raciaux et religieux sont la meilleure réponse aux idées discriminatoires » : *Keegstra*, p. 784. Suivant cette théorie, un débat ouvert constitue la façon la plus efficace pour des êtres rationnels d’atteindre la vérité et de réaliser ainsi l’un des trois objectifs de la liberté d’expression.

[104] Je ne dis pas que le libre échange d’idées ne constitue pas une solution de rechange raisonnable ou que le législateur qui souscrit à cette approche n’adoptera pas de loi interdisant la propagande haineuse. Toutefois, dans l’arrêt *Keegstra*, le juge en chef Dickson invoque une raison convaincante pour expliquer pourquoi il est raisonnable de la part du législateur de préférer de réglementer la propagande haineuse par voie législative au lieu de s’en remettre au libre échange d’idées. Il écrit : « L’État ne devrait pas être le seul juge de ce qui constitue la vérité; par contre, il ne faut pas accorder une importance exagérée à l’opinion selon laquelle la raison prévaudra toujours contre le mensonge sur le marché non réglementé des idées » (p. 763). À son avis, paradoxalement, la propagande haineuse sape à la base les principes sur lesquels repose la liberté d’expression et « apporte peu [. . .], que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l’épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d’une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous » (p. 766). Cette situation s’explique par le fait que les discours haineux ont ceci en commun qu’ils découragent la participation des membres des minorités. Bien que les propos haineux puissent favoriser l’épanouissement personnel de leur auteur, ils le font au détriment de la participation et de l’épanouissement personnel des membres du groupe vulnérable. Ces inconvénients donnent à penser que la solution proposée n’est pas sans soulever des difficultés.

[105] D’autres font valoir que, pour porter une atteinte minimale à la liberté d’expression, le discours haineux devrait relever de dispositions, criminelles ou autres, limitant uniquement le discours qui menace de violence, préconise la violence ou la justifie : voir R. Moon, *Rapport présenté à la*

Section 13 of the Canadian Human Rights Act and the Regulation of Hate Speech on the Internet (2008), at p. 26. Still, others suggest that when legislators seek to limit freedom of expression, the justificatory threshold should be raised to require actual evidence of harm as opposed to mere reasonable belief in the risk of harm: see L. W. Sumner, *The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of Free Expression* (2004), at pp. 180-81 and 202. On the other side, the Attorney General for Saskatchewan argues that the imposition of remedial measures rather than punitive sanctions is far less intrusive on the constitutional values protected by s. 2, and therefore more acceptable under s. 1 of the *Charter*: factum, at para. 58. The Commission argues that the *Criminal Code* provisions regulate only the most extreme forms of hate speech, advocating genocide or inciting a “breach of the peace”: A.F., at para. 85. In contrast, human rights legislation “provides accessible and inexpensive access to justice” for disadvantaged victims to assert their right to dignity and equality: A.F., at para. 83. Aboriginal interveners say that only a civil remedy that is not dependent on state prosecution will provide an effective mechanism to address discriminatory speech. As noted by Sopinka J. in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339, human rights legislation is “often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised”. Therefore, this alternative may reduce impairment at the cost of effectiveness.

[106] Having canvassed the proposed alternatives to the civil law remedy, I cannot say that any one represents such a superior approach as to render the others unreasonable. Section 14(1)(b) of the *Code* is within the range of reasonable alternatives that was available to the legislature.

Commission canadienne des droits de la personne concernant l'article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet (2008), p. 28-29. D'autres encore font valoir que lorsque le législateur cherche à limiter la liberté d'expression, il devrait rendre plus exigeant le critère de justification pour exiger une preuve matérielle du préjudice au lieu d'une simple possibilité raisonnable de risque de préjudice : voir L. W. Sumner, *The Hateful and the Obscene : Studies in the Limits of Free Expression* (2004), p. 180-181 et 202. Par contre, selon le procureur général de la Saskatchewan, l'imposition de mesures de réparation plutôt que de sanctions punitives s'avère beaucoup moins attentatoire aux valeurs protégées par l'art. 2 et, par conséquent, plus acceptable au regard de l'article premier de la *Charte* : mémoire, par. 58. Selon la Commission, les dispositions du *Code criminel* sur la propagande haineuse ne réglementent que les formes les plus extrêmes de discours haineux, d'incitation au génocide ou d'incitation à [TRADUCTION] « perturber l'ordre public » : m.a., par. 85. En revanche, les lois relatives aux droits de la personne offrent aux victimes défavorisées « la possibilité de s'adresser à la justice de façon accessible et à peu de frais » pour revendiquer leur droit à la dignité et à l'égalité : m.a., par. 83. Les intervenants autochtones affirment, quant à eux, que le seul mécanisme efficace pour contrer les propos discriminatoires est l'exercice d'un recours civil, lequel ne dépend pas de la décision de l'État d'intenter des poursuites. Ainsi que le juge Sopinka l'a fait observer dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, p. 339, les lois sur les droits de la personne « constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation ». Par conséquent, cette solution de rechange peut restreindre l'atteinte au droit en question aux dépens de l'efficacité.

[106] Ayant examiné les solutions de rechange proposées aux réparations en matière civile, je ne puis affirmer que l'une d'elles serait à ce point meilleure qu'elle rendrait les autres déraisonnables. L'alinéa 14(1)(b) du *Code* fait partie des solutions raisonnables qui s'offraient au législateur.

(ii) Overbreadth

[107] Section 14(1)(b) is alleged to be over-reaching, so that it captures more expression than is necessary to satisfy the legislative objectives, and thereby fails to minimally impair the right to freedom of expression. It is also criticized for having a chilling effect on expression (including religious expression), public debate and media coverage on issues about moral conduct and social policy.

1. *Wording of Section 14 of the Code*

[108] Having concluded that the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” in s. 14(1)(b) are not rationally connected to the objective of prohibiting speech which can lead to discrimination, I also find them constitutionally invalid because they do not minimally impair freedom of expression.

[109] Restricting expression because it may offend or hurt feelings does not give sufficient weight to the role expression plays in individual self-fulfillment, the search for truth, and unfettered political discourse. Prohibiting any representation which “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” protected groups could capture a great deal of expression which, while offensive to most people, falls short of exposing its target group to the extreme detestation and vilification which risks provoking discriminatory activities against that group. Rather than being tailored to meet the particular requirements, such a broad prohibition would impair freedom of expression in a significant way.

[110] The Saskatchewan legislature recognized the importance of freedom of expression through its enactment of s. 14(2) of the *Code*. To repeat, that provision confirms that “[n]othing in subsection (1) restricts the right to freedom of expression under the law upon any subject.” The objective behind

(ii) Portée excessive

[107] L’alinéa 14(1)(b) aurait une portée trop large car il englobe un plus grand nombre d’écrits et de discours que ce qui est nécessaire pour atteindre des objectifs de la loi, de sorte qu’il ne respecte pas le critère de l’atteinte minimale au droit à la liberté d’expression. On lui reproche également d’avoir un effet paralysant sur l’expression (y compris l’expression religieuse), les débats publics et le traitement médiatique des questions portant sur la conduite morale et les politiques sociales.

1. *Le libellé de l’art. 14 du Code*

[108] Comme j’ai déjà conclu que l’expression « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » à l’al. 14(1)(b) n’a pas de lien rationnel avec l’objectif visant à interdire les propos susceptibles de mener à la discrimination, je conclus également que cette expression est inconstitutionnelle parce qu’elle ne constitue pas une atteinte minimale à la liberté d’expression.

[109] La restriction imposée aux écrits et aux discours parce qu’ils peuvent se révéler blessants n’attache pas suffisamment d’importance à leur rôle au plan de l’épanouissement personnel, de la recherche de la vérité et du discours politique ouvert. L’interdiction visant toute communication qui [TRADUCTION] « ridiculise, [. . .] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » de groupes protégés pourrait englober un grand nombre d’écrits et de discours qui, même s’ils sont offensants pour la plupart des gens, ne parviennent pas à exposer le groupe ciblé à la détestation et à la diffamation extrêmes qui risquent d’entraîner la discrimination envers ce groupe. Plutôt que d’être conçue de manière à répondre aux exigences particulières, une interdiction aussi générale porterait sensiblement atteinte à la liberté d’expression.

[110] Le législateur de la Saskatchewan a reconnu l’importance de la liberté d’expression en édictant le par. 14(2) du *Code*. Rappelons que cette disposition confirme que [TRADUCTION] « [l]e paragraphe (1) n’a pas pour effet de restreindre le droit à la liberté d’expression reconnu par la loi sur quelque

s. 14(1)(b) is not to censor ideas or to legislate morality. The legislative objective of the entire provision is to address harm from hate speech while limiting freedom of expression as little as possible.

[111] In my view, once the additional words are severed from s. 14(1)(b), the remaining prohibition is not overbroad. A limitation predicated on expression which exposes groups to hatred tries to distinguish between healthy and heated debate on controversial topics of political and social reform, and impassioned rhetoric which seeks to incite hatred as a means to effect reform. The boundary will not capture all harmful expression, but it is intended to capture expression which, by inspiring hatred, has the potential to cause the type of harm that the legislation is trying to prevent. In that way, the limitation is not overbroad, but rather tailored to impair freedom of expression as little as possible.

2. *Nature of the Expression*

[112] Violent expression and expression that threatens violence does not fall within the protected sphere of s. 2(b) of the *Charter*: *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at para. 70. However, apart from that, not all expression will be treated equally in determining an appropriate balancing of competing values under a s. 1 analysis. That is because different types of expression will be relatively closer to or further from the core values behind the freedom, depending on the nature of the expression. This will, in turn, affect its value relative to other *Charter* rights, the exercise or protection of which may infringe freedom of expression.

[113] Dickson C.J. emphasized the special nature of hate propaganda at p. 766 of *Keegstra*, and again in *Taylor*, at p. 922:

sujet que ce soit. » L'alinéa 14(1)(b) n'a pas pour objet de censurer les idées ou de légiférer en matière de moralité. Par cette disposition, le législateur a pour objectif de traiter du préjudice découlant des propos haineux tout en limitant le moins possible la liberté d'expression.

[111] À mon avis, dès lors que les mots contenus dans le dernier passage de l'al. 14(1)(b) sont retranchés, la portée de cette disposition n'est pas excessive. Une restriction reposant sur des propos qui exposent un groupe à la haine tente d'établir une distinction entre, d'une part, un débat sain et vif sur des sujets controversés concernant des réformes politiques et sociales et, d'autre part, une rhétorique enflammée qui cherche à inciter à la haine comme moyen de réaliser des réformes. La limite ainsi imposée n'englobera pas tous les discours préjudiciables, mais elle est censée viser les formes d'expression qui, en inspirant la haine, sont susceptibles de causer le type de préjudice que la loi tente de prévenir. De cette manière, la restriction est conçue de manière à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression et sa portée n'est pas excessive.

2. *La nature de l'écrit ou du discours*

[112] L'alinéa 2b) de la *Charte* ne protège pas l'écrit ou le discours qui exprime la violence ou la menace de recourir à la violence : *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 70. À cette exception près, les écrits et les discours ne seront pas traités sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agit de trouver un juste équilibre entre des valeurs concurrentes dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Cette situation tient au fait que, selon leur nature, les divers types d'écrits et de discours se rapprochent ou s'éloignent relativement des valeurs fondamentales à la base de la liberté, ce qui à son tour influe sur la valeur de l'écrit ou du discours en question par rapport aux autres droits garantis par la *Charte* dont l'exercice ou la protection peut porter atteinte à la liberté d'expression.

[113] Le juge en chef Dickson a souligné le caractère spécial de la propagande haineuse à la p. 766 de l'arrêt *Keegstra* et une autre fois à la p. 922 de l'arrêt *Taylor* :

. . . I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(b), and hence conclude that “restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b)” ([*Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232], at p. 247).

[114] Hate speech is at some distance from the spirit of s. 2(b) because it does little to promote, and can in fact impede, the values underlying freedom of expression. As noted by Dickson C.J. in *Keegstra*, expression can be used to the detriment of the search for truth (p. 763). As earlier discussed, hate speech can also distort or limit the robust and free exchange of ideas by its tendency to silence the voice of its target group. It can achieve the self-fulfillment of the publisher, but often at the expense of that of the victim. These are important considerations in balancing hate speech with competing *Charter* rights and in assessing the constitutionality of the prohibition in s. 14(1)(b) of the *Code*.

3. *Political Discourse*

[115] While hate speech constitutes a type of expression that lies at the periphery of the values underlying freedom of expression, political expression lies close to the core of the guarantee: see *Sharpe*, at para. 23, per McLachlin C.J. Mr. Whatcott submits that the expression in his flyers relates to the discovery of truth and sexual politics, and is therefore at the core of protected expression. He submits that Flyers D and E are his commentary on a social policy debate about whether homosexuality should be discussed as

. . . je suis d’avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l’épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d’une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu’une protection minimale dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d’expression qui s’écarte beaucoup de l’esprit même de l’al. 2b). Je conclus donc qu’« il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d’autres atteintes à l’al. 2b) » ([*Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232], à la p. 247).

[114] Le propos haineux est quelque peu éloigné de l’esprit de l’al. 2b) parce qu’il contribue peu à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression et qu’il peut en fait les entraver. Le juge en chef Dickson a fait observer dans l’arrêt *Keegstra* qu’un écrit ou un discours peut être utilisé au détriment de la recherche de la vérité (p. 763). Comme nous l’avons déjà expliqué, le propos haineux peut également fausser ou restreindre l’échange sain et libre d’idées en raison de sa tendance à réduire au silence les membres du groupe visé. Il peut permettre à son auteur de s’épanouir, mais il le fait souvent aux dépens de la victime. Il s’agit là de considérations importantes lorsqu’on recherche l’équilibre entre le discours haineux et les droits opposés garantis par la *Charte* et lorsqu’il s’agit de se prononcer sur la constitutionnalité de l’interdiction prévue à l’al. 14(1)(b) du *Code*.

3. *Le discours politique*

[115] Bien que les discours haineux constituent un type d’expression qui gravite à la périphérie des valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression, l’expression politique se situe davantage au cœur de la garantie de la liberté d’expression : voir *Sharpe*, par. 23, la juge en chef McLachlin. M. Whatcott plaide que le message que communiquent ses tracts concerne la découverte de la vérité et porte sur la moralité sexuelle, de sorte qu’il se situe au cœur même de l’expression protégée. Il plaide que les tracts D et E renferment son point de vue sur un

part of the public school curriculum or at university conferences. The question here is how the prohibition in s. 14(1)(b) of the *Code* interplays with legitimate expression on matters of public policy or morality. If the restriction is overbroad, it will not minimally impair expression.

[116] The purpose of hate speech legislation is to restrict the use of representations likely to expose protected groups to hatred and its harmful effects. The expression captured under hate speech laws is of an extreme nature. Framing that speech as arising in a “moral” context or “within a public policy debate” does not cleanse it of its harmful effect. Indeed, if one understands an effect of hate speech as curtailing the ability of the affected group to participate in the debate, relaxing the standard in the context of political debate is arguably more rather than less damaging to freedom of expression. As argued by some interveners, history demonstrates that some of the most damaging hate rhetoric can be characterized as “moral”, “political” or “public policy” discourse.

[117] Finding that certain expression falls within political speech does not close off an enquiry into whether the expression constitutes hate speech. Hate speech may often arise as a part of a larger public discourse but, as discussed in *Keegstra* and *Taylor*, it is speech of a restrictive and exclusionary kind. Political expression contributes to our democracy by encouraging the exchange of opposing views. Hate speech is antithetical to this objective in that it shuts down dialogue by making it difficult or impossible for members of the vulnerable group to respond, thereby stifling discourse. Speech that has the effect of shutting down public debate cannot dodge prohibition on the basis that it promotes debate.

débat de politique sociale sur la question de savoir si l’homosexualité devrait être discutée dans le cadre du programme scolaire ou des conférences universitaires. La question qui se pose ici est de savoir comment l’interdiction prévue à l’al. 14(1)(b) du *Code* interagit avec l’expression légitime de messages portant sur des questions d’intérêt public ou de moralité publique. Si la restriction a une portée excessive, l’atteinte à la liberté d’expression ne sera pas minimale.

[116] Les lois interdisant les propos haineux visent à restreindre le recours à certains propos qui exposeront probablement des groupes protégés à la haine et à ses conséquences préjudiciables. Les écrits et les discours visés par les lois sur les propos haineux sont, de par leur nature même, extrêmes. Formuler ces propos dans un contexte « moral » ou dans le cadre d’un « débat d’intérêt public » n’a pas pour effet de neutraliser leurs conséquences préjudiciables. Certes, si l’on comprend que l’une des conséquences du discours haineux est de restreindre la capacité des personnes qu’il vise de participer au débat, le fait d’assouplir la norme dans le contexte d’un débat politique entrave sans doute encore plus la liberté d’expression. Ainsi que certains intervenants l’ont fait valoir, l’histoire nous enseigne que certains des discours haineux les plus dommageables sont des discours « moraux », « politiques » ou d’« intérêt public ».

[117] Le fait de conclure qu’un discours ou un écrit relève du discours politique ne nous empêche pas de nous demander s’il constitue ou non un discours haineux. Il arrive souvent que des propos haineux s’inscrivent dans le cadre d’un débat public plus large, mais, comme la Cour l’a expliqué dans les arrêts *Keegstra* et *Taylor*, il s’agit d’un discours restrictif qui a tendance à exclure. L’expression d’opinions politiques contribue à la démocratie en encourageant l’échange d’opinions opposées. Les propos haineux vont directement à l’encontre de cet objectif du fait qu’ils empêchent tout dialogue, en rendant difficile, voire impossible, pour les membres du groupe vulnérable de réagir, entravant ainsi l’échange d’idées. Un discours qui a pour effet d’empêcher la tenue d’un débat public ne peut échapper à l’interdiction prévue par la loi pour la raison qu’il favorise le débat.

[118] For example, in *Kempling v. College of Teachers (British Columbia)*, 2005 BCCA 327, 43 B.C.L.R. (4th) 41, Lowry J.A. acknowledged that Mr. Kempling’s published writings included a legitimate political element, as portions formed “a reasoned discourse, espousing his views as to detrimental aspects of homosexual relationships” (para. 76). Lowry J.A. reasoned that although Mr. Kempling’s views may be unpopular, “he was, in his more restrained writings, engaged in a rational debate of political and social issues; such writing is near the core of the s. 2(b) expression” (para. 76). However, Lowry J.A. found that at times the writings “clearly crossed the line of reasoned debate into discriminatory rhetoric” (para. 76), and judged homosexuals on the basis of stereotypical notions. As a result, he found that the writings, taken as a whole, were not deserving of a high level of constitutional protection.

[119] The polemicist may still participate on controversial topics that may be characterized as “moral” or “political”. However, words matter. In the context of this case, Mr. Whatcott can express disapproval of homosexual conduct and advocate that it should not be discussed in public schools or at university conferences. Section 14(1)(b) only prohibits his use of hate-inspiring representations against homosexuals in the course of expressing those views. As stated by Alito J. in dissent in *Snyder v. Phelps*, 131 S. Ct. 1207 (2011), at p. 1227:

. . . I fail to see why actionable speech should be immunized simply because it is interspersed with speech that is protected.

[120] In my view, s. 14 of the *Code* provides an appropriate means by which to protect almost the entirety of political discourse as a vital part of freedom of expression. It extricates only an extreme

[118] Par exemple, dans l’arrêt *Kempling c. College of Teachers (British Columbia)*, 2005 BCCA 327, 43 B.C.L.R. (4th) 41, le juge Lowry a reconnu que les écrits publiés par M. Kempling comportaient un élément politique légitime étant donné que certains passages [TRADUCTION] « s’inscrivaient dans le cadre d’un discours raisonné dans lequel l’auteur exprimait ses opinions au sujet des aspects préjudiciables des relations homosexuelles » (par. 76). Le juge Lowry a expliqué que, même si les opinions de M. Kempling pouvaient être impopulaires, « il se livrait, dans ses écrits plus modérés, à un débat rationnel portant sur des questions politiques et sociales; ces écrits se rapprochent des types d’expressions visés à l’al. 2b) » (par. 76). Le juge Lowry a toutefois estimé qu’à l’occasion, les écrits en question « franchissaient nettement la limite du débat raisonné pour se transformer en rhétorique à caractère discriminatoire » (par. 76) dans laquelle l’auteur jugeait les homosexuels en se fondant sur des stéréotypes. Il a par conséquent conclu que, considérés dans leur ensemble, les écrits ne méritaient pas un degré élevé de protection constitutionnelle.

[119] Les polémistes peuvent toujours prendre part au débat sur des sujets controversés que l’on peut qualifier de « moraux » ou de « politiques ». Mais il ne faut pas sous-estimer le poids des mots. Dans le contexte de la présente affaire, M. Whatcott peut exprimer sa désapprobation des comportements homosexuels et sa conviction que ce sujet ne devrait pas être abordé dans les programmes de l’école ou de l’université. L’alinéa 14(1)(b) interdit uniquement, lorsqu’on exprime ses idées, le recours à des propos qui incitent à la haine contre les homosexuels. Ainsi que l’a déclaré le juge Alito, dissident dans l’arrêt *Snyder c. Phelps*, 131 S. Ct. 1207 (2011), p. 1227 :

[TRADUCTION] . . . je ne comprends pas pourquoi des propos qui sont matière à procès devraient être jugés acceptables du simple fait qu’on les a intercalés dans des propos qui, eux, sont protégés.

[120] À mon avis, l’art. 14 du *Code* constitue un moyen approprié de protéger la presque totalité du discours politique en tant qu’aspect crucial de la liberté d’expression. Il n’exclut qu’un type

and marginal type of expression which contributes little to the values underlying freedom of expression and whose restriction is therefore easier to justify: see *Keegstra*, at p. 761; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at p. 247. This suggests that, at least in this respect, the provision is not overbroad in its application.

4. *Sexual Orientation Versus Sexual Behaviour*

[121] Mr. Whatcott argues that the publications at issue in this case were critical of same-sex behaviour, as distinct from sexual orientation, and therefore did not contravene s. 14(1)(b) of the *Code*. If s. 14(1)(b) restricts criticisms of the behaviour of others, it is overbroad and unconstitutional. Mr. Whatcott also submits that comment on the sexual behaviour of others has always been allowed as part of free speech, and part of freedom of conscience and religion. He argues that the law must allow diversity of viewpoints on whether sexual matters are moral or immoral.

[122] I agree that sexual orientation and sexual behaviour can be differentiated for certain purposes. However, in instances where hate speech is directed toward behaviour in an effort to mask the true target, the vulnerable group, this distinction should not serve to avoid s. 14(1)(b). One such instance is where the expression does not denigrate certain sexual conduct in and of itself, but only when it is carried out by same-sex partners. Another is when hate speech is directed at behaviour that is integral to and inseparable from the identity of the group.

[123] L'Heureux-Dubé J. in *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772, in dissent (though not on this point), emphasized this linkage, at para. 69:

d'expression extrême et marginale qui ne contribue guère à défendre les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression et dont la restriction est par conséquent plus facile à justifier : voir *Keegstra*, p. 761; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, p. 247. Cela porte à croire que, du moins à cet égard, le champ d'application de cette disposition n'est pas trop large.

4. *L'orientation sexuelle ou le comportement sexuel*

[121] M. Whatcott soutient que les publications en litige dans la présente affaire critiquaient le comportement homosexuel et non l'orientation sexuelle et qu'elles ne contrevenaient donc pas à l'al. 14(1)(b) du *Code*. S'il restreint la critique des comportements d'autrui, l'al. 14(1)(b) a une portée excessive et il est inconstitutionnel. M. Whatcott soutient également que la liberté d'expression ainsi que la liberté de conscience et de religion ont toujours été assorties du droit de commenter les comportements sexuels d'autrui. Il plaide que la loi doit permettre l'expression de divers points de vue au sujet de la moralité ou l'immoralité de certaines pratiques sexuelles.

[122] Je reconnais que l'on peut, à certaines fins, établir une distinction entre l'orientation sexuelle et le comportement sexuel. Toutefois, lorsque des propos haineux attaquent des comportements dans le but de cacher la véritable cible, le groupe vulnérable, cette distinction ne peut être invoquée pour se soustraire à l'al. 14(1)(b). Il en est ainsi lorsque les propos ne dénigrent pas des pratiques sexuelles en elles-mêmes, mais ne les condamnent que lorsqu'elles sont le fait de partenaires de même sexe. Il en va de même lorsque les propos haineux visent des comportements qui font partie intégrante de l'identité du groupe et qui ne sauraient en être dissociés.

[123] Dans l'arrêt *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente (mais non sur cette question) a souligné ce lien au par. 69 :

I am dismayed that at various points in the history of this case the argument has been made that one can separate condemnation of the “sexual sin” of “homosexual behaviour” from intolerance of those with homosexual or bisexual orientations. This position alleges that one can love the sinner, but condemn the sin. . . . The status/conduct or identity/practice distinction for homosexuals and bisexuals should be soundly rejected, as *per* Madam Justice Rowles: “Human rights law states that certain practices cannot be separated from identity, such that condemnation of the practice is a condemnation of the person” (para. 228). She added that “the kind of tolerance that is required [by equality] is not so impoverished as to include a general acceptance of all people but condemnation of the traits of certain people” (para. 230). This is not to suggest that engaging in homosexual behaviour automatically defines a person as homosexual or bisexual, but rather is meant to challenge the idea that it is possible to condemn a practice so central to the identity of a protected and vulnerable minority without thereby discriminating against its members and affronting their human dignity and personhood.

See also *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 175, and *Owens (C.A.)*, at para. 82.

[124] Courts have thus recognized that there is a strong connection between sexual orientation and sexual conduct. Where the conduct that is the target of speech is a crucial aspect of the identity of the vulnerable group, attacks on this conduct stand as a proxy for attacks on the group itself. If expression targeting certain sexual behaviour is framed in such a way as to expose persons of an identifiable sexual orientation to what is objectively viewed as detestation and vilification, it cannot be said that such speech only targets the behaviour. It quite clearly targets the vulnerable group. Therefore, a prohibition is not overbroad for capturing expression of this nature.

Je constate avec regret qu’à diverses reprises, dans le cours de cette affaire, on a avancé l’argument qu’il est possible de séparer la condamnation du « péché sexuel » que représente le « comportement homosexuel » et l’intolérance à l’égard des gens qui ont une orientation homosexuelle ou bisexuelle. Selon ce point de vue, on peut aimer le pécheur tout en condamnant le péché. [. . .] La distinction statut/conduite ou identité/pratique établie pour les homosexuels et les bisexuels devrait être complètement rejetée, comme l’affirme madame le juge Rowles : [TRADUCTION] « La législation en matière de droits de la personne prévoit que certaines pratiques sont inséparables de l’identité, de sorte que condamner la pratique revient à condamner la personne » (par. 228). Elle ajoute que « le genre de tolérance requis [par l’égalité] n’est pas étioilé au point de comprendre l’acceptation générale de toutes les personnes, mais la condamnation des caractéristiques de certaines personnes » (par. 230). Cela revient non pas à laisser entendre que la personne qui adopte un comportement homosexuel est automatiquement une personne homosexuelle ou bisexuelle, mais à contester l’idée qu’il est possible de condamner une pratique si essentielle à l’identité d’une minorité vulnérable et protégée sans pour autant faire preuve de discrimination à l’égard de ses membres ni porter atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité.

Voir également *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 175, et *Owens (C.A.)*, par. 82.

[124] Les tribunaux ont donc reconnu l’existence d’un lien solide entre l’orientation sexuelle et la conduite sexuelle. Lorsque la conduite visée par les propos qui ont été tenus constitue un aspect crucial de l’identité du groupe vulnérable, les attaques portées contre cette conduite doivent être assimilées à une attaque contre le groupe lui-même. Si des propos ciblant certains comportements sexuels sont formulés de manière à exposer des personnes dont l’orientation sexuelle est identifiable à ce que l’on peut objectivement considérer comme des propos empreints de détestation et de mépris, on ne saurait affirmer que de tels propos ne visent que les comportements. Ils visent de toute évidence le groupe vulnérable. Par conséquent, une interdiction qui englobe des propos de cette nature n’a pas une portée excessive.

(iii) Intent, Proof, and Defences

[125] Critics of s. 14(1)(b) of the *Code* claim that it is also overbroad because (i) it does not require intent by the publisher; (ii) it does not require proof of harm; and (iii) it does not provide for any defences.

1. *Intent*

[126] In *Taylor*, Dickson C.J. justified the lack of a legislative requirement to prove intent by emphasizing that systemic discrimination is more widespread than intentional discrimination and that the focus of the legislation should be on effects and not intent (pp. 931-32):

The preoccupation with effects, and not with intent, is readily explicable when one considers that systemic discrimination is much more widespread in our society than is intentional discrimination. To import a subjective intent requirement into human rights provisions, rather than allowing tribunals to focus solely upon effects, would thus defeat one of the primary goals of anti-discrimination statutes. At the same time, however, it cannot be denied that to ignore intent in determining whether a discriminatory practice has taken place according to s. 13(1) increases the degree of restriction upon the constitutionally protected freedom of expression. This result flows from the realization that an individual open to condemnation and censure because his or her words may have an unintended effect will be more likely to exercise caution via self-censorship. [Emphasis in original.]

[127] The preventive measures found in human rights legislation reasonably centre on effects, rather than intent. I see no reason to depart from this approach.

2. *Proof of Harm*

[128] I have already addressed the notion of harm in the context of whether the objective of s. 14(1)(b) is pressing and substantial.

(iii) Intention, preuve et moyens de défense

[125] Les détracteurs de l'al. 14(1)(b) du *Code* affirment qu'il a aussi une portée excessive parce que : (i) il n'exige pas une intention de la part de l'auteur des propos haineux; (ii) il n'exige pas la preuve d'un préjudice; (iii) il ne prévoit aucun moyen de défense.

1. *L'intention*

[126] Dans l'arrêt *Taylor*, le juge en chef Dickson a justifié le fait que la loi n'exigeait pas que l'on fasse la preuve de l'intention en soulignant que la discrimination systémique est plus répandue que la discrimination intentionnelle, et que la loi devrait mettre l'accent sur les effets et non sur l'intention (p. 931-932) :

L'accent mis sur les effets, et non sur l'intention, s'explique facilement si l'on tient compte du fait que la discrimination systémique est beaucoup plus répandue dans notre société que la discrimination intentionnelle. Inclure dans des dispositions relatives aux droits de la personne l'exigence subjective de l'intention, au lieu de permettre aux tribunaux de porter uniquement leur attention sur les effets, ferait donc échec à l'un des principaux objectifs des lois interdisant la discrimination. En même temps, toutefois, on ne peut nier que ne pas tenir compte de l'intention pour déterminer si un acte discriminatoire a été commis au sens du par. 13(1) accroît le degré de restriction apporté à la liberté d'expression garantie par la Constitution. Cela résulte de ce que l'on sait qu'un individu risquant la condamnation ou la censure, parce que ses propos peuvent avoir une conséquence non voulue, exercera probablement une plus grande prudence par auto-censure. [Souligné dans l'original.]

[127] Les mesures préventives que l'on trouve dans les lois sur les droits de la personne sont raisonnablement axées sur les effets plutôt que sur l'intention. Je ne vois aucune raison de m'écarter de cette conception.

2. *La preuve du préjudice*

[128] J'ai déjà abordé la notion de préjudice en examinant la question de savoir si l'objectif visé par l'al. 14(1)(b) est urgent et réel.

[129] In answer to the specific criticism that a prohibition against hate speech lacked a requirement to prove actual harm, Dickson C.J. argued in *Keegstra* (at p. 776) that both the difficulty of establishing a causal link between an expressive statement and the resulting hatred, and the seriousness of the harm to which vulnerable groups are exposed by hate speech, justifies the imposition of preventive measures that do not require proof of actual harm.

[130] Critics argue that the deference to the legislature shown by this Court in *Keegstra*, *Taylor*, *Butler* and *Sharpe* is an abdication of its duty to require that limitations on *Charter* rights be “demonstrably justified” under the s. 1 analysis: Sumner, at pp. 83 and 202-3. The Court’s “deferential approach under section 1 to state restrictions on expression”, has been said to erode the constitutional protection for freedom of expression: Moon (2000), at p. 37. The basic nature of the criticism is that it is an unacceptable impairment of freedom of expression to allow its restriction to be justified by the mere likelihood or risk of harm, rather than a clear causal link between hate speech and harmful or discriminatory acts against the vulnerable group.

[131] Such an approach, however, ignores the particularly insidious nature of hate speech. The end goal of hate speech is to shift the environment from one where harm against vulnerable groups is not tolerated to one where hate speech has created a place where this is either accepted or a blind eye is turned.

[132] This Court has addressed such criticism in a number of situations involving the applicability of s. 1 and has adopted a “reasonable apprehension of harm” approach. This approach recognizes that a precise causal link for certain societal harms

[129] Pour répondre à la critique précise que l’interdiction visant les propos haineux n’exige pas la preuve de l’existence concrète d’un préjudice, le juge en chef Dickson a fait valoir, dans l’arrêt *Keegstra* (p. 776), que l’imposition de mesures préventives qui n’exigent pas la preuve d’un préjudice concret était justifiée tant par le fait qu’il est difficile d’établir l’existence d’un lien de causalité entre l’expression d’un propos et la haine qui en résulte, que par la gravité du préjudice auquel sont exposés les groupes vulnérables du fait des propos haineux.

[130] Les critiques affirment qu’en faisant preuve de retenue envers le législateur dans les arrêts *Keegstra*, *Taylor*, *Butler* et *Sharpe*, notre Cour s’est dérobée à son obligation d’exiger la démonstration que les limites apportées aux droits garantis par la *Charte* [TRADUCTION] « se justifie[nt] » au sens de l’article premier : Sumner, p. 83 et 202-203. [TRADUCTION] « [L]a retenue dont [la Cour] fait preuve en vertu de l’article premier lorsqu’il s’agit de restreindre l’expression de propos » mine la protection que la Constitution accorde à la liberté d’expression : Moon (2000), p. 37. Selon l’essence de cette critique, l’État porte une atteinte inacceptable à la liberté d’expression en permettant que la limitation de la liberté d’expression puisse être justifiée par une simple probabilité ou un simple risque de préjudice, plutôt que par la démonstration d’un lien de causalité évident entre les propos haineux et les actes préjudiciables ou discriminatoires dont le groupe vulnérable fait l’objet.

[131] Ce raisonnement méconnaît toutefois le caractère particulièrement insidieux de la propagande haineuse. L’objectif ultime du discours haineux est d’insinuer que l’intolérance face au préjudice causé aux groupes vulnérables a fait place à l’acceptation ou à la tolérance.

[132] Notre Cour a répondu à ces critiques dans de nombreuses situations portant sur l’applicabilité de l’article premier en adoptant le critère de l’« appréhension raisonnée de préjudice ». Suivant cette approche, il n’est pas nécessaire d’établir un

ought not to be required. A court is entitled to use common sense and experience in recognizing that certain activities, hate speech among them, inflict societal harms.

[133] In *Thomson Newspapers Co.*, this Court recognized that a reasonable apprehension of harm test should be applied in cases where “it has been suggested, though not proven, that the very nature of the expression in question undermines the position of groups or individuals as equal participants in society” (para. 115). Such an approach is warranted “when it is difficult or impossible to establish scientifically the type of harm in question” (para. 115). As the Court reasoned, at para. 116:

While courts should not use common sense as a cover for unfounded or controversial assumptions, it may be appropriately employed in judicial reasoning where the possibility of harm is within the everyday knowledge and experience of Canadians, or where factual determination and value judgments overlap. Canadians presume that expressions which degrade individuals based on their gender, ethnicity, or other personal factors may lead to harm being visited upon them because this is within most people’s everyday experience. . . . Common sense reflects common understandings. In these cases dealing with pornography and hate speech, common understandings were accepted by the Court because they are widely accepted by Canadians as facts, and because they are integrally related to our values, which are the bedrock of any s. 1 justification. As a result, the Court did not demand a scientific demonstration or the submission of definitive social science evidence to establish that the line drawn by Parliament was perfectly drawn.

[134] In *Irwin Toy*, this Court noted that the government was “afforded a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence” (p. 990). In her dissent in *Keegstra*, McLachlin J. acknowledged

lien de causalité précis dans le cas de certains préjudices causés à la société. Il est loisible à la cour de recourir au bon sens et à son expérience pour reconnaître que certaines activités, dont les propos haineux, sont nuisibles à la société dans son ensemble.

[133] Dans l’arrêt *Thomson Newspapers Co.*, notre Cour a reconnu que le critère de l’appréhension raisonnable de préjudice devait s’appliquer dans des cas où « l’on affirmait, sans en faire la preuve, que, de par sa nature même, la forme d’expression en cause empêche des individus ou des groupes d’être des membres à part entière de la société » (par. 115). Cette démarche se justifie « lorsqu’il est difficile ou impossible de prouver scientifiquement le type de préjudice en cause » (par. 115). Comme la Cour l’a expliqué au par. 116 :

Même si les tribunaux ne doivent pas invoquer le sens commun pour masquer des suppositions sans fondement ou controversées, ils peuvent toutefois l’utiliser à juste titre dans leur raisonnement lorsque la possibilité de préjudice relève des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens ou lorsqu’il y a chevauchement de constatations des faits et de jugements de valeur. Les Canadiens présument que les formes d’expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d’autres caractéristiques personnelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu’il s’agit d’une situation qu’ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien. [. . .] Le sens commun reflète les perceptions communes. Dans les affaires portant sur la pornographie et la propagande haineuse, la Cour a accepté les perceptions communes parce qu’elles sont largement considérées par les Canadiens comme des faits et parce qu’elles font partie intégrante de nos valeurs, qui sont le fondement de toute justification conformément à l’article premier. En conséquence, la Cour n’a pas exigé une démonstration scientifique ou la présentation d’une preuve décisive fondée sur les sciences sociales pour établir que la ligne de démarcation tirée par le législateur était tout à fait appropriée.

[134] Dans l’arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a fait observer que le gouvernement « disposait d’une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n’étaient pas totalement concluantes »

that “it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it” (p. 857). In *Butler*, Sopinka J., for the majority, agreed with the view that Parliament should be “entitled to have a ‘reasoned apprehension of harm’ resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations” (p. 504) and noted that “[w]hile a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs” (p. 502). Again in *Sharpe*, McLachlin C.J., writing for the majority, applied the reasonable apprehension of harm test and stated, at para. 89:

The lack of unanimity in scientific opinion is not fatal. Complex human behaviour may not lend itself to precise scientific demonstration, and the courts cannot hold Parliament to a higher standard of proof than the subject matter admits of.

[135] As was clear from *Taylor*, and reaffirmed through the evidence submitted by interveners in this appeal, the discriminatory effects of hate speech are part of the everyday knowledge and experience of Canadians. I am of the opinion that the Saskatchewan legislature is entitled to a reasonable apprehension of societal harm as a result of hate speech.

3. *Lack of Defences*

[136] In the context of civil liability for contravening a limitation on a certain type of expression such as defamation, the types of defences that are generally raised relate to the truth of the factual statements made. The legislature of Saskatchewan has not provided a defence of truth or any other

(p. 990). Dans ses motifs dissidents dans l’affaire *Keegstra*, la juge McLachlin a reconnu qu’il n’était « simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l’expression d’un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l’entendre » (p. 857). Dans l’arrêt *Butler*, le juge Sopinka, au nom des juges majoritaires, a souscrit à l’idée que le législateur fédéral avait « le droit d’avoir [TRADUCTION] “une appréhension raisonnée du préjudice” résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation » (p. 504), et il a fait remarquer que « [b]ien qu’il puisse être difficile, voire impossible, d’établir l’existence d’un lien direct entre l’obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu’il existe un lien causal entre le fait d’être exposé à des images et les changements d’attitude et de croyance » (p. 502). Encore une fois, dans l’arrêt *Sharpe*, la juge en chef McLachlin, qui s’exprimait au nom de la majorité, a appliqué le critère de l’appréhension raisonnée de préjudice et a affirmé ce qui suit au par. 89 :

L’absence d’opinion scientifique unanime n’est pas fatale. Il se peut qu’un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question.

[135] Comme l’indique clairement l’arrêt *Taylor* et le confirme la preuve présentée par les intervenants en l’espèce, les effets discriminatoires du discours haineux relèvent des connaissances et expériences quotidiennes des Canadiens. Je suis d’avis que le législateur de la Saskatchewan a le droit d’avoir une appréhension raisonnée que les propos haineux causent un préjudice à la société.

3. *L’absence de moyens de défense*

[136] Dans le contexte de la responsabilité civile qui est engagée en cas de non-respect d’une limite imposée à un certain type d’expression tel que la diffamation, les moyens de défense généralement invoqués ont trait à la véracité des affirmations de fait. Le législateur de la Saskatchewan n’a pas

defence as a basis upon which to avoid being found in contravention of s. 14(1)(b) of the *Code* (other than that private communications are not included in the prohibition).

[137] The majority in *Taylor* held that the lack of defences was not fatal to finding s. 13(1) of the *CHRA* constitutional. Dickson C.J. was of the view that the *Charter* did not mandate an exception for truthful statements in the context of human rights legislation (p. 935). He drew upon his reasoning in *Keegstra* on this point, where he stated, at p. 781:

The way in which I have defined the s. 319(2) offence, in the context of the objective sought by society and the value of the prohibited expression, gives me some doubt as to whether the *Charter* mandates that truthful statements communicated with an intention to promote hatred need be excepted from criminal condemnation. Truth may be used for widely disparate ends, and I find it difficult to accept that circumstances exist where factually accurate statements can be used for no other purpose than to stir up hatred against a racial or religious group. It would seem to follow that there is no reason why the individual who intentionally employs such statements to achieve harmful ends must under the Charter be protected from criminal censure. [Emphasis in original.]

[138] Although Dickson C.J. refers to intentionally employing truthful statements in the criminal context of *Keegstra*, he reconfirmed in *Taylor* that the use of truthful statements should not provide a shield in the human rights context (pp. 935-36). Nor did he consider that a failure to provide a defence for negligent or innocent error would lead to the provision being held an excessive impairment of freedom of expression: *Keegstra*, at p. 782.

prévu de moyen de défense, notamment de moyen de défense fondé sur la véracité, qui permettait à l'auteur d'un propos d'éviter d'être reconnu avoir contrevenu à l'al. 14(1)(b) du *Code* (sauf que les communications privées ne sont pas visées par l'interdiction).

[137] Dans l'arrêt *Taylor*, les juges majoritaires ont estimé que l'absence de moyen de défense n'était pas fatale à la validité du par. 13(1) de la *LCDP*. Le juge en chef Dickson s'est dit d'avis que la *Charte* n'exigeait pas que l'on fasse une exception dans le cas des affirmations véridiques dans le contexte des lois sur les droits de la personne (p. 935). Il s'est inspiré du raisonnement qu'il avait suivi dans l'arrêt *Keegstra* lorsqu'il avait affirmé ce qui suit à ce sujet, à la p. 781 :

Vu ma définition de l'infraction prévue au par. 319(2), dans le contexte de l'objectif visé par la société et de la valeur de l'expression interdite, j'ai quelques doutes sur la question de savoir si la *Charte* exige que des déclarations véridiques communiquées avec l'intention de fomenter la haine échappent à la condamnation criminelle. La vérité peut servir aux fins les plus diverses, et j'ai de la difficulté à accepter qu'il existe des circonstances dans lesquelles des déclarations conformes aux faits puissent être utilisées à la seule fin de fomenter la haine contre un groupe racial ou religieux. Il semble donc en découler qu'il n'y a aucune raison qu'un individu, qui utilise intentionnellement de telles déclarations à des fins préjudiciables, bénéficie en vertu de la Charte d'une protection contre les sanctions criminelles. [Souligné dans l'original.]

[138] Bien que le juge en chef Dickson parle de l'utilisation intentionnelle de déclarations véridiques dans le contexte criminel dans l'affaire *Keegstra*, il a confirmé une fois de plus dans l'arrêt *Taylor* qu'on ne pouvait invoquer en défense la véracité des déclarations dans le contexte des droits de la personne (p. 935-936). Il n'a pas non plus estimé que le fait que la disposition ne permettait pas d'invoquer en défense une erreur commise par négligence ou de bonne foi entraînerait nécessairement la conclusion que cette disposition constitue une atteinte excessive à la liberté d'expression : *Keegstra*, p. 782.

[139] Critics find the absence of a defence of truth of particular concern, given that seeking truth is one of the strongest justifications for freedom of expression. They argue that the right to speak the truth should not be lightly restricted, and that any restriction should be seen as a serious infringement.

[140] I agree with the argument that the quest for truth is an essential component of the “marketplace of ideas” which is, itself, central to a strong democracy. The search for truth is also an important part of self-fulfillment. However, I do not think it is inconsistent with these views to find that not all truthful statements must be free from restriction. Truthful statements can be interlaced with harmful ones or otherwise presented in a manner that would meet the definition of hate speech.

[141] As Dickson C.J. stated in *Keegstra*, at p. 763, there is “very little chance that statements intended to promote hatred against an identifiable group are true, or that their vision of society will lead to a better world”. To the extent that truthful statements are used in a manner or context that exposes a vulnerable group to hatred, their use risks the same potential harmful effects on the vulnerable groups that false statements can provoke. The vulnerable group is no less worthy of protection because the publisher has succeeded in turning true statements into a hateful message. In not providing for a defence of truth, the legislature has said that even truthful statements may be expressed in language or context that exposes a vulnerable group to hatred.

[142] Some interveners argued that there should be a defence of sincerely held belief. In their view, speech that is made in good faith and on the basis of the speaker’s religious beliefs should be given

[139] Les critiques se disent particulièrement préoccupés par l’absence de moyen de défense fondé sur la véracité, compte tenu du fait que la recherche de la vérité figure parmi les plus fortes justifications de la liberté d’expression. Ils soutiennent que le droit de dire la vérité ne devrait pas être restreint à la légère et que toute restriction devrait être considérée comme une atteinte grave.

[140] Je souscris à l’argument que la recherche de la vérité constitue un aspect essentiel du « libre échange des idées », qui constitue lui-même une des pierres d’assise de la démocratie. La recherche de la vérité constitue par ailleurs un aspect important de l’épanouissement personnel. Je ne crois cependant pas que l’on se contredise lorsqu’on affirme que ce ne sont pas toutes les déclarations véridiques qui devraient être à l’abri de toute restriction. Des déclarations véridiques peuvent s’entremêler avec des déclarations préjudiciables ou être présentées de manière à répondre à la définition des propos haineux.

[141] Ainsi que le juge en chef Dickson l’a déclaré dans l’arrêt *Keegstra*, p. 763, « [i] est en fait très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies, ou que la vision de la société qu’elles traduisent conduira à un monde meilleur. » Dans la mesure où des déclarations véridiques sont utilisées d’une manière ou dans un contexte qui expose un groupe vulnérable à la haine, leur utilisation risque d’entraîner, pour les groupes vulnérables, les mêmes effets préjudiciables éventuels que ceux que peuvent provoquer les fausses déclarations. Le groupe vulnérable n’est pas moins digne de protection parce que l’auteur des propos a réussi à transformer des déclarations véridiques en message haineux. En ne prévoyant pas de moyen de défense fondé sur la véracité, le législateur déclare en fait que même les déclarations véridiques peuvent être exprimées en des mots ou dans un contexte qui exposent un groupe vulnérable à la haine.

[142] Certains intervenants ont fait valoir qu’il devrait exister un moyen de défense fondé sur la conviction sincère. Selon eux, il faudrait accorder une plus grande protection, et même une protection

greater protection, or constitute an absolute defence to any prohibition. These arguments anticipate the question still to be considered of whether an infringement of s. 2(a) of the *Charter* by s. 14(1)(b) would be justified under a s. 1 analysis. It is sufficient here to say that if the sincerity of a religious belief would automatically preclude the finding of a contravention of s. 14(1)(b), the s. 1 analysis would be derailed with no balancing of the competing rights.

[143] Apart from that concern, the fact that a person circulates a hate publication in the furtherance of a sincere religious belief goes to the question of the subjective view of the publisher, which is irrelevant to the objective application of the definition of hatred. Allowing the dissemination of hate speech to be excused by a sincerely held belief would, in effect, provide an absolute defence and would gut the prohibition of effectiveness.

[144] Mr. Whatcott makes the argument that human rights commissions should not over-analyze speech to the point “where less sophisticated citizens are unable to participate in debates about morality and public education without fear of prosecution”: R.F., at para. 57. He submits that freedom of expression “does not restrict public debate to articulate elites” (para. 58). With respect, the definition does not require that the expression be scholarly, rational, objective or inoffensive. The definition of “hatred” does not differentiate between the literate and illiterate, eloquent or inarticulate. Whether or not a publisher of hateful expression is sincere in his or her beliefs, or lacks the sophistication to realize that prohibitions such as s. 14(1)(b) of the *Code* exist, the aim of the prohibition remains the protection of vulnerable groups. Where, objectively, the definition of hatred is met, s. 14(1)(b) is engaged. However, with mediation available, it should be possible for

absolue contre toute interdiction, aux propos prononcés de bonne foi et fondés sur les croyances religieuses de leur auteur. Ces arguments anticipent la question qu’il nous reste à examiner, en l’occurrence celle de savoir si une violation de l’al. 2a) de la *Charte* par l’al. 14(1)(b) se justifierait dans le cadre de l’analyse que requiert l’article premier. Il suffit ici de dire que, si la sincérité d’une conviction religieuse devait empêcher automatiquement de conclure à une contravention de l’al. 14(1)(b), l’analyse fondée sur l’article premier échouerait et aucune pondération des droits concurrents ne pourrait avoir lieu.

[143] Si l’on fait abstraction de cette préoccupation, le fait qu’une personne fasse circuler une publication haineuse pour défendre une conviction religieuse sincère touche à la question de la subjectivité de l’opinion de son auteur, ce qui n’a rien à avoir avec l’application objective de la définition de la haine. Permettre d’excuser la propagation de propos haineux parce que leur auteur est sincère dans ses convictions se traduirait dans les faits par un moyen de défense absolu qui priverait l’interdiction de toute efficacité.

[144] M. Whatcott fait valoir que les commissions des droits de la personne ne devraient pas pousser leur analyse des propos au point où [TRADUCTION] « des citoyens moins avisés ne pourraient participer au débat public sur la moralité et l’éducation du public sans craindre pour autant d’être poursuivis » : m.i., par. 57. M. Whatcott plaide que la liberté d’expression « n’a pas pour effet de permettre seulement aux élites qui ont de la facilité à s’exprimer de participer à des débats publics » (par. 58). Avec égards, la définition du terme « haine » n’exige pas que l’écrit ou le discours soit savant, rationnel, objectif ou inoffensif. Elle n’établit aucune distinction entre les personnes qui savent lire et écrire ou s’exprimer et les autres personnes. Peu importe que l’auteur de propos haineux soit sincère dans ses convictions, ou qu’il ne soit pas suffisamment averti pour se rendre compte de l’existence d’interdictions comme celles prévues à l’al. 14(1)(b) du *Code*, le but de

inadvertent violations to be rectified so that publications that do not include hate speech can continue.

(iv) Conclusion on Minimal Impairment

[145] The prohibition against hate speech involves balancing between freedom of expression and equality rights. People are free to debate or speak out against the rights or characteristics of vulnerable groups, but not in a manner which is objectively seen to expose them to hatred and its harmful effects. The only expression that should be suppressed by the prohibition is that which Dickson C.J. recognized in *Keegstra* as straying “some distance from the spirit of s. 2(b) [of the *Charter*]” (p. 766).

[146] In my view, s. 14(1)(b) of the *Code* meets the minimal impairment requirement. The prohibition, interpreted and applied in the manner set out in these reasons, is one of the reasonable alternatives that could have been selected by the legislature. It impairs freedom of expression “no more than reasonably necessary, having regard to the practical difficulties and conflicting tensions that must be taken into account”: *Sharpe*, at para. 96, *per* McLachlin C.J. (emphasis in original).

(c) *Whether the Benefits Outweigh the Deleterious Effects*

[147] The final branch of the proportionality test requires an assessment of whether the importance of the legislative objective of s. 14(1)(b) of the *Code* outweighs the deleterious effects of the provision in limiting freedom of expression. If the deleterious effects of the restriction outweigh the

l’interdiction demeure la protection des groupes vulnérables. Lorsque, objectivement, des propos répondent à la définition de la haine, l’al. 14(1)(b) s’applique. Toutefois, le recours à la médiation devrait permettre de réparer les violations par inadvertance, de sorte que les publications qui ne renferment pas de propos haineux se poursuivent.

(iv) Conclusion relative à l’atteinte minimale

[145] L’interdiction frappant les propos haineux suppose la recherche d’un équilibre entre la liberté d’expression et les droits à l’égalité. Les gens sont libres de débattre des droits ou des caractéristiques des groupes vulnérables ou de les dénoncer, mais ils ne doivent pas le faire d’une façon qui est objectivement perçue comme exposant un groupe vulnérable à la haine et aux conséquences préjudiciables de la haine. Les seuls écrits et discours qui devraient être exclus par application de l’interdiction sont ceux qui, selon ce que le juge en chef Dickson a reconnu dans l’arrêt *Keegstra*, « s’écart[ent] beaucoup de l’esprit même de l’al. 2b) [de la *Charte*] » (p. 766).

[146] À mon avis, l’al. 14(1)(b) du *Code* satisfait à l’exigence relative à l’atteinte minimale. Lorsqu’on l’interprète et qu’on l’applique de la manière proposée dans les présents motifs, l’interdiction fait partie des solutions de rechange raisonnables qui s’offraient au législateur. Elle ne porte pas atteinte à la liberté d’expression « plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération » : *Sharpe*, par. 96, la juge en chef McLachlin (souligné dans l’original).

(c) *Les avantages l’emportent-ils sur les effets préjudiciables?*

[147] Le dernier volet du critère de la proportionnalité nous oblige à répondre à la question de savoir si l’importance de l’objectif législatif visé par l’al. 14(1)(b) du *Code* l’emporte sur les effets préjudiciables de la restriction à la liberté d’expression que prévoit cette disposition. Si les effets

benefits to be derived from the provision, that part of the proportionality test is not met.

[148] As is apparent from the above analysis, in my opinion, the benefits of the suppression of hate speech and its harmful effects outweigh the detrimental effect of restricting expression which, by its nature, does little to promote the values underlying freedom of expression. Section 14(1)(b) of the *Code* represents a choice by the legislature to discourage hate speech and its harmful effects on both the vulnerable group and on society as a whole, in a manner that is conciliatory and remedial. In cases such as the present, the process under the legislation can provide guidance to individuals like Mr. Whatcott, so that they can continue expressing their views in a way that avoids falling within the narrow scope of expression captured by the statutory prohibition. The protection of vulnerable groups from the harmful effects emanating from hate speech is of such importance as to justify the minimal infringement of expression that results from the restriction of materials of this kind.

[149] It was argued before this Court that the imposition of fines or the requirement to pay compensation to the victims of hate speech has a detrimental, chilling effect on expression that outweighs the benefits of reducing “potential harm”. As in tort law, an award of damages made pursuant to the *Code* is characterized as compensatory, not punitive, and is directed at compensating the victim. However, the circumstances in which a compensation award will be merited should be rare and will often involve repeat litigants who refuse to participate in a conciliatory approach.

préjudiciables de la restriction l’emportent sur les avantages que comporte la disposition, ce volet du critère de la proportionnalité n’est pas respecté.

[148] Ainsi qu’il ressort à l’évidence de l’analyse qui précède, j’estime que les avantages que comporte la suppression des discours haineux et de leurs effets préjudiciables l’emportent sur les effets néfastes qu’entraîne le fait de limiter une expression qui, de par sa nature, contribue peu à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d’expression. L’alinéa 14(1)(b) du *Code* représente un choix qu’a fait le législateur en vue de décourager les propos haineux et les effets préjudiciables qui en découlent tant sur les groupes vulnérables que sur la société dans son ensemble, et il l’a fait d’une façon conciliante qui a un effet réparateur. Dans un cas comme celui qui nous intéresse, le processus prévu par la loi peut servir de guide à des personnes comme M. Whatcott et leur permettre de continuer à exprimer leurs idées tout en évitant d’exprimer des opinions qui entrent dans le champ d’application restreint de l’interdiction prévue par la loi. La protection des groupes vulnérables contre les conséquences préjudiciables découlant des propos haineux revêt une importance suffisamment grande pour justifier l’atteinte minimale aux formes d’expression qui résulte de la restriction dont de tels messages font l’objet.

[149] On a plaidé devant notre Cour que l’imposition d’amendes ou la condamnation à payer une indemnité aux victimes de propos haineux ont, sur les écrits et les discours, un effet paralysant et préjudiciable qui l’emporte sur les avantages de réduire les « préjudices éventuels ». Comme c’est le cas en matière de responsabilité civile délictuelle, la condamnation à des dommages-intérêts prononcée en vertu du *Code* se caractérise par l’octroi de dommages-intérêts compensatoires et non punitifs qui ne visent qu’à indemniser la victime. Toutefois, les circonstances dans lesquelles une telle condamnation est justifiée sont rares et se présentent surtout dans le cas de plaideurs qui reviennent à plusieurs reprises devant le Tribunal et refusent de participer à un processus de conciliation.

[150] The Attorney General for Saskatchewan pointed out amendments that were made to the *Code* in 2000 (S.S. 2000, c. 26) to strengthen its civil nature. Those amendments eliminated any possibility for imprisonment for a breach of the *Code*, strengthened the mediation and settlement aspects of the *Code* and gave the Chief Commissioner the duty to screen cases before they proceed. Contravening a substantive provision of the *Code* is no longer an offence, and will not result in the imposition of any fines, unless imposed for contempt of an order. Amendments brought since the tribunal hearing in this case (S.S. 2011, c. 17) again strengthen the mediation option and screening of cases, and provide that new complaints will be heard by the Court of Queen's Bench, rather than the Tribunal. These amendments render unpersuasive the argument that paying fines and compensation are an effect that outweighs the benefits of s. 14(1)(b).

(d) *Conclusion on Section 1 Analysis*

[151] The limitation imposed on freedom of expression by the prohibition in s. 14(1)(b) of the *Code*, when properly defined and understood, is demonstrably justified in a free and democratic society.

C. *Section 2(a) of the Charter*

[152] I now turn to a consideration of whether s. 14(1)(b) infringes the *Charter* guarantee of freedom of conscience and religion under s. 2(a). Mr. Whatcott argues that, to the extent that s. 14(1)(b) of the *Code* precludes criticism of same-sex conduct or activity, it infringes freedom of religion under s. 2(a). He submits that sexual conduct has long been a topic of religious discussion and debate, and that “[o]bjection to same-sex sexual activity is common among religious people. They object because they believe this conduct is harmful; and many religious people also believe that they are obligated to do good

[150] Le procureur général de la Saskatchewan a souligné les modifications apportées en 2000 au *Code* (S.S. 2000, ch. 26) pour en renforcer le caractère civil. Les modifications en question ont éliminé toute possibilité d’incarcération pour violation du *Code*, ont renforcé les mesures de médiation et de règlement prévues par le *Code* et ont imposé au commissaire en chef l’obligation de procéder à un contrôle préalable des dossiers avant de les soumettre pour audition. Le fait de contrevenir à une disposition de fond du *Code* ne constitue plus une infraction et ne donne pas lieu à l’imposition d’une amende, sauf en cas d’outrage au tribunal pour non-respect d’une ordonnance. Les modifications adoptées depuis que le Tribunal a examiné la présente affaire (S.S. 2011, ch. 17) ont encore renforcé les dispositions relatives au recours à la médiation et au contrôle préalable des dossiers et prévoient que les nouvelles plaintes seront instruites par la Cour du Banc de la Reine plutôt que par le Tribunal. Ces modifications rendent non convaincant l’argument suivant lequel le paiement des amendes et des indemnités constitue un effet qui l’emporte sur les avantages que comporte l’al. 14(1)(b).

d) *Conclusion sur l’analyse fondée sur l’article premier*

[151] Lorsqu’on la définit et l’interprète correctement, la limite que l’interdiction énoncée à l’al. 14(1)(b) du *Code* apporte à la liberté d’expression est justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

C. *Alinéa 2a) de la Charte*

[152] Examinons maintenant la question de savoir si l’al. 14(1)(b) du *Code* viole la liberté de conscience et de religion garantie à l’al. 2a) de la *Charte*. M. Whatcott plaide que, dans la mesure où il empêche la critique des conduites ou des activités homosexuelles, l’al. 14(1)(b) du *Code* viole la liberté de religion garantie par l’al. 2a). Il soutient que les comportements sexuels font depuis longtemps l’objet de discussions et de débats religieux et que [TRADUCTION] « [L]a plupart des gens religieux s’opposent aux activités sexuelles homosexuelles parce qu’ils croient que ces comportements sont

and warn others of the danger”: R.F., at para. 78. Mr. Whatcott contends that s. 2(a) protects his right to proclaim this aspect of his religion.

[153] The Commission argues that the publication of hateful religious beliefs of the type that would meet the *Taylor* definition is harmful, and would therefore be outside the scope of guarantee under s. 2(a) of the *Charter*. In support of its position of narrowing the scope of s. 2(a) protection, it relies in part on the reasoning of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where he stated, at p. 346:

The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added by the Commission; A.F., at para. 99.]

The Commission also relies on the comments of LeBel J. in *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 149, that this Court “has not ruled out the possibility of reconciling or delimiting rights before applying s. 1”.

[154] With respect to the Commission’s position, in my view, the present case falls within the general rule, rather than the exception. Just as the protection afforded by freedom of expression is extended to all expression other than violence and threats of violence, in my view, the protection provided under s. 2(a) should extend broadly. As stated by La Forest J., writing also on behalf of Gonthier and McLachlin JJ. in *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 109, “[t]his Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather

nuisibles. De plus, un grand nombre de gens religieux croient également qu’ils doivent faire le bien et mettre les autres en garde contre le danger » : m.i., par. 78. M. Whatcott affirme que l’al. 2a) protège son droit de proclamer cet aspect de sa religion.

[153] La Commission plaide que la propagation de croyances religieuses haineuses du type de celles qui correspondraient à la définition qu’en donne l’arrêt *Taylor* est préjudiciable et qu’elle ne peut donc pas bénéficier de la garantie prévue à l’al. 2a) de la *Charte*. À l’appui de cette position visant à restreindre la portée de la protection conférée par l’al. 2a), la Commission se fonde en partie sur le raisonnement suivi par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 346 :

Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d’avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d’avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Souligné par la Commission; m.a., par. 99.]

La Commission s’appuie également sur le propos du juge LeBel dans *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 149, selon lequel notre Cour « n’a exclu ni la conciliation ni la délimitation des droits avant le recours à l’article premier ».

[154] Relativement à la position de la Commission, j’estime que la règle générale, plutôt que l’exception, s’applique à l’affaire qui nous est soumise. Tout comme la protection qu’offre la liberté d’expression s’étend à toutes les formes d’expression qui ne comportent ni violence ni menaces de violence, je suis d’avis que la protection de l’al. 2a) devrait être largement étendue. Dans l’arrêt *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest, qui s’exprimait aussi au nom des juges Gonthier et McLachlin, a affirmé ce qui suit au par. 109 : « Notre Cour s’est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion

opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*; see *R. v. Jones*, [[1986] 2 S.C.R. 284]”. Given the engagement of freedom of expression, freedom of religion and equality rights in the present context, a s. 1 analysis is the appropriate procedural approach under which to evaluate their constitutional interplay.

[155] An infringement of s. 2(a) of the *Charter* will be established where: (1) the claimant sincerely holds a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) the provision at issue interferes with the claimant’s ability to act in accordance with his or her religious beliefs: *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, at para. 32; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at paras. 46 and 56-59; and *Multani*, at para. 34. The interference must be more than trivial or insubstantial, so that it threatens actual religious beliefs or conduct.

[156] It was not in dispute that Mr. Whatcott sincerely believes that his religion requires him to proselytize homosexuals. To this end, he appears to employ expression of an extreme and graphic nature to make his point more compelling. To the extent that his choice of expression is caught by the hatred definition in s. 14(1)(b), the prohibition will substantially interfere with Mr. Whatcott’s ability to disseminate his belief by display or publication of those representations. Section 14(1)(b) of the *Code* infringes freedom of conscience and religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Charter*.

[157] However, concluding that alleged hate speech can be protected under s. 2(a) of the *Charter* and that s. 14(1)(b) of the *Code* infringes s. 2(a), does not end the matter. A s. 1 analysis must be undertaken to determine whether the infringement of freedom of religion in this context is reasonably justified in a free and democratic society.

dans les cas où la constitutionnalité d’un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soulever les droits opposés dans le cadre de l’article premier de la *Charte*; voir *R. c. Jones*, [[1986] 2 R.C.S. 284] ». Puisque la liberté d’expression, la liberté de religion et les droits à l’égalité sont invoqués en l’espèce, une analyse fondée sur l’article premier se veut la démarche procédurale appropriée en vue d’examiner leur interaction au plan constitutionnel.

[155] Il est établi qu’une mesure contrevient à l’al. 2a) de la *Charte* lorsque les deux conditions suivantes sont réunies : (1) le plaignant entretient sincèrement une croyance ou se livre sincèrement à une pratique ayant un lien avec la religion; (2) la mesure contestée entrave la capacité du plaignant de se conformer à ses croyances religieuses : *Hutterian Brethren of Wilson Colony*, par. 32; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 46 et 56-59; *Multani*, par. 34. L’atteinte doit être plus que négligeable ou insignifiante et elle doit menacer des convictions ou des pratiques religieuses concrètes.

[156] Il est acquis aux débats que M. Whatcott croit sincèrement que sa religion l’oblige à convertir les homosexuels. À cette fin, pour rendre son message plus convaincant, il semble employer des écrits et des discours extrêmes et crus. Dans la mesure où son choix de discours répond à la définition de la haine énoncée à l’al. 14(1)(b), l’interdiction nuira considérablement à la capacité de M. Whatcott de propager ses convictions par la diffusion ou la publication de ces représentations. L’alinéa 14(1)(b) du *Code* porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par l’al. 2a) de la *Charte*.

[157] Toutefois, le fait de conclure que l’al. 2a) de la *Charte* protège les propos haineux allégués et que l’al. 14(1)(b) du *Code* viole l’al. 2a) ne règle pas la question. Il faut encore procéder à une analyse fondée sur l’article premier afin de déterminer si la violation de la liberté de religion dans ce contexte peut raisonnablement se justifier dans le cadre d’une société libre et démocratique.

D. Section 1 Analysis

[158] The s. 1 analysis with respect to the infringement of s. 2(a) of the *Charter* by s. 14(1)(b) of the *Code* raises similar considerations to that carried out in the context of s. 2(b).

[159] Preaching and the dissemination of religious beliefs is an important aspect of some religions. As stated by Dickson J. in *Big M Drug Mart*, at p. 336, “[t]he essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination” (emphasis added). Section 4 of the *Code* confirms that every person enjoys the right to “freedom of conscience, opinion and belief and freedom of religious association, teaching, practice and worship”.

[160] Mr. Whatcott asserts that the prohibition of speech of the type contained in his flyers will force people like himself to choose between following their conscience by preaching about same-sex sexual practices or following the law. The Christian Legal Fellowship argues that punishing Mr. Whatcott for this speech “limits the free expression of every religious adherent whose beliefs on sexuality or other controversial topics do not conform to those of mainstream society and allows those with minority views to be silenced through the operation of law”: factum, at para. 12.

[161] As discussed in the s. 1 analysis of the infringement of freedom of expression by s. 14(1)(b) of the *Code*, s. 1 both guarantees and limits *Charter* rights. When reconciling *Charter* rights and values, freedom of religion and the right to equality accorded all residents of Saskatchewan must co-exist.

D. Analyse fondée sur l'article premier

[158] En ce qui concerne la question de la violation de l'al. 2a) de la *Charte* par l'al. 14(1)(b) du *Code*, l'analyse fondée sur l'article premier soulève des considérations semblables à celles examinées dans le cadre de l'analyse de l'al. 2b).

[159] L'enseignement et la propagation de convictions religieuses constituent un aspect important de certaines religions. Ainsi que le juge Dickson l'a expliqué dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, p. 336, « [I]e concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (je souligne). L'article 4 du *Code* confirme que chacun jouit de [TRADUCTION] « la liberté de conscience, d'opinion et de croyance et de la liberté d'association, d'enseignement, de pratique et de culte religieux ».

[160] M. Whatcott affirme que le fait d'interdire le type de propos contenus dans ses tracts forcera des gens comme lui à choisir entre, d'une part, obéir à leur conscience en prêchant au sujet des pratiques homosexuelles et, d'autre part, se conformer à la loi. Selon l'Alliance des chrétiens en droit, punir M. Whatcott parce qu'il a tenu de tels propos [TRADUCTION] « constitue une restriction à la libre expression de tout croyant dont les convictions sur la sexualité ou sur d'autres sujets controversés ne vont pas dans le sens de l'opinion du reste de la population et réduit au silence ceux qui ont un point de vue minoritaire par l'application de la loi » : mémoire, par. 12.

[161] Dans l'analyse fondée sur l'article premier relative à la violation de la liberté d'expression par l'al. 14(1)(b) du *Code*, j'ai expliqué que l'article premier garantit et limite à la fois les droits garantis par la *Charte*. Lorsqu'on cherche à concilier les droits et les valeurs reconnus par la *Charte*, la liberté de religion et le droit à l'égalité reconnus à tous les résidents de la Saskatchewan doivent coexister.

[162] In *Ross*, La Forest J. recognized that there could be circumstances in which the infringement of an exercise of freedom of religion, like that of freedom of expression, could merit only an attenuated level of s. 1 justification. La Forest J. noted that the respondent's religious views in that case sought to deny Jews respect for dignity and equality. He went on to state, at para. 94, that “[w]here the manifestations of an individual's right or freedom are incompatible with the very values sought to be upheld in the process of undertaking a s. 1 analysis, then, an attenuated level of s. 1 justification is appropriate.”

[163] For the purposes of the application of s. 14(1)(b) of the *Code*, it does not matter whether the expression at issue is religiously motivated or not. If, viewed objectively, the publication involves representations that expose or are likely to expose the vulnerable group to detestation and vilification, then the religious expression is captured by the legislative prohibition. In other words, Mr. Whatcott and others are free to preach against same-sex activities, to urge its censorship from the public school curriculum and to seek to convert others to their point of view. Their freedom to express those views is unlimited, except by the narrow requirement that they not be conveyed through hate speech.

[164] For the same reasons set out earlier in the s. 1 analysis in the case of freedom of expression, in my view, the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” are not rationally connected to the legislative purpose of addressing systemic discrimination of protected groups, nor tailored to minimally impair freedom of religion. I find the remaining prohibition of any representation “that exposes or tends to expose to hatred” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground to be a reasonable limit on freedom of religion and

[162] Dans l'arrêt *Ross*, le juge La Forest a reconnu qu'il pouvait exister des situations dans lesquelles l'atteinte à l'exercice de la liberté de religion, tout comme l'atteinte à la liberté d'expression, justifiaient que l'on fasse preuve de souplesse dans la justification au regard de l'article premier. Le juge La Forest a fait observer que les opinions religieuses de l'intimé dans cette affaire visaient à nier aux Juifs le respect de leur dignité et de leur égalité. Le juge a poursuivi en expliquant, au par. 94, que « [l]orsque les manifestations d'un droit ou d'une liberté d'une personne sont incompatibles avec les valeurs mêmes que l'on cherche à maintenir en procédant à une analyse fondée sur l'article premier, il convient de permettre un degré atténué de justification au sens de l'article premier. »

[163] Pour l'application de l'al. 14(1)(b) du *Code*, il importe peu que l'écrit ou le discours en cause soit ou non motivé par des considérations religieuses. Si, lorsqu'on la considère de façon objective, la publication véhicule des propos qui exposent ou qui sont susceptibles d'exposer le groupe vulnérable à la détestation et à la diffamation, l'expression religieuse tombe alors sous le coup de l'interdiction prévue par la loi. En d'autres termes, M. Whatcott et d'autres personnes sont libres de prêcher en dénonçant les activités homosexuelles, de réclamer qu'on retire cette question du programme d'études des écoles publiques et de tenter de rallier d'autres personnes à leur point de vue. Leur liberté d'exprimer ces opinions est illimitée et n'est assujettie qu'à une condition bien circonscrite, celle de ne pas les communiquer au moyen de propos haineux.

[164] Pour les mêmes raisons que celles énoncées précédemment dans l'analyse fondée sur l'article premier relative à la liberté d'expression, j'estime qu'il n'existe aucun lien rationnel entre les mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » et l'objectif du législateur consistant à combattre la discrimination systémique à l'endroit des groupes protégés, et que ces mots ne permettent pas de porter le moins possible atteinte à la liberté de religion. Je conclus que, pour ce qui reste de la disposition, l'interdiction de toute

demonstrably justified in a free and democratic society.

IX. Application of Section 14(1)(b) to Mr. Whatcott’s Flyers

[165] After this lengthy discussion of the interpretation of the definition of “hatred” and the constitutionality of s. 14(1)(b) of the *Code*, I turn to whether the Tribunal’s decision that Mr. Whatcott’s flyers contravene s. 14(1)(b) should be upheld on appeal.

A. *Standard of Review of Tribunal Decision*

[166] The Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal both adopted a correctness standard in this case, based on the reasoning of Richards J.A. in *Owens*. Richards J.A. had concluded that a standard of correctness was appropriate, given the absence of a statutory privative clause, the lack of any special expertise by the tribunal in human rights issues, the fact that the findings in the case had been arrived at through a formal adjudicative process, and that the issue raised turned on important points of law, including the interpretation of the Constitution.

[167] The decision in *Owens* predates this Court’s decision in *Dunsmuir*, which now governs the standard of review. *Dunsmuir* confirmed that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity”: para. 54; see also *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, per Fish J. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R.

représentation qui « expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine » pour un motif de distinction illicite constitue une limite raisonnable à la liberté de religion et sa justification est démontrée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

IX. Application de l’al. 14(1)(b) aux tracts de M. Whatcott

[165] Après cette longue analyse de l’interprétation qu’il convient de donner à la définition de « haine » ainsi que de la constitutionnalité de l’al. 14(1)(b) du *Code*, j’aborde la question de savoir s’il y a lieu de maintenir en appel la décision du Tribunal selon laquelle les tracts de M. Whatcott contreviennent à l’al. 14(1)(b).

A. *Norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal*

[166] La Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel ont toutes deux appliqué en l’espèce la norme de la décision correcte, suivant le raisonnement du juge Richards dans *Owens*. Le juge Richards avait conclu qu’il convenait d’appliquer la norme de la décision correcte, compte tenu de l’absence, dans la loi, d’une clause privative, du manque d’expertise particulière du tribunal en matière de droits de la personne, du fait que les conclusions avaient été tirées à la suite d’un processus décisionnel formel, et que le litige soulevait des questions de droit importantes, dont l’interprétation de la Constitution.

[167] La décision *Owens* est antérieure à l’arrêt *Dunsmuir* de notre Cour qui régit maintenant la norme de contrôle applicable. Dans *Dunsmuir*, la Cour a confirmé que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » : par. 54; voir également *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish. Dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*

654, the Court summarized the *Dunsmuir* approach, at para. 30:

This principle [of deference] applies unless the interpretation of the home statute falls into one of the categories of questions to which the correctness standard continues to apply, i.e., “constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise, . . . [q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals’ [and] true questions of jurisdiction or *vires*” (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18, *per* LeBel and Cromwell JJ. . .).

[168] In this case, the decision was well within the expertise of the Tribunal, interpreting its home statute and applying it to the facts before it. The decision followed the *Taylor* precedent and otherwise did not involve questions of law that are of central importance to the legal system outside its expertise. The standard of review must be reasonableness.

B. Context

[169] The broader context in which the flyers were published included, among other things, a history of discrimination against those of same-sex orientation and the relatively recent recognition of their equality rights and protection as a vulnerable group; public policy debates about the appropriate content of public school curriculum; and ongoing religious and public interest debates about the morality of same-sex conduct.

[170] Before reviewing the Tribunal’s decision, I would comment on three concerns raised by the Court of Appeal in relation to how the Tribunal and the Court of Queen’s Bench dealt with the context

c. Alberta Teachers’ Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30, la Cour a résumé ainsi l’approche préconisée dans l’arrêt *Dunsmuir* :

Le principe [de la déférence] ne vaut cependant pas lorsque l’interprétation de la loi constitutive relève d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir les « questions constitutionnelles, [les] questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur, [les] questions portant sur la “délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents” [et] les questions touchant véritablement à la compétence » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18, les juges LeBel et Cromwell . . .).

[168] En l’espèce, la décision relevait manifestement de l’expertise du Tribunal, relativement à l’interprétation de sa loi constitutive et à son application aux faits dont il disposait. Cette décision suivait l’arrêt *Taylor* et ne portait pas par ailleurs sur des questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d’expertise du Tribunal. La norme de contrôle applicable doit être celle de la décision raisonnable.

B. Contexte

[169] Pour ce qui est du contexte général dans lequel les tracts ont été publiés, il y a lieu de signaler notamment la discrimination dont les personnes d’orientation homosexuelle ont été victimes par le passé, ainsi que la reconnaissance relativement récente de leurs droits à l’égalité et leur protection en tant que membres d’un groupe vulnérable. Mentionnons également les débats d’intérêt public qui se sont tenus au sujet de ce que devraient contenir les programmes d’études des écoles publiques, ainsi que les débats religieux et d’intérêt public constants portant sur la moralité des comportements homosexuels.

[170] Avant d’examiner la décision du Tribunal, je tiens à faire des observations quant à trois préoccupations soulevées par la Cour d’appel au sujet de la façon dont le Tribunal et la Cour du Banc

of the case. Unlike the appellate court, I do not find that the Tribunal unreasonably failed to give proper weight to the importance of protecting expression that is part of an ongoing debate on sexual morality and public policy. Nor do I find the Tribunal's approach unreasonable in isolating certain excerpts from the flyers for examination, or in finding that the flyers criticize sexual orientation and not simply sexual behaviour.

[171] As discussed, that the rights of a vulnerable group are a matter of ongoing discussion does not justify greater exposure by that group to hatred and its effects. This is because the only expression which should be caught by s. 14(1)(b) of the *Code* is hate-inspiring expression that adds little value to political discourse or to the quest for truth, self-fulfillment, and an embracing marketplace of ideas.

[172] Once the appellate court in the present case determined that Mr. Whatcott's flyers were a polemic on public policy issues, it essentially precluded any finding that the expression in question constituted hate speech. This was especially so when the court rejected the relevancy of the inflammatory nature of the language used. In my respectful view, this approach was in error.

[173] The appellate court also expressed concern about the manner in which the Tribunal isolated certain excerpts from Mr. Whatcott's flyers and then proceeded to determine that they evidenced a contravention of s. 14(1)(b) of the *Code*. The court warned that it was not enough that particular words or phrases might be considered to meet the definition of hatred.

[174] I agree that the words and phrases in a publication cannot properly be assessed out of context. The expression must be considered as a whole, to determine the overall impact or effect of the publication. However, it is also legitimate

de la Reine ont disposé du contexte de l'affaire. Contrairement à la Cour d'appel, j'estime que le Tribunal n'a pas omis de façon déraisonnable de reconnaître l'importance que revêt la protection des propos qui s'inscrivaient dans le cadre d'un débat constant sur la moralité sexuelle et l'intérêt public. J'estime également que le Tribunal n'a pas adopté une approche déraisonnable en examinant certains passages des tracts ou en concluant que les tracts critiquaient l'orientation sexuelle et non simplement les comportements sexuels.

[171] Comme je l'ai déjà expliqué, le fait que les droits d'un groupe vulnérable fassent l'objet d'un débat récurrent ne justifie pas que l'on expose ce groupe à la haine et à ses conséquences, puisque les seuls écrits et discours qui devraient tomber sous le coup de l'al. 14(1)(b) du *Code* sont ceux qui incitent à la haine et qui apportent peu au discours politique, à la recherche de la vérité, à l'épanouissement personnel ou à la tenue d'un débat d'idées riche et ouvert.

[172] Dès lors que la Cour d'appel avait jugé que les tracts de M. Whatcott constituaient une polémique portant sur des questions d'intérêt public, il devenait à toutes fins utiles impossible pour elle, en l'espèce, de conclure que l'écrit ou le discours en question constituait un discours haineux, d'autant plus qu'elle refusait de tenir compte du caractère incendiaire des mots employés. À mon humble avis, cette façon de voir était erronée.

[173] La Cour d'appel s'est également dite préoccupée par la façon dont le Tribunal avait isolé certains passages des tracts de M. Whatcott pour ensuite conclure qu'ils démontraient que l'al. 14(1)(b) du *Code* avait été violé. La Cour d'appel a pris le soin d'expliquer qu'il ne suffisait pas que certains mots ou expressions pris isolément puissent être considérés comme répondant à la définition de la haine.

[174] Je suis d'accord pour dire qu'on ne peut en toute légitimité interpréter hors contexte des mots ou des expressions tirés d'une publication. Il faut les examiner dans leur ensemble pour déterminer les répercussions ou les conséquences générales de

to proceed with a closer scrutiny of those parts of the expression which draw nearer to the purview of s. 14(1)(b) of the *Code*. In most cases, the overall context of the expression will affect the presentation, tone, or meaning of particular phrases or excerpts. However, a dissertation on public policy issues will not necessarily cleanse passages within a publication that would otherwise contravene a hate speech prohibition: *Kempling; Snyder*.

[175] In my view, it was not unreasonable for the Tribunal in this case to isolate the phrases it considered to be in issue. If, despite the context of the entire publication, even one phrase or sentence is found to bring the publication, as a whole, in contravention of the *Code*, this precludes publication of the flyer in its current form.

[176] Finally, unlike the Court of Appeal, I do not accept Mr. Whatcott's submission that the flyers targeted sexual activities, rather than sexual orientation. While the publications at issue may appear to engage in the debate about the morality of certain sexual behaviour, they are only aimed at that sexual activity when it is carried out by persons of a certain sexual orientation. They do not deal with the same sexual acts when carried out by heterosexual partners. For example, the word "sodomy" in the flyers is not used in relation to sexual acts in general, but only the sexual act as between men. This is clear by Mr. Whatcott's reference to "sodomites and lesbians" and "learning how wonderful it is for two men to sodomize each other" (Flyer D).

[177] Genuine comments on sexual activity are not likely to fall into the purview of a prohibition against hate. If Mr. Whatcott's message was that those who engage in sexual practices not leading to procreation should not be hired as teachers or that such practices should not be discussed as part

la publication. Il est toutefois également légitime d'examiner de plus près les passages qui semblent se rapprocher davantage de ce que vise l'al. 14(1)(b) du *Code*. Dans la plupart des cas, le contexte général dans lequel l'écrit ou le discours a été formulé aura une influence sur la présentation, le ton ou la signification des expressions utilisées ou des extraits retenus. Toutefois, un exposé portant sur des questions d'intérêt public ne rachètera pas nécessairement les passages de la publication qui contreviendraient autrement à une interdiction concernant les propos haineux : *Kempling; Snyder*.

[175] À mon avis, dans le cas qui nous occupe, il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal d'isoler les expressions qu'il estimait litigieuses. Si, malgré le contexte général de la publication, on estime qu'une expression ou une phrase font en sorte que c'est la publication dans son ensemble qui contrevient au *Code*, le tract ne peut alors être publié dans sa forme actuelle.

[176] Enfin, contrairement à la Cour d'appel, je rejette la prétention de M. Whatcott selon laquelle les tracts visaient les activités sexuelles et non l'orientation sexuelle. Bien que les publications en litige puissent sembler relancer le débat sur la moralité de certains comportements sexuels, elles ne visent que les activités sexuelles auxquelles s'adonnent les personnes ayant une certaine orientation sexuelle. Elles ne portent pas sur les mêmes actes sexuels que ceux auxquels peuvent s'adonner des partenaires hétérosexuels. Par exemple, le mot « sodomie » que l'on trouve dans les tracts n'est pas employé en rapport avec les actes sexuels en général, mais uniquement en rapport avec des actes sexuels entre hommes. M. Whatcott l'indique clairement lorsqu'il mentionne [TRADUCTION] « les sodomites et les lesbiennes » et « apprendre à quel point c'est merveilleux pour deux hommes de se sodomiser l'un l'autre » (tract D).

[177] Des propos authentiques sur des activités sexuelles risquent peu de tomber sous le coup de l'interdiction visant les propos haineux. Si le message de M. Whatcott est que les personnes qui se livrent à des pratiques sexuelles ne conduisant pas à la procréation ne devraient pas être engagés

of the school curriculum, his expression would not implicate an identifiable group. If, however, he chooses to direct his expression at sexual behaviour by those of a certain sexual orientation, his expression must be assessed against the hatred definition in the same manner as if his expression was targeted at those of a certain race or religion.

C. *The Tribunal's Decision*

[178] The Tribunal acknowledged the approach mandated by the Saskatchewan Court of Appeal in *Bell* to restrict the application of s. 14(1)(b) to the *Taylor* definition of hatred. The application of the hatred definition, as modified by these reasons, questions whether a reasonable person, aware of the relevant context and circumstances, would view the representations as exposing or likely to expose a person or class of persons to detestation or vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination. The application must also take the objectives of the *Code* into account.

[179] In my view, the Tribunal was aware that the test to be applied was an objective one. Although it devoted considerable time to summarizing evidence on the impact of the flyers on the various complainants, this was relevant to the issue of compensation to be provided pursuant to s. 31.4(a) and (b) of the *Code*. After summarizing the evidence of expert witnesses and of Mr. Whatcott, the Tribunal acknowledged that Mr. Whatcott's intention in distributing the flyers was irrelevant. Noting that the application of an objective test by the Board of Inquiry in *Owens* had been confirmed by the Court of Queen's Bench in that case, the Tribunal went on to hold, in respect of each flyer, that it had no hesitation in concluding "that the material contained therein can objectively be viewed as exposing homosexuals to hatred and ridicule" (paras. 51-53).

comme enseignants ou que les pratiques en question ne devraient pas être discutées dans le cadre du programme d'études scolaire, son message ne viserait pas un groupe identifiable. Toutefois, s'il choisit de faire porter son message sur les comportements sexuels de personnes ayant une certaine orientation sexuelle, son message doit être évalué en fonction de la définition de la haine de la même manière que si son message visait les personnes d'une race ou d'une religion déterminée.

C. *La décision du Tribunal*

[178] Le Tribunal a reconnu l'approche préconisée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Bell* consistant à limiter l'application de l'al. 14(1)(b) à la définition que l'arrêt *Taylor* donne de la haine. L'application de la définition de la haine modifiée par les présents motifs soulève la question de savoir si une personne raisonnable, informée des circonstances et du contexte pertinents, considérerait que les propos en question exposent ou sont susceptibles d'exposer une personne ou une catégorie de personnes à la détestation ou au mépris pour un motif de distinction illicite. L'application de la définition doit également prendre en compte les objectifs du *Code*.

[179] J'estime que le Tribunal était conscient qu'il devait appliquer un critère objectif. Bien qu'il ait consacré beaucoup de temps à résumer les éléments de preuve relatifs à l'incidence des tracts sur les différents plaignants, il s'agissait d'un élément pertinent quant à la question de l'indemnité à accorder en vertu des al. 31.4(a) et (b) du *Code*. Après avoir résumé les témoignages des experts et de M. Whatcott, le Tribunal a reconnu que l'intention de ce dernier lorsqu'il a distribué les tracts n'était pas pertinente. Soulignant que, dans l'affaire *Owens*, la Cour du Banc de la Reine avait confirmé l'application d'un critère objectif par la commission d'enquête, le Tribunal a ajouté relativement à chaque tract, qu'il concluait sans hésiter [TRADUCTION] « que le contenu de ces publications peut objectivement être perçu comme exposant les homosexuels à la haine et au ridicule » (par. 51-53).

[180] The Tribunal was also aware that the legislative objectives of the *Code* must be kept in mind in applying the prohibition in s. 14(1)(b). It noted Dickson C.J.'s observation, at p. 930 of *Taylor*, that clauses confirming the importance of freedom of expression, like s. 14(2) of the *Code*, indicate to tribunals "the necessity of balancing the objective of eradicating discrimination with the need to protect free expression" (para. 55).

[181] It remains to determine whether the Tribunal applied s. 14(1)(b) in a manner consistent with the ardent and extreme nature of feelings constituting "hatred" that was emphasized in *Taylor*.

[182] The Tribunal isolated certain passages from each of the flyers. In regard to Flyer D, it found that the combined references in six phrases "clearly exposes or tends to expose [homosexuals] to hatred, ridicules, belittles or otherwise affronts their dignity on the basis of their sexual orientation" (para. 51):

... children ... learning how wonderful it is for two men to sodomize each other;

Now the homosexuals want to share their filth and propaganda with Saskatchewan's children;

degenerated into a filthy session where gay and lesbian teachers used dirty language to describe lesbian sex and sodomy to their teenage audience;

ex-Sodomites and other types of sex addicts who have been able to break free of their sexual bondage and develop wholesome and healthy relationships;

sodomites and lesbians who want to remain in their lifestyle and proselytize vulnerable young people that civil law should discriminate against them;

[180] Le Tribunal savait également qu'il devait garder à l'esprit les objectifs législatifs du *Code* en appliquant l'interdiction prévue à l'al. 14(1)(b). Il a repris, au par. 55 de ses motifs, la remarque formulée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Taylor*, à la p. 930, selon laquelle les dispositions confirmant l'importance de la liberté d'expression, tout comme le par. 14(2) du *Code*, constituent une façon d'indiquer aux tribunaux « qu'il faut soupeser l'objectif de l'élimination de la discrimination et la nécessité de protéger la liberté d'expression ».

[181] Il reste à déterminer si le Tribunal a appliqué l'al. 14(1)(b) d'une manière conforme à la nature à la fois virulente et extrême des sentiments inspirant la « haine » qui a été soulignée dans l'arrêt *Taylor*.

[182] Le Tribunal a extrait certains passages de chacun des tracts en question. En ce qui concerne le tract D, le Tribunal a jugé que les références regroupées dans six passages [TRADUCTION] « exposent clairement ou tendent clairement à exposer [les homosexuels] à la haine, les ridiculisent, les rabaisent ou portent par ailleurs atteinte à leur dignité du fait de leur orientation sexuelle » (par. 51) :

[TRADUCTION]

... apprendre [à des enfants] à quel point c'est merveilleux pour deux hommes de se sodomiser l'un l'autre;

Les homosexuels veulent maintenant répandre leurs obscénités et leur propagande auprès des enfants de la Saskatchewan;

a dégénéré en une séance ordurière au cours de laquelle des professeurs gais et des enseignantes lesbiennes ont employé des obscénités pour décrire les pratiques sexuelles lesbiennes et la sodomie à leur auditoire d'adolescents;

d'anciens sodomites et autres types de dépendants sexuels qui ont réussi à se libérer de leur esclavage sexuel et à développer des relations saines;

dans le cas des sodomites et des lesbiennes qui veulent conserver leur mode de vie et qui font du prosélytisme auprès de jeunes vulnérables, le droit civil devrait être discriminatoire à leur égard;

Our children will pay the price in disease, death, abuse . . . if we do not say no to the sodomite desire to socialize your children into accepting something that is clearly wrong.

[183] The Tribunal made an identical finding with respect to the following passages from Flyer E (para. 50):

Sodomites are 430 times more likely to acquire Aids and 3 times more likely to sexually abuse children!;

Born Gay? No Way! Homosexual sex is about risky and addictive behaviour!;

If Saskatchewan's sodomites have their way, your school board will be celebrating buggery too!;

Don't kid your selves; homosexuality is going to be taught to your children and it won't be the media stereotypes of two monogamous men holding hands;

The Bible is clear that homosexuality is an abomination;

Sodom and Gomorrah was given over completely to homosexual perversion and as a result destroyed by God's wrath;

Our acceptance of homosexuality and our toleration of its promotion in our school system will lead to the early death and morbidity of many children.

[184] Finally, the Tribunal found that Flyers F and G also exposed homosexuals to hatred and ridicule based on the following two phrases (para. 53):

Saskatchewan's largest gay magazine allows ads for men seeking boys!;

If you cause one of these little ones to stumble it would be better that a millstone was tied around your neck and you were cast into the sea.

Nos enfants vont en payer le tribut à la maladie, la mort, l'agression [. . .] si nous ne nous élevons pas contre le désir des sodomites de chercher à convaincre vos enfants d'accepter quelque chose qui est de toute évidence mal.

[183] Le Tribunal a tiré une conclusion identique en ce qui concerne les passages suivants du tract E (par. 50) :

[TRADUCTION]

Les sodomites sont 430 fois plus à risque d'attraper le sida et sont trois fois plus susceptibles de faire subir des sévices sexuels à des enfants!

On naît gai? Absolument pas! Les relations sexuelles homosexuelles se caractérisent par des comportements risqués qui créent une dépendance!

Si on laisse les sodomites de la Saskatchewan faire à leur tête, votre conseil scolaire fera bientôt lui aussi l'apologie de la sodomie!

Ne vous racontez pas d'histoires : l'homosexualité va être enseignée à vos enfants et le modèle proposé ne sera pas celui de deux hommes monogames se tenant par la main, comme ce que nous montrent les médias.

La Bible est claire : l'homosexualité est une abomination.

Sodome et Gomorre se sont livrées entièrement à leur perversion homosexuelle, ce qui a entraîné leur destruction lorsque le courroux de Dieu s'est abattu sur elles.

Notre acceptation de l'homosexualité et notre tolérance face à sa promotion au sein de notre réseau scolaire se traduiront par des décès prématurés et de la morbidité chez de nombreux enfants.

[184] Finalement, en se fondant sur les deux extraits suivants, le Tribunal a conclu que les tracts F et G exposaient également les homosexuels à la haine et les ridiculisaient (par. 53) :

[TRADUCTION]

Le plus important magazine gai de la Saskatchewan accepte de publier des annonces dans lesquelles des hommes se disent à la recherche de jeunes garçons!

Mais quiconque fait trébucher un seul de ces petits, il est préférable qu'on lui attache au cou une grosse meule et qu'on le précipite dans les profondeurs de la mer.

[185] The Tribunal indicated that it considered evidence as a pattern or practice of disregard of rights under s. 31(4) of the *Code*. It held that in distributing the materials in Saskatchewan between September 2001 and April 2002, Mr. Whatcott had shown a clear pattern or practice of disregard for protected rights. The Tribunal added that it would have reached the same conclusion taking the flyers individually.

[186] In my view, whether applying the *Taylor* definition of “hatred” or the definition as modified by these reasons, the Tribunal’s conclusions with respect to Flyers D and E were reasonable.

[187] Passages of Flyers D and E combine many of the “hallmarks” of hatred identified in the case law. The expression portrays the targeted group as a menace that could threaten the safety and well-being of others, makes reference to respected sources (in this case the Bible) to lend credibility to the negative generalizations, and uses vilifying and derogatory representations to create a tone of hatred: see *Kouba*, at paras. 24-81. It delegitimizes homosexuals by referring to them as filthy or dirty sex addicts and by comparing them to pedophiles, a traditionally reviled group in society.

[188] Some of the examples of the hate-inspiring representations in Flyers D and E are phrases such as: “Now the homosexuals want to share their filth and propaganda with Saskatchewan’s children”; “degenerated into a filthy session where gay and lesbian teachers used dirty language to describe lesbian sex and sodomy to their teenage audience”; “proselytize vulnerable young people”; “ex-Sodomites and other types of sex addicts”; and “[h]omosexual sex is about risky & addictive behaviour!” The repeated references to “filth”, “dirty”, “degenerated” and “sex addicts” or “addictive behaviour” emphasize the notion that those of same-sex orientation are unclean and possessed

[185] Le Tribunal a indiqué avoir considéré, aux termes du par. 31(4) du *Code*, que les éléments de preuve établissaient le refus systématique de respecter des droits. Il a estimé qu’en distribuant les publications en question en Saskatchewan entre septembre 2001 et avril 2002, M. Whatcott avait clairement et systématiquement fait preuve d’un mépris constant à l’égard de droits protégés. Le Tribunal a ajouté qu’il en serait arrivé à la même conclusion s’il avait examiné les tracts individuellement.

[186] À mon avis, peu importe que l’on applique la définition du terme « haine » retenue dans l’arrêt *Taylor* ou la définition modifiée par les présents motifs, les conclusions du Tribunal au sujet des tracts D et E étaient raisonnables.

[187] Des passages des tracts D et E présentent de nombreuses « caractéristiques » de la haine reconnues par la jurisprudence. Ils dépeignent le groupe ciblé comme une menace qui pourrait compromettre la sécurité et le bien-être d’autrui, ils citent des sources respectées (en l’occurrence, la Bible) pour légitimer des généralisations négatives, et ils emploient des illustrations diffamantes et dénigrantes afin de créer un climat de haine : voir *Kouba*, par. 24-81. Ils dénigrent les homosexuels en les dépeignant comme des dépendants sexuels dégoûtants ou sales et en les comparant à des pédophiles, qui ont traditionnellement fait l’objet de l’opprobre public.

[188] Parmi les exemples de propos incitant à la haine que l’on trouve dans les tracts D et E, mentionnons les suivants : [TRADUCTION] « Les homosexuels veulent maintenant répandre leurs obscénités et leur propagande auprès des enfants de la Saskatchewan », « a dégénéré en une séance ordurière au cours de laquelle des professeurs gais et des enseignantes lesbiennes ont employé des obscénités pour décrire les pratiques sexuelles lesbiennes et la sodomie à leur auditoire d’adolescents », « font du prosélytisme auprès de jeunes vulnérables », « d’anciens sodomites et autres types de dépendants sexuels », « [l]es relations sexuelles homosexuelles se caractérisent par

with uncontrollable sexual appetites or behaviour. The message which a reasonable person would take from the flyers is that homosexuals, by virtue of their sexual orientation, are inferior, untrustworthy and seek to proselytize and convert our children.

[189] The flyers also seek to vilify those of same-sex orientation by portraying them as child abusers or predators. Examples of this in Flyers D and E would include: “Our children will pay the price in disease, death, abuse . . .”; “Sodomites are 430 times more likely to acquire Aids & 3 times more likely to sexually abuse children!”; and “[o]ur acceptance of homosexuality and our toleration [*sic*] of its promotion in our school system will lead to the early death and morbidity of many children.”

[190] Whether or not Mr. Whatcott intended his expression to incite hatred against homosexuals, in my view it was reasonable for the Tribunal to hold that, by equating homosexuals with carriers of disease, sex addicts, pedophiles and predators who would proselytize vulnerable children and cause their premature death, Flyers D and E would objectively be seen as exposing homosexuals to detestation and vilification.

[191] Part of assessing whether expression contravenes s. 14(1)(b) of the *Code* is whether the expression not only exposes or tends to expose the vulnerable group to detestation and vilification, but also, when viewed objectively and in its context, has the potential to lead to discriminatory treatment of the targeted group. Overt advocacy of discriminatory treatment is neither necessary nor sufficient to establish that expression exposes a

des comportements risqués qui créent une dépendance!» La répétition des mots « dégoûtant », « sale », « dégénéré » et « dépendants sexuels » ou « qui créent une dépendance » renforce l'idée que les personnes d'orientation homosexuelle sont des êtres impurs possédés d'un appétit ou de comportements sexuels déréglés. Le message que la personne raisonnable tire des tracts est qu'en raison de leur orientation sexuelle, les homosexuels sont inférieurs, qu'ils ne sont pas fiables et que leur but est de faire du prosélytisme et de convertir nos enfants.

[189] Les tracts visent également à diffamer les personnes d'orientation homosexuelle en les dépeignant comme des agresseurs d'enfants ou des prédateurs. Parmi les exemples que l'on peut trouver dans les tracts D et E, mentionnons les extraits suivants : [TRADUCTION] « Nos enfants vont en payer le tribut à la maladie, la mort, l'agression . . . », « [L]es sodomites sont 430 fois plus à risque d'attraper le sida et sont trois fois plus susceptibles de faire subir des sévices sexuels à des enfants! » et « [n]otre acceptation de l'homosexualité et notre tolérance face à sa promotion au sein de notre réseau scolaire se traduiront par des décès prématurés et de la morbidité chez de nombreux enfants. »

[190] Peu importe que M. Whatcott ait eu ou non l'intention que ses écrits incitent à la haine contre les homosexuels, j'estime qu'il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'en assimilant les homosexuels à des vecteurs de maladie, et en les considérant comme des dépendants sexuels, des pédophiles et des prédateurs qui font du prosélytisme auprès des enfants vulnérables et causent leur mort prématurée, les tracts D et E seraient objectivement considérés comme exposant les homosexuels à la détestation et au mépris.

[191] Pour déterminer s'il contrevient à l'al. 14(1)(b) du *Code*, il faut se demander si l'écrit ou le discours non seulement expose ou tend à exposer le groupe vulnérable à la détestation et la diffamation, mais également si, lorsqu'on l'interprète objectivement en tenant compte du contexte, il peut mener au traitement discriminatoire du groupe ciblé. Il n'est ni nécessaire ni suffisant que l'on ait fait ouvertement la promotion du traitement

protected group to hatred. However, it can be an important factor in assessing the context of the expression and its likely effects.

[192] In the instant case, Flyers D and E expressly call for discriminatory treatment of those of same-sex orientation. Flyer D urges that the rights of homosexuals and lesbians should be reduced by stating: “We also believe that for sodomites and lesbians who want to remain in their lifestyle and proselytize vulnerable young people that civil law should discriminate against them” (emphasis added). Flyer E urges: “Our acceptance of homosexuality and our toleration of its promotion in our school system will lead to the early death and morbidity of many children” (emphasis added). Mr. Whatcott therefore combined expression exposing homosexuals to hatred with expression promoting their discriminatory treatment. In my view, it was not unreasonable for the Tribunal to conclude that this expression was more likely than not to expose homosexuals to hatred.

[193] I would therefore allow the appeal, overturn the Court of Appeal’s conclusion on this point, and reinstate the Tribunal’s decision as to Flyers D and E.

[194] However, in my view, the Tribunal’s decision with respect to Flyers F and G was unreasonable. The Tribunal erred by failing to apply s. 14(1)(b) in accordance with the *Taylor* directive (requiring feelings of an ardent and extreme nature so as to constitute hatred), or in accordance with the interpretation of s. 14(1)(b) prescribed in *Bell* (essentially reading out the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of”). By failing to apply the proper legal test to the facts before it, the Tribunal’s determination that those flyers contravened s. 14(1)(b) was unreasonable and cannot be upheld.

discriminatoire pour établir que l’écrit ou le discours expose à la haine un groupe protégé. Ce facteur peut toutefois s’avérer important lors de l’examen du contexte et des conséquences probables de l’écrit ou du discours.

[192] En l’espèce, les tracts D et E invitent expressément les lecteurs à soumettre les personnes d’orientation homosexuelle à un traitement discriminatoire. Le tract D insiste pour que les droits des homosexuels et des lesbiennes soient limités en affirmant que [TRADUCTION] « [n]ous croyons aussi que dans le cas des sodomites et des lesbiennes qui veulent conserver leur mode de vie et qui font du prosélytisme auprès de jeunes vulnérables, le droit civil devrait être discriminatoire à leur égard » (je souligne). Dans le tract E, M. Whatcott affirme que « [n]otre acceptation de l’homosexualité et notre tolérance face à sa promotion au sein de notre réseau scolaire se traduiront par des décès prématurés et de la morbidité chez de nombreux enfants » (je souligne). M. Whatcott a donc formulé des propos qui exposent les homosexuels à la haine en plus de promouvoir la discrimination à leur endroit. À mon avis, il n’était pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure qu’il était fort probable que ces propos exposent les homosexuels à la haine.

[193] Je suis par conséquent d’avis de faire droit au pourvoi, d’infirmier la conclusion de la Cour d’appel sur ce point et de rétablir la décision du Tribunal relative aux tracts D et E.

[194] J’estime néanmoins que la décision du Tribunal relative aux tracts F et G était déraisonnable. Le Tribunal a commis une erreur en n’appliquant pas l’al. 14(1)(b) conformément à la directive donnée dans l’arrêt *Taylor* (qui exigeait des sentiments d’une nature à la fois virulente et extrême exprimant la haine), ou conformément à l’interprétation de l’al. 14(1)(b) donnée dans l’arrêt *Bell* (essentiellement, en faisant abstraction des mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité »). Puisque le Tribunal n’a pas appliqué le critère juridique approprié aux faits dont il disposait, sa conclusion selon laquelle ces tracts contrevenaient à l’al. 14(1)(b) était déraisonnable et ne saurait être maintenue.

[195] Flyers F and G are identical, and are comprised mainly of a reprint of a page of the classified advertisements from a publication called *Perceptions*. Printed by hand in bold print at the top of the page are the words “Saskatchewan’s largest gay magazine allows ads for men seeking boys”. Although there were conflicting views expressed on whether the references in the ads in question to “any age”; “boys/men”; or “[y]our age . . . is not so relevant” were in fact a reference to men seeking children (as Mr. Whatcott meant to imply by his additional biblical reference), the true purpose and meaning of the personal ads are, for our purposes, irrelevant. Mr. Whatcott also added the handwritten words: “‘If you cause one of these little ones to stumble it would be better that a millstone was tied around your neck and you were cast into the sea’ Jesus Christ” and “[t]he ads with men advertising as bottoms are men who want to get sodomized. This shouldn’t be legal in Saskatchewan!”

[196] In my view, it cannot reasonably be found that Flyers F and G contain expression that a reasonable person, aware of the relevant context and circumstances, would find as exposing or likely to expose persons of same-sex orientation to detestation and vilification. Reproduction of the ads themselves, and the statement as to how the ads could be interpreted as “men seeking boys”, do not manifest hatred. The implication that the ads reveal men seeking underaged males, while offensive, is presented as Mr. Whatcott’s interpretation of what the ads mean. He insinuates that this is a means by which pedophiles can advertise for victims, but the expression falls short of expressing detestation or vilification in a manner that delegitimizes homosexuals. The expression, while offensive, does not demonstrate the hatred required by the prohibition.

[195] Les tracts F et G sont identiques. Ils consistent essentiellement en la reproduction d’une page de petites annonces tirée d’une publication appelée *Perceptions*. On trouve la mention suivante inscrite à la main en caractères gras au haut de la page : [TRADUCTION] « Le plus important magazine gai de la Saskatchewan accepte de publier des annonces dans lesquelles des hommes se disent à la recherche de jeunes garçons ». Même si des opinions contradictoires ont été formulées au sujet de la question de savoir si, dans les annonces en cause, les mentions [TRADUCTION] « peu importe l’âge », « garçons/hommes » ou « l’âge [. . .] n’a pas tant d’importance » signifiaient effectivement que des hommes cherchaient à rencontrer des enfants (comme M. Whatcott l’a laissé entendre en ajoutant un verset de la Bible), le sens et l’objet véritables de ces annonces importent peu en l’espèce. M. Whatcott a également ajouté à la main les mots suivants : « “Mais quiconque fait trébucher un seul de ces petits, il est préférable qu’on lui attache au cou une grosse meule et qu’on le précipite dans les profondeurs de la mer” Jésus-Christ » et « [l]es hommes qui s’annoncent comme “passifs” sont des hommes qui veulent se faire sodomiser. Cela ne devrait pas être légal en Saskatchewan! »

[196] À mon avis, on ne peut pas raisonnablement conclure que les tracts F et G contenaient des propos qui, aux yeux d’une personne raisonnable informée des circonstances et du contexte pertinents, exposent ou sont susceptibles d’exposer les personnes d’orientation homosexuelle à la détestation et la diffamation. La reproduction des annonces elles-mêmes et l’indication de la façon d’interpréter l’annonce [TRADUCTION] « hommes cherchent garçons » ne manifestent pas la haine. L’insinuation que les annonces révèlent que des hommes recherchent des hommes mineurs, même si elle est offensante, se présente comme l’interprétation que M. Whatcott donne à ces annonces. M. Whatcott insinue qu’il s’agit d’un moyen par lequel des pédophiles publient des petites annonces en vue de rencontrer leurs victimes, mais les propos employés n’expriment pas la détestation ou la diffamation d’une manière qui dénigre les homosexuels. Même s’ils sont choquants, les propos ne traduisent pas le degré de haine que requiert l’application de l’interdiction.

[197] With respect to the purported excerpt from the Bible, I would agree with the comments of Richards J.A., at para. 78 of *Owens*, that

it is apparent that a human rights tribunal or court should exercise care in dealing with arguments to the effect that foundational religious writings violate the *Code*. While the courts cannot be drawn into the business of attempting to authoritatively interpret sacred texts such as the Bible, those texts will typically have characteristics which cannot be ignored if they are to be properly assessed in relation to s. 14(1)(b) of the *Code*.

[198] Richards J.A. found that objective observers would interpret excerpts of the Bible with an awareness that it contains more than one sort of message, some of which involve themes of love, tolerance and forgiveness. He also found that the meaning and relevance of the specific Bible passages cited in that case could be assessed in a variety of ways by different people.

[199] In my view, these comments apply with equal force to the biblical passage paraphrased in Flyers F and G that “[i]f you cause one of these little ones to stumble it would be better that a millstone was tied around your neck and you were cast into the sea”. Whether or not Mr. Whatcott meant this as a reference that homosexuals who seduced young boys should be killed, the biblical reference can also be interpreted as suggesting that anyone who harms Christians should be executed. The biblical passage, in and of itself, cannot be taken as inspiring detestation and vilification of homosexuals. While use of the Bible as a credible authority for a hateful proposition has been considered a hallmark of hatred, it would only be unusual circumstances and context that could transform a simple reading or publication of a religion’s holy text into what could objectively be viewed as hate speech.

[200] The Tribunal did not find fault with the handwritten words: “This shouldn’t be legal in

[197] En ce qui concerne le présumé extrait de la Bible, je souscris aux propos formulés à cet égard par le juge Richards dans l’arrêt *Owens*, par. 78 :

[TRADUCTION] . . . il est évident que les tribunaux des droits de la personne et les tribunaux judiciaires devraient faire preuve de prudence lorsqu’ils examinent des arguments suivant lesquels des écrits religieux fondamentaux violent le *Code*. Bien que les tribunaux judiciaires ne puissent se laisser entraîner à interpréter avec autorité des textes sacrés comme la Bible, ces textes présentent habituellement des caractéristiques dont on ne saurait faire abstraction si on veut les évaluer correctement au regard de l’al. 14(1)(b) du *Code*.

[198] Suivant le juge Richards, l’observateur objectif interpréterait les extraits de la Bible en étant conscient que celle-ci contient plusieurs types de messages dont certains comportent des thèmes d’amour, de tolérance et de pardon. Il a également conclu que le sens et la pertinence des passages bibliques expressément cités dans cette affaire pouvaient être interprétés de diverses façons par diverses personnes.

[199] À mon avis, ces observations valent tout autant pour le passage biblique paraphrasé aux tracts F et G, en l’occurrence : [TRADUCTION] « Mais quiconque fait trébucher un seul de ces petits, il est préférable qu’on lui attache au cou une grosse meule et qu’on le précipite dans les profondeurs de la mer ». Que M. Whatcott ait ou non voulu dire, en citant ce verset de la Bible, que les homosexuels qui séduisent les jeunes garçons devraient être tués, ce passage biblique peut également être interprété comme une invitation à exécuter toute personne qui fait du mal à un chrétien. En lui-même, le passage biblique ne peut être interprété comme incitant à la détestation et à la diffamation des homosexuels. Bien que le renvoi à la Bible en tant que source crédible à l’appui de propos haineux ait été considéré comme une caractéristique de la haine, seuls des circonstances et un contexte exceptionnels pourraient faire en sorte que la simple lecture ou publication d’un texte sacré soit objectivement perçue comme un discours haineux.

[200] Le Tribunal n’a trouvé rien à redire quant au passage écrit à la main, [TRADUCTION] « [c]ela ne

Saskatchewan!” It is unclear whether these words refer to the ads or to homosexuality itself. However, even if, viewed objectively, the words were to be interpreted as calling for homosexuality to be illegal, the statement is not combined with any representations of detestation and vilification delegitimizing those of same-sex orientation. Rather, as the Court of Appeal determined, these flyers are potentially offensive but lawful contributions to the public debate on the morality of homosexuality.

[201] The Tribunal may have been misguided by its approach of considering “the evidence as a pattern or practice of disregard of rights secured under the *Code* as permitted by s. 31(4)” (para. 54). Evidence of a person’s pattern or practice of disregard for protected rights cannot render a publication offside the prohibition under s. 14(1)(b), if that publication would not have been found to be so on an individual basis. Such an interpretation of the legislation would be an unacceptable restriction on freedom of expression. Although the Tribunal indicated that it would have reached the same view if it had taken each flyer individually, in my respectful view, it could not reasonably have reached that result by applying the proper legal test. A reasonable person, aware of the context and circumstances and making an individual assessment of Flyers F and G would not conclude that they expose homosexuals to detestation and vilification.

[202] Having found the Tribunal’s decisions with respect to Flyers F and G unreasonable, I would uphold the Court of Appeal’s conclusion that those two flyers do not contravene s. 14(1)(b) of the *Code*.

D. *Remedy*

[203] The Tribunal awarded compensation of \$2,500 to Guy Taylor and \$5,000 to each of James Komar, Brendan Wallace, and Kathy Hamre. The Tribunal awarded James Komar, Brendan Wallace, and Kathy Hamre double the compensation of Guy

devrait pas être légal en Saskatchewan! » On ne sait pas avec certitude si ces mots visent les annonces ou l’homosexualité elle-même. Toutefois, même si, lorsqu’on les considère objectivement, ces mots devaient être interprétés comme une invitation à déclarer l’homosexualité illégale, cette affirmation n’est pas combinée avec d’autres propos empreints de détestation et de diffamation visant à dénigrer les personnes d’orientation homosexuelle. La Cour d’appel a plutôt estimé que les tracts en question étaient potentiellement choquants, mais qu’elles constituaient un apport légitime au débat public sur la moralité de l’homosexualité.

[201] Le Tribunal a peut-être été mal avisé dans sa démarche en considérant que [TRADUCTION] « les éléments de preuve établissent un refus systématique de respecter des droits garantis par le *Code*, comme le permet le par. 31(4) » (par. 54). Les éléments de preuve établissant le refus systématique d’une personne de respecter des droits protégés ne font pas en sorte qu’une publication est visée par l’interdiction prévue à l’al. 14(1)(b) si la publication en question n’avait pas fait l’objet d’une décision en ce sens. Une telle interprétation de la loi se traduirait par une restriction inacceptable de la liberté d’expression. Bien que le Tribunal ait indiqué qu’il serait arrivé à la même conclusion s’il avait examiné les tracts individuellement, à mon avis, il ne pouvait pas raisonnablement y arriver en appliquant le bon critère juridique. Une personne raisonnable informée du contexte et des circonstances et qui examine les tracts F ou G individuellement n’estimerait pas qu’elles exposent les homosexuels à la détestation et à la diffamation.

[202] Ayant conclu que les décisions du Tribunal au sujet des tracts F et G sont déraisonnables, je suis d’avis de confirmer la conclusion de la Cour d’appel suivant laquelle ces deux tracts ne contreviennent pas à l’al. 14(1)(b) du *Code*.

D. *Réparation*

[203] Le Tribunal a accordé une indemnité de 2 500 \$ à Guy Taylor et de 5 000 \$ respectivement à James Komar, Brendan Wallace et Kathy Hamre. Le Tribunal a accordé à James Komar, Brendan Wallace et Kathy Hamre le double de l’indemnité

Taylor because their complaints fell under legislation introduced after Mr. Taylor had submitted his complaint. This new legislation doubled the limit on compensation and the Tribunal thus thought it appropriate to double the compensation of those three complainants.

[204] From my reading of the Tribunal's reasons, it awarded compensation based on the harm caused by the receipt of the flyers by the individuals. The Agreed Statement of Facts filed with the Tribunal indicates that Guy Taylor received Flyer D, James Komar Flyer E, Brendan Wallace Flyer F, and Kathy Hamre Flyer G.

[205] Given my finding that Flyers F and G do not constitute hate speech under s. 14(1)(b) of the *Code* and the fact that the compensation was based on the receipt of the flyers, I would not reinstate the compensation awarded to Brendan Wallace and Kathy Hamre. The compensation awards of \$2,500 to Guy Taylor and \$5,000 to James Komar, as well as the prohibition on further distribution of Flyers D and E, are reinstated.

X. Conclusion

[206] Section 14(1)(b) is a reasonable limit on freedom of expression and freedom of religion, demonstrably justified in a free and democratic society. I would therefore answer the constitutional questions as presented in the January 5, 2011 order of the Chief Justice as follows:

1. Does s. 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, infringe s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

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

accordée à M. Taylor parce que leur plainte relevait du texte de loi adopté après que M. Taylor eut déposé sa plainte. Cette nouvelle loi doublait la limite fixée pour les indemnités et le Tribunal a donc jugé bon de doubler l'indemnité accordée à ces trois plaignants.

[204] Suivant l'interprétation que je fais des motifs qu'il a exposés, le Tribunal a accordé une indemnité en se fondant sur le préjudice causé à ces personnes du fait qu'elles ont reçu les tracts en question. Selon ce qu'indique l'exposé conjoint des faits, Guy Taylor aurait reçu le tract D, James Komar, le tract E, Brendan Wallace, le tract F et Kathy Hamre, le tract G.

[205] Compte tenu de ma conclusion que les tracts F et G ne constituent pas des propos haineux au sens de l'al. 14(1)(b) du *Code* et du fait que l'indemnité qui a été accordée était fondée sur la réception des tracts, je suis d'avis de ne pas rétablir la décision qui accordait une indemnité à Brendan Wallace et à Kathy Hamre. L'indemnité de 2 500 \$ accordée à Guy Taylor et celle de 5 000 \$ accordée à James Komar, ainsi que l'interdiction de distribuer à l'avenir les tracts D et E, sont rétablies.

X. Dispositif

[206] L'alinéa 14(1)(b) constitue une limite raisonnable à la liberté d'expression et à la liberté de religion dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Je suis par conséquent d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles formulées dans l'ordonnance émanant de la Juge en chef en date du 5 janvier 2011 :

1. L'alinéa 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, viole-t-il l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et 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*?

Answer: A prohibition of any representation that “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground is not a reasonable limit on freedom of religion. Those words are constitutionally invalid and are severed from the statutory provision in accordance with these reasons. The remaining prohibition of any representation “that exposes or tends to expose to hatred” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground is a reasonable limit and demonstrably justified in a free and democratic society.

3. Does s. 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

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

Answer: A prohibition of any representation that “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground is not a reasonable limit on freedom of expression. Those words are constitutionally invalid and are severed from the statutory provision in accordance with these reasons. The remaining prohibition of any representation “that exposes or tends to expose to hatred” any person or class of persons on the basis of a prohibited ground is a reasonable limit and demonstrably justified in a free and democratic society.

[207] I would therefore allow the appeal in part, and reinstate the Tribunal’s decision as to Flyers D and E. I would dismiss the appeal with respect to Flyers F and G. Given that Mr. Whatcott was found in contravention of the *Code*, the Commission is

Réponse : L’interdiction de toute représentation qui, pour un motif de distinction illicite, « les [une personne ou une catégorie de personnes] ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » ne constitue pas une limite raisonnable à la liberté de religion. Ces mots sont constitutionnellement invalides et sont retranchés de la disposition législative conformément aux présents motifs. Le reste de la disposition qui interdit toute représentation qui « expose ou tend à exposer [. . .] à la haine » une personne ou une catégorie de personnes pour un motif de distinction illicite constitue une limite raisonnable dont la justification est démontrée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

3. L’alinéa 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, viole-t-il l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. Dans l’affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et 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*?

Réponse : L’interdiction de toute représentation qui, pour un motif de distinction illicite, « les [une personne ou une catégorie de personnes] ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » ne constitue pas une limite raisonnable à la liberté d’expression. Ces mots sont constitutionnellement invalides et sont retranchés de la disposition législative conformément aux présents motifs. Le reste de la disposition qui interdit toute représentation qui « expose ou tend à exposer [. . .] à la haine » une personne ou une catégorie de personnes pour un motif de distinction illicite constitue une limite raisonnable dont la justification est démontrée dans le cadre d’une société libre et démocratique.

[207] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi en partie et de rétablir la décision du Tribunal relative aux tracts D et E. Je rejeterais le pourvoi en ce qui concerne les tracts F et G. Vu la conclusion suivant laquelle M. Whatcott a contrevenu au *Code*,

awarded costs throughout, including costs of the application for leave to appeal in this Court.

la Commission a droit à ses dépens devant toutes les cours, y compris ceux afférents à la demande d'autorisation d'appel devant notre Cour.

APPENDIX A

Relevant Statutory Provisions

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1

2. (1) In this Act:

. . .

(m.01) "prohibited ground" means:

. . .

(vi) sexual orientation;

. . .

3. The objects of this Act are:

(a) to promote recognition of the inherent dignity and the equal inalienable rights of all members of the human family; and

(b) to further public policy in Saskatchewan that every person is free and equal in dignity and rights and to discourage and eliminate discrimination.

4. Every person and every class of persons shall enjoy the right to freedom of conscience, opinion and belief and freedom of religious association, teaching, practice and worship.

5. Every person and every class of persons shall, under the law, enjoy the right to freedom of expression through all means of communication, including, without limiting the generality of the foregoing, the arts, speech, the press or radio, television or any other broadcasting device.

14. (1) No person shall publish or display, or cause or permit to be published or displayed, on any lands or premises or in a newspaper, through a television or radio broadcasting station or any other broadcasting device,

ANNEXE A

Dispositions législatives applicables

The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1

[TRADUCTION]

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi :

. . .

(m.01) « motif de distinction illicite » :

. . .

(vi) l'orientation sexuelle;

. . .

3. La présente loi a pour objet :

(a) de promouvoir la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables;

(b) de favoriser en Saskatchewan l'application du principe que toutes les personnes sont libres et égales en droits et en dignité, et de prévenir et d'éliminer la discrimination.

4. Chacun — particulier ou groupe — jouit de la liberté de conscience, d'opinion et de croyance et de la liberté d'association, d'enseignement, de pratique et de culte religieux.

5. Chacun — particulier ou groupe — jouit, en vertu de la loi, de la liberté d'expression par tout moyen de communication, notamment les arts, la parole, la presse et tout moyen de diffusion, y compris la radio et la télévision.

14. (1) Nul ne doit publier ou exposer, ni permettre ni faire en sorte que soit publié ou exposé, sur un terrain ou dans un bâtiment, ou dans un journal, par une station de télévision ou de radiodiffusion ou par tout moyen de

or in any printed matter or publication or by means of any other medium that the person owns, controls, distributes or sells, any representation, including any notice, sign, symbol, emblem, article, statement or other representation:

(a) tending or likely to tend to deprive, abridge or otherwise restrict the enjoyment by any person or class of persons, on the basis of a prohibited ground, of any right to which that person or class of persons is entitled under law; or

(b) that exposes or tends to expose to hatred, ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of any person or class of persons on the basis of a prohibited ground.

(2) Nothing in subsection (1) restricts the right to freedom of expression under the law upon any subject.

31. . . .

(4) Without restricting the generality of subsection (2), a human rights tribunal shall, on an inquiry, be entitled to receive and accept evidence led for the purpose of establishing a pattern or practice of resistance to or disregard or denial of any of the rights secured by this Act, and the human rights tribunal shall be entitled to place any reliance that it considers appropriate on the evidence and on any pattern or practice disclosed by the evidence in arriving at its decision.

32. (1) Any party to a proceeding before a human rights tribunal may appeal on a question of law from the decision or order of the human rights tribunal to a judge of the Court of Queen's Bench by serving a notice of motion, in accordance with *The Queen's Bench Rules*, within 30 days after the decision or order of the tribunal, on:

- (a) the human rights tribunal;
- (b) the commission; and
- (c) the other parties in the proceeding before the human rights tribunal.

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C. 1985, c. H-6)

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate

diffusion, ou dans tout document imprimé ou publication ou par tout autre moyen que la personne possède, dirige, distribue ou vend, une représentation, que ce soit un avis, une affiche, un symbole, un emblème, un article, une déclaration ou toute autre représentation, qui :

(a) pour un motif de distinction illicite, tend ou est susceptible de tendre à priver, diminuer ou autrement restreindre, la jouissance, par toute personne ou catégorie de personnes, des droits qui lui sont reconnus par la loi;

(b) pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de restreindre le droit à la liberté d'expression reconnu par la loi sur quelque sujet que ce soit.

31. . . .

(4) Sans que soit limitée la portée générale du paragraphe (2), un tribunal des droits de la personne peut, lors de l'enquête, accepter et admettre en preuve les éléments qui lui sont présentés dans le but de démontrer l'existence d'un refus systématique de reconnaître ou de respecter l'un des droits garantis par la présente loi et peut leur accorder la valeur qu'il estime appropriée pour rendre sa décision.

32. (1) Une partie à une instance devant un tribunal des droits de la personne peut, sur une question de droit, interjeter appel à un juge de la Cour du Banc de la Reine de la décision ou de l'ordonnance du tribunal en signifiant au tribunal, à la commission et aux autres parties à l'instance un avis de motion, conformément aux *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, dans les 30 jours suivant la date de la décision ou de l'ordonnance.

Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. 1985, ch. H-6)

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait, pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un

telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

(This section will be repealed by Bill C-304, *An Act to amend the Canadian Human Rights Act (protecting freedom)*, 1st Sess., 41st Parl., June 6, 2012, which has not yet received Royal Assent.)

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

15. (1) Every 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.

commun accord, d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable sur la base des critères énoncés à l'article 3.

(Ce paragraphe sera abrogé par le projet de loi C-304, *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne (protection des libertés)*, 1^{re} sess., 41^e lég., 6 juin 2012, qui n'a pas encore reçu la sanction royale.)

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

15. (1) La 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.

APPENDIX B

ANNEXE B

Keep Homosexuality out of Saskatoon's Public Schools !

It has come to the attention of the Christian Truth Activists that a committee on "Gay, Lesbian, Bisexual and Transgendered Issues," set up by the Saskatoon Public School Board has recommended that information on homosexuality be included in their curriculum and school libraries. The elementary school teacher's union in Ontario voted this year in favour of this for grades 3 and 4, even though children at this age are more interested in playing Barbie & Ken rather than learning how wonderful it is for two men to sodomize each other. Children in Ontario perform poorly in terms of academics, however, their teachers seem more interested in sexual politics of a perverted type, rather than preparing children to do well when they are older. Now the homosexuals want to share their filth and propaganda with Saskatchewan's children. They did it in Boston, under the guise of "Safe Schools" and their little sensitivity class degenerated into a filthy session where gay and lesbian teachers used dirty language to describe lesbian sex and sodomy to their teenage audience.*

Christian Truth Activists believes that Sodomites and lesbians can be redeemed if they repent and ask Jesus Christ to come into their lives as Lord and Saviour. The Church of Jesus Christ is blessed with many ex-Sodomites and other types of sex addicts who have been able to break free of their sexual bondage and develop wholesome and healthy relationships. We also believe that for sodomites and lesbians who want to remain in their lifestyle and proselytize vulnerable young people that civil law should discriminate against them. In 1968 it was illegal to engage in homosexual acts, now it is almost becoming illegal to question any of their sick desires. Our children will pay the price in disease, death, abuse and ultimately eternal judgment if we do not say no to the sodomite desire to socialize your children into accepting something that is clearly wrong.

Sincerely: Bill Whatcott
 Christian Truth Activists
 To contact us call: (306) 949-0818
 e-mail: jesus.w@accesscomm.ca

To let the public school authorities know that you don't want Saskatchewan's children corrupted by sodomite propaganda call the school board at:

[REDACTED] or fax at: [REDACTED]

Please call your local trustee as well to let them know they will be gone next election if they vote for implementing any homosexual propaganda in the children's curriculum.

* To find out what happened in Boston: phone [REDACTED] or go to:
http://www.americansfortruth.com/opening_remarks_by_peter_labarba.htm

Break the Silence!
 Born Gay? No Way!
 Homosexual sex is
 about risky & addictive
 behaviour!

Sodomites in our Public Schools



Toronto Gay Pride Parade, June, 2001

We should be holding conferences on how to reinstate Canada's sodomy laws! Not on how guys like this can be better accepted as your children's teachers. The Toronto Public School Board marches every year in this parade. If Saskatchewan's sodomites have their way, your school board will be celebrating buggery too!

Break the Silence!
 Sodomites are 430
 times more likely
 to acquire Aids & 3 times
 more likely to sexually
 abuse children!

Dear Friends:

The University of Saskatchewan is hosting the 5th annual "Breaking the Silence conference." Some of their workshops have titles like, "It's a drag doing drag in teacher education." Another workshop is named "Getting an Education in Edmonton, Alberta: The case for Queer Youth." Don't kid your selves; homosexuality is going to be taught to your children and it won't be the media stereotypes of two monogamous men holding hands.

The Bible is clear that homosexuality is an abomination. "Be not deceived neither fornicators, nor idolaters, nor adulterers, nor sodomites will inherit the kingdom of heaven." 1 Cor 6:9. Romans 1 talks of women giving up natural relations for unnatural ones and men being inflamed in lust for other men. The behaviour in Canada's gay parades is no different than what has happened thousands of years ago, whether it is ancient Rome or Sodom and Gomorrah. Scripture records that Sodom and Gomorrah was given over completely to homosexual perversion and as a result destroyed by God's wrath. Rome also crumbled and many scholars attribute it's moral decadence and lack of discipline as playing a role in her demise.

Canada in its quest for freedom from sexual restraint is following the path of ancient Rome. Our acceptance of homosexuality and our toleration of its promotion in our school system will lead to the early death and morbidity of many children. Ultimately our entire culture will be lost and we will incur the wrath of Almighty God if we do not repent. But there is still hope. We can repent and have our sins forgiven, "Come now, and let us reason together, says the Lord, Though your sins are as scarlet they shall be as white as snow; though they are as red as crimson, they shall be like wool," Isa 1:18. Even though conferences like Breaking the Silence refuse to acknowledge it, every year across North America, thousands of sodomites and lesbians find redemption and healing through the grace and mercy that is found by turning to Jesus Christ the Lord and giver of life.

Sincerely: Bill Whatcott, Christian Truth Activists Phone: (306) 949-0818,
 Email jesus.w@accesscomm.ca

If the promotion of sodomy in your school system concerns you call: [REDACTED] and let him
 and ultimately all of Saskatchewan know: [REDACTED]

Saskatchewan's largest gay magazine allows ads for men see king boys!

The ads with men advertising as bottoms are men who want to get sodomized. This shouldn't be legal in Saskatchewan!
Bill Whatcott
Christian Truth Activists
949-0818/jesus.w@accesscomm.ca

If you cause one of these little ones to stumble it would be better that a millstone was tied around your neck and you were cast into the sea Jesus Christ

CLASSIFIEDS

PERCEPTIONS Classifieds cost \$9.00 for the first 25 words (1st form) and \$6.00 for each extra 25 words (or extra form). Use the form to the right, or a plain piece of paper, and print clearly your ad. If you wish to have a PERCEPTIONS Drawer # to receive replies add \$3.00 per ad.

Save money and increase your replies by advertising in more than one issue. If you pay for your ad to run three times we'll run it the fourth time free. Or pay for your ad to run six times and we'll run it two extra issues (8 times).

All classifieds must be paid in advance by cheque or money order.

Send your ad form along with proper payment to PERCEPTIONS Classifieds, Box 8381, Saskatoon, SK, S7K 6K7. Include your name and address as well as the category you wish your ad to run under.

To answer an ad with a Drawer #, print that Drawer # in the bottom left hand corner of the envelope and mail to PERCEPTIONS Classifieds, Box 8381, Saskatoon, SK, S7K 6K7.

To place your ad in the classifieds WRITE CLEARLY IN THE SPACES PROVIDED, ONE WORD PER SPACE. YOUR FIRST THREE WORDS WILL BE IN BOLD TYPE.

FORM 1-5248 EXTRA FORM-5248

IN MEMORIAM ANNOUNCEMENTS

Do you live in the country? Do you have livestock? Are you lonely? Perhaps you'd like to join "Out in the Country". This is a group of gay men and women who live on the prairies, and in the country, who like to meet and share country experiences. If interested write: Out in the Country, Box 16, Ravensburg, SK S0N 0T0 or call (306) 295-4124.

VOLUNTEERS

GAY & LESBIAN HEALTH SERVICES needs you to become a volunteer! We're expanding our programs, many of which need volunteers like you to help them be successful. Call Gena at 466-1224 to register for next training workshop.

PERCEPTIONS is on the lookout for volunteers for many tasks. If you're a writer, photographer, artist or you'd like to help with distribution or advertising sales (we pay a commission) contact Gena at 306-244-1930.

EMPLOYMENT

Search team needed for year round employment on north in Southwestern Sask. Must have valid drivers license. Good wages plus room and board. Phone: 306-299-4985.

ACCOMMODATIONS

Have you got a house, apartment or suite for rent? Trying to sell your house? Looking for a new place to live? Call Gena at 306-244-1930 to place your ad here!

GROUPS

Come to Edmonton? Before you do check out the Gay Men's Wednesday Coffee Evenings web page for our upcoming events. <http://www.geocities.com/geocities>

SERVICES

DO YOU RUN A SMALL SERVICE BUSINESS? Call (306) 244-1930 to find out how you can reach new customers by advertising in **PERCEPTIONS**.

ARTICLES FOR SALE

YOUR AD COULD APPEAR HERE INFORMING GAYS & LESBIAN ACROSS THE PRAIRIES ABOUT YOUR SERVICES.
CALL 306-244-1930 TO DISCOVER HOW TO REACH 1000s OF NEW CUSTOMERS FOR A LOW RATE.

306-244-1930

BOX OFFICE Video

- Movie Rentals and Sales-
- Game Rentals-
- DVD Rentals-
- Confectionary-

Your Entertainment Place!

202 AVENUE H NORTH SASKATOON PHONE 432-1231

CONTACTS - FEMALE

LINKING LESBIANS ON LINE Free Correspondence Club. For information email: findsbyte@prinet.ca

CONTACTS - MALE

- Saskatoon/Regina male, handsome, 37, seeks friendly and more with attractive male under 40. Non-smoker, health and fun loving. Let's meet and explore. Reply to Perceptions Drawer #1101.
- Saskatoon GWM 35, 235 lbs, 6'7", blue eyes, wants to meet other GWMs 25-40 for fun times, movies, bowling, fulfilling fantasies, outgoing, fun and loving. Reply Perceptions Drawer #1201.
- Edmonton GWM 39, 5'10", 160 lbs, easy going, fit bottom with varied interests, looking for a romantic, caring, taller top, any age, who enjoys passion, closeness and a healthy sex drive as much as I do, for short or longterm. Reply to Drawer # A1301.
- 35 yr old health care professional looking for that special person for friendship & possibly relationship. I'm down to earth, loyal & have a bizarre sense of humour. Looking for that special person to spend quality time with. Perceptions Drawer #7701.
- GWM 25, 6', 160#, dark hair, blue eyes, looking for male 30-45 for friendship, possible relationship. If you enjoy movies & long walks, good communication & are adventurous reply to Percy Drawer #7601.
- Mature & experienced top in Saskatoon, looking for bottoms for fun adventures and possible LTR. I enjoy soft/squidly sex, hot/dirty times, role playing, & helping people explore fantasies. Ability to communicate openly a requirement. Drawer #9941.
- I'm 28, 160#, searching for boyfriends for personal, friendly, unhooking video, pics, magazine & anything more. Your age, look & nationality is not so relevant. Write me at KW "Spikie", Postdam, PA 1134 Vienna, Austria.

- WGM, early 50's looking for other genuine WGMs for possible relationship. I am a NS, social drinker & enjoy lots of great bottom sex. I am less drag & quite attractive when performing. Also like viewing home erotica movies & college film. Can entertain at my Regina residence if desired. Reply Perceptions Drawer #1251.
- Are you a teacher? Need someone to cook, housekeep, trim area of yard or have a 2nd house and need someone to live in and care for it and yourself! I will exchange for bond and room permit and utilities. GWM, 42, Call #1201.
- Saskatoon gay white male, mid 30's, 5'8", 150 lbs, looking to connect with gay(s) mid 20's and over the clean healthy disinhibited fun. Reply Perceptions Drawer #1106.
- Emmanuel, 25, 5'9", 170#, black, enjoys video, music, sports, video, sex, etc, looking for a gay guy to fulfill his fantasies, looking for a caring & compassionate guy for a sweet loving relationship. PO Box 145.5, New Ashmont-Arcs, GHANA, WA or email: dawn606@yahoo.com.

FREE ADS!
MAKE NEW FRIENDS

Send us your personal classified ad by April 15, 2012 & the first 25 words are free. \$10.00 for each additional 25 words.

\$3.00 for a Drawer #

SEND YOUR AD TODAY!

Saskatchewan's largest gay magazine allows ads for men seeing boys!

"If you cause one of these little ones to stumble it would be better that a millstone was tied around your neck and you were cast into the sea" Jesus Christ

The ads with men advertising as bottoms are men who want to get sodomized. This shouldn't be legal in Saskatchewan!

Bill Whatcott
Christian Truth Activists
949-0818/jesus.w@accesscomm.ca

CLASSIFIEDS

PERCEPTIONS Classifieds cost \$9.00 for the first 25 words (1st form) and \$4.00 for each extra 25 words (or extra form). Use the form to the right, or a plain piece of paper, and print clearly your ad. If you wish to have a PERCEPTIONS Drawer # and receive reprint add \$3.00 per ad.

Save money and increase your replies by advertising in more than one issue. If you pay for your ad to run three times we'll run it the fourth time free. Or pay for your ad to run six times and we'll run it two extra issues (8 times).

All classifieds must be paid in advance by cheque or money order.

Send your ad form along with proper payment to PERCEPTIONS Classifieds, Box 8581, Saskatoon, SK, S7K 6K7. Include your name and address as well as the category you wish your ad to run under.

To answer an ad with a Drawer #, print that Drawer # in the bottom left hand corner of the envelope and mail to PERCEPTIONS Classifieds, Box 8581, Saskatoon, SK, S7K 6K7.

To place your ad in the classifieds

WRITE CLEARLY IN THE SPACES PROVIDED. ONE WORD PER SPACE. YOUR FIRST THREE WORDS WILL BE IN BOLD TYPE.

FORM 1 - 5/10/08 EXTRA FORM - 2/10/08

IN MEMORIAM ANNOUNCEMENTS

Do you live in the country? Do you have friends? Are you lonely? Perhaps you'd like to join "Out in the Country". This is a group of gay men and women who live on the prairies, and in the country, who like to meet and share country experiences. If interested write: Out in the Country, Box 10, Ravensara, SK. SUN 070 or call (306) 295-4724.

VOLUNTEERS

GAY & LESBIAN HEALTH SERVICES needs you to become a volunteer! We're expanding our programs, many of which need volunteers like you to help them be successful. Call Gena at 645-1224 or register for next training workshop.

PERCEPTIONS is on the lookout for volunteers for many tasks. If you're a writer, photographer, artist or you'd like to help with distribution or advertising, rates (we pay a commission) contact Gena at 306-244-1920.

EMPLOYMENT

Reach hand needed for year round employment on ranch in Southwest Sask. Must have valid drivers license. Good wages plus room and board. Phone 306-297-4945.

ACCOMMODATIONS

Have you got a house, apartment or suite for rent? Trying to sell your house? Looking for a new place to live? Call Gena at 306-244-81920 to place your ad here!

GROUPS

Coming to Edmonton? Before you do check out the Gay Men's Wednesday Coffee Evening's web page for our upcoming events. <http://www.gaymen.ca>

SERVICES

DO YOU RUN A SMALL SERVICE BUSINESS? Call (306) 244-1920 to find out how you can reach new customers by advertising in PERCEPTIONS.

ARTICLES FOR SALE

YOUR AD COULD APPEAR HERE INFORMING GAYS & LESBIAN ACROSS THE PRAIRIES ABOUT YOUR SERVICES.
CALL 306-244-1920 TO DISCOVER HOW TO REACH 1000s OF NEW CUSTOMERS FOR A LOW RATE.

BOX OFFICE Notes

- Movie Rentals and Sales-
- Game Rentals-
- DVD Rentals-
- Confectionary-

Your Entertainment Pleas!

302 AVENUE H NORTH, SASKATOON PHONE 642-1231

CONTACTS - FEMALE

LINKING LESBIANS ON LINE Free Correspondence Club. For information email: lesbyon@optonline.net

CONTACTS - MALE

Saskatoon/Regina male, handsome, 37, seeks friendship and more with attractive male under 40. Non-smoker, health and fun loving. Let's meet and explore. Reply to Perceptions Drawer #1201.

Saskatoon GWM, 35, 235 lbs, 6'7", blue eyes, wants to meet other GWMs 25-50 for fun times, movies, bowling, fulfilling fantasies, orgies, fun and loving. Reply Perceptions Drawer #2201.

Edmonton GWM 39, 5'10", 160 lbs, easygoing, fit bottom with varied interests, looking for a romantic, caring, taller top, any age, who enjoys passion, closeness and a healthy sex drive as much as I do, for short or long term. Reply to Drawer # A1301.

35 yr old health care professional looking for that special person for friendship & possibly relationship. I'm down to earth, loyal & have a bizarre sense of humour. Looking for that special person to spend quality time with. Perceptions Drawer #7791.

GWM, 25, 6', 165#, dark hair, blue eyes, looking for males 20-45 for friendship, possibly relationship. If you enjoy movies & long walks, good communication & are adventurous reply to Percap Drawer #7601.

Mature & experienced top in Saskatoon, looking for bottoms for fun adventures and possible LTR. I enjoy 20/20, eddy sex, chastity times, role playing, & helping people explore fantasy. Ability to communicate openly a requirement. Drawer #9591.

I'm 28, 34, searching for boyfriend for pen, friendship, exchanging video, pics, magazines & anything more. Your age, look & nationality is not so relevant. Write me at KW "Spink", Pennington, PA 1124 Vienna, Austria.

WGM, early 50's looking for other genuine WGMs for possible relationship. I am a NS, social drinker & enjoy lots of great bottom sex. I am low drag & quite attractive when performing. Also like viewing home erotica movies & cottage life. Can entertain at my Regina residence if desired. Reply Perceptions Drawer #1201.

Are you a rancher? Meet someone to cook, housekeep, take care of yard or have a 2nd house and need someone to live in and care for it and yard? I will exchange for board and room or rent and utilities. GWM, 62.

Saskatoon gay white male, mid 30's, 5'8", 150 lbs, looking to connect with gay(s) mid 30's and over who are healthy, uninhibited fun. Reply Perceptions Drawer #1104.

Kimmaman, 28, 5'9", 170#, black, enjoys video, music, sports, video, sex, sex, looking for a gay guy to fulfill his fantasies, looking for a caring & compassionate guy for a sweet loving relationship. PO Box M5.5, New Achinista-Accra, GHANA, WA or email: ekow406@yahoo.com.

FREE ADS!
MAKE NEW FRIENDS

Send us your personal classified ad by April 15 2002 & the first 25 words are free. \$6.00 for each additional 25 words.

\$9.00 for a Drawer #

SEND YOUR AD TODAY!

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Scharfstein Gibbings Walen Fisher, Saskatoon; Saskatchewan Human Rights Commission, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Nimegeers, Schuck, Wormsbecker & Bobbitt, Weyburn, Saskatchewan; Iain Benson, Toronto; John Carpay, Calgary; Mol Advocates, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Solicitors for the intervener Egale Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Lerner, Toronto.

Solicitors for the interveners the Unitarian Congregation of Saskatoon and the Canadian Unitarian Council: Fasken Martineau DuMoulin, Calgary.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante : Scharfstein Gibbings Walen Fisher, Saskatoon; Saskatchewan Human Rights Commission, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé : Nimegeers, Schuck, Wormsbecker & Bobbitt, Weyburn, Saskatchewan; Iain Benson, Toronto; John Carpay, Calgary; Mol Advocates, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Alberta Human Rights Commission : Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Egale Canada Inc. : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien : Lerner, Toronto.

Procureurs des intervenants Unitarian Congregation of Saskatoon et le Conseil unitarien du Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Calgary.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Jo-Ann R. Kolmes, Edmonton; University of Calgary, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Journalists for Free Expression: Stockwoods, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Bar Association: David Matas, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Northwest Territories Human Rights Commission and the Yukon Human Rights Commission: MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Christian Legal Fellowship: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith Canada: Dale Streiman & Kurz, Brampton.

Solicitor for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Evangelical Fellowship of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the United Church of Canada: Symes & Street, Toronto.

Solicitors for the interveners the Assembly of First Nations, the Federation of Saskatchewan Indian Nations and the Métis Nation — Saskatchewan: McKercher, Saskatoon.

Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League and the Faith and Freedom Alliance: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: African Canadian Legal Clinic, Toronto; University of Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Jo-Ann R. Kolmes, Edmonton; Université de Calgary, Calgary.

Procureurs de l'intervenant les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression : Stockwoods, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : David Matas, Winnipeg.

Procureurs des intervenantes la Commission des droits de la personne des Territoires du Nord-Ouest et la Commission des droits de la personne du Yukon : MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada : Dale Streiman & Kurz, Brampton.

Procureur de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Alliance évangélique du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Église Unie du Canada : Symes & Street, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Assemblée des Premières Nations, Federation of Saskatchewan Indian Nations et Métis Nation — Saskatchewan : McKercher, Saskatoon.

Procureurs des intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme et Faith and Freedom Alliance : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante African Canadian Legal Clinic : African Canadian Legal Clinic, Toronto; Université de Toronto, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 2013 Vol. 1

3^e cahier, 2013 Vol. 1

Cited as [2013] 1 S.C.R. { i-xxxix
565-760

Renvoi [2013] 1 R.C.S. { i-xxxix
565-760

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	SÉBASTIEN LAFRANCE	IDA SMITH
JANICE CHENEY	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	PAULINE MCTAVISH
MONIQUE DELORME		ANNE-MARIE NOËL

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	ix
Table of Cases Cited.....	xiii
Statutes and Regulations Cited.....	xxix
Authors Cited.....	xxxiii
Index.....	753

Antrim Truck Centre Ltd. v. Ontario (Transportation) 594

Expropriation — Injurious affection — Nuisance — Compensation — Construction of new highway diverting traffic away from appellant's truck stop business — Ontario Municipal Board awarding appellant compensation for injurious affection for business loss and loss of market value of property — Court of Appeal dismissing claim on basis that Board failed to balance competing rights adequately — Whether interference with private enjoyment of land was unreasonable when resulting from construction serving important public purpose — Whether Court of Appeal erred in finding that Board's application of law of nuisance was unreasonable — Expropriation Act, R.S.O. 1990, c. E.26.

Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General) 623

Aboriginal law — Métis — Crown law — Honour of the Crown — Canadian government agreeing in 1870 to grant Métis children shares of 1.4 million acres of land and to recognize existing Métis landholdings — Promises set out in ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870, a constitutional document — Errors and delays interfering with division and granting of land among eligible recipients — Whether Canada failing to comply with the honour of the Crown in the implementation of ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870.

Aboriginal law — Métis — Fiduciary duty — Canadian government agreeing in 1870 to grant Métis children shares of 1.4 million acres of land and to recognize existing Métis landholdings — Promises set out in ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870, a constitutional document — Errors and delays interfering with division and granting of land among eligible recipients — Whether Canada in breach of fiduciary duty to Métis.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xi
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xxxix
Doctrine citée.....	xxxiii
Index.....	757

Antrim Truck Centre Ltd. c. Ontario (Transports) 594

Expropriation — Effet préjudiciable — Nuisance — Indemnisation — Achalandage du relais routier de l'appelante détourné par la construction d'une autoroute — Commission des affaires municipales de l'Ontario accordant à l'appelante une indemnisation pour effet préjudiciable pour perte commerciale et diminution de la valeur marchande du bien-fonds — Demande rejetée par la Cour d'appel parce que la Commission n'a pas mis correctement en balance les droits opposés — L'atteinte à la jouissance privée du bien-fonds est-elle déraisonnable si elle résulte de la construction d'un ouvrage répondant à un objectif public important? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l'application, par la Commission, du droit relatif à la nuisance était déraisonnable? — Loi sur l'expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26.

Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général) 623

Droit des Autochtones — Métis — Droit de la Couronne — Honneur de la Couronne — Gouvernement canadien ayant convenu en 1870 de concéder aux enfants des Métis 1,4 million d'acres de terre et de reconnaître la propriété foncière existante des Métis — Promesses figurant aux art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, un document constitutionnel — Division des terres et concession aux bénéficiaires admissibles entravées par des erreurs et des retards — Le Canada a-t-il omis de respecter le principe de l'honneur de la Couronne dans la mise en œuvre des art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba?

Droit des Autochtones — Métis — Obligation fiduciaire — Gouvernement canadien ayant convenu en 1870 de concéder aux enfants des Métis 1,4 million d'acres de terre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Limitation of actions — Declaration — Appellants seeking declaration in the courts that Canada breached obligations to implement promises made to the Métis people in the Manitoba Act, 1870 — Whether statute of limitations can prevent courts from issuing declarations on the constitutionality of Crown conduct — Whether claim for declaration barred by laches.

Civil procedure — Parties — Standing — Public interest standing — Manitoba Act, 1870, providing for individual land entitlements — Whether federation advancing collective claim on behalf of Métis people should be granted public interest standing.

R. v. J.F. 565

Criminal Law — Offences — Conspiracy — Parties to offences — Whether a person can be a party to the offence of conspiracy — Whether party liability attaches to someone who knows of conspiracy and does something for the purpose of furthering unlawful object — Whether trial judge erred in instructions to jury pertaining to conspiracy — Whether curative proviso should be applied to uphold conviction — Co-conspirators' exception to the hearsay rule — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 465(1), 686(1)(b)(iii).

R. v. Pham 739

Criminal law — Sentencing — Considerations — Collateral consequences of sentence — Accused sentenced to two years' imprisonment — Sentencing judge not made aware that sentence would result in loss of right to appeal removal order under Immigration and Refugee Protection Act — Court of Appeal refusing to vary sentence to two years less a day — What weight should be attributed to collateral consequences in sentencing? — Whether sentence can be varied by appellate court on basis that accused would face collateral consequences — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.1, 718.2.

SOMMAIRE (Fin)

et de reconnaître la propriété foncière existante des Métis — Promesses figurant aux art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, un document constitutionnel — Division des terres et concession aux bénéficiaires admissibles entravées par des erreurs et des retards — Le Canada a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers les Métis?

Prescription — Jugement déclaratoire — Pourvoi visant l'obtention d'un jugement qui déclare que le Canada a manqué à son obligation de mettre en œuvre les promesses faites au peuple métis contenues dans la Loi de 1870 sur le Manitoba — Les lois sur la prescription peuvent-elles faire obstacle au prononcé d'un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne? — La doctrine des « laches » (un principe d'équité souvent appelé « doctrine du manque de diligence ») rend-elle irrecevable la demande de jugement déclaratoire?

Procédure civile — Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Loi de 1870 sur le Manitoba autorisant l'octroi de droits fonciers individuels — La fédération qui présente la demande collective au nom du peuple métis devrait-elle se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

R. c. J.F. 565

Droit criminel — Infractions — Complot — Participants aux infractions — Est-ce qu'une personne peut être un participant à l'infraction de complot? — Est-ce que la responsabilité comme participant peut être imputée à une personne qui a connaissance du complot et qui accomplit quelque chose en vue de la poursuite de la fin illégale visée par celui-ci? — La juge du procès a-t-elle fait erreur dans ses directives au jury au sujet de la notion de complot? — La disposition réparatrice devrait-elle être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Exception à la règle du oui-dire relative aux coconspirateurs — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 465(1), 686(1)(b)(iii).

R. c. Pham 739

Droit criminel — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Conséquences indirectes de la peine — Condamnation de l'accusé à deux ans d'emprisonnement — Omission d'informer le juge que par l'effet de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés cette peine entraînerait la perte du droit d'appel de l'ordonnance d'expulsion — Refus de la Cour d'appel de réduire la peine à deux ans moins un jour — Quel poids doit être accordé aux conséquences indirectes lors de la détermination de la peine? — Une peine peut-elle être modifiée par une cour d'appel au motif que l'accusé subirait des conséquences indirectes si cette peine lui était infligée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.1, 718.2.



2013 Volume 1

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
MARY MCFADYEN

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

SÉBASTIEN LAFRANCE
AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN

PAULINE MCTAVISH
ANNE-MARIE NOËL

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY McLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

ERRATA

[1982] 2 S.C.R., p. 191, line *d-2* of the English version.
Read “recovery” instead of “recovery”.

[1984] 2 S.C.R., p. 664, line *e-3* of the French version.
Read “qu’ils ne soient pas interceptés” instead of
“qu’ils ne soit pas interceptés”.

[2003] 3 S.C.R., p. 551, para. 39, line 11 of the French
version. Read “ne fera jaillir du sang de la pierre”
instead of “ne fera faillir du sang de la pierre”.

[1982] 2 R.C.S., p. 191, ligne *d-2* de la version anglaise.
Lire « recovery » au lieu de « recovery ».

[1984] 2 R.C.S., p. 664, ligne *e-3* de la version française.
Lire « qu’ils ne soient pas interceptés » au lieu de
« qu’ils ne soit pas interceptés ».

[2003] 3 R.C.S., p. 551, par. 39, ligne 11 de la version
française. Lire « ne fera jaillir du sang de la pierre »
au lieu de « ne fera faillir du sang de la pierre ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to March 15, 2013 – 1^{er} janvier au 15 mars 2013)

- Aitken v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35071, leave to appeal refused, 7.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Alberta v. Canada Safeway Limited*, (Alta.), 35003, leave to appeal refused with costs, 7.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alberta v. Husky Energy Inc.*, (Alta.), 34999, leave to appeal refused with costs, 7.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- AlGhathiy v. University of Ottawa*, (Ont.), 35096, leave to appeal refused with costs, 7.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Amara v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34346, leave to appeal refused, 28.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Association of Justice Counsel v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 35027, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo du Québec (ADISQ) c. Alliance québécoise des techniciens de l'image et du son (AQTIS)*, (Qc), 35057, leave to appeal refused with costs, 14.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Kobzar*, (Ont.) (Crim.), 34925, leave to appeal granted, 24.1.13, autorisation d'appel accordée.
- Attorney General of Canada (On Behalf of the United States of America) v. Gionet*, (Ont.) (Crim.), 35136, leave to appeal refused, 7.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Attorney General of Canada (On Behalf of the United States of America) v. Leonard*, (Ont.) (Crim.), 35086, leave to appeal refused, 7.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Axor Construction Canada inc. c. Bibliothèque et Archives Nationales du Québec*, (Qc), 34985, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ayangma v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 35050, leave to appeal refused with costs, 10.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ayangma v. The Queen*, (P.E.I.) (Crim.), 35055, leave to appeal refused, 24.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Bank of Montreal v. Peri Formwork Systems Inc.*, (B.C.), 34958, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bank of Nova Scotia v. Teva Canada Limited*, (Ont.), 35000, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bell Canada c. Union des consommateurs*, (Qc), 34994, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Berthiaume c. Carignan*, (Qc), 35106, leave to appeal refused with costs, 14.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Blais v. Attorney General of Canada*, (N.S.) (Crim.), 35092, leave to appeal refused, 14.2.13, autorisation d'appel refusée.

- Blood Tribe v. Attorney General of Canada*, (Alta.), 34978, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Bossé c. Chief Financial Officer (CFO)*, (C.F.), 35095, leave to appeal refused, 14.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Brauer v. Raymond*, (N.S.), 35159, leave to appeal refused, 7.3.13, autorisation d'appel refusée.
- Burton v. The Queen*, (P.E.I.) (Crim.), 35039, leave to appeal refused, 14.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Buschau v. Rogers Communications Incorporated*, (F.C.), 35042, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Union of Skilled Workers v. Independent Electricity System Operator*, (Ont.), 34915, leave to appeal refused, 21.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Phares*, (Qc), 34938, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Communications, Energy & Paperworkers' Union of Canada, Local 298 v. Eurocan Pulp & Paper Co.*, (B.C.), 35029, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Connelly v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34426, leave to appeal refused, 24.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Cummings v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 34962, leave to appeal refused, 21.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Cunningham v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35038, leave to appeal refused, 17.1.13, autorisation d'appel refusée.
- D.H. v. D.A.*, (Que.), 35032, leave to appeal refused, 24.1.13, autorisation d'appel refusée.
- De Beers Canada Inc. v. Fairhurst*, (B.C.), 34964, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Deschênes c. Banque canadienne impériale de commerce*, (Qc), 34969, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Direk v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35051, leave to appeal refused, 21.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Direkoglu v. Toronto Police Services Board*, (Ont.), 35068, leave to appeal refused, 21.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Élitis Pharma inc. c. RX Job inc.*, (Qc), 35012, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Enmax Power Corporation v. Remington Development Corporation*, (Alta.), 34977, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Equinox Engineering Ltd. v. Lavalin L.P. Investment Corp.*, (Alta.), 35002, leave to appeal refused with costs, 10.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- F.L. c. Lesage*, (Qc), 35025, leave to appeal refused with costs, 14.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fier Succès c. Caisse populaire Desjardins de Hauterive*, (Qc), 35007, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Friends of the Canadian Wheat Board v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 34973, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- G.F. c. K.G.*, (Qc), 35065, leave to appeal refused with costs, 28.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gaya v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34368, leave to appeal refused, 28.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Greg Dowling Architect Inc. v. J. Raymond Griffin Architect Inc.*, (B.C.), 35069, leave to appeal refused with costs, 7.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hamel c. Perron*, (Qc), 35058, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrison v. Ministry of Children and Family Development*, (B.C.), 35043, leave to appeal refused with costs, 10.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Husid v. Daviau*, (Ont.), 35080, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Inter Pipeline Fund v. Taylor Processing Inc.*, (Alta.), 35015, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jessel v. Johnson*, (B.C.), 35078, leave to appeal refused with costs, 21.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kazemi v. Iran*, (Que.), 35034, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.3.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Khalid v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34367, leave to appeal refused, 28.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Klippenstein v. Minister of Family Services and Consumer Affairs*, (Man.), 35053, leave to appeal refused, 10.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Ko v. Hillview Homes Ltd.*, (Alta.), 35040, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Koubi v. Mazda Canada Inc.*, (B.C.), 35017, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lajeunesse c. Hamel*, (Qc), 35111, leave to appeal refused, 21.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Lansdowne Park Conservancy v. City of Ottawa*, (Ont.), 35059, leave to appeal refused with costs, 10.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lay v. Lay*, (Alta.), 35112, leave to appeal refused with costs, 28.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leclair v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 34936, leave to appeal refused, 17.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Lévy c. Lévy*, (Qc), 35107, leave to appeal refused with costs, 14.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lill c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34995, leave to appeal refused, 17.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Liu v. McGill University*, (Que.), 35127, leave to appeal refused with costs, 7.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Martin v. Workers' Compensation Board of Alberta*, (Alta.), 35052, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.3.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- McCormick v. Fasken Martineau Dumoulin LLP*, (B.C.), 34997, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.3.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Nadeau c. Autorité des marchés financiers*, (Qc), 35061, leave to appeal refused, 14.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Nammo v. Law Enforcement Review Board*, (Alta.), 35075, leave to appeal refused with costs, 28.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nanda v. Société de l'assurance automobile du Québec*, (Que.), 35005, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- North American Pipe & Steel Ltd. v. Greater Vancouver Water District*, (B.C.), 35031, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- O'Neil v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 34937, leave to appeal refused, 17.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Oberg v. Minister of Agriculture and Agri-Food*, (F.C.), 34971, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pataki v. Minister of Justice*, (Ont.), 35046, notice of discontinuance filed, 24.1.13, avis de désistement produit.
- Peracomo Inc. v. Telus Communications Company*, (F.C.), 34991, leave to appeal granted with costs in the cause, 24.1.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Piersanti v. Alfano*, (Ont.), 35062, leave to appeal refused with costs, 17.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Plasse c. Ville de St-Jean-sur-Richelieu*, (Qc), 35087, leave to appeal refused with costs, 24.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Plomp v. Centre hospitalier de St. Mary*, (Que.), 35079, leave to appeal refused with costs, 7.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Poulin c. Société de l'assurance automobile du Québec*, (Qc), 35083, leave to appeal refused with costs, 14.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Proulx v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 35070, leave to appeal refused, 14.3.13, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Hart*, (N.L.) (Crim.), 35049, leave to appeal granted, 28.2.13, autorisation d'appel accordée.
- Reyat v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35030, leave to appeal refused, 24.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Ruffolo v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35063, leave to appeal refused, 28.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Sattva Capital Corporation v. Creston Moly Corporation*, (B.C.), 35026, leave to appeal granted with costs in the cause, 7.3.13, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Scaduto v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal*, (Ont.), 35060, leave to appeal refused with costs, 28.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Scallon c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 34698, leave to appeal refused, 21.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Simpson-Rowe v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35056, leave to appeal refused, 24.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Sloan v. Indcondo Building Corporation*, (Ont.), 35013, leave to appeal refused with costs, 10.1.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sosa v. Attorney General of Canada (On behalf of the United States of America)*, (Alta.) (Crim.), 35047, leave to appeal refused, 24.1.13, autorisation d'appel refusée.
- Spencer v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 34644, leave to appeal granted, 24.1.13, autorisation d'appel accordée.
- Stenner v. Bradshaw*, (B.C.), 35006, leave to appeal refused with costs, 7.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sunderji v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 35082, leave to appeal refused, 14.2.13, autorisation d'appel refusée.
- Takefman v. Bier*, (Que.), 35037, leave to appeal refused with costs, 21.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Telus Corporation v. Mason Capital Management LLC*, (B.C.), 35122, notice of discontinuance filed, 25.1.13, avis de désistement produit.
- Timm c. Procureur général du Canada*, (C.F.) (Crim.), 35101, leave to appeal refused with costs, 14.3.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 552 v. Greater Essex County District School Board*, (Ont.), 34992, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vail v. Workers Compensation Board of Prince Edward Island*, (P.E.I.), 35054, leave to appeal refused with costs, 21.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Dorval c. Centres de la jeunesse et de la famille Batshaw*, (Qc), 35044, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ville de Malartic c. Procureur général du Québec*, (Qc), 35066, leave to appeal refused with costs, 14.2.13, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- William, on his own behalf and on behalf of all other members of the Xenigwet'in First Nations Government v. British Columbia*, (B.C.), 34986, leave to appeal granted with costs to the applicant(s) in any event of the cause, 24.1.13, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.
- Wong v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 34966, leave to appeal refused, 14.2.13, autorisation d'appel refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		R	
A, Quebec (Attorney General) v.	61	R. v. Bélanger	401
Antrim Truck Centre Ltd. v. Ontario (Transportation)	594	R. v. Blacklaws	403
B		R. v. J.F.	565
Bélanger, R. v.	401	R. v. Manning	3
Blacklaws, R. v.	403	R. v. Named Person B	405
C		R. v. O’Brien	7
Canada (Attorney General), Manitoba Metis Federation Inc. v.	623	R. v. Pham	739
J		R. v. Ryan	14
J.F., R. v.	565	R. v. Sanichar	54
M		R. v. Taylor	465
Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)	623	Ryan, R. v.	14
Manning, R. v.	3	S	
N		Sanichar, R. v.	54
Named Person B, R. v.	405	Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott	467
O		Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers	271
O’Brien, R. v.	7	T	
Ontario (Transportation), Antrim Truck Centre Ltd. v.	594	Taylor, R. v.	465
P		U	
Pham, R. v.	739	United Steelworkers, Sun Indalex Finance, LLC v.	271
Q		W	
Quebec (Attorney General) v. A	61	Whatcott, Saskatchewan (Human Rights Commission) v.	467

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		R. c. Manning	3
A, Québec (Procureur général) c.	61	R. c. O'Brien	7
Antrim Truck Centre Ltd. c. Ontario (Transports) ...	594	R. c. Personne désignée B	405
B		R. c. Pham	739
Bélanger, R. c.	401	R. c. Ryan	14
Blacklaws, R. c.	403	R. c. Sanichar	54
C		R. c. Taylor	465
Canada (Procureur général), Manitoba Metis Federation Inc. c.	623	Ryan, R. c.	14
J		S	
J.F., R. c.	565	Sanichar, R. c.	54
M		Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott	467
Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)	623	Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos	271
Manning, R. c.	3	Syndicat des Métallos, Sun Indalex Finance, LLC c.	271
O		T	
O'Brien, R. c.	7	Taylor, R. c.	465
Ontario (Transports), Antrim Truck Centre Ltd. c. ...	594	W	
P		Whatcott, Saskatchewan (Human Rights Commission) c.	467
Personne désignée B, R. c.	405		
Pham, R. c.	739		
Q			
Québec (Procureur général) c. A	61		
R			
R. c. Bélanger	401		
R. c. Blacklaws	403		
R. c. J.F.	565		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
A		
A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)	2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181	155
AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)	2009 QCCS 6459 (CanLII)	363
Abrams v. United States	250 U.S. 616 (1919)	516
Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society	2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 ...	354, 385, 653
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 ...	154, 232, 264, 515
Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham	2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670	157
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	540
Algoma Steel Inc., Re	(2001), 25 C.B.R. (4th) 194	363
Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.	[1981] A.C. 1001	617
Andreae v. Selfridge & Co.	[1938] 1 Ch. 1	615
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	140, 214, 257
Attorney-General v. Briant	(1846), 15 M. & W. 169, 153 E.R. 808	426
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	305
Attorney General of Manitoba v. Forest	[1979] 2 S.C.R. 1032	690
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	536
Barber v. Proudfoot	[1890-91] 1 W.L.T.R. 144	732
Barrette v. Falardeau	2010 QCCA 989 (CanLII)	133
BCE Inc. v. 1976 Debentureholders	2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560	358
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation	2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103	658
Bell v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 471	587
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	334
Benzina v. Le	2008 QCCA 803 (CanLII)	133
Bisaillon v. Keable	[1983] 2 S.C.R. 60	416, 439
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	141
Bourbonnais v. Pratt	2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124	132
Bracklow v. Bracklow	[1999] 1 S.C.R. 420	118, 204, 244
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219	222
Brophy v. Attorney-General of Manitoba	[1895] A.C. 202	733
Burke v. Hudson's Bay Co.	2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273 ...	308, 354

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
C		
C.L. v. J.Le.....	2010 QCCA 2370 (CanLII)	134
Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society	2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524	651
Canada (Attorney General) v. Hislop	2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429	730
Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.....	2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610	508
Canada (Attorney General) v. Lameman	2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372	684, 722
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	343
Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank	[1992] 3 S.C.R. 558	314
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor	[1990] 3 S.C.R. 892	483
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	33, 52
Canadian Bar Assn. v. British Columbia	2006 BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38	683
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19	503
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 236	650
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	214
Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.	(1998), 41 O.R. (3d) 606	298, 338
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	304
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	[1991] 3 S.C.R. 534	388
Center for Research-Action on Race Relations v. www.bcwhitepride. com.....	2008 CHRT 1 (CanLII)	498
Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)	2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379	302, 327
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)	2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326	52
Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia	2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344	685
Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.	[1977] 2 S.C.R. 67	133
Citron v. Zündel (No. 4)	(2002), 41 C.H.R.R. D/274	497
City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.	(1981), 127 D.L.R. (3d) 436	605
City of Winnipeg v. Barrett	[1892] A.C. 445	733
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)	[1999] 2 S.C.R. 203	144, 221
Couture v. Gagnon	[2001] R.J.Q. 2047	132
Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.	2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60	303
D		
Design Services Ltd. v. Canada	2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737	726
Donkin v. Bugoy	[1985] 2 S.C.R. 85	368
Droit de la famille — 121120	2012 QCCA 909 (CanLII)	134
Droit de la famille — 977	[1991] R.J.Q. 904	116, 208
Dumont v. Canada (Attorney General)	[1990] 1 S.C.R. 279	682
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	502
E		
Eaton v. Brant County Board of Education	[1997] 1 S.C.R. 241	167
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	144, 525
Elan Corp. v. Comiskey	(1990), 41 O.A.C. 282	361
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	142, 232

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Elmasry v. Rogers Publishing Ltd. (No. 4)	2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/509	493
Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada	2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222	155
F		
First Leaside Wealth Management Inc. (Re)	2012 ONSC 1299 (CanLII)	366
G		
G.B. v. C.C.	[2001] R.J.Q. 1435	121
Galambos v. Perez	2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247	355, 383
Gosselin v. Quebec (Attorney General)	2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429	141
Griggs v. Duke Power Co.	401 U.S. 424 (1971)	219
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	653
H		
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	652, 705
Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.	2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303	377
Hardy v. Desjarlais	(1892), 8 Man. R. 550	732
Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)	2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357	142
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	693
Human Rights Commission (Sask.) v. Bell	(1994), 120 Sask. R. 122	485
Human Rights Commission (Sask.) v. Engineering Students' Society, University of Saskatchewan	(1989), 72 Sask. R. 161	511
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	288
Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright	(1922), 64 S.C.R. 306	297, 336
I		
In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)	[2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680	730
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	264, 499
J		
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252	229
Jespersen's Brake & Muffler Ltd. v. Chilliwack (District)	(1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230	609
K		
K.L.B. v. British Columbia	2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403	355
Kamloops v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	716
Kane v. Alberta Report.....	2001 ABQB 570, 291 A.R. 71	493
Kempling v. College of Teachers (British Columbia)	2005 BCCA 327, 43 B.C.L.R. (4th) 41	523
Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)	2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3	683, 713
L		
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.....	[1989] 2 S.C.R. 574	354, 652
Lavoie v. Canada.....	2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769 ...	162, 222, 264
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	218, 243, 257
Lindsay Petroleum Co. v. Hurd	(1874), L.R. 5 P.C. 221	687, 728

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
M		
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	99, 212, 248
M. (K.) v. M. (H.)	[1992] 3 S.C.R. 6	687, 714
M. (M.E.) v. L. (P.)	[1992] 1 S.C.R. 183	208
M.B. v. L.L.	[2003] R.D.F. 539	132
M.T. v. J.-Y.T.	2008 SCC 50, [2008] 2 S.C.R. 781	115
Mandrake Management Consultants Ltd. v. Toronto Transit Commission	(1993), 62 O.A.C. 202	611
Marine Drive Properties Ltd., Re	2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47	363
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	232, 264
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388	662
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	98, 213, 244, 254
Mitchell v. M.N.R.	2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911	661
Mitchell v. Peguis Indian Band	[1990] 2 S.C.R. 85	659
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	204, 246
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152	350
Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100	506
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256	536
Murdoch v. Murdoch	[1975] 1 S.C.R. 423	210
Murphy v. Welsh	[1993] 2 S.C.R. 1069	719
N		
Named Person v. Vancouver Sun	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253	439
Nealy v. Johnston	(1989), 10 C.H.R.R. D/6450	495
Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) v. Airport Realty Ltd.	2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95	611
Nolan v. Kerry (Canada) Inc.	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678	377
Nortel Networks Corp., Re	(2009), 75 C.C.P.B. 206	366
Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh	2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325	95, 202, 243, 258
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504	230
Novak v. Bond	[1999] 1 S.C.R. 808	685
O		
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	214
Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)	[1993] 3 S.C.R. 327	690, 737
Owens v. Human Rights Commission (Sask.)	2002 SKQB 506, 228 Sask. R. 148	485
P		
Papalia v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 256	578
Paquette v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 189	36
Paradis v. The King	[1934] S.C.R. 165	586
Payzant v. McAleer	(1994), 26 C.H.R.R. D/271	497
Peixeiro v. Haberman	[1997] 3 S.C.R. 549	716
People v. Strauch	240 Ill. 60 (1909)	582
Perka v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 232	25

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Peter v. Beblow	[1993] 1 S.C.R. 980	132, 371
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	212
Ponton v. Dubé.....	2005 QCCA 413 (CanLII)	132
Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.	2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612	689
Province of Ontario v. Dominion of Canada	(1895), 25 S.C.R. 434	662
Q		
Quebec (Attorney General) v. Moses	2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557	664
Québec (Procureure générale) v. B.T.	2005 QCCA 748, [2005] R.D.F. 709	203
R		
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.	2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209	265
R. v. Alexander	(2005), 206 C.C.C. (3d) 233	584
R. v. Andrews.....	[1990] 3 S.C.R. 870	483
R. v. Babes	(2000), 146 C.C.C. (3d) 465	439
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	659
R. v. Badhwar	2011 ONCA 266, 9 M.V.R. (6th) 163	747
R. v. Barros	2011 SCC 51, [2011] 3 S.C.R. 368	416, 457
R. v. Basi	2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389	457
R. v. Bérubé	(1999), 139 C.C.C. (3d) 304	574
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	141, 536
R. v. Blais	2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236	654
R. v. Briscoe	2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411	581
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	503
R. v. C.L.Y.	2008 SCC 2, [2008] 1 S.C.R. 5	13
R. v. Carter	[1982] 1 S.C.R. 938	592
R. v. Clemente	[1994] 2 S.C.R. 758	10, 12
R. v. Craig	2009 SCC 23, [2009] 1 S.C.R. 762	5
R. v. Déry	2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669	576
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	264, 508
R. v. Find.....	2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863	184
R. v. Fraser	(2002), 3 C.R. (6th) 308	34
R. v. Genser	(1986), 39 Man. R. (2d) 203	586
R. v. Guzman	2011 QCCA 136 (CanLII)	749
R. v. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	748
R. v. Hibbert	[1995] 2 S.C.R. 973	24, 578
R. v. Hinse	[1995] 4 S.C.R. 597	32
R. v. Howe	[1987] A.C. 417	40
R. v. Ipeelee	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433	743
R. v. J.M.H.	2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197	56
R. v. Kapp	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483	94, 214, 243, 256
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	483
R. v. Khawaja	2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555	520
R. v. Krymowski	2005 SCC 7, [2005] 1 S.C.R. 101	483
R. v. Lam	2005 ABQB 849 (CanLII)	578
R. v. Langlois	(1993), 80 C.C.C. (3d) 28	42
R. v. Latimer	2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3	47

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	426, 439
R. v. Li	(2002), 162 C.C.C. (3d) 360	48
R. v. M. (C.A.)	[1996] 1 S.C.R. 500	744
R. v. M.P.D.	2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL) ...	48
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	662
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72	10, 12
R. v. McGrath	[2000] O.J. No. 5735 (QL)	57
R. v. McNamara (No. 1)	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193	574
R. v. McRae	(2005), 77 O.R. (3d) 1	42
R. v. Mena	(1987), 34 C.C.C. (3d) 304	42
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	142
R. v. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	13
R. v. Naicker	2007 BCCA 608, 229 C.C.C. (3d) 187	592
R. v. Neil	2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631	359
R. v. O'Brien	[1954] S.C.R. 666	574
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	52
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	151, 263, 504
R. v. Poon	2006 BCSC 1158 (CanLII)	48
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	33
R. v. Powley	2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207	654
R. v. Provo	[1989] 2 S.C.R. 3	32
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	52
R. v. Ruzic	2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687	27
R. v. Sharpe	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	503
R. v. Simpson	2007 ONCA 793, 230 C.C.C. (3d) 542	592
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	661
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	660
R. v. Spence.....	2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458	184
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	432
R. v. Sundown	[1999] 1 S.C.R. 393	661
R. v. Taylor	(1984), 40 C.R. (3d) 222	586
R. v. Trieu.....	2008 ABCA 143, 429 A.R. 200	574
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296	160
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	659
R. v. Vu.....	2012 SCC 40, [2012] 2 S.C.R. 411	587
R. v. Vucetic	(1998), 129 C.C.C. (3d) 178	574
R. v. Williams	[1998] 1 S.C.R. 1128	184
R. v. Wust	2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455	744
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	209
Ravndahl v. Saskatchewan	2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181	683, 713
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	685
Riddlesbarger v. Hartford Insurance Co.	74 U.S. (7 Wall.) 386 (1868)	715
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	232, 264
Robinson v. Sutherland	(1893), 9 Man. R. 199	732
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232	524
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	142
Roger Earl of Rutland's Case	(1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555	663
Ross v. New Brunswick School District No. 15	[1996] 1 S.C.R. 825	504

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Royal Anne Hotel Co. v. Village of Ashcroft	(1979), 95 D.L.R. (3d) 756	605
Royal Oak Mines Inc., Re	(1999), 6 C.B.R. (4th) 314	368, 388
Ryan v. Moore	2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53	336
S		
Schenck v. The Queen	(1981), 34 O.R. (2d) 595	612
Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.	2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175	355
Sheppe v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 22	578
Smith v. Alliance Pipeline Ltd.	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160	540
Smith v. Inco Ltd.	2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321	618
Snyder v. Phelps	131 S. Ct. 1207 (2011)	523
Soulos v. Korkontzilas	[1997] 2 S.C.R. 217	368, 388
Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd. ...	[1976] 1 Q.B. 858	716
St. Helen's Smelting Co. v. Tipping	(1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483	617
St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette	2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392	605
St. Pierre v. Ontario (Minister of Transportation and Communica- tions)	[1987] 1 S.C.R. 906	605
Strother v. 3464920 Canada Inc.	2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177	355
Susan Heyes Inc. v. Vancouver (City)	2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92	605
Syndicat Northcrest v. Amselem	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551	537
T		
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assess- ment Director)	2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550	659
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission)	[1991] 2 S.C.R. 22	232
The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark	(1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025	662
The Queen v. Loiselle	[1962] S.C.R. 624	611
Thibaudeau v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 627	146
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	508
Thorson v. Attorney General of Canada	[1975] 1 S.C.R. 138	683, 713
Timminco Ltd., Re	2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169	363
Tock v. St. John's Metropolitan Area Board	[1989] 2 S.C.R. 1181	607
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers ...	2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772	524
Trociuk v. British Columbia (Attorney General)	2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835	162
U		
Ultramares Corp. v. Touche	174 N.E. 441 (1931)	725
United States v. Burnes	666 F.Supp.2d 968 (2009)	49
United States v. Gamboa	439 F.3d 796 (2006)	49
United States v. Marion	404 U.S. 307 (1971)	715
United States v. Montes	602 F.3d 381 (2010)	49
United States of America v. Lorenz	(2007), 222 C.C.C. (3d) 16	574
V		
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	233

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
W		
Waddell v. Schreyer	(1981), 126 D.L.R. (3d) 431	683
Walker v. McKinnon Industries Ltd.	[1949] 4 D.L.R. 739	617
Warman v. Kouba	2006 CHRT 50 (CanLII)	497
Warman v. Northern Alliance.....	2009 CHRT 10 (CanLII)	497
Warman v. Tremaine (No. 2).....	2007 CHRT 2, 59 C.H.R.R. D/391	497
Warman v. Winnicki (No. 2)	2006 CHRT 20, 56 C.H.R.R. D/381	498
Watkins v. Olafson	[1989] 2 S.C.R. 750	710
Wewaykum Indian Band v. Canada	2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245	653, 701
Wildtree Hotels Ltd. v. Harrow London Borough Council	[2001] 2 A.C. 1	616
Withler v. Canada (Attorney General)	2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 ...	150, 215, 243, 256, 508
Z		
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321	518

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
A		
A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)	2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181	155
AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)	2009 QCCS 6459 (CanLII)	364
Abrams c. United States	250 U.S. 616 (1919)	516
Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society	2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 ...	354, 385, 653
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 ...	154, 232, 264, 515
Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunnin- gham	2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670	157
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	540
Algoma Steel Inc., Re	(2001), 25 C.B.R. (4th) 194	363
Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.	[1981] A.C. 1001	617
Andreae c. Selfridge & Co.	[1938] 1 Ch. 1	615
Andrews c. Law Society of British Columbia	[1989] 1 R.C.S. 143	140, 214, 257
Attorney-General c. Briant	(1846), 15 M. & W. 169, 153 E.R. 808	426
B		
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	536
Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada	2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222	155
Bande indienne Wewaykum c. Canada	2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245 ...	653, 701
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	304
Barber c. Proudfoot	[1890-91] 1 W.L.T.R. 144	732
Barrette c. Falardeau	2010 QCCA 989 (CanLII)	133
BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976.....	2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560	358
Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks	2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103	658
Bell c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 471	587
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	334
Benzina c. Le	2008 QCCA 803 (CanLII)	133
Bisaillon c. Keable	[1983] 2 R.C.S. 60	416, 439
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	141
Bourbonnais c. Pratt	2006 QCCS 5611, [2007] R.D.F. 124	132
Bracklow c. Bracklow	[1999] 1 R.C.S. 420	118, 204, 244
Brooks c. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 R.C.S. 1219	222
Brophy c. Attorney-General of Manitoba	[1895] A.C. 202	733
Burke c. Cie de la Baie d'Hudson.....	2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273 ...	308, 354

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
C		
C.L. c. J.Le.	2010 QCCA 2370 (CanLII)	134
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général).....	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	343
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor	[1990] 3 R.C.S. 892	483
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias ...	[1997] 3 R.C.S. 391	33, 52
Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society	2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524	651
Canada (Procureur général) c. Hislop	2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429	730
Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.	2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610	508
Canada (Procureur général) c. Lameman	2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372	684, 722
Canadian Bar Assn. c. British Columbia	2006 BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38	683
Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.	(1998), 41 O.R. (3d) 606	298, 338
Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.....	[1991] 3 R.C.S. 534	388
Centre de recherche-action sur les relations raciales c. www.bcwhitepride.com	2008 TCDP 1 (CanLII)	498
Century Services Inc. c. Canada (Procureur général).....	2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379	302, 327
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326	52
Cheslatta Carrier Nation c. British Columbia	2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344	685
Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.	[1977] 2 R.C.S. 67	133
Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette	2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392	605
Citron c. Zündel (No. 4)	(2002), 41 C.H.R.R. D/274	497
City of Campbellton c. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.	(1981), 127 D.L.R. (3d) 436	605
City of Winnipeg c. Barrett	[1892] A.C. 445	733
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	214
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	214
Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 236	650
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1999] 2 R.C.S. 203	144, 221
Couture c. Gagnon	[2001] R.J.Q. 2047	132
Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.....	2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60	303
D		
Design Services Ltd. c. Canada	2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737	726
Donkin c. Bugoy	[1985] 2 R.C.S. 85	368
Droit de la famille — 121120	2012 QCCA 909 (CanLII)	134
Droit de la famille — 977	[1991] R.J.Q. 904	116, 208
Dumont c. Canada (Procureur général)	[1990] 1 R.C.S. 279	682
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	502
E		
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241	167
Egan c. Canada	[1995] 2 R.C.S. 513	144, 525
Elan Corp. c. Comiskey	(1990), 41 O.A.C. 282	361

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	142, 232
Elmasry c. Rogers Publishing Ltd. (No. 4)	2008 BCHRT 378, 64 C.H.R.R. D/509	493
F		
First Leaside Wealth Management Inc. (Re)	2012 ONSC 1299 (CanLII)	366
G		
G.B. c. C.C.	[2001] R.J.Q. 1435	121
Galambos c. Perez.....	2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247	355, 383
Gosselin c. Québec (Procureur général)	2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429	141
Griggs c. Duke Power Co.	401 U.S. 424 (1971)	219
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	653
H		
Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.....	2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303	377
Hardy c. Desjarlais	(1892), 8 Man. R. 550	732
Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)	2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357	142
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	693
Human Rights Commission (Sask.) c. Bell	(1994), 120 Sask. R. 122	485
Human Rights Commission (Sask.) c. Engineering Students' Society, University of Saskatchewan	(1989), 72 Sask. R. 161	511
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national.....	[1995] 3 R.C.S. 453	288
Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright.....	(1922), 64 R.C.S. 306	297, 337
I		
In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)	[2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680	730
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	264, 499
J		
Janzen c. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 R.C.S. 1252	229
Jespersion's Brake & Muffler Ltd. c. Chilliwack (District)	(1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230	609
K		
K.L.B. c. Colombie-Britannique.....	2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403	355
Kamloops c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2	716
Kane c. Alberta Report	2001 ABQB 570, 291 A.R. 71	493
Kempling c. College of Teachers (British Columbia)	2005 BCCA 327, 43 B.C.L.R. (4th) 41	523
Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)	2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3	683, 713
L		
Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 R.C.S. 574	354, 652
Lavoie c. Canada	2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769	162, 222, 264
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	218, 243, 257
Lindsay Petroleum Co. c. Hurd	(1874), L.R. 5 P.C. 221	687, 728

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
M		
M. c. H.	[1999] 2 R.C.S. 3	99, 212, 248
M. (K.) c. M. (H.)	[1992] 3 R.C.S. 6	687, 714
M. (M.E.) c. L. (P.)	[1992] 1 R.C.S. 183	208
M.B. c. L.L.	[2003] R.D.F. 539	132
M.T. c. J.-Y.T.	2008 CSC 50, [2008] 2 R.C.S. 781	115
Mandrake Management Consultants Ltd. c. Toronto Transit Commission	(1993), 62 O.A.C. 202	611
Marine Drive Properties Ltd., Re	2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47	363
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	232, 265
Miron c. Trudel	[1995] 2 R.C.S. 418	98, 213, 244, 254
Mitchell c. Bande indienne Peguis	[1990] 2 R.C.S. 85	659
Mitchell c. M.R.N.	2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911	661
Moge c. Moge	[1992] 3 R.C.S. 813	204, 246
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152	350
Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100	506
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256	536
Murdoch c. Murdoch	[1975] 1 R.C.S. 423	210
Murphy c. Welsh	[1993] 2 R.C.S. 1069	719
N		
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511	652, 705
Nealy c. Johnston	(1989), 10 C.H.R.R. D/6450	495
Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) c. Airport Realty Ltd.	2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95	611
Nolan c. Kerry (Canada) Inc.	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678	377
Nortel Networks Corp., Re	(2009), 75 C.C.P.B. 206	366
Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh	2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325	95, 202, 243, 258
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	230
Novak c. Bond	[1999] 1 R.C.S. 808	685
O		
Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1993] 3 R.C.S. 327	690, 737
Owens c. Human Rights Commission (Sask.)	2002 SKQB 506, 228 Sask. R. 148	485
P		
Papalia c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 256	578
Paquette c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 189	36
Paradis c. The King	[1934] R.C.S. 165	586
Payzant c. McAleer	(1994), 26 C.H.R.R. D/271	497
Peixeiro c. Haberman	[1997] 3 R.C.S. 549	717
People c. Strauch	240 Ill. 60 (1909)	582
Perka c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 232	25
Personne désignée c. Vancouver Sun	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253	439

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Peter c. Beblow	[1993] 1 R.C.S. 980	132, 371
Pettkus c. Becker	[1980] 2 R.C.S. 834	212
Ponton c. Dubé	2005 QCCA 413 (CanLII)	132
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine cana- dien)	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388	662
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)	2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550	659
Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.	2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612	689
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	305
Procureur général du Manitoba c. Forest	[1979] 2 R.C.S. 1032	690
Province of Ontario c. Dominion of Canada	(1895), 25 R.C.S. 434	662

Q

Québec (Procureur général) c. Moses	2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557	664
Québec (Procureure générale) c. B.T.	2005 QCCA 748, [2005] R.D.F. 709	203

R

R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.	2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209	265
R. c. Alexander	(2005), 206 C.C.C. (3d) 233	584
R. c. Andrews	[1990] 3 R.C.S. 870	483
R. c. Babes	(2000), 146 C.C.C. (3d) 465	439
R. c. Badger	[1996] 1 R.C.S. 771	659
R. c. Badhwar	2011 ONCA 266, 9 M.V.R. (6th) 163	747
R. c. Barros	2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368	416, 457
R. c. Basi	2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389	457
R. c. Bérubé	1999 CanLII 13241	574
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	141, 536
R. c. Blais	2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236	654
R. c. Briscoe	2010 SCC 13, [2010] 1 R.C.S. 411	581
R. c. Butler	[1992] 1 R.C.S. 452	503
R. c. C.L.Y.	2008 CSC 2, [2008] 1 R.C.S. 5	13
R. c. Carter	[1982] 1 R.C.S. 938	592
R. c. Clemente	[1994] 2 R.C.S. 758	10, 12
R. c. Craig	2009 CSC 23, [2009] 1 R.C.S. 762	5
R. c. Déry	2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669	576
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	264, 508
R. c. Find	2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863	184
R. c. Fraser	(2002), 3 C.R. (6th) 308	34
R. c. Genser	(1986), 39 Man. R. (2d) 203	586
R. c. Guzman	2011 QCCA 136, 84 C.R. (6th) 102	749
R. c. Hamilton	(2004), 72 O.R. (3d) 1	748
R. c. Hibbert	[1995] 2 R.C.S. 973	24, 578
R. c. Hinse	[1995] 4 R.C.S. 597	32
R. c. Howe	[1987] A.C. 417	40
R. c. Ipeelee	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433	743
R. c. J.M.H.	2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197	56
R. c. Kapp	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483	94, 214, 243, 256

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	483
R. c. Khawaja	2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555	520
R. c. Krymowski	2005 CSC 7, [2005] 1 R.C.S. 101	483
R. c. Lam	2005 ABQB 849 (CanLII)	578
R. c. Langlois	(1993), 80 C.C.C. (3d) 28	42
R. c. Latimer	2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3	47
R. c. Leipert	[1997] 1 R.C.S. 281	426, 439
R. c. Li	(2002), 162 C.C.C. (3d) 360	48
R. c. M. (C.A.)	[1996] 1 R.C.S. 500	744
R. c. M.P.D.	2003 BCPC 97, [2003] B.C.J. No. 771 (QL) ...	48
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 456	662
R. c. McCraw	[1991] 3 R.C.S. 72	10, 12
R. c. McGrath	[2000] O.J. No. 5735 (QL)	57
R. c. McNamara (No. 1)	(1981), 56 C.C.C. (2d) 193	574
R. c. McRae	(2005), 77 O.R. (3d) 1	42
R. c. Mena	(1987), 34 C.C.C. (3d) 304	42
R. c. Morgentaler	[1988] 1 R.C.S. 30	142
R. c. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	13
R. c. Naicker	2007 BCCA 608, 229 C.C.C. (3d) 187	592
R. c. Neil	2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631	359
R. c. O'Brien	[1954] R.C.S. 666	574
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	52
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	151, 263, 504
R. c. Poon	2006 BCSC 1158 (CanLII)	48
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	33
R. c. Powley	2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207	654
R. c. Provo	[1989] 2 R.C.S. 3	32
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	52
R. c. Ruzic	2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687	27
R. c. Sharpe	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	503
R. c. Simpson	2007 ONCA 793, 230 C.C.C. (3d) 542	592
R. c. Sioui	[1990] 1 R.C.S. 1025	661
R. c. Sparrow	[1990] 1 R.C.S. 1075	660
R. c. Spence	2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458	184
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	432
R. c. Sundown	[1999] 1 R.C.S. 393	661
R. c. Taylor	(1984), 40 C.R. (3d) 222	586
R. c. Trieu	2008 ABCA 143, 429 A.R. 200	574
R. c. Turpin	[1989] 1 R.C.S. 1296	160
R. c. Van der Peet	[1996] 2 R.C.S. 507	659
R. c. Vu	2012 CSC 40, [2012] 2 R.C.S. 411	587
R. c. Vucetic	(1998), 129 C.C.C. (3d) 178	574
R. c. Williams	[1998] 1 R.C.S. 1128	184
R. c. Wust	2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455	744
Rathwell c. Rathwell	[1978] 2 R.C.S. 436	209
Ravndahl c. Saskatchewan	2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181	683, 713
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	685
Riddlesbarger c. Hartford Insurance Co.	74 U.S. (7 Wall.) 386 (1868)	715

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	232, 264
Robinson c. Sutherland	(1893), 9 Man. R. 199	732
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario	[1990] 2 R.C.S. 232	524
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	142
Roger Earl of Rutland's Case	(1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555	663
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick ...	[1996] 1 R.C.S. 825	504
Royal Anne Hotel Co. c. Village of Ashcroft	(1979), 95 D.L.R. (3d) 756	605
Royal Oak Mines Inc., Re	(1999), 6 C.B.R. (4th) 314	366, 388
Ryan c. Moore.....	2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53	337
S		
Schenck c. The Queen	(1981), 34 O.R. (2d) 595	612
Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.	2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175	355
Sheppe c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 22	578
Smith c. Alliance Pipeline Ltd.	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160	540
Smith c. Inco Ltd.	2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321	618
Snyder c. Phelps	131 S. Ct. 1207 (2011)	523
Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada.....	[1992] 3 R.C.S. 558	314
Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19	503
Soulos c. Korkontzilas	[1997] 2 R.C.S. 217	368, 388
Sparham-Souter c. Town and Country Developments (Essex) Ltd. ...	[1976] 1 Q.B. 858	716
St. Helen's Smelting Co. c. Tipping	(1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483	617
St. Pierre c. Ontario (Ministre des Transports et Communications)	[1987] 1 R.C.S. 906	605
Strother c. 3464920 Canada Inc.....	2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177	355
Susan Heyes Inc. c. Vancouver (City)	2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92	605
Syndicat Northcrest c. Amselem	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551	537
T		
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immi- gration)	[1991] 2 R.C.S. 22	232
The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark	(1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025	662
The Queen c. Loiselle	[1962] R.C.S. 624	611
Thibaudeau c. Canada	[1995] 2 R.C.S. 627	146
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	508
Thorson c. Procureur général du Canada	[1975] 1 R.C.S. 138	683, 713
Timminco Ltd., Re	2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169	363
Tock c. St. John's Metropolitan Area Board	[1989] 2 R.C.S. 1181	607
Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)	2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835	162
U		
Ultramares Corp. c. Touche	174 N.E. 441 (1931)	725
United States c. Burnes	666 F.Supp.2d 968 (2009)	49
United States c. Gamboa	439 F.3d 796 (2006)	49
United States c. Marion	404 U.S. 307 (1971)	715
United States c. Montes	602 F.3d 381 (2010)	49
United States of America c. Lorenz	(2007), 222 C.C.C. (3d) 16	574
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers ...	2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772	524

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
V		
Vriend c. Alberta	[1998] 1 R.C.S. 493	233
W		
Waddell c. Schreyer	(1981), 126 D.L.R. (3d) 431	683
Walker c. McKinnon Industries Ltd.	[1949] 4 D.L.R. 739	618
Warman c. Kouba	2006 TCDP 50 (CanLII)	497
Warman c. L'Alliance du Nord	2009 TCDP 10 (CanLII)	498
Warman c. Tremaine (No. 2).....	2007 TCDP 2, 59 C.H.R.R. D/391	497
Warman c. Winnicki (No. 2)	2006 TCDP 20, 56 C.H.R.R. D/381	498
Watkins c. Olafson	[1989] 2 R.C.S. 750	710
Wildtree Hotels Ltd. c. Harrow London Borough Council	[2001] 2 A.C. 1	616
Withler c. Canada (Procureur général)	2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 ... 150, 215, 243, 256, 508	
Z		
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la per- sonne)	[1992] 2 R.C.S. 321	518

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
C		s. 75(1)(a)	271
		s. 75(1)(b)	271
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		S	
s. 1	61, 467	<i>Saskatchewan Human Rights Code, S.S.</i>	
s. 2(a)	467	1979, c. S-24.1	
s. 15	61	s. 14(1)(b)	467
<i>Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64,</i>			
arts. 401 to 430	61		
art. 432	61		
art. 433	61		
arts. 448 to 484	61		
art. 585	61		
<i>Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C.</i>			
1985, c. C-36.....	271		
<i>Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46</i>			
s. 21(1)	565		
s. 264.1(1)(a)	7		
s. 465(1)	565		
s. 686(1)(b)(iii)	565		
s. 718.1	739		
s. 718.2	739		
E			
<i>Expropriations Act, R.S.O. 1990, c. E.26</i>			
s. 1(1)	594		
s. 21	594		
M			
<i>Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3</i>			
s. 31	623		
s. 32	623		
P			
<i>Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8</i>			
s. 57(3)	271		
s. 57(4)	271		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C		S	
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Saskatchewan Human Rights Code, S.S.</i>	
art. 1	61, 467	1979, ch. S-24.1	
art. 2a)	467	art. 14(1)(b)	467
art. 15	61		
<i>Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64</i>			
art. 401 à 430	61		
art. 432	61		
art. 433	61		
art. 448 à 484	61		
art. 585	61		
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>			
art. 21(1)	565		
art. 264.1(1)a)	7		
art. 465(1)	565		
art. 686(1)b)(iii)	565		
art. 718.1	739		
art. 718.2	739		
L			
<i>Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3</i>			
art. 31	623		
art. 32	623		
<i>Loi sur l'expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26</i>			
art. 1(1)	594		
art. 21	594		
<i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36</i>	271		
<i>Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8</i>			
art. 57(3)	271		
art. 57(4)	271		
art. 75(1)a)	271		
art. 75(1)b)	271		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Arnold, Brian J. <i>Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.	336
Baker, Dennis J. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2012.	31
Bala, Nicholas. “Controversy Over Couples in Canada: The Evolution of Marriage and Other Adult Inter-dependent Relationships” (2003), 29 <i>Queen’s L.J.</i> 41.	238
Barak, Aharon. <i>Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations</i> , trans. by Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.	258
Baudouin, Jean-Louis. « Examen critique de la situation juridique de l’enfant naturel » (1966), 12 <i>R.D. McGill/McGill L.J.</i> 157.	126
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 6 ^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.	133
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 9th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2009, “accrued liability”.	336
Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. “Breaking the <i>Law’s</i> Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15” (2003), 20 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 33.	145
British Columbia. Royal Commission on Family and Children’s Law. <i>Family Maintenance</i> . Vancouver: The Commission, 1975.	204
British Columbia Law Institute. <i>Report on Recognition of Spousal and Family Status</i> . Vancouver: The Institute, 1998.	228
Brodsky, Gwen. “Case Comment: <i>Gosselin v. Quebec (Attorney General)</i> : Autonomy with a Vengeance” (2003), 15 <i>C.J.W.L./R.F.D.</i> 194.	170
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 <i>R.J.T.</i> 149.	109
Cameron, B. Jamie. “A Work in Progress: The Supreme Court and the <i>Charter’s</i> Equation of Rights and Limits”, in Debra M. McAllister and Adam M. Dodek, eds., <i>The Charter at Twenty: Law and Practice 2002</i> . Toronto: Ontario Bar Association, 2002, 31.	145
Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. <i>Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada</i> . Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.	506
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 12. <i>Les divorcés et leur soutien</i> . Ottawa : Information Canada, 1975.	204

Canada. Commission de réforme du droit. <i>Études sur le droit des biens de la famille</i> . Ottawa : Information Canada, 1975.	208
Canada. Law Reform Commission. <i>Studies on Family Property Law</i> . Ottawa: Information Canada, 1975. ...	208
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 12. <i>Maintenance on Divorce</i> . Ottawa: Information Canada, 1975.	204
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. <i>Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> . Ottawa : Sénat du Canada, 2003.	316
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. <i>Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act</i> . Ottawa: Senate of Canada, 2003.	316
Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. <i>Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966.	506
Canadian Institute of Chartered Accountants. <i>CICA Handbook — Accounting, Part II, Accounting Standards for Private Enterprises</i> . Toronto: The Institute, 2012.	337
Caparros, Ernest. « Le patrimoine familial : une qualification difficile » (1994), 25 <i>R.G.D.</i> 251.	116
Caparros, Ernest. <i>Les régimes matrimoniaux au Québec</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 1988.	112
Cardozo, Benjamin N. <i>The Nature of the Judicial Process</i> . New Haven, Conn.: Yale University Press, 1921. ...	493
Colombie-Britannique. Royal Commission on Family and Children's Law. <i>Family Maintenance</i> . Vancouver : The Commission, 1975.	204
Comtois, Roger. <i>Traité théorique et pratique de la communauté de biens</i> . Montréal : Recueil de droit et de jurisprudence, 1964.	112
Cossette, André. « Le concubinage au Québec » (1985), 88 <i>R. du N.</i> 42.	125
Coughlan, Stephen G. "Duress, Necessity, Self-Defence and Provocation: Implications of Radical Change?" (2002), 7 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 147.	28
D.-Castelli, Mireille, et Dominique Goubau. <i>Le droit de la famille au Québec</i> , 5 ^e éd. Saint-Nicholas, Qué. : Presses de l'Université Laval, 2005.	120
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., <i>Des concubinages dans le monde</i> . Paris : Centre national de la recherche scientifique, 1990, 85.	125
"Developments in the Law: Criminal Conspiracy" (1959), 72 <i>Harv. L. Rev.</i> 920.	583
Doherty, David. "Conspiracies and Attempts", in National Criminal Law Program, <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 1. Edmonton: Federation of Law Societies of Canada, 1990.	583
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	334
Dukelow, Daphne A. <i>The Dictionary of Canadian Law</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011, "accrued liability".	336
Dworkin, Ronald. "Foreword", in Ivan Hare and James Weinstein, eds., <i>Extreme Speech and Democracy</i> . New York: Oxford University Press, 2009, v.	516
Dworkin, Ronald. <i>Taking Rights Seriously</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.	140
Fleming, John G. <i>Fleming's The Law of Torts</i> , 10th ed., by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.	605
Fletcher, George P. <i>Rethinking Criminal Law</i> . Boston: Little, Brown, 1978.	46

Goubau, Dominique. « La conjugalité en droit privé : comment concilier “autonomie” et “protection”? », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., <i>L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 153.	194
Goubau, Dominique, Ghislain Otis et David Robitaille. « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses “dommages collatéraux” » (2003), 44 <i>C. de D.</i> 3.	127
<i>Grand Robert de la langue française</i> (en ligne : http://gr.bvdep.com), « calomnie », « émotion ».	496
Greschner, Donna. “The Purpose of Canadian Equality Rights” (2002), 6 <i>Rev. Const. Stud./R. études const.</i> 291.	151
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 4th ed. (reissue), vol. 16(2). London: LexisNexis UK, 2003.	688, 730
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp., vol. 2. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2012, release 1).	265
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.	336
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. <i>Liability of the Crown</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.	726
Holland, Winifred. “Intimate Relationships in the New Millennium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?” (2000), 17 <i>Can. J. Fam. L./Rev. can. d. fam.</i> 114.	198, 239
Institut canadien des comptables agréés. <i>Manuel de l'ICCA — Comptabilité</i> , partie II, <i>Normes comptables pour les entreprises à capital fermé</i> . Toronto : L'Institut, 2012.	337
Jackson, Georgina R., and Janis Sarra. “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in Janis P. Sarra, ed., <i>Annual Review of Insolvency Law 2007</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.	389
Jarry, Jocelyne. <i>Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.	110
Kaplan, Ari N. <i>Pension Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2006.	330
Klar, Lewis N. <i>Tort Law</i> , 5th ed. Toronto: Carswell, 2012.	606
Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. “Meaningless Mantra: Substantive Equality after <i>Withler</i> ” (2011), 16 <i>Rev. Const. Stud./R. études const.</i> 31.	154
LaFave, Wayne R. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003.	586
Langevin, Louise. « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009), 54 <i>R.D. McGill/McGill L.J.</i> 697.	117
Leckey, Robert. « Chosen Discrimination » (2002), 18 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 445.	266
Lefebvre, Brigitte. « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., <i>L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 3.	108, 207
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. <i>Canadian Tort Law</i> , 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011. ...	608
Manitoba. Law Reform Commission. <i>Limitations</i> . Winnipeg: The Commission, 2010.	720
Manitoba. Law Reform Commission. <i>Reports on Family Law</i> , Part I — <i>The Support Obligation</i> , Report #23. Winnipeg: The Commission, 1976.	204
Manning, Morris, and Peter Sankoff. <i>Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	26, 584
Manson, Allan. <i>The Law of Sentencing</i> . Toronto: Irwin Law, 2001.	745

	PAGE
Massé, Sylvie. « Les régimes matrimoniaux au Canada — Analyse comparative des législations provinciales » (1985), 88 <i>R. du N.</i> 103.	111
McIntyre, Sheila. “Deference and Dominance: Equality Without Substance”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., <i>Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2006, 95.	170, 220
McLaren, John P. S. “Nuisance in Canada”, in Allen M. Linden, ed., <i>Studies In Canadian Tort Law</i> . Toronto: Butterworths, 1968, 320.	608
McNamara, Luke. “Negotiating the Contours of Unlawful Hate Speech: Regulation Under Provincial Human Rights Laws in Canada” (2005), 38 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 1.	511
Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane. <i>Equity Doctrines and Remedies</i> , 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1984.	690
Mignault, Pierre-Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 6. Montréal : C. Théoret, 1902.	112
Moon, Richard. <i>Rapport présenté à la Commission canadienne des droits de la personne concernant l’article 13 de la Loi canadienne sur les droits de la personne et la réglementation de la propagande haineuse sur Internet</i> . Ottawa : Commission canadienne des droits de la personne, 2008.....	517
Moon, Richard. <i>Report to the Canadian Human Rights Commission Concerning Section 13 of the Canadian Human Rights Act and the Regulation of Hate Speech on the Internet</i> . Ottawa: Canadian Human Rights Commission, 2008.	517
Moon, Richard. <i>The Constitutional Protection of Freedom of Expression</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2000.	516
Moore, Benoît. « Culture et droit de la famille : de l’institution à l’autonomie individuelle » (2009), 54 <i>R.D. McGill/McGill L.J.</i> 257.	118, 263
Moreau, Sophia. “ <i>R. v. Kapp</i> : New Directions for Section 15” (2008-2009), 40 <i>Ottawa L. Rev./R.D. Ottawa</i> 283.	216
Moreau, Sophia. “The Promise of <i>Law v. Canada</i> ” (2007), 57 <i>U.T.L.J.</i> 415.	159
Moreau, Sophia R. “The Wrongs of Unequal Treatment” (2004), 54 <i>U.T.L.J.</i> 291.	158
Murphy, John, and Christian Witting. <i>Street on Torts</i> , 13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.	605
Nouvelle-Écosse. Law Reform Commission. <i>Final Report : Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia</i> . Halifax : The Commission, 1997.	228
Nova Scotia. Law Reform Commission. <i>Final Report: Reform of the Law Dealing with Matrimonial Property in Nova Scotia</i> . Halifax: The Commission, 1997.	228
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants under the Family Law Act</i> . Toronto: The Commission, 1993.	211
Ontario. Legislative Assembly. <i>Legislature of Ontario Debates: Official Report (Hansard)</i> , No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.	347
Ontario. Limitations Act Consultation Group. <i>Recommendations for a New Limitations Act: Report of the Limitations Act Consultation Group</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1991.	719
Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>Family Law Reform</i> . Toronto: The Ministry, 1976.	204
<i>Oxford English Dictionary</i> (online: www.oed.com), “calumny”, “emotion”.	496
Paciocco, David M. “No-one Wants to Be Eaten: The Logic and Experience of the Law of Necessity and Duress” (2010), 56 <i>Crim. L.Q.</i> 240.	37
Parent, Hughes. <i>Traité de droit criminel</i> , t. 1, <i>L’imputabilité</i> , 2 ^e éd. Montréal : Thémis, 2005.	28

Pineau, Jean, et Danielle Burman. <i>Effets du mariage et régimes matrimoniaux</i> . Montréal : Thémis, 1984.	109
Pineau, Jean, et Marie Pratte. <i>La famille</i> . Montréal : Thémis, 2006.	203
Proulx, Daniel. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] <i>R. du B.</i> (numéro spécial) 485.	151
Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. <i>Journal des débats</i> , vol. 37, n° 46, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 12 février 2002, p. 4-5.	130
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , n° 197, 2 ^e sess., 35 ^e lég., 18 juin 1998, p. 12069-12070.	130
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 23, n° 15, 6 ^e sess., 31 ^e lég., 4 décembre 1980, p. 608 et 663.	129
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 30, n° 125, 2 ^e sess., 33 ^e lég., 8 juin 1989, p. 6487, 6489 et 6497.	209
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 37, n° 96, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 7 mai 2002, p. 5816.	130
Québec. Assemblée nationale. Sous-commission des institutions. <i>Journal des débats</i> , n° 22, 1 ^{re} sess., 34 ^e lég., 19 novembre 1991, p. 859.	130
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on Matrimonial Regimes</i> . Montréal: Official Publisher, 1968.	113
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. I — <i>Draft Civil Code</i> . Québec: Éditeur officiel, 1978.	128
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code</i> , vol. II — <i>Commentaries</i> , t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.	229
Québec. Conseil du statut de la femme. <i>Mémoire du Conseil du statut de la femme présenté lors de la consultation générale sur les droits économiques des conjoints</i> . Québec : Le Conseil, 1988.	129
Québec. Conseil du statut de la femme. <i>Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille</i> . Québec : Le Conseil, 1979.	128
Québec. <i>Les droits économiques des conjoints</i> , par Herbert Marx et Monique Gagnon Tremblay. Sainte-Foy, Qué. : Ministère de la Justice, 1988.	114
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec</i> , vol. I — <i>Projet du Code civil</i> . Québec : Éditeur officiel, 1978.	128
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur le Code civil du Québec</i> , vol. II — <i>Commentaires</i> , t. 1. Québec : Éditeur officiel, 1978.	128
Québec. Office de révision du Code civil. <i>Rapport sur les régimes matrimoniaux</i> . Montréal : Éditeur officiel, 1968.	113
Réaume, Denise G. “Discrimination and Dignity” (2003), 63 <i>La. L. Rev.</i> 645.	145
Roach, Kent. <i>Criminal Law</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.	28
Rotman, Leonard I. “Wewaykum: A New Spin on the Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Peoples?” (2004), 37 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 219.	686
Roy, Alain. « La charte de vie commune ou l’émergence d’une pratique réflexive du contrat conjugal » (2007), 41 <i>R.J.T.</i> 399.	131
Roy, Alain. « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe » (2006), 51 <i>R.D. McGill/McGill L.J.</i> 665.	113
Roy, Alain. <i>Le contrat de mariage réinventé : Perspectives socio-juridiques pour une réforme</i> . Montréal : Thémis, 2002.	109

Roy, Alain. « Le régime juridique de l'union civile : entre symbolisme et anachronisme », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., <i>L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 165.	111
Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. <i>Sentencing</i> , 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.	744
Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. “What’s Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions” (2004), 24 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 103.	171
Sarra, Janis P. <i>Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2007.	306
Saskatchewan. Law Reform Commission. “Common Law Relationships Under the Matrimonial Property Act”, discussion paper, July 1997 (online: http://www.lawreformcommission.sk.ca/Commonlaw.pdf).	228
Schachter, Harley. “Selected Current Issues in Aboriginal Rights Cases: Evidence, Limitations and Fiduciary Obligations”, in <i>The 2001 Isaac Pitblado Lectures: Practising Law In An Aboriginal Reality</i> . Winnipeg: Law Society of Manitoba, 2001, 203.	685
Senécal, Jean-Pierre. <i>Droit de la famille québécois</i> , vol. 1 et 2. Brossard, Qué. : Publications CCH, 1985 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2012, envoi n° 374).	120
Senzilet, Michael William. “Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken”, unpublished LL.M. thesis, University of Ottawa, 1987.	616
Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 433.	660
Slattery, Brian. “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 727.	658
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 6th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Reuters, 2011.	26
Sumner, L. W. <i>The Hateful and the Obscene: Studies in the Limits of Free Expression</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2004.	518
Sylvestre, Jean. « Les accords entre concubins », [1981] 1 <i>C.P. du N.</i> 195.	125
Tarnopolsky, Walter Surma. <i>Discrimination and The Law in Canada</i> . Toronto: Richard De Boo, 1982.	217
Tétrault, Michel. <i>Droit de la famille</i> , vol. 1, 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2010.	109
Tétrault, Michel. « L'union civile : j'me marie, j'me marie pas », dans Pierre-Claude Lafond et Brigitte Lefebvre, dir., <i>L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21^e siècle</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, 101.	118
<i>The Mercer Pension Manual</i> , vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).	332
Todd, Eric C. E. <i>The Law of Expropriation and Compensation in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.	600
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 10, par Léon Faribault. Montréal : Wilson et Lafleur, 1952.	112
Tremblay, Luc B. “Promoting Equality and Combating Discrimination Through Affirmative Action: The Same Challenge? Questioning the Canadian Substantive Equality Paradigm” (2012), 60 <i>Am. J. Comp. L.</i> 181.	145
<i>Waters’ Law of Trusts in Canada</i> , 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson Carswell, 2005.	370
Williams, Cameron R. “Complicity in a Conspiracy as an Approach to Conspiratorial Liability” (1968), 16 <i>U.C.L.A. L. Rev.</i> 155.	588
Yeo, Stanley. “Defining Duress” (2002), 46 <i>Crim. L.Q.</i> 293.	49

Young, Margot. “Blissed Out: Section 15 at Twenty”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., <i>Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2006, 45.	170
Young, Margot. “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15”, in Sanda Rodgers and Sheila McIntyre, eds., <i>The Supreme Court of Canada and Social Justice: Commitment, Retrenchment or Retreat</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2010, 183.	170, 225

J.F. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**British Columbia Civil Liberties
Association** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. J.F.

2013 SCC 12

File No.: 34284.

2012: October 12; 2013: March 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal Law — Offences — Conspiracy — Parties to offences — Whether a person can be a party to the offence of conspiracy — Whether party liability attaches to someone who knows of conspiracy and does something for the purpose of furthering unlawful object — Whether trial judge erred in instructions to jury pertaining to conspiracy — Whether curative proviso should be applied to uphold conviction — Co-conspirators' exception to the hearsay rule — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 465(1), 686(1)(b)(iii).

J, a youth, learned that his friend T and her sister R were planning to murder their mother by plying her with alcohol and drowning her, a plan which the sisters ultimately executed and were convicted for. The police found an MSN chat log between J and T in which J provided information to T about death by drowning; suggested that the sisters should give their mother codeine pills in addition to alcohol; and suggested ways to mislead the police. The Crown also led evidence that J supplied the girls with pills and met T and R after the murder to provide an alibi. The trial judge instructed the jury that J could be convicted of conspiracy to commit murder under s. 465(1) of the *Criminal Code* either as

J.F. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. c. J.F.

2013 CSC 12

N° du greffe : 34284.

2012 : 12 octobre; 2013 : 1^{er} mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Infractions — Complot — Participants aux infractions — Est-ce qu'une personne peut être un participant à l'infraction de complot? — Est-ce que la responsabilité comme participant peut être imputée à une personne qui a connaissance du complot et qui accomplit quelque chose en vue de la poursuite de la fin illégale visée par celui-ci? — La juge du procès a-t-elle fait erreur dans ses directives au jury au sujet de la notion de complot? — La disposition réparatrice devrait-elle être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Exception à la règle du oui-dire relative aux coconspirateurs — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 465(1), 686(1)(b)(iii).

J, un adolescent, a appris que son amie T et R, la sœur de cette dernière, projetaient de tuer leur mère en lui faisant boire de l'alcool en quantité et en la noyant, projet que les sœurs ont ultimement mis à exécution et à l'égard duquel elles ont été déclarées coupables. Les policiers ont trouvé l'archive d'une conversation sur MSN entre J et T dans laquelle J fournissait à T des renseignements au sujet de la mort par noyade, suggérait que les sœurs donnent des comprimés de codéine à leur mère en plus de l'alcool et recommandait des moyens de tromper la police. Le ministère public a également présenté des éléments de preuve indiquant que J avait fourni les comprimés aux filles et qu'il avait rencontré T et R après le

a principal, or as a party under s. 21(1)(b) or (c) of the *Criminal Code*. J was convicted of conspiracy to commit murder. The Court of Appeal dismissed an appeal from the conviction but reduced J's sentence.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: Party liability to conspiracy is an offence known to Canadian law. Unlike attempted conspiracy, it does not involve stacking one form of inchoate liability upon another, and does not suffer from remoteness.

There are two schools of thought in Canada as to how, and under what circumstances, a person can be found liable as a party to the offence of conspiracy. The narrower approach (the *Trieu* model) limits such liability to aiding or abetting the formation of the agreement. The broader approach (the *McNamara* model) extends such liability to also include aiding or abetting the furtherance of the conspiracy's unlawful object. The approach to be followed is *Trieu* and not *McNamara*. Party liability is limited to cases where the accused aids or abets the initial formation of the agreement, or aids or abets a new member to join a pre-existing agreement.

The *Trieu* model is a legitimate basis for party liability to a conspiracy. A person becomes party to an offence if he aids or abets a principal in the commission of the offence. It follows that party liability to a conspiracy is made out where the accused aids or abets the *actus reus* of conspiracy, namely the conspirators' act of agreeing.

The *McNamara* model is not a basis for party liability to conspiracy. Acts that further the unlawful object of a conspiracy are not an element of the offence of conspiracy. Aiding or abetting the furtherance of the unlawful object does not establish aiding or abetting the principal with any element of the offence of conspiracy, and thus cannot

meurtre pour leur fournir un alibi. Dans ses directives au jury, la juge du procès a précisé que J pouvait être déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre, l'infraction prévue au par. 465(1) du *Code criminel*, soit comme un des auteurs principaux, soit comme un participant suivant les al. 21(1)(b) ou c) du *Code criminel*. J a été déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité, mais a réduit la peine infligée à J.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : Le fait d'être un participant à un complot constitue une infraction qui existe en droit canadien. Contrairement à la tentative de complot, cette infraction ne découle pas de la superposition de deux formes de responsabilité inchoative et ne souffre pas d'absence de proximité.

Il existe deux écoles de pensée au Canada sur la question de savoir comment, et dans quelles circonstances, une personne peut être jugée responsable comme participant à l'infraction de complot. L'approche restrictive (le modèle dégagé dans *Trieu*) limite l'application de cette forme de responsabilité à ceux qui fournissent aide ou encouragement à la formation de l'entente. L'approche large (le modèle dégagé dans *McNamara*) étend cette responsabilité à ceux qui fournissent aide ou encouragement à la poursuite de la fin illégale visée par le complot. L'approche qui doit être suivie est celle prévue dans *Trieu* et non celle dégagée dans *McNamara*. L'application de la notion de responsabilité comme participant se limite aux cas où l'accusé fournit aide ou encouragement à la formation initiale de l'entente ou encore aide ou encourage de nouveaux membres à se joindre à une entente préexistante.

Le modèle dégagé dans *Trieu* représente un fondement légitime permettant de conclure à la responsabilité comme participant à l'infraction de complot. Une personne devient un participant à une infraction si elle aide ou encourage un des auteurs principaux à la commettre. Il s'ensuit que la responsabilité comme participant est établie lorsque l'accusé a fourni aide ou encouragement à l'égard de l'*actus reus* du complot, c'est-à-dire l'acte consistant pour les conspirateurs à s'entendre.

Le modèle dégagé dans *McNamara* n'est pas un fondement permettant de conclure à la responsabilité comme participant à l'infraction de complot. Des actes accomplis dans la poursuite de la fin illégale visée par le complot ne constituent pas un élément de l'infraction de complot. Le fait de fournir aide ou encouragement à

ground party liability for conspiracy. However, where a person, with knowledge of a conspiracy, does or omits to do something for the purpose of furthering the unlawful object, with the knowledge and consent of one or more of the existing conspirators, this provides powerful circumstantial evidence from which membership in the conspiracy can be inferred.

While party liability to conspiracy includes aiding or abetting the formation of a new agreement (the *Trieu* model), it also includes aiding or abetting a new member to join a pre-existing agreement. Such assistance or encouragement facilitates the new member's commission of the offence of conspiracy — that is, the *act* of agreeing.

In light of the conclusion that party liability does not extend to acts done in furtherance of the unlawful object of the conspiracy, party liability should not, in the present case, have been put to the jury. There is no evidence that J aided or abetted the initial formation of the agreement between R and T to murder their mother or aided or encouraged a new member to join the existing conspiracy. The trial judge's error, however, could not possibly have affected the verdict. The curative proviso under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* applies. The evidence implicating J as a member of the conspiracy was overwhelming and, once the jury rejected J's defence, a finding of guilt under s. 465(1) of the *Criminal Code* was inevitable.

Finally, the two grounds of appeal relating to evidence admitted under the co-conspirators' exception to the hearsay rule are dismissed.

Cases Cited

Approved: *R. v. Trieu*, 2008 ABCA 143, 429 A.R. 200; *R. v. Bérubé* (1999), 139 C.C.C. (3d) 304, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. vii; **disapproved:** *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Vucetic* (1998), 129 C.C.C. (3d) 178; *United States of America v. Lorenz* (2007), 222 C.C.C. (3d) 16, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. vi (*sub nom. Cheema v. Attorney General of Canada on behalf of the United*

la poursuite de la fin illégale ne prouve pas que l'accusé a aidé ou encouragé l'auteur principal à commettre quelque élément constitutif de l'infraction de complot, et il ne saurait justifier une conclusion de responsabilité comme participant au complot. Toutefois, le fait qu'une personne ayant connaissance d'un complot accompli ou omet d'accomplir une chose dans la poursuite de la fin illégale, et ce, au su et avec le consentement d'un ou de plusieurs des conspirateurs existants, constitue une solide preuve circonstancielle permettant d'inférer que cette personne est membre du complot.

Bien que la notion de responsabilité comme participant à un complot s'applique aux personnes qui aident à la formation d'une nouvelle entente (le modèle dérogé dans *Trieu*), elle vise également celles qui fournissent aide ou encouragement à l'égard d'une entente préexistante. Le fait de fournir une aide ou un encouragement de cette nature facilite la perpétration par le nouveau membre de l'infraction de complot — c'est-à-dire l'*acte* consistant à s'entendre.

Vu la conclusion que la responsabilité comme participant ne s'étend pas aux actes accomplis dans la poursuite de la fin illégale visée par le complot, la thèse de la responsabilité comme participant n'aurait pas dû, dans les circonstances, être soumise au jury. Il n'y a aucune preuve que l'appelant a fourni aide ou encouragement à la formation de l'entente initiale entre R et T en vue d'assassiner leur mère ou qu'il a aidé ou encouragé un nouveau membre à se joindre au complot existant. Toutefois, l'erreur de la juge du procès n'a pas pu influencer sur le verdict. La disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* s'applique. La preuve démontrant que l'appelant était impliqué comme membre du complot était accablante et, après que le jury a rejeté la défense présentée par J, il était inévitable que ce dernier soit déclaré coupable de l'infraction établie au par. 465(1) du *Code criminel*.

Enfin, les deux moyens d'appel se rapportant à la preuve admise en vertu de l'exception à la règle du oui-dire relative aux coconspirateurs sont rejetés.

Jurisprudence

Arrêts approuvés : *R. c. Trieu*, 2008 ABCA 143, 429 A.R. 200; *R. c. Bérubé*, 1999 CanLII 13241, autorisation d'appel refusée, [2000] 1 R.C.S. vii; **arrêts critiqués :** *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Vucetic* (1998), 129 C.C.C. (3d) 178; *United States of America c. Lorenz* (2007), 222 C.C.C. (3d) 16, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. vi (*sub nom. Cheema c. Attorney General of Canada on behalf of the*

States of America); *R. v. Taylor* (1984), 40 C.R. (3d) 222; **distinguished**: *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669; **referred to**: *R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666; *R. v. Lam*, 2005 ABQB 849 (CanLII); *Papalia v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 256; *Sheppe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 22; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *People v. Strauch*, 240 Ill. 60 (1909); *R. v. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233; *Paradis v. The King*, [1934] S.C.R. 165; *R. v. Genser* (1986), 39 Man. R. (2d) 203, aff'd [1987] 2 S.C.R. 685; *R. v. Vu*, 2012 SCC 40, [2012] 2 S.C.R. 411; *Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471; *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938; *R. v. Naicker*, 2007 BCCA 608, 229 C.C.C. (3d) 187, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xi; *R. v. Simpson*, 2007 ONCA 793, 230 C.C.C. (3d) 542, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. xi.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 465, 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

“Developments in the Law: Criminal Conspiracy” (1959), 72 *Harv. L. Rev.* 920.

Doherty, David. “Conspiracies and Attempts”, in National Criminal Law Program, *Substantive Criminal Law*, vol. 1. Edmonton: Federation of Law Societies of Canada, 1990.

LaFave, Wayne R. *Substantive Criminal Law*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003.

Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

Williams, Cameron R. “Complicity in a Conspiracy as an Approach to Conspiratorial Liability” (1968), 16 *U.C.L.A. L. Rev.* 155.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Rouleau and Epstein J.J.A.), 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, 276 O.A.C. 292, 269 C.C.C. (3d) 258, 85 C.R. (6th) 304, [2011] O.J. No. 1577 (QL), 2011 CarswellOnt 2329, affirming the accused’s conviction for conspiracy to commit murder. Appeal dismissed.

Ian R. Mang and *Shelley M. Kierstead*, for the appellant.

United States of America); *R. c. Taylor* (1984), 40 C.R. (3d) 222; **distinction d’avec l’arrêt** : *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669; **arrêts mentionnés** : *R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666; *R. c. Lam*, 2005 ABQB 849 (CanLII); *Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256; *Sheppe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 22; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *People c. Strauch*, 240 Ill. 60 (1909); *R. c. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233; *Paradis c. The King*, [1934] R.C.S. 165; *R. c. Genser* (1986), 39 Man. R. (2d) 203, conf. par [1987] 2 R.C.S. 685; *R. c. Vu*, 2012 CSC 40, [2012] 2 R.C.S. 411; *Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471; *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938; *R. c. Naicker*, 2007 BCCA 608, 229 C.C.C. (3d) 187, autorisation d’appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xi; *R. c. Simpson*, 2007 ONCA 793, 230 C.C.C. (3d) 542, autorisation d’appel refusée, [2008] 2 R.C.S. xi.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 465, 686(1)(b)(iii).

Doctrine et autres documents cités

« Developments in the Law : Criminal Conspiracy » (1959), 72 *Harv. L. Rev.* 920.

Doherty, David. « Conspiracies and Attempts », in National Criminal Law Program, *Substantive Criminal Law*, vol. 1. Edmonton : Fédération des professions juridiques du Canada, 1990.

LaFave, Wayne R. *Substantive Criminal Law*, vol. 2, 2nd ed. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2003.

Manning, Morris, and Peter Sankoff. *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

Williams, Cameron R. « Complicity in a Conspiracy as an Approach to Conspiratorial Liability » (1968), 16 *U.C.L.A. L. Rev.* 155.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Rouleau et Epstein), 2011 ONCA 220, 105 O.R. (3d) 161, 276 O.A.C. 292, 269 C.C.C. (3d) 258, 85 C.R. (6th) 304, [2011] O.J. No. 1577 (QL), 2011 CarswellOnt 2329, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l’accusé pour complot en vue de commettre un meurtre. Pourvoi rejeté.

Ian R. Mang et *Shelley M. Kierstead*, pour l’appellant.

Alexander Alvaro and Andreea Baiasu, for the respondent.

Ryan D. W. Dalziel and Micah B. Rankin, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1] MOLDAVER J. — In this appeal, the Court is required to decide whether the aiding and abetting provisions in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are applicable to the offence of conspiracy and, if so, how and under what circumstances. Appellate courts are divided on these questions, and the case at hand provides an opportunity to resolve the conflicting approaches.

I. Background

[2] The appellant was convicted of conspiracy to commit murder following a trial before Van Melle J. of the Ontario Superior Court of Justice and a jury. He was tried as a youth and received a sentence of 12 months' imprisonment and 6 months' conditional supervision in the community.

[3] The appellant appealed to the Ontario Court of Appeal against both conviction and sentence. His appeal from conviction was dismissed; his appeal from sentence was allowed and the sentence was reduced to 8 months in custody and 4 months' conditional supervision.

[4] The appellant appeals his conviction to this Court with leave. As I have said, the primary issue is whether a person can be found liable as a party to the offence of conspiracy and, if so, under what circumstances.

[5] The charge of conspiracy to commit murder, for which the appellant stands convicted, revolves around the killing of A.K. by her two daughters

Alexander Alvaro et Andreea Baiasu, pour l'intimée.

Ryan D. W. Dalziel et Micah B. Rankin, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE MOLDAVER — Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, en matière d'aide et d'encouragement s'appliquent à l'infraction de complot et, dans l'affirmative, comment et dans quelles circonstances. Les cours d'appel sont divisées sur ces questions, et la présente affaire nous offre l'occasion de trancher parmi ces approches contradictoires.

I. Contexte

[2] L'appellant a été déclaré coupable de complot en vue de commettre un meurtre à la suite d'un procès devant la juge Van Melle de la Cour supérieure de justice de l'Ontario et un jury. Il a été jugé devant un tribunal pour adolescents et a reçu une période d'emprisonnement de 12 mois et une période de 6 mois à purger en liberté sous condition au sein de la collectivité.

[3] L'appellant a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario à la fois de la déclaration de culpabilité et de la peine. L'appel de la déclaration de culpabilité a été rejeté; quant à l'appel visant la peine, il a été accueilli et celle-ci a été réduite à 8 mois sous garde et à 4 mois de liberté sous condition.

[4] L'appellant se pourvoit, avec l'autorisation de notre Cour, contre sa déclaration de culpabilité. Comme je l'ai indiqué, la question principale consiste à décider si une personne peut être déclarée responsable comme participant à l'infraction de complot et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances.

[5] L'accusation de complot en vue de commettre un meurtre, pour laquelle l'appellant a été reconnu coupable, porte sur le meurtre de A.K. par ses deux

R and T. The evidence at the appellant's trial established that R and T conspired to kill their mother and eventually carried out their plan. R and T were tried as youths and both were convicted of first degree murder.

A. The Case Against the Appellant

[6] The theory of the Crown against the appellant was that he and T were friends and that he learned from T that she and R were planning to kill their mother. It was their intention to ply her with alcohol, drown her in the family bathtub, and make it look like an accident.

[7] According to the Crown, the appellant took various steps to help R and T achieve their plan. An MSN chat log, discovered by the police on a computer belonging to R and T, contained a revealing conversation between the appellant and T a few days before the killing. In that conversation, the appellant provided information to T about death by drowning and explained what R and T should do if their mother woke up during the drowning process. He further suggested that in addition to plying their mother with alcohol, R and T should give her about five Tylenol 3 pills as this would “knock [her] right out” (A.R., at p. 198). Autopsy results revealed codeine in A.K.'s blood at 3.5 times the upper therapeutic level — a level consistent with the consumption of four to six Tylenol 3 tablets. The Crown advanced evidence that it was the appellant who supplied R and T with Tylenol 3 tablets shortly before the killing.

[8] In the same conversation, the appellant promised to provide R and T with an alibi for the time of the murder and he proposed a plan that he described as “irrefutable”. R and T did not take up the appellant's suggestion, choosing instead to follow a plan of their own which involved meeting the appellant and another friend at a specified restaurant a short

filles, R et T. La preuve présentée au procès de l'appelant a permis d'établir que R et T ont comploté en vue de tuer leur mère, puis ont finalement mis leur plan à exécution. Elles ont été jugées devant un tribunal pour adolescents et ont toutes deux été déclarées coupables de meurtre au premier degré.

A. La preuve contre l'appelant

[6] Selon la thèse du ministère public, l'appelant et T étaient des amis et cette dernière l'avait informé que R et elle projetaient de tuer leur mère. Elles avaient l'intention de lui faire boire de l'alcool en quantité, de la noyer dans le bain de la résidence familiale puis de faire passer la noyade pour un accident.

[7] Suivant le ministère public, l'appelant a pris diverses mesures pour aider R et T à réaliser leur plan. La police a découvert sur un ordinateur appartenant à R et à T l'archive d'une conversation révélatrice qu'ont eue l'appelant et T sur MSN quelques jours avant le meurtre. Dans cette conversation, l'appelant fournissait à T des renseignements au sujet de la mort par noyade, et lui expliquait ce que R et elle devaient faire si jamais leur mère se réveillait pendant le processus de noyade. Il suggérait également que, en plus de faire boire de l'alcool à leur mère en quantité, R et T lui donnent environ cinq comprimés Tylenol 3, parce que cela l'[TRADUCTION] « assommerait bien comme il faut » (d.a., p. 198). Les résultats de l'autopsie ont révélé la présence dans le sang de A.K. d'un taux de codéine 3,5 fois supérieur à la dose maximale recommandée — à savoir un niveau correspondant à la consommation de quatre à six comprimés Tylenol 3. Le ministère public a présenté des éléments de preuve indiquant que c'est l'appelant qui avait fourni ces comprimés à R et T peu avant le meurtre.

[8] Durant la même conversation, l'appelant promettait de fournir à R et à T un alibi pour le moment du meurtre et leur proposait un plan qu'il qualifiait d'[TRADUCTION] « irrefutable ». R et T n'ont pas retenu la suggestion de l'appelant, choisissant plutôt de suivre leur propre plan, lequel consistait à rencontrer ce dernier et un autre ami dans un

time after the killing. Evidence presented by the Crown showed that the appellant agreed to that suggestion and attended the restaurant as planned.

[9] Finally, in the same chat with T, the appellant offered to be present with R and T when the police arrived and he suggested ways in which R and T should behave to mislead the police. At one point in his conversation with T, the appellant made the following telling admission: “I’m involved this much, I’m willing to help you out with any of it [T]” (A.R., at p. 197).

[10] In a statement made to the police following his arrest, the appellant did not deny that he was the one communicating with T in the MSN chats; rather, he maintained that he was not being serious and did not expect that his comments would be taken seriously (R.F., at para. 20).

B. *The Crown’s Closing Address and the Trial Judge’s Instructions to the Jury*

[11] Crown counsel in her closing address invited the jury to find the appellant guilty on one of two bases: either as a *principal* in the conspiracy, or as a *party* to the conspiracy under s. 21(1)(b) or (c). In other words, the Crown argued that either the appellant had become a member of the conspiracy between R and T or, in the alternative, he had become an aider or abettor of the conspiracy.

[12] The trial judge acceded to the Crown’s request that the jury be instructed on both bases of liability. The relevant portions of the charge on party liability are reproduced in full below:

A person also commits an offence if he does anything for the purpose of helping another person to commit the offence.

restaurant précis peu après le meurtre. Des éléments de preuve présentés par le ministère public ont démontré que l’appelant avait acquiescé à cette suggestion et s’était présenté au restaurant comme prévu.

[9] Enfin, dans la même conversation avec T, l’appelant offrait d’être présent en compagnie de R et de T lorsque la police arriverait et il leur suggérait des façons de se comporter pour tromper les policiers. À un certain moment dans sa conversation avec T, l’appelant a fait un aveu éloquent : [TRADUCTION] « Je suis impliqué à tel point, je suis prêt à t’aider en tout [T] » (d.a., p. 197).

[10] Dans une déclaration faite aux policiers après son arrestation, l’appelant n’a pas nié qu’il était celui qui communiquait avec T dans les conversations sur MSN, mais il a soutenu qu’il n’était pas sérieux et qu’il ne s’attendait pas à ce que ses commentaires soient pris au sérieux (m.i., par. 20).

B. *L’exposé final du ministère public et les directives de la juge du procès au jury*

[11] Dans son exposé final, l’avocate du ministère public a invité le jury à déclarer l’appelant coupable selon l’un ou l’autre des deux fondements suivants : soit comme un des *auteurs principaux* du complot, soit comme un *participant* au complot aux termes des al. 21(1)b) ou c). Autrement dit, le ministère public a prétendu que l’appelant était devenu soit un membre du complot fomenté par R et T soit un participant à ce complot en fournissant aide ou encouragement à l’égard de celui-ci.

[12] Acquiesçant à la demande du ministère public, la juge du procès a donné au jury des directives sur les deux fondements de la responsabilité. Les passages pertinents de l’exposé de la juge au jury au sujet de la responsabilité comme participant sont reproduits intégralement ci-dessous :

[TRADUCTION] Commet également une infraction quiconque accomplit quelque chose en vue d’aider quelqu’un à commettre l’infraction.

Anyone who actively assists or encourages somebody else to commit an offence is as guilty of the offence as the person who actually commits it. I remind you though that mere knowledge of, discussion, or passive acquiescence in a plan of criminal conduct is not of itself sufficient.

Quiconque aide ou encourage activement quelqu'un à commettre une infraction est coupable de l'infraction au même titre que la personne qui l'a réellement commise. Je vous rappelle toutefois que la simple connaissance d'un projet criminel, ou une simple discussion ou un simple acquiescement passif à un tel projet ne sont pas en soi suffisants.

It is the position of the Crown that [the appellant] can be convicted of conspiracy as either a full partner like [T] and [R] or if he was a party to the conspiracy. He is a party to the conspiracy by aiding, which means assisting, or abetting, which means encouraging [T] and [R] in their plan to murder — in the plan to murder [the deceased].

Le ministère public estime que [l'appellant] peut être déclaré coupable de complot, soit comme partenaire à part entière au même titre que [T] et [R], soit comme participant au complot. Il est un participant au complot s'il a aidé, c'est-à-dire assisté, ou s'il a encouragé, [T] et [R] dans leur projet meurtrier — le plan d'assassiner [la personne décédée].

Some of you might think that [the appellant] was a main partner of the plan that he agreed to murder [the deceased]. Others might agree at the end of the day that he was only a party to the conspiracy in that he assisted or encouraged the girls in their murder plot. The Crown's position is that [the appellant] was involved in this conspiracy because he provided at least one of the following:

Certains d'entre vous peuvent penser que [l'appellant] était un partenaire principal dans le plan, qu'il avait accepté d'assassiner [la victime]. D'autres peuvent accepter, en fin de compte, qu'il était uniquement un participant au complot en ce qu'il a aidé ou encouragé les filles dans leur plan meurtrier. Le ministère public est d'avis que [l'appellant] était impliqué dans ce complot parce qu'il a fourni au moins un des éléments suivants :

- Advice about the drowning process and how to act when interacting with the police.
- Help with details of the plan including combining alcohol and Tylenol 3's and what to do if she woke up part way through.
- An agreement to assist with the alibi and attended at Jack Astor's the night of the murder.
- Or Tylenol 3's to facilitate her death. [A.R., at pp. 61 and 69-70]

- des conseils sur le processus de noyade et la façon de se comporter devant la police;
- de l'aide concernant certains détails du plan, notamment la suggestion de combiner l'alcool et les Tylenol 3, ainsi que les mesures à prendre si la victime se réveillait au cours du processus;
- une entente en vue de leur fournir un alibi et le fait qu'il se soit présenté chez Jack Astor's le soir du meurtre;
- des comprimés Tylenol 3 pour faciliter la mort de la victime. [d.a., p. 61 et 69-70]

C. *Appeal to the Ontario Court of Appeal, 2011 ONCA 220, 15 O.R. (3d) 161*

C. *Appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, 2011 ONCA 220, 15 O.R. (3d) 161*

[13] On his appeal from conviction to the Ontario Court of Appeal, the appellant raised several grounds, one being that the jury should not have been instructed on party liability. Rosenberg J.A., on behalf of a unanimous court, disagreed. In his view, on the facts of the case, the appellant could be convicted as a party to the offence of conspiracy to commit murder "if he aided or abetted the sisters

[13] Dans l'appel qu'il a formé devant la Cour d'appel de l'Ontario à l'encontre de la déclaration de culpabilité, l'appelant a soulevé plusieurs moyens, dont l'argument selon lequel le jury n'aurait pas dû recevoir de directives sur la responsabilité comme participant. Rédigeant le jugement unanime de la Cour d'appel, le juge Rosenberg a exprimé son désaccord. Selon lui, au vu des faits de l'espèce,

within the meaning of s. 21(1) [of the *Criminal Code*] to pursue their unlawful object” (para. 27 (emphasis added)).

[14] Having concluded that party liability was available, Rosenberg J.A. reviewed the instructions on party liability and found them to be deficient. In his view, they “were generic, divorced from the facts of the case and failed to make clear that the jury had to find that the appellant knew the object of the conspiracy and that his assistance was intended to assist [R and T] in pursuing the unlawful object of murdering their mother” (para. 29).

[15] Despite this deficiency, Rosenberg J.A. was satisfied that the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* could safely be applied to uphold the conviction. In this regard, he observed that the defence put forward by the appellant — his comments in the MSN chats to T were not to be taken seriously — “did not depend on whether the appellant was a principal in, or a party to, the conspiracy”. If the jury accepted his position or it raised a reasonable doubt, he would be acquitted. On the other hand, if the jury rejected his position, “a finding of guilt was inevitable”. Rosenberg J.A. further noted that the appellant’s MSN chats with T constituted “direct evidence, in his own words, of the appellant’s role in the conspiracy”. It followed, in his view, that the “[appellant’s] liability as a party or a member of the conspiracy was overwhelming” (para. 74).

II. Overview of Issues on Appeal

[16] Against that backdrop, I turn to what I believe are the two main issues in this appeal, namely: Can a person be a party to the offence of conspiracy *as a matter of law* and, if so, how and

l’appelant pouvait être déclaré coupable comme participant à l’infraction de complot en vue de commettre un meurtre [TRADUCTION] « s’il a aidé ou encouragé les sœurs au sens du par. 21(1) [du *Code criminel*] à poursuivre leur fin illégale » (par. 27 (je souligne)).

[14] Ayant conclu que la responsabilité comme participant pouvait être invoquée, le juge Rosenberg a examiné les directives données à cet égard et conclu qu’elles étaient déficientes. À son avis, elles [TRADUCTION] « étaient génériques, n’étaient pas rattachées aux faits de l’espèce et n’indiquaient pas clairement que le jury devait conclure que l’appelant connaissait l’objet du complot et que son assistance avait pour but d’aider [R et T] dans la poursuite de la fin illégale, à savoir le meurtre de leur mère » (par. 29).

[15] Malgré cette déficience, le juge Rosenberg était convaincu que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* pouvait sans problème être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité. À cet égard, il a souligné que le bien-fondé de la défense invoquée par l’appelant — soit que ses commentaires dans ses conversations sur MSN avec T ne devaient pas être pris au sérieux — [TRADUCTION] « ne dépendait pas de la question de savoir si l’appelant était un des auteurs principaux du complot ou un participant à celui-ci ». Si le jury acceptait cette défense ou si celle-ci soulevait un doute raisonnable, l’appelant serait acquitté. Par contre, si le jury la rejetait, « une conclusion de culpabilité était inévitable ». Le juge Rosenberg a également indiqué que les conversations de l’appelant avec T sur MSN constituaient « une preuve directe, dans ses propres mots, de son rôle dans le complot ». Par conséquent, de l’avis du juge, la « responsabilité de [l’appelant] comme participant au complot ou comme membre de celui-ci était accablante » (par. 74).

II. Aperçu des questions soulevées dans le pourvoi

[16] Sur cette toile de fond, je vais maintenant me pencher sur ce qui constitue selon moi les deux questions principales dans le présent pourvoi : Est-ce qu’une personne peut, *en droit*, être un participant à

under what circumstances? For the reasons that follow, I am satisfied that a person can be a party to the offence of conspiracy as a matter of law under s. 21 of the *Code*.

[17] The more perplexing issue — and the one that in my view forms the centerpiece of this appeal — is how and under what circumstances. The answer to that question hinges on how one conceptualizes the offence of conspiracy for purposes of party liability. Accepting that the prohibited act in a conspiracy (the *actus reus*) consists of an agreement by two or more persons to pursue an unlawful object, specifically a criminal offence (*R. v. O'Brien*, [1954] S.C.R. 666), the question that arises is this: Should party liability be restricted to those who aid or abet the agreement that forms the basis of the conspiracy, or does party liability extend as well to those who aid or abet the furthering of the unlawful object of the conspiracy?

[18] Canadian jurisprudence on the subject is divided. Alberta and Quebec have adopted the narrower approach, restricting party liability to those who aid or abet the agreement itself, with a particular focus on its formation. See *R. v. Trieu*, 2008 ABCA 143, 429 A.R. 200, and *R. v. Bérubé* (1999), 139 C.C.C. (3d) 304 (Que. C.A.), leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. vii. Ontario and British Columbia have adopted the broader approach, expanding party liability to also include those who aid or abet the furthering of the unlawful object. See *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.); *R. v. Vucetic* (1998), 129 C.C.C. (3d) 178 (Ont. C.A.); and *United States of America v. Lorenz* (2007), 222 C.C.C. (3d) 16 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. vi (*sub nom. Cheema v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*).

l'infraction de complot et, dans l'affirmative, comment et dans quelles circonstances? Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu qu'une personne peut en droit être un participant à l'infraction de complot au sens de l'art. 21 du *Code*.

[17] La question plus difficile — et celle qui, à mon sens, est au cœur du présent pourvoi — est de savoir comment et dans quelles circonstances. La réponse à cette question dépend de la façon dont on conçoit l'infraction de complot pour l'application de la notion de responsabilité comme participant. Si l'on reconnaît que l'acte prohibé dans un complot (*l'actus reus*) consiste en une entente entre au moins deux personnes en vue de poursuivre une fin illégale, plus précisément une infraction criminelle (*R. c. O'Brien*, [1954] R.C.S. 666), la question qui se pose est la suivante : La responsabilité comme participant devrait-elle être réservée aux personnes qui fournissent aide ou encouragement à l'égard de l'entente à la base du complot, ou cette forme de responsabilité s'applique-t-elle aussi aux personnes qui fournissent aide ou encouragement à la poursuite de la fin illégale visée par le complot?

[18] La jurisprudence canadienne sur le sujet est divisée. En Alberta et au Québec, les tribunaux ont adopté l'approche étroite et limitent l'application de la responsabilité comme participant à quiconque fournit aide ou encouragement à l'égard de l'entente elle-même, en s'attachant particulièrement à la formation de cette entente. Voir *R. c. Trieu*, 2008 ABCA 143, 429 A.R. 200, et *R. c. Bérubé* (1999), 139 C.C.C. (3d) 304 (C.A. Qué.), autorisation d'appel refusée, [2000] 1 R.C.S. vii. En Ontario et en Colombie-Britannique, les tribunaux ont plutôt retenu l'approche large, qui a pour effet d'étendre la responsabilité comme participant également aux personnes qui fournissent aide ou encouragement à la poursuite de la fin illégale. Voir *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.); *R. c. Vucetic* (1998), 129 C.C.C. (3d) 178 (C.A. Ont.); et *United States of America c. Lorenz* (2007), 222 C.C.C. (3d) 16 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. vi (*sub nom. Cheema c. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*).

[19] The case at hand provides this Court with an opportunity to resolve the conflicting viewpoints. The first order of business, however, is to address the seminal question raised by the appellant, namely: Can a person be a party to the offence of conspiracy as a matter of law?

III. Analysis

A. *Can a Person Be a Party to the Offence of Conspiracy as a Matter of Law?*

[20] Section 465 of the *Criminal Code* criminalizes the offence of conspiracy. Conspiracy to commit murder, the crime at issue here, is a free-standing offence under s. 465(1)(a) of the *Code*, which reads as follows:

465. (1) Except where otherwise expressly provided by law, the following provisions apply in respect of conspiracy:

(a) every one who conspires with any one to commit murder or to cause another person to be murdered, whether in Canada or not, is guilty of an indictable offence and liable to a maximum term of imprisonment for life;

[21] Like all conspiracies, conspiracy to commit murder is a form of inchoate liability. The crime is complete when two or more persons agree to kill a third party. No one need be killed; nor is it necessary that any steps be taken to bring about the murder.

[22] Section 21(1) of the *Code* sets out three ways in which someone can be found liable as “a party to an offence”.

21. (1) Every one is a party to an offence who

(a) actually commits it;

(b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

(c) abets any person in committing it.

[19] La présente affaire offre à la Cour l’occasion de trancher parmi les points de vue contradictoires. Dans un premier temps, toutefois, il convient d’examiner la question déterminante soulevée par l’appelant : Une personne peut-elle, en droit, être un participant à l’infraction de complot?

III. Analyse

A. *Une personne peut-elle, en droit, être un participant à l’infraction de complot?*

[20] L’article 465 du *Code criminel* criminalise l’infraction de complot. Le complot en vue de commettre un meurtre — le crime en question dans la présente affaire — constitue une infraction autonome, prévue à l’al. 465(1)a) du *Code*, lequel est rédigé ainsi :

465. (1) Sauf disposition expressément contraire de la loi, les dispositions suivantes s’appliquent à l’égard des complots :

a) quiconque complotte avec quelqu’un de commettre un meurtre ou de faire assassiner une autre personne, au Canada ou à l’étranger, est coupable d’un acte criminel et passible de l’emprisonnement à perpétuité;

[21] Comme tous les complots, le complot en vue de commettre un meurtre est une forme de responsabilité inchoative. Le crime est complet lorsqu’au moins deux personnes conviennent de tuer un tiers. Il n’est pas nécessaire que quelqu’un soit tué, ni que des mesures aient été prises pour que survienne le meurtre.

[22] Le paragraphe 21(1) du *Code* précise qu’une personne peut être jugée responsable comme « particip[a]nt à une infraction » de trois façons.

21. (1) Participant à une infraction :

a) quiconque la commet réellement;

b) quiconque accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider quelqu’un à la commettre;

c) quiconque encourage quelqu’un à la commettre.

[23] Nothing in the language of s. 21 suggests that party liability does not apply to offences that punish inchoate behaviour. The appellant's real complaint, as I understand it, is that party liability ought not to apply to the offence of conspiracy because being a party to a conspiracy "is an offence unknown to the law" (A.F., at para. 41). It suffers from the same problem of remoteness that led this Court in *R. v. Déry*, 2006 SCC 53, [2006] 2 S.C.R. 669, to conclude that "attempted conspiracy" is not an offence known to law. As Fish J. explained, the separate rationales underlining the offences of "conspiracy" and "attempt" lose their justification when these two forms of inchoate liability are stacked upon one another:

When applied to conspiracy, the justification for criminalizing attempt is lost, since an attempt to conspire amounts, at best, to a risk that a risk will materialize. [para. 50]

[24] Much as the appellant seeks to apply the logic of *Déry* to party liability where the offence in issue is conspiracy, I am respectfully of the view that the comparison is inapt — no less so than comparing apples with oranges. Quite simply, unlike the crime of attempt, party liability is not inchoate. In order for the Crown to rely on party liability, the underlying offence must have been committed by the principal. Consequently, being a party to a conspiracy does not involve stacking one form of inchoate liability upon another.

[25] The appellant raised this argument before the Court of Appeal. Rosenberg J.A. rejected it for the following reasons, with which I agree:

In my view, the holding in *Déry* does not warrant reconsideration of this court's decisions in *McNamara*

[23] Le libellé de l'art. 21 ne tend nullement à indiquer que le principe de la responsabilité comme participant ne s'applique pas aux infractions qui punissent les comportements inchoatifs. Si je comprends bien, le véritable argument de l'appellant consiste à dire que la responsabilité comme participant ne devrait pas s'appliquer à l'infraction de complot, étant donné que le fait d'être un participant à un complot [TRADUCTION] « est une infraction qui n'existe pas en droit » (m.a., par. 41). Selon lui, cette infraction souffre du même problème d'absence de proximité que celui qui a amené notre Cour à conclure que la « tentative de complot » n'est pas une infraction qui existe en droit : *R. c. Déry*, 2006 CSC 53, [2006] 2 R.C.S. 669. Comme l'a expliqué le juge Fish dans cet arrêt, les raisons distinctes qui sous-tendent les infractions de « complot » et de « tentative » perdent leur justification lorsque ces deux formes de responsabilité inchoative sont superposées :

Lorsqu'on l'applique au complot, cette justification de la criminalisation de la tentative disparaît car une tentative de complot constitue, au mieux, un risque qu'un risque se matérialise. [par. 50]

[24] Malgré tous les efforts de l'appelant en vue d'appliquer la logique de l'arrêt *Déry* à la responsabilité comme participant aux cas où l'infraction reprochée est le complot, j'estime que cette comparaison est inappropriée, car elle revient à comparer des pommes avec des oranges. L'explication est très simple, contrairement au crime de tentative, la responsabilité comme participant n'a pas un caractère inchoatif. Pour que le ministère public puisse invoquer cette forme de responsabilité, il faut que l'auteur principal ait commis l'infraction sous-jacente. Par conséquent, la qualité de participant à un complot ne découle pas de la superposition de deux formes de responsabilité inchoative.

[25] L'appelant a soulevé cet argument devant la Cour d'appel. Le juge Rosenberg l'a rejeté pour les raisons suivantes, auxquelles je souscris :

[TRADUCTION] À mon sens, la conclusion formulée dans *Déry* ne commande pas le réexamen des décisions

and *Vucetic*. Party liability for conspiracy does not suffer from the problem of remoteness identified in *Déry* with respect to attempt to conspire. A person can be liable as a s. 21(1) party to conspiracy only if the Crown proves an agreement by at least two other people to commit a substantive offence. If no agreement materialized, the alleged party's conduct would be at most an attempt to conspire and would fail on the holding in *Déry*. If, however, the accused is a party to the conspiracy, . . . the risk of commission of the criminal offence has sufficiently materialized to warrant criminal sanction. [Emphasis added; para. 20.]

[26] I would accordingly not give effect to this aspect of the appellant's argument. In short, I am satisfied that being a party to a conspiracy is an offence known to law. The more difficult question, to which I now turn, is how and under what circumstances a person can be found liable as a party to a conspiracy.

B. *How and Under What Circumstances Can a Person Be Found Liable as a Party to the Offence of Conspiracy?*

(1) The Two Approaches in Canadian Jurisprudence

[27] As mentioned, there are two schools of thought in Canada as to how, and under what circumstances, a person can be found liable as a party to the offence of conspiracy — the narrower view and the broader view.

[28] The leading authority in support of the narrower view is *Trieu*. The facts are straightforward. *Trieu* operated a small business selling cellular phones. He sold phones to five people who were involved in a conspiracy to traffic in cocaine. *Trieu* knew that the conspirators were engaged in drug trafficking, that they worked as a group, and that they would use the phones in their trafficking operation. He claimed, however, that he was not a

de notre cour dans les affaires *McNamara* et *Vucetic*. La responsabilité comme participant à un complot ne souffre pas du problème d'absence de proximité soulevé dans *Déry* à l'égard de la tentative de complot. Une personne peut être responsable comme participant au complot au sens du par. 21(1) uniquement si le ministère public prouve qu'il y a eu entente entre au moins deux autres personnes en vue de commettre une infraction matérielle. Si aucune entente ne s'est concrétisée, la conduite du présumé participant constituerait tout au plus une tentative de complot et ne serait pas suffisante selon la conclusion formulée dans *Déry*. Cependant, si l'accusé est un participant au complot [. . .] le risque de perpétration de l'infraction criminelle s'est suffisamment concrétisé pour justifier une sanction criminelle. [Je souligne; par. 20.]

[26] En conséquence, je ne retiens pas cet aspect de l'argumentation de l'appelant. Bref, je suis convaincu que le fait d'être un participant à un complot constitue une infraction qui existe en droit. La question plus difficile à trancher, que j'aborde maintenant, est de savoir comment et dans quelles circonstances une personne peut être jugée responsable comme participant à un complot.

B. *Comment et dans quelles circonstances une personne peut-elle être jugée responsable comme participant à l'infraction de complot?*

(1) Les deux approches dans la jurisprudence canadienne

[27] Comme je l'ai indiqué plus tôt, il existe deux écoles de pensée au Canada sur la question de savoir comment, et dans quelles circonstances, une personne peut être jugée responsable comme participant à l'infraction de complot — l'approche restrictive et l'approche large.

[28] L'affaire *Trieu* est l'arrêt de principe appuyant l'approche restrictive. Les faits de cette affaire sont simples. M. *Trieu* exploitait une petite entreprise de vente de téléphones cellulaires. Il a vendu des téléphones à cinq personnes impliquées dans un complot de trafic de cocaïne. Il savait que les conspirateurs se livraient au trafic de drogues, qu'ils formaient un groupe et qu'ils utiliseraient leurs téléphones pour leurs activités liées au trafic.

member of the conspiracy and denied agreeing with any of the conspirators to traffic in cocaine.

[29] The trial judge acquitted Trieu (*R. v. Lam*, 2005 ABQB 849 (CanLII)). In his view, the evidence fell short of establishing that Trieu was a member of the conspiracy. He also rejected the Crown's alternate theory that in selling cellular phones to the conspirators, Trieu intentionally assisted the conspirators in attaining their object — trafficking in cocaine — and as such, he should be found liable as a party to the offence of conspiracy.

[30] Recognizing that there were two lines of authority on the subject, the trial judge adopted the narrower approach. In his view, party liability for the offence of conspiracy did not extend to those who took steps to further the unlawful object of the conspiracy; rather, it was restricted to those who aided in the formation of the agreement that had a particular unlawful object as its goal. And since there was no evidence that Trieu aided in the formation of the agreement hatched by the conspirators, he could not be found liable as a party to the offence of conspiracy.

[31] The Crown appealed Trieu's acquittal to the Alberta Court of Appeal, claiming that the trial judge erred in taking the narrower approach to party liability. The Court of Appeal disagreed.

[32] On behalf of the court, Costigan J.A. commenced his analysis by reviewing some of the basic principles applicable to the law of conspiracy and party liability. Citing this Court's decisions in *Papalia v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 256, and *Sheppe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 22, he noted that the essence of the offence of conspiracy is the agreement, and acts done in furtherance of the unlawful object are not an element of the offence. He cited *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973, for the proposition that “[t]o be a party to an offence,

Toutefois, il a prétendu ne pas être un membre du complot et a nié avoir convenu avec l'un ou l'autre des conspirateurs de faire le trafic de cocaïne.

[29] Le juge de première instance a acquitté M. Trieu (*R. c. Lam*, 2005 ABQB 849 (CanLII)). À son avis, la preuve ne permettait pas d'établir que celui-ci était un membre du complot. Le juge a également rejeté la thèse subsidiaire du ministère public selon laquelle, en vendant des téléphones cellulaires aux conspirateurs, M. Trieu les avait intentionnellement aidés à parvenir à leur fin — faire le trafic de cocaïne — et que, pour cette raison, il devait être jugé responsable comme participant à l'infraction de complot.

[30] Reconnaissant qu'il existait deux courants jurisprudentiels sur le sujet, le juge de première instance a retenu l'approche restrictive. À son avis, la responsabilité comme participant à l'infraction de complot ne s'étendait pas aux personnes ayant pris des mesures pour favoriser la fin illégale visée par le complot, mais se limitait plutôt aux personnes ayant aidé à la formation de l'entente visant une fin illégale particulière. Et puisqu'aucune preuve n'établissait que M. Trieu avait aidé à la formation de l'entente élaborée par les conspirateurs, il ne pouvait être jugé responsable comme participant à l'infraction de complot.

[31] Le ministère public a fait appel de l'acquiescement de M. Trieu devant la Cour d'appel de l'Alberta, affirmant que le juge de première instance avait commis une erreur en adoptant l'approche restrictive relativement à la responsabilité comme participant. La Cour d'appel n'a pas retenu cet argument.

[32] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Costigan a commencé son analyse en examinant certains des principes fondamentaux du droit relatif au complot et à la responsabilité comme participant. Se référant aux arrêts de notre Cour dans *Papalia c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 256, et *Sheppe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 22, il a souligné que l'essence de l'infraction de complot est l'entente, et que les gestes posés en vue de réaliser la fin illégale ne constituent pas un élément de l'infraction. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Hibbert*,

a person must aid the principal in the commission of that offence” (para. 32).

[33] Having identified the basic principles that apply to the law of conspiracy and parties, Costigan J.A. turned to the facts of *Trieu* and commented as follows:

It follows from these principles that for *Trieu* to be a party to the offence of conspiracy to traffic in cocaine, the Crown had to prove that *Trieu* performed acts for the purpose of aiding the formation of an agreement to traffic in cocaine. Acts performed after the agreement was formed did not aid in the commission of the offence of conspiracy on the facts of this case. Therefore, *Trieu* could not be a party to the offence of conspiracy for facilitating the conspirators in attaining their object of trafficking in cocaine. Although acts performed after the agreement was reached could have aided in the commission of the offence of trafficking, *Trieu* was not charged with the offence of trafficking. [Emphasis added; para. 33.]

[34] *Trieu* was brought to the attention of the Court of Appeal in the present case. Rosenberg J.A. considered the reasoning underlying the narrower approach endorsed by *Trieu* but refused to follow it, choosing instead the more expansive approach adopted by the Ontario Court of Appeal in *McNamara* and *Vucetic*.

[35] At issue in *McNamara* was whether two individuals and a company were liable as co-conspirators for joining an ongoing bid-rigging scheme operated by a number of pre-existing conspirators. One of the issues before the Court of Appeal was whether the two individuals and the company could be found liable as parties to the offence of conspiracy. The court answered that question in the affirmative:

On the other hand, if, at any time before the object of the conspiracy had been attained, that is, the receipt of the contract money from the Crown, [the individuals and the company] abetted or encouraged any of the conspirators

[1995] 2 R.C.S. 973, il a affirmé que [TRADUCTION] « [p]our être un participant à une infraction, une personne doit aider l’auteur principal à commettre cette infraction » (par. 32).

[33] Après avoir dégagé les principes fondamentaux régissant le droit relatif au complot et à la responsabilité comme participant, le juge Costigan a examiné les faits de l’arrêt *Trieu* et formulé les commentaires suivants :

[TRADUCTION] Il découle de ces principes que, pour conclure que M. *Trieu* était un participant à l’infraction de complot en vue de faire le trafic de cocaïne, le ministère public devait prouver qu’il avait accompli des actes en vue d’aider à la formation d’une entente visant le trafic de cette substance. Or, au vu des faits de l’espèce, les actes accomplis après la formation de l’entente n’ont pas aidé à la perpétration de l’infraction de complot. Par conséquent, M. *Trieu* ne pouvait être un participant à l’infraction de complot au motif qu’il aurait aidé les conspirateurs à parvenir à leur fin, soit faire le trafic de cocaïne. Il est vrai que les actes accomplis après la conclusion de l’entente auraient pu aider à la perpétration de l’infraction de trafic, mais M. *Trieu* n’était pas accusé de cette infraction. [Je souligne; par. 33.]

[34] L’arrêt *Trieu* a été porté à l’attention de la Cour d’appel en l’espèce. Le juge Rosenberg de cette cour a examiné le raisonnement à la base de l’approche restrictive adoptée dans *Trieu*, mais il a refusé de suivre cette approche, choisissant plutôt l’approche large adoptée par la Cour d’appel de l’Ontario dans les arrêts *McNamara* et *Vucetic*.

[35] Dans l’affaire *McNamara*, il s’agissait de décider si deux personnes ainsi qu’une entreprise étaient responsables à titre de coconspirateurs pour s’être jointes à un système de truquage d’offres mis en place par un certain nombre de conspirateurs déjà à l’œuvre. L’une des questions litigieuses devant la Cour d’appel était de savoir si ces deux personnes et cette entreprise pouvaient être jugées responsables comme participants à l’infraction de complot. La cour a répondu par l’affirmative à cette question :

[TRADUCTION] En revanche, si, à tout moment avant la réalisation de l’objet du complot, l’objet étant la réception de l’argent du contrat versé par l’État, elles [les personnes et l’entreprise] ont aidé ou encouragé

to pursue its object, they would become parties to the criminal offence of conspiracy by virtue of s. 21 of the *Code*. [Emphasis added; p. 454.]

[36] In *Vucetic*, the Ontario Court of Appeal reaffirmed the expansive approach to party liability endorsed in *McNamara*:

However, in order to find him guilty as an aider and abettor, the jury would have to be instructed that the appellant knew the object of the conspiracy and that his assistance was intended to assist the conspirators in attaining their unlawful criminal object. [Emphasis added; para. 7.]

[37] In choosing to follow *McNamara* and *Vucetic*, Rosenberg J.A. made the following observations in his reasons:

Again, I can see no basis in principle for refusing to follow *McNamara* and *Vucetic* on this issue. I appreciate the point made in *Trieu* that the essence of a conspiracy is an agreement, but it is not an agreement in the abstract; it is an agreement to attain a common goal, a particular unlawful object. . . .

Admittedly, including party liability for aiding or abetting pursuit of the unlawful object blurs the line between the conspiracy and the substantive offence. The distinction, however, is that party liability for conspiracy requires proof of an agreement; there is no requirement of proof that the unlawful object was attained. Liability as a party to the substantive offence requires proof that the substantive offence was committed. Thus, in this case, the appellant could be guilty of conspiracy if he aided or abetted the sisters within the meaning of s. 21(1) to pursue their unlawful object, even if they ultimately did not carry out the plan or the deceased had survived the attempt on her life. [paras. 26 and 27]

[38] To sum up, the cases illustrate two strands of authority. The first, favoured in *Trieu*, is narrower, grounding party liability on aiding or abetting the agreement itself, specifically its formation. The second, as endorsed in *McNamara*, is broader, including within the ambit of party liability aiding or abetting the furtherance of the conspiracy's

l'un ou l'autre des conspirateurs dans la poursuite de cet objet, elles deviendraient des participants à l'infraction criminelle de complot par l'effet de l'art. 21 du *Code*. [Je souligne; p. 454.]

[36] Dans l'arrêt *Vucetic*, la Cour d'appel de l'Ontario a réaffirmé l'approche large adoptée dans l'affaire *McNamara* relativement à la responsabilité comme participant :

[TRADUCTION] Toutefois, pour déclarer l'appelant coupable en tant que personne ayant fourni aide et encouragement, le jury devra recevoir des directives selon lesquelles l'appelant connaissait l'objet du complot et que son assistance avait pour but d'aider les conspirateurs à parvenir à leur fin criminelle illégale. [Je souligne; par. 7.]

[37] En choisissant de suivre les arrêts *McNamara* et *Vucetic*, le juge d'appel Rosenberg a fait les observations suivantes dans ses motifs :

[TRADUCTION] Là encore, je ne vois aucune raison de principe de refuser de suivre les arrêts *McNamara* et *Vucetic* sur cette question. Je comprends le point soulevé dans *Trieu* voulant que l'entente constitue l'essence du complot. Il ne s'agit cependant pas d'une entente abstraite, mais plutôt d'une entente visant un but commun, une fin illégale précise. . . .

Il faut reconnaître que le fait d'incorporer la responsabilité comme participant pour avoir fourni aide ou encouragement à la poursuite de la fin illégale brouille la ligne de démarcation entre le complot et l'infraction matérielle. Toutefois, la distinction tient à ce que la responsabilité comme participant à un complot requiert la preuve d'une entente, mais non la preuve que la fin illégale a été réalisée. La responsabilité comme participant à une infraction matérielle requiert la preuve de la perpétration de cette infraction. Ainsi, en l'espèce, l'appelant pourrait être reconnu coupable de complot s'il a aidé ou encouragé les sœurs au sens du par. 21(1) dans la poursuite de leur fin illégale, même si elles n'avaient finalement pas mis leur plan à exécution ou si la défunte avait survécu à la tentative d'assassinat. [par. 26 et 27]

[38] Bref, les diverses affaires sur la question révèlent l'existence de deux tendances jurisprudentielles. La première, suivie dans l'arrêt *Trieu*, a un caractère restrictif, et elle fonde la responsabilité comme participant sur l'aide ou l'encouragement fourni par l'accusé à l'égard de l'entente même, tout particulièrement sa formation. La deuxième, telle

unlawful object. The question remains which of these two approaches should be adopted.

(2) The Approach to Be Followed

[39] The scope of party liability for conspiracy turns on a proper understanding of the elements of the offence of conspiracy. That is because, to be a party to an offence, a person must aid or abet the principals “in the commission of the offence”: *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 16. With respect to the offence of conspiracy, this Court in *Papalia* held that “[t]he *actus reus* is the fact of agreement” (p. 276). Aiding or abetting the formation of an agreement between conspirators (as contemplated in *Trieu*) amounts to aiding or abetting the principals in the commission of the conspiracy, and should therefore lead to party liability for conspiracy.

[40] Earlier in these reasons, I explained why, as a matter of law, a person can be found liable as a party to the offence of conspiracy. Once that is accepted, I see no reason in principle or policy why the limited form of party liability contemplated in *Trieu* should not be criminalized.¹ The parties and the intervener have submitted no authorities or academic writings to the contrary — and I know of none. Nor do those who advocate the more expansive approach to party liability sanctioned by *McNamara* question the *Trieu* model as a basis upon which party liability for the offence of conspiracy may be grounded. Indeed, in the present case, Rosenberg J.A. recognized it as such.

¹ I should point out that on the *Trieu* model, if A brings B and C together in the expectation that they will enter into a conspiracy, but B and C do not do so, A cannot be found liable of the offence of attempted conspiracy since no such offence exists at law. See *Déry*.

qu’elle a été retenue dans l’arrêt *McNamara*, a un caractère plus large et elle inclut dans le champ d’application de la responsabilité comme participant le fait d’aider ou d’encourager quelqu’un dans la poursuite de la fin illégale visée par le complot. Il reste à décider laquelle des deux approches devrait être adoptée.

(2) L’approche qui doit être suivie

[39] Pour déterminer la portée de la responsabilité comme participant à un complot, il importe de bien comprendre les éléments constitutifs de l’infraction de complot. En effet, pour être participant à une infraction, une personne doit aider ou encourager les auteurs principaux « à commettre l’infraction » : *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 16. En ce qui concerne l’infraction de complot, la Cour a conclu dans *Papalia* que « [l]’*actus reus* est le fait de l’entente » (p. 276). Le fait de fournir aide ou encouragement au vu de la formation d’une entente entre les conspirateurs (situation envisagée dans *Trieu*) équivaut à aider ou à encourager les auteurs principaux dans la perpétration du complot, et devrait donc faire naître la responsabilité comme participant à l’égard du complot.

[40] J’ai expliqué plus tôt dans les présents motifs pourquoi, en droit, une personne pouvait être jugée responsable comme participant à l’infraction de complot. Dès lors qu’on accepte cette conclusion, je ne vois aucune raison de principe ou considération d’intérêt général qui justifierait de ne pas criminaliser la forme limitée de responsabilité comme participant envisagée dans l’arrêt *Trieu*¹. Les parties et l’intervenante n’ont présenté ni jurisprudence ni doctrine à l’effet contraire — et je n’en connais pas moi-même. Quant à ceux qui préconisent en cette matière l’approche large sanctionnée par l’arrêt *McNamara*, ils ne contestent pas eux non plus que le modèle dégagé dans *Trieu* peut constituer une base permettant d’asseoir une conclusion de responsabilité comme participant à l’infraction de complot. D’ailleurs, dans la présente affaire, le juge Rosenberg a reconnu que c’était le cas.

¹ Je dois souligner que, suivant le modèle dégagé dans *Trieu*, si A réunit B et C dans l’espoir qu’ils forment un complot, mais que B et C ne le font pas, A ne peut être tenu responsable de l’infraction de tentative de complot, étant donné que cette infraction n’existe pas en droit. Voir *Déry*.

[41] It follows, in my view, that the *Trieu* model represents a legitimate basis upon which party liability for the offence of conspiracy may be found. I hasten to add that a review of the jurisprudence in Canada and elsewhere reveals that there are few reported cases where the facts have come within the *Trieu* paradigm. *Trieu* itself was not such a case. And the only authority that has come to my attention is *People v. Strauch*, 240 Ill. 60 (1909). In that case, a father introduced his son to another person with the intention that they enter into a conspiracy, which they did. The father was convicted as a party to the conspiracy for aiding and abetting its formation.

[42] That brings me to the broader approach endorsed in *McNamara* and the central issue in this appeal — namely, whether party liability can attach to someone who knows of a conspiracy and who does (or omits to do) something for the purpose of furthering its unlawful object.

[43] With respect to those who hold a different view, I have concluded that it should not. Party liability should be restricted to conduct that aids or abets the formation of the *agreement* that comprises the essence of the crime of conspiracy. In all other cases, a conviction for conspiracy will not lie absent proof of membership in the conspiracy.

[44] As I have explained, agreement is a central element to the offence of conspiracy. Conversely, an act done in furtherance of the unlawful object is not an element of the offence of conspiracy. Although such acts can serve as circumstantial evidence to support the existence of a conspiracy, they are not themselves a component of the *actus reus* of conspiracy. Indeed, a conspiracy can be established in the absence of any overt acts done in furtherance of its unlawful object. In other words, “[t]he crime

[41] Il s’ensuit, à mon avis, que le modèle dégagé dans *Trieu* peut représenter un fondement légitime permettant de conclure à la responsabilité comme participant à l’infraction de complot. Je m’empresse toutefois d’ajouter qu’un examen de la jurisprudence canadienne et étrangère révèle peu de décisions publiées dans lesquelles les faits relèvent du paradigme envisagé dans l’arrêt *Trieu*. De fait cet arrêt lui-même n’était pas un cas de cette nature. Et la seule décision portée à mon attention est *People c. Strauch*, 240 Ill. 60 (1909). Dans cette affaire, un père avait présenté son fils à une autre personne dans l’intention qu’ils se lancent dans un complot, ce qu’ils ont fait. Le père a été déclaré coupable en tant que participant au complot pour avoir fourni aide et encouragement à l’égard de sa formation.

[42] J’en viens maintenant à l’approche large retenue dans *McNamara* et à la question centrale de la présente espèce — soit celle de savoir si la responsabilité comme participant peut être imputée à une personne qui a connaissance du complot et qui accomplit (ou omet d’accomplir) une chose en vue de la poursuite de la fin illégale visée par le complot.

[43] Avec égards pour ceux qui sont d’avis différent, j’estime que cette responsabilité ne saurait être imputée à une telle personne. La responsabilité comme participant devrait être réservée aux comportements apportant aide ou encouragement à la formation de l’*entente* qui constitue l’essence même du crime de complot. Dans tous les autres cas, l’accusé ne sera pas déclaré coupable de complot en l’absence de preuve qu’il était membre de celui-ci.

[44] Comme je l’ai expliqué plus tôt, l’entente est un élément central de l’infraction de complot. À l’inverse, un acte accompli dans la poursuite de la fin illégale ne constitue pas un élément de l’infraction de complot. Bien qu’un tel acte puisse être invoqué à titre de preuve circonstancielle pour démontrer l’existence d’un complot, il ne constitue pas en soi un élément constitutif de l’*actus reus* de cette infraction. D’ailleurs, il est possible de prouver le complot en l’absence de tout acte manifeste

of conspiracy is complete once the agreement is reached”: *Trieu*, at para. 31.

[45] It follows, in my view, that the broader approach as endorsed in *McNamara* must be rejected. Aiding or abetting the furtherance of the unlawful object does not establish aiding or abetting the principal with any element of the offence of conspiracy. It cannot ground party liability for conspiracy.

[46] The conclusion I have reached is consistent with the following observation from a *Harvard Law Review* article, with which I agree:

But to aid and abet a crime it is necessary not merely to help the criminal, but to help him in the commission of the particular criminal offense. A person does not aid and abet a conspiracy by helping the “conspiracy” to commit a substantive offense, for the crime of conspiracy is separate from the offense which is its object. It is necessary to help the “conspiracy” in the commission of the crime of conspiracy, that is, in the commission of the act of agreement. Only then is it justifiable to dispense with the necessity of proving commission of the act of agreement by the defendant himself. In all other cases, to convict the defendant of conspiracy it is necessary to prove not only knowledge on his part that he was helping in a wrongful enterprise, but also knowledge on another’s part that he intended to do so, and at least a tacit agreement to give and accept such help. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(“Developments in the Law: Criminal Conspiracy” (1959), 72 *Harv. L. Rev.* 920, at pp. 934-35)

[47] In an article entitled “Conspiracies and Attempts”, in National Criminal Law Program, *Substantive Criminal Law* (1990), vol. 1, D. Doherty (then judge of the Supreme Court of Ontario), expressed the same view:

accompli dans la poursuite de la fin illégale visée par le complot. Autrement dit, [TRADUCTION] « [I]e crime de complot est complet lorsque l’entente est conclue » : *Trieu*, par. 31.

[45] Selon moi, il découle de ce qui précède que l’approche large, telle qu’elle a été retenue dans l’arrêt *McNamara*, doit être rejetée. Le fait de fournir aide ou encouragement à la poursuite de la fin illégale ne prouve pas que l’accusé a aidé ou encouragé l’auteur principal à commettre quelque élément constitutif de l’infraction de complot. Ce fait ne saurait justifier une conclusion de responsabilité comme participant au complot.

[46] La conclusion que je tire est conforme à l’observation suivante, tirée d’un article du *Harvard Law Review* et à laquelle je souscris :

[TRADUCTION] Mais le fait d’aider et d’encourager une personne à commettre un crime ne consiste pas seulement à aider le criminel, mais à l’aider dans la perpétration de l’infraction criminelle particulière. Une personne n’apporte pas aide et encouragement à l’égard d’un complot en aidant les complices à commettre une infraction matérielle, car le crime de complot est distinct de l’infraction qui constitue son objet. Il est nécessaire d’aider les complices dans la perpétration du crime de complot, c’est-à-dire dans la perpétration de l’acte qui consiste dans le fait pour ces personnes de s’entendre. Ce n’est qu’à ce moment qu’il est justifiable de passer outre à la nécessité de prouver la perpétration, par le défendeur lui-même, de l’acte de s’entendre. Dans tous les autres cas, pour que le défendeur soit déclaré coupable de complot, il faut prouver non seulement qu’il savait qu’il aidait à la réalisation d’une entreprise illicite, mais aussi que quelqu’un d’autre savait qu’il avait l’intention de le faire, et qu’il y avait eu entente au moins tacitement de fournir et d’accepter une telle aide. [Je souligne; notes de bas de page omises.]

(« Developments in the Law : Criminal Conspiracy » (1959), 72 *Harv. L. Rev.* 920, p. 934-935)

[47] Dans un article intitulé « Conspiracies and Attempts », dans National Criminal Law Program, *Substantive Criminal Law* (1990), vol. 1, D. Doherty (alors juge à la Cour suprême de l’Ontario), a abondé dans le même sens :

The aiding and abetting provisions [s. 21(1)(b) and (c) of the *Code*] should apply to conspiracy charges. They must, however, be applied with caution. Those sections require that the assistance be rendered for the purpose of assisting the commission of the crime. In the context of a conspiracy charge, the alleged acts of assistance or encouragement should have to be done for the purpose of aiding or assisting the act of agreeing. Conduct which aids or assists in the achievement of the object of the conspiracy should not be equated with assistance in the making of the conspiracy. [Emphasis added; p. 36.]

(See also M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 316.)

[48] Those who prefer the *McNamara* approach fear that persons who have not become members of the conspiracy, but who have nonetheless done things to further the conspiracy's unlawful object, will, despite their moral culpability, slip through the cracks — that is, unless the unlawful object of the conspiracy is attained or attempted, in which case they could be charged as parties to the substantive offence or to an attempt to commit that offence.

[49] Thus, in the case at hand, the fear is that, had R and T not killed their mother or attempted to do so, the appellant would have ended up going free, despite his efforts to further the planned killing, unless the Crown could prove that he entered into the agreement formulated by R and T and thus became a member of the conspiracy.

[50] Much as I appreciate the concern raised by those who prefer the more expansive *McNamara* approach, viewed realistically, I consider it to be more imaginary than real.

[51] In *R. v. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233 (Ont. C.A.), a case involving various charges, including conspiracy to extort, Doherty J.A. stated the following:

[TRANSLATION] Les dispositions en matière d'aide et d'encouragement [les al. 21(1)b) et c) du *Code*] devraient s'appliquer aux accusations de complot. Elles devraient toutefois être appliquées avec prudence. Ces dispositions exigent que l'aide soit donnée en vue de la perpétration du crime. Dans le contexte d'une accusation de complot, les actes d'aide ou d'encouragement reprochés doivent avoir été accomplis en vue d'aider ou d'assister à la concrétisation de l'acte de s'entendre. L'aide ou l'assistance fournie en vue de la réalisation de la fin visée par le complot ne devrait pas être assimilée à l'assistance apportée en vue de la formation du complot. [Je souligne; p. 36.]

(Voir également M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 316.)

[48] Ceux qui préfèrent l'approche retenue dans *McNamara* craignent que les personnes qui ne sont pas devenues membres du complot, mais qui ont néanmoins fait certaines choses en vue de la poursuite de la fin illégale visée par celui-ci, passent à travers les mailles du filet malgré leur culpabilité morale — à moins que la fin illégale ne soit réalisée ou tentée, auquel cas elles pourraient être accusées d'avoir participé à l'infraction matérielle ou d'avoir tenté de la commettre.

[49] Par conséquent, dans le cas qui nous occupe, on craint que si R et T n'avaient pas tué leur mère ou tenté de le faire, l'appelant aurait en définitive échappé à toute responsabilité, malgré les efforts qu'il a déployés pour favoriser le projet de meurtre, à moins que le ministère public ne puisse prouver qu'il s'était joint à l'entente élaborée par R et T et qu'il était ainsi devenu membre du complot.

[50] Bien que sensible à l'inquiétude soulevée par ceux qui préfèrent l'approche large adoptée dans l'arrêt *McNamara*, j'estime que, considérée de façon réaliste, cette inquiétude est plus imaginaire que réelle.

[51] Dans *R. c. Alexander* (2005), 206 C.C.C. (3d) 233 (C.A. Ont.), une affaire portant sur diverses accusations, notamment un complot d'extorsion, le juge Doherty a affirmé ce qui suit :

The appellants' submissions stand on firm legal footing. The *actus reus* of the crime of conspiracy lies in the formation of an agreement, tacit or express, between two or more individuals, to act together in pursuit of a mutual criminal objective. Co-conspirators share a common goal borne out of a meeting of the minds whereby each agrees to act together with the other to achieve a common goal.

It follows from the mutuality of objective requirement of the *actus reus* that a conspiracy is not established merely by proof of knowledge of the existence of a scheme to commit a crime or by the doing of acts in furtherance of that scheme. Neither knowledge of nor participation in a criminal scheme can be equated with the *actus reus* of a conspiracy: see *R. v. Lamontagne* (1999), 142 C.C.C. (3d) 561 (Que. C.A.), at 575-76; *R. v. Cotroni, supra*, at pp. 17-8. Knowledge and acts in furtherance of a criminal scheme do, however, provide evidence, particularly where they co-exist, from which the existence of an agreement may be inferred. [Emphasis added; citations omitted; paras. 46-47.]

I agree with the emphasized comment, but would state it slightly differently and in somewhat more emphatic terms.

[52] In my view, where a person, with knowledge of a conspiracy (which by definition includes knowledge of the unlawful object sought to be attained), does (or omits to do) something for the purpose of furthering the unlawful object, with the knowledge and consent of one or more of the existing conspirators, this provides powerful circumstantial evidence from which membership in the conspiracy can be inferred. To be precise, it would be evidence of an agreement, whether tacit or express, that the unlawful object should be achieved. Ultimately, that issue is one for the trier of fact, who must decide whether any inference other than agreement can reasonably be drawn on the evidence. But, as I will explain, the case at hand illustrates how a constellation of such facts can make a finding of membership a virtual certainty.

[TRADUCTION] Les observations des appelants reposent sur de solides assises juridiques. L'*actus reus* du crime de complot consiste dans la formation d'une entente, tacite ou expresse, entre au moins deux personnes, en vue d'agir ensemble dans la poursuite d'un objectif criminel commun. Les coconspirateurs partagent un but commun, issu de la rencontre des volontés, où chacun accepte d'agir de concert avec l'autre pour réaliser ce but commun.

Il découle du fait que l'*actus reus* requiert l'existence d'un objectif commun que le complot n'est pas établi simplement par la preuve que l'accusé connaissait l'existence du projet de commettre le crime ou par le fait qu'il a accompli des actes favorisant la réalisation de ce projet. Ni la connaissance d'un projet criminel, ni la participation à celui-ci ne peuvent être assimilées à l'*actus reus* d'un complot : voir *R. c. Lamontagne* (1999), 142 C.C.C. (3d) 561 (C.A. Qué.), p. 575-576; *R. c. Cotroni*, précité, p. 17-18. La connaissance du projet criminel et les actes favorisant sa réalisation apportent toutefois un élément de preuve, particulièrement lorsqu'ils coexistent, à partir duquel on peut déduire l'existence d'une entente. [Je souligne; références omises; par. 46-47.]

Je souscris au commentaire souligné, mais je le présenterais de façon légèrement différente et en des termes un peu plus catégoriques.

[52] À mon avis, le fait qu'une personne ayant connaissance d'un complot (connaissance qui, par définition, emporte celle de la fin illégale recherchée) accomplit (ou omet d'accomplir) une chose dans la poursuite de la fin illégale, et ce, au su et avec le consentement d'un ou de plusieurs des conspirateurs existants, constitue une solide preuve circonstancielle permettant d'inférer que cette personne est membre du complot. Plus précisément, cela constituerait la preuve d'une entente, tacite ou expresse, tendant à la réalisation de la fin illégale. En fin de compte, il s'agit d'une question qui relève du juge des faits, qui doit décider s'il est raisonnablement possible de tirer de la preuve une autre inférence que l'existence d'une entente. Toutefois, comme je vais l'expliquer, la présente affaire illustre comment une accumulation de faits de ce genre peut rendre quasi certaine la conclusion qu'une personne est membre d'un complot.

[53] In so concluding, I note that conspiracies are often proved by way of circumstantial evidence. Direct evidence of an agreement tends to be a rarity. However, it is commonplace that membership in a conspiracy may be inferred from evidence of conduct that assists the unlawful object. Justice Rinfret made this basic point in *Paradis v. The King*, [1934] S.C.R. 165, some eight decades ago:

Conspiracy, like all other crimes, may be established by inference from the conduct of the parties. No doubt the agreement between them is the gist of the offence, but only in very rare cases will it be possible to prove it by direct evidence. [p. 168]

[54] Furthermore, it is not necessary that all members of a conspiracy play, or intend to play, equal roles in the ultimate commission of the unlawful object. Indeed, members in a conspiracy need not personally commit, or intend to commit, the offence which each has agreed should be committed: *R. v. Genser* (1986), 39 Man. R. (2d) 203 (C.A.), aff'd [1987] 2 S.C.R. 685.² Any degree of assistance in the furtherance of the unlawful object can lead to a finding of membership as long as agreement to a common plan can be inferred and the requisite mental state has been established.

[55] I do not gainsay the possibility that someone, with knowledge of an ongoing conspiracy, could do something for the purpose of furthering the unlawful object without the knowledge or consent of the existing conspirators. An example would be where A and B conspire to kill C. D learns of the conspiracy and wishes to facilitate the murder. Unbeknownst to A or B, D prevents a warning message from reaching the intended victim,

[53] En tirant cette conclusion, je tiens à souligner que la preuve des complots est souvent circonstancielle. Les cas où l'on dispose d'une preuve directe de l'existence d'une entente tendent à être rares. Toutefois, il est courant que le fait qu'une personne est membre d'un complot puisse être inféré de la preuve d'une conduite aidant à la perpétration de la fin illégale. Le juge Rinfret a énoncé ce point fondamental dans l'arrêt *Paradis c. The King*, [1934] R.C.S. 165, il y a quelque 80 ans de cela :

[TRADUCTION] Comme tous les autres crimes, le complot peut être établi par voie d'inférence à partir de la conduite des personnes en cause. Il ne fait aucun doute que l'entente intervenue entre elles constitue l'élément essentiel de l'infraction, mais ce n'est que dans de rares cas qu'il sera possible de l'établir au moyen d'une preuve directe. [p. 168]

[54] En outre, il n'est pas nécessaire que tous les membres d'un complot jouent, ou aient l'intention de jouer, des rôles égaux dans la perpétration ultime de la fin illégale. De fait, il n'importe pas qu'ils aient commis personnellement, ou aient eu l'intention de commettre personnellement, l'infraction dont la perpétration a été convenue par chacun d'entre eux : *R. c. Genser* (1986), 39 Man. R. (2d) 203 (C.A.), conf. par [1987] 2 R.C.S. 685². Toute assistance, quelle qu'en soit l'ampleur, fournie par une personne dans la poursuite de la fin illégale peut mener à la conclusion que cette personne est membre du complot, dans la mesure où l'existence d'une entente sur un projet commun peut être inférée et que la preuve de l'état mental requis a été établie.

[55] Je n'écarte pas la possibilité qu'une personne — connaissant l'existence d'un complot en cours — puisse accomplir une chose dans la poursuite de la fin illégale visée par le complot sans pour autant que les conspirateurs existants le sachent ou y consentent. Par exemple, supposons que A et B complotent pour tuer C. D apprend l'existence du complot et souhaite faciliter le meurtre. À l'insu de A ou de B, D empêche que C,

2 In my view, *R. v. Taylor* (1984), 40 C.R. (3d) 222 (B.C.S.C.) — which takes the contrary position — was wrongly decided.

2 À mon avis, la décision rendue dans l'affaire *R. c. Taylor* (1984), 40 C.R. (3d) 222 (C.S.C.-B.) — où le point de vue contraire a été exprimé — est erronée.

C: W. R. LaFave, *Substantive Criminal Law* (2nd ed. 2003), vol. 2, at p. 270. In such circumstances, an agreement, tacit or otherwise, between the person providing the assistance (D) and the existing conspirators (A and B) would be a fiction as neither A nor B was aware of, or agreed to, D's efforts.

[56] That situation does not arise here, and I leave for another day whether a person providing "clandestine" assistance in furtherance of the unlawful object of an ongoing conspiracy could be found liable of any crime if the conspirators did not commit or attempt to commit the substantive crime that formed the object of the conspiracy and if his own efforts did not rise to the level of an attempt at the substantive offence.

(3) Aiding or Abetting a Pre-Existing Agreement

[57] Beyond the debate between the narrower and broader approaches, a question arises as to whether, within the narrower approach, the *Trieu* model should be limited only to those who aid in the formation of a *new* agreement to pursue an unlawful object or whether its reach should extend to those who aid or abet a *pre-existing* agreement.

[58] In support of its position that the latter approach should be followed, the Crown relied in part on this Court's recent decision in *R. v. Vu*, 2012 SCC 40, [2012] 2 S.C.R. 411. In particular, the Crown maintained that because conspiracy has been identified as a continuing offence (*Bell v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 471, at p. 488), party liability can attach to anyone who aids or abets the agreement at any point during the life of the conspiracy.

[59] In *Trieu*, Costigan J.A. opined that because conspiracy is an ongoing crime, party liability can arise after the initial agreement is formed if, for

la victime visée, reçoive un message la mettant en garde : W. R. LaFave, *Substantive Criminal Law* (2^e éd. 2003), vol. 2, p. 270. Dans de telles circonstances, une entente, tacite ou autre, entre la personne fournissant de l'aide (D) et les conspirateurs existants (A et B) ne serait que fiction, étant donné que ni A ni B n'avaient connaissance des gestes posés par D ou n'y avaient consenti.

[56] Nous ne sommes pas en présence d'une telle situation en l'espèce, et je remets à une autre occasion l'examen de la question de savoir si une personne qui a « clandestinement » aidé à la poursuite de la fin illégale visée par un complot en cours pourrait être tenue responsable d'un crime si les conspirateurs n'ont pas commis ou tenté de commettre le crime matériel qui formait l'objet du complot, et si ses propres actes ne constituaient pas une tentative de commettre l'infraction matérielle.

(3) Fournir aide ou encouragement à l'égard d'une entente préexistante

[57] Au-delà du débat entre l'approche restrictive et l'approche large, il convient de se demander si, dans le cadre de la première approche, le modèle dégagé dans *Trieu* doit s'appliquer uniquement aux personnes qui aident à la formation d'une *nouvelle* entente tendant à la poursuite d'une fin illégale ou si son champ d'application doit viser également les personnes qui fournissent aide ou encouragement à l'égard d'une entente *préexistante*.

[58] Au soutien de sa thèse selon laquelle la deuxième approche devrait être suivie, le ministère public s'est appuyé en partie sur le récent arrêt de notre Cour *R. c. Vu*, 2012 CSC 40, [2012] 2 R.C.S. 411. De façon plus particulière, il a fait valoir que, comme il a été jugé que le complot constitue une infraction continue (*Bell c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 471, p. 488), quiconque fournit aide ou encouragement à l'égard de l'entente à tout moment durant l'existence du complot est susceptible d'engager sa responsabilité comme participant.

[59] Dans *Trieu*, le juge Costigan de la Cour d'appel a opiné que, puisque le complot est un crime continu, une personne pourrait engager sa

example, a person aids in the addition of a new member to join an existing conspiracy (para. 34). Justice Doherty also took the position that party liability attaches to someone who encourages or assists others to join an existing agreement: “Conspiracies and Attempts”, in National Criminal Law Program, *Substantive Criminal Law* (1990), vol. 1, at p. 37. These authorities observe, and I agree, that aiding or encouraging someone to become a member of a pre-existing conspiracy facilitates that new member’s commission of the offence of conspiracy — that is, the *act* of agreement. To be consistent in principle, party liability should thus extend to assistance or encouragement that results in the addition of a new member to a pre-existing conspiracy.

[60] In this case, the Crown argued that the appellant could become a party to the conspiracy by encouraging the sisters to continue their conspiracy when there were signs that they might abandon it (R.F., at para. 34). As well, at least one American author has suggested that a person might be found liable as a party to the offence of conspiracy “by facilitating the continuance of the conspiracy as by ‘providing the group with a hideout so that it does not have to disband’” (C. R. Williams, “Complicity in a Conspiracy as an Approach to Conspiratorial Liability” (1968), 16 *U.C.L.A. L. Rev.* 155, at p. 162, citing “Developments in the Law: Criminal Conspiracy”, at pp. 934-35). The same author suggests that “encouraging one or more persons to follow through with already formulated conspiratorial plans” might also attract party liability (p. 162).

[61] I would not give effect to the Crown’s argument. As a preliminary matter, the argument goes beyond the limited situation endorsed by Costigan J.A. in *Trieu* and by Doherty J. in his article. And as to the substance of the Crown’s

responsabilité comme participant après la formation de l’entente initiale si, par exemple, elle apporte son aide en amenant un nouveau membre à se joindre à un complot préexistant (par. 34). Le juge Doherty a lui aussi exprimé l’avis qu’une personne qui aide ou encourage d’autres personnes à se joindre à une entente existante engage sa responsabilité comme participant : « Conspiracies and Attempts », dans National Criminal Law Program, *Substantive Criminal Law* (1990), vol. 1, p. 37. Ces autorités soulignent, observation à laquelle je souscris, que le fait d’aider ou d’encourager quelqu’un à devenir membre d’un complot préexistant facilite la perpétration par ce nouveau membre de l’infraction de complot — c’est-à-dire l’*acte* consistant à s’entendre. Pour être cohérent du point de vue des principes, la responsabilité comme participant devrait donc s’appliquer également lorsque l’aide ou l’encouragement fourni se traduit par l’addition d’un nouveau membre à un complot préexistant.

[60] En l’espèce, le ministère public a plaidé que l’appelant pourrait être jugé responsable comme participant au complot parce qu’il a encouragé les sœurs à maintenir leur entente alors qu’il y avait certaines indications qu’elles pourraient l’abandonner (m.i., par. 34). En outre, au moins un auteur américain a affirmé qu’une personne pourrait être reconnue responsable comme participant à l’infraction de complot [TRADUCTION] « du fait qu’elle aurait facilité la continuation du complot, par exemple en “offrant un refuge au groupe pour ne pas qu’il ait à se démembrer” » (C. R. Williams, « Complicity in a Conspiracy as an Approach to Conspiratorial Liability » (1968), 16 *U.C.L.A. L. Rev.* 155, p. 162, citant « Developments in the Law : Criminal Conspiracy », p. 934-935). Ce même auteur soutient que « le fait [pour un accusé] d’encourager une ou plusieurs personnes à mettre à exécution un complot déjà élaboré » pourrait également entraîner sa responsabilité comme participant (p. 162).

[61] Je ne ferais pas droit à l’argument du ministère public. Tout d’abord, cet argument déborde le cadre de la situation limitée envisagée par le juge d’appel Costigan dans *Trieu* et par le juge Doherty dans son article. Ensuite, pour ce qui est

point, though I acknowledge that these acts can be viewed as aiding or abetting the agreement itself, such behaviour is equally if not more consistently characterized as aiding or abetting the furtherance of the unlawful object, and thus captured by the *McNamara* model. As I explained earlier, the *McNamara* model should not lead to party liability for conspiracy. The Crown should thus not be able to achieve through the back door what principle has denied from the front.

[62] In my view, the Crown's argument in favour of criminalizing aiding or abetting a pre-existing agreement (short of adding a new member to the agreement) is a solution in search of a problem. As I have explained, these acts, which aid or abet the furtherance of the unlawful object, provide circumstantial evidence from which membership can be inferred. In cases where the circumstantial evidence falls short of establishing membership, there are other charges open to the prosecution. In some instances, the Crown will be able to rely on party liability to charge the substantive offence that forms the object of the conspiracy, or an attempt to commit that offence; in other instances, the offence of counselling the substantive offence may apply.

[63] To sum up, party liability to a conspiracy is limited to cases where the accused encourages or assists in the initial formation of the agreement, or when he encourages or assists new members to join a pre-existing agreement.

C. *Application to this Case*

[64] In light of my conclusion that party liability does not extend to acts done in furtherance of the

de la substance de la thèse du ministère public, bien que je reconnaisse que ces situations peuvent être considérés comme constituant de l'aide ou de l'encouragement à l'égard de l'entente elle-même, un tel comportement est tout aussi souvent, sinon davantage, qualifié d'aide ou d'encouragement en vue de la réalisation de la fin illégale et il relève, de ce fait, du modèle dégagé dans l'arrêt *McNamara*. Comme je l'ai précisé plus tôt, ce modèle ne devrait pas entraîner une déclaration de culpabilité basée sur la responsabilité comme participant. Le ministère public ne devrait pas être en mesure de réaliser indirectement ce que les principes pertinents ne l'autorisent pas à faire directement.

[62] À mon avis, l'argument du ministère public en faveur de la criminalisation de l'aide ou de l'encouragement fourni à l'égard d'une entente préexistante (à l'exclusion de l'ajout d'un nouveau membre à l'entente) se veut une solution à un problème qui n'existe pas. Comme je l'ai expliqué précédemment, un acte qui aide ou encourage quelqu'un dans la poursuite de la fin illégale constitue un élément de preuve circonstancielle permettant d'inférer qu'une personne est membre d'un complot. Dans les affaires où la preuve circonstancielle ne permet pas d'établir ce fait, le ministère public est en mesure de déposer d'autres chefs d'accusation. En effet, il pourra dans certains cas se fonder sur la notion de responsabilité comme participant pour accuser la personne en question de l'infraction matérielle formant l'objet du complot, ou encore de tentative de perpétrer cette infraction. Dans d'autres circonstances, l'infraction consistant à conseiller la perpétration de l'infraction matérielle pourra s'appliquer.

[63] En résumé, l'application de la notion de responsabilité comme participant se limite aux cas où l'accusé fournit aide ou encouragement à la formation initiale de l'entente ou encore aide ou encourage de nouveaux membres à se joindre à une entente préexistante.

C. *Application à la présente affaire*

[64] Vu ma conclusion que la responsabilité comme participant ne s'étend pas aux actes

unlawful object of the conspiracy, I agree with the appellant that party liability should not, in the circumstances, have been left to the jury. There is no evidence that the appellant aided or abetted the formation of the agreement to murder A.K. or aided or encouraged a new member to join the existing conspiracy. That said, like the Court of Appeal, I am satisfied that the error, though significant, could not possibly have affected the verdict.

[65] The evidence implicating the appellant as a member of the conspiracy was overwhelming. The Crown presented a powerful body of evidence from which the jury could find that the appellant, with knowledge of the conspiracy between R and T, provided advice and offered assistance to them, with their knowledge and consent, for the purpose of facilitating the killing of their mother. As he said in his MSN conversation with T, shortly before the murder occurred, “I’m involved this much, I’m willing to help you out with any of it [T]” (A.R., at p. 197). That, along with other evidence which implicated the appellant in providing the Tylenol 3 pills and attending a restaurant after the killing to provide R and T with an alibi, provided the jury with all the evidence it needed to find an agreement between the appellant and R and T that the murder should be carried out. Nothing more was needed to establish the appellant’s membership in the conspiracy. It is immaterial that the appellant, unlike R and T, took no part in the actual killing of A.K. Once the jury rejected his explanation that he was not being serious, as it must have, a finding of guilt on the basis of membership was inevitable.

[66] I should point out that in the circumstances, the decision on the part of the Crown to charge the appellant with conspiracy to commit murder very much softened the blow that could otherwise have befallen him. The assistance he provided to R and

accomplis dans la poursuite de la fin illégale visée par le complot, je suis d’accord avec l’appellant pour affirmer que la thèse de la responsabilité comme participant n’aurait pas dû, dans les circonstances, être soumise au jury. Il n’y a aucune preuve que l’appellant a fourni aide ou encouragement à l’égard de la formation de l’entente en vue d’assassiner A.K. ou encore a aidé ou encouragé un nouveau membre à se joindre au complot existant. Cela étant dit, à l’instar de la Cour d’appel, je suis convaincu que, bien qu’importante, l’erreur n’a pas pu influencer sur le verdict.

[65] La preuve démontrant que l’appellant était impliqué comme membre du complot était accablante. Le ministère public a présenté de solides éléments de preuve à partir desquels le jury pouvait conclure que l’appellant — qui connaissait l’existence du complot élaboré par R et T — leur a fourni de l’aide et des conseils, et ce, au su de ces dernières et avec leur consentement, en vue de faciliter le meurtre de leur mère. D’ailleurs, peu avant le meurtre, il avait dit ceci dans sa conversation avec T sur MSN : [TRADUCTION] « Je suis impliqué à tel point, je suis prêt à t’aider en tout [T] » (d.a., p. 197). Cette déclaration, ainsi que d’autres éléments de preuve établissant que l’appellant avait fourni les comprimés Tylenol 3 à R et T et s’était présenté au restaurant après le meurtre pour ainsi leur offrir un alibi, ont procuré au jury toute la preuve nécessaire pour conclure à l’existence d’une entente entre l’appellant, d’une part, et R et T, d’autre part, en vue de commettre le meurtre. Rien de plus n’était nécessaire pour établir que l’appellant était membre du complot. Il est sans importance que, contrairement à R et T, l’appellant n’ait pas pris part concrètement au meurtre de A.K. Après que le jury a rejeté, comme il l’a nécessairement fait, l’explication de l’appellant selon laquelle il n’était pas sérieux, il était inévitable que ce dernier soit déclaré coupable en tant que membre du complot.

[66] Je me dois de souligner que, dans les circonstances, la décision du ministère public d’accuser l’appellant de complot en vue de commettre un meurtre a considérablement atténué les conséquences qui auraient autrement pu découler pour ce

T in facilitating the murder, which they eventually committed, could well have led to a charge of first degree murder against him.

[67] Accordingly, I would dismiss the appeal from conviction. I do so mindful of two alternate grounds of appeal raised by the appellant.

[68] First, the appellant submits that evidence admitted under the co-conspirators' exception to the hearsay rule did not satisfy the principled approach to hearsay. Specifically, he complains that statements made by T should not have been admitted for their truth because T was available as a witness and could have been called by the Crown. I would not give effect to this submission. Defence counsel at trial did not raise this issue with the trial judge. Had he done so, the Crown may have chosen to call T as a witness. In the circumstances, defence counsel's decision not to raise the matter could well have been a tactical choice — and as no issue is taken with the competence of trial counsel, I see no need to address this ground further.

[69] Second, the appellant says that the trial judge failed to instruct the jury that the co-conspirators' exception applied only to membership and not to party liability. Once again, defence counsel at trial did not raise this issue with the trial judge. Moreover, the instructions given by the trial judge on the co-conspirators' exception referred to use of that evidence only to prove membership. There was no suggestion that the evidence could be used to prove party liability. That being so, I would not give effect to this ground.

dernier. En effet, l'aide qu'il a fournie à R et T en vue de faciliter le meurtre, meurtre qu'elles ont en fin de compte commis, aurait fort bien pu entraîner le dépôt contre lui d'une accusation de meurtre au premier degré.

[67] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi visant la déclaration de culpabilité. Je prends cette décision tout en étant conscient que l'appelant a soulevé deux moyens d'appel subsidiaires.

[68] Premièrement, l'appelant soutient que la preuve qui a été admise en vertu de l'exception à la règle du oui-dire relative aux coconspirateurs ne respectait pas l'approche raisonnée en matière de oui-dire. De façon plus précise, il fait valoir que les déclarations de T n'auraient pas dû être admises comme preuve faisant foi de la véracité de leur contenu, car cette dernière était en mesure de témoigner et aurait pu être assignée par le ministère public. Je ne retiens pas cette prétention. Au procès, l'avocat de la défense n'a pas soulevé cette question devant la juge. S'il l'avait fait, le ministère public aurait pu décider de citer T comme témoin. Dans les circonstances, il est bien possible que la décision de l'avocat de la défense de ne pas soulever cette question ait constitué un choix stratégique — et, comme la compétence de l'avocat qui a occupé au procès n'est pas contestée, il ne m'apparaît pas nécessaire de m'attarder davantage à ce moyen.

[69] Deuxièmement, l'appelant affirme que la juge du procès n'a pas précisé, dans ses directives au jury, que l'exception relative aux coconspirateurs s'appliquait seulement à la notion de membre du complot et non à celle de responsabilité comme participant. Une fois de plus, l'avocat de la défense n'a pas soulevé la question devant la juge du procès. Qui plus est, les directives données par cette dernière au sujet de l'exception relative aux coconspirateurs faisaient état de l'utilisation d'une telle preuve uniquement pour établir le fait d'être membre du complot. Elles n'indiquaient aucunement qu'elle pouvait l'être pour prouver la responsabilité comme participant. En conséquence, je ne ferais pas droit à ce moyen.

[70] Furthermore, in light of my conclusion that the facts of this appeal do not give rise to party liability for the offence of conspiracy, this is not an appropriate case to determine how, if at all, the framework for the co-conspirators' exception established by *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938, might apply in the case of a party to a conspiracy.

[71] As a final matter, I note that there are conflicting appellate decisions on the applicability of the co-conspirators' exception where conspirators are tried separately: *R. v. Naicker*, 2007 BCCA 608, 229 C.C.C. (3d) 187, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xi; *R. v. Simpson*, 2007 ONCA 793, 230 C.C.C. (3d) 542, leave to appeal refused, [2008] 2 S.C.R. xi. This issue, however, was not raised before us or in the courts below. Accordingly, I see no need to consider it.

IV. Conclusion

[72] The aiding and abetting of a conspiracy is an offence known to Canadian law. The offence is made out where the accused aids or abets the *actus reus* of conspiracy, namely the *act of agreeing*. It follows that the approach adopted in *Trieu* is the only basis upon which party liability for the offence of conspiracy may be found. The *McNamara* approach is rejected.

[73] I caution, however, that the behaviour captured by *McNamara* may well support a charge of conspiracy. As indicated, where a person with knowledge of a conspiracy does (or omits to do) something for the purpose of furthering the unlawful object, with the knowledge and consent of one or more of the existing conspirators, this provides powerful circumstantial evidence of his membership in the conspiracy.

[70] En outre, compte tenu de ma conclusion que les faits de l'espèce ne donnent pas lieu à l'application de la responsabilité comme participant pour l'infraction de complot, nous ne sommes pas en présence d'un cas indiqué pour déterminer comment — si tant est même qu'il s'applique — le cadre établi dans l'arrêt *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938, relativement à l'exception concernant les coconspirateurs pourrait s'appliquer à l'égard d'un participant à un complot.

[71] Enfin, je souligne que des cours d'appel ont rendu des décisions contradictoires quant à l'applicabilité de l'exception concernant les coconspirateurs lorsque ceux-ci sont jugés séparément : *R. c. Naicker*, 2007 BCCA 608, 229 C.C.C. (3d) 187, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xi; *R. c. Simpson*, 2007 ONCA 793, 230 C.C.C. (3d) 542, autorisation d'appel refusée, [2008] 2 R.C.S. xi. Toutefois, cette question n'a pas été soulevée devant notre Cour ni devant les juridictions inférieures. Je ne considère donc pas qu'il est nécessaire de l'examiner.

IV. Conclusion

[72] Le fait de fournir aide et encouragement à l'égard d'un complot est une infraction qui existe en droit canadien. L'infraction est prouvée lorsque l'accusé aide ou encourage une personne relativement à l'*actus reus* du complot, c'est-à-dire à l'*acte de s'entendre*. Il s'ensuit que l'approche adoptée dans *Trieu* est le seul fondement permettant de conclure à la responsabilité comme participant à l'infraction de complot. L'approche retenue dans *McNamara* est rejetée.

[73] Je tiens toutefois à signaler que le comportement visé par l'affaire *McNamara* peut fort bien étayer le dépôt d'une accusation de complot. Comme il a été indiqué plus tôt, le fait qu'une personne ayant connaissance d'un complot accompli (ou omet d'accomplir) une chose dans la poursuite de la fin illégale, et ce, au su et avec le consentement d'un ou de plusieurs des conspirateurs existants, constitue une solide preuve circonstancielle indiquant que cette personne est membre du complot.

[74] The approach I have adopted brings a measure of simplicity and clarity to the law. Party liability to a conspiracy is limited to cases where the accused encourages or assists in the initial formation of the agreement, or where he encourages or assists new members to join a pre-existing agreement.

[75] For the reasons above, I would dismiss the appeal from conviction.

V. Appeal from Sentence

[76] Before this Court, the appellant also sought to appeal his sentence, even though he did not apply for or receive leave to do so. I see no basis for granting leave to appeal from sentence. Accordingly, I would not consider the proposed sentence appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Mang, Steinberg, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

[74] L'approche que j'ai adoptée introduit une certaine mesure de simplicité et de clarté dans le droit applicable. L'application de la notion de responsabilité comme participant se limite aux cas où l'accusé fournit aide ou encouragement à la formation initiale de l'entente ou encore aide ou encourage de nouveaux membres à se joindre à une entente préexistante.

[75] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi formé contre la déclaration de culpabilité.

V. Pourvoi à l'encontre de la peine

[76] Devant notre Cour, l'appelant a également voulu se pourvoir contre la peine qui lui a été infligée, même s'il n'avait pas demandé ni reçu l'autorisation de le faire. Je ne vois aucune raison d'accorder l'autorisation d'interjeter appel de la peine. En conséquence, je n'examinerai pas l'appel proposé à cet égard.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Mang, Steinberg, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Antrim Truck Centre Ltd. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Ontario, as represented by the Minister of Transportation *Respondent*

and

Attorney General of British Columbia, City of Toronto and Metrolinx *Interveners*

INDEXED AS: ANTRIM TRUCK CENTRE LTD. v. ONTARIO (TRANSPORTATION)

2013 SCC 13

File No.: 34413.

2012: November 14; 2013: March 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Expropriation — Injurious affection — Nuisance — Compensation — Construction of new highway diverting traffic away from appellant’s truck stop business — Ontario Municipal Board awarding appellant compensation for injurious affection for business loss and loss of market value of property — Court of Appeal dismissing claim on basis that Board failed to balance competing rights adequately — Whether interference with private enjoyment of land was unreasonable when resulting from construction serving important public purpose — Whether Court of Appeal erred in finding that Board’s application of law of nuisance was unreasonable — Expropriation Act, R.S.O. 1990, c. E.26.

From 1978 until 2004, the appellant owned property on Highway 17 near the hamlet of Antrim where it operated a truck stop complex that included a restaurant and gas bar and enjoyed the patronage of drivers travelling along the highway. In September 2004, the

Antrim Truck Centre Ltd. *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l’Ontario, représentée par le ministre des Transports *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie-Britannique, Ville de Toronto et Metrolinx *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ANTRIM TRUCK CENTRE LTD. c. ONTARIO (TRANSPORTS)

2013 CSC 13

N° du greffe : 34413.

2012 : 14 novembre; 2013 : 7 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Expropriation — Effet préjudiciable — Nuisance — Indemnisation — Achalandage du relais routier de l’appelante détourné par la construction d’une autoroute — Commission des affaires municipales de l’Ontario accordant à l’appelante une indemnisation pour effet préjudiciable pour perte commerciale et diminution de la valeur marchande du bien-fonds — Demande rejetée par la Cour d’appel parce que la Commission n’a pas mis correctement en balance les droits opposés — L’atteinte à la jouissance privée du bien-fonds est-elle déraisonnable si elle résulte de la construction d’un ouvrage répondant à un objectif public important? — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l’application, par la Commission, du droit relatif à la nuisance était déraisonnable? — Loi sur l’expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26.

De 1978 à 2004, l’appelante était propriétaire d’un bien-fonds sur la route 17 près du hameau d’Antrim où elle exploitait un relais routier qui comprenait notamment un restaurant et un poste d’essence et bénéficiait d’une clientèle de conducteurs circulant sur cette route. En

respondent opened a new section of Highway 417 running parallel to Highway 17 near the appellant's property. Highway 17 was significantly altered by the construction of Highway 417 and access to the appellant's land was severely restricted. Motorists travelling on the new highway did not have direct access to the appellant's truck stop and so it was effectively put out of business at that location. The appellant brought a claim for damages for injurious affection before the Ontario Municipal Board under the *Expropriations Act* and was awarded \$58,000 for business loss and \$335,000 for loss in market value of the land. This decision was upheld on appeal to the Divisional Court. The Court of Appeal set aside the Board's decision, however, finding that its application of the law of private nuisance to the facts was unreasonable because it had failed to consider two factors in its reasonableness analysis and because it had failed to recognize the elevated importance of the utility of the respondent's conduct where the interference was the product of an essential public service.

Held: The appeal should be allowed.

The main question is how to decide whether an interference with the private use and enjoyment of land is unreasonable when it results from construction which serves an important public purpose. The reasonableness of the interference must be determined by balancing the competing interests, as it is in all other cases of private nuisance. The balance is appropriately struck by answering the question of whether, in all of the circumstances, the individual claimant has shouldered a greater share of the burden of construction than it would be reasonable to expect individuals to bear without compensation. Here, the interference with the appellant's land caused by the construction of the new highway inflicted significant and permanent loss.

The *Expropriations Act* provides a right to compensation for injurious affection, which occurs when the defendant's activities interfere with the claimant's occupation or enjoyment of land, if the claimant can meet three requirements: (i) the damage must result from action taken under statutory authority; (ii) the action would give rise to liability but for that statutory authority; and (iii) the damage must result from the construction and not the use of the works. In this case, the only unresolved

septembre 2004, l'intimée a ouvert un nouveau tronçon de l'autoroute 417 parallèle à la route 17 à proximité de la propriété de l'appelante. La construction de l'autoroute 417 a modifié de façon importante la route 17 et l'accès au bien-fonds de l'appelante a été considérablement restreint. Les automobilistes circulant sur le nouveau tronçon de l'autoroute n'avaient plus directement accès au relais routier de l'appelante, ce qui a obligé cette dernière à fermer son relais routier à cet endroit. L'appelante a présenté à la Commission des affaires municipales de l'Ontario une demande d'indemnité pour effet préjudiciable sous le régime de la *Loi sur l'expropriation* et s'est vue accorder 58 000 \$ pour perte commerciale et 335 000 \$ pour perte de la valeur marchande du bien-fonds. Cette décision a été confirmée en appel devant la Cour divisionnaire. La Cour d'appel a cependant annulé la décision de la Commission et a conclu que celle-ci avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance privée parce qu'elle n'avait pas examiné deux facteurs dans son analyse du caractère raisonnable de l'atteinte et parce qu'elle n'avait pas reconnu l'importance accrue de l'utilité de la conduite de la défenderesse alors que l'atteinte était le produit d'un service public essentiel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La question principale est de savoir comment décider si une atteinte à l'utilisation et à la jouissance privées d'un bien-fonds est déraisonnable lorsqu'elle découle d'une construction qui répond à un objectif public important. Le caractère raisonnable de l'atteinte doit être déterminé par la mise en balance des intérêts opposés, comme il convient de le faire dans tous les autres cas de nuisance privée. Un juste équilibre est établi par la réponse à la question de savoir si, au vu de l'ensemble des circonstances, le demandeur a assumé une plus lourde part du fardeau de la construction que ce qu'un individu pourrait raisonnablement s'attendre à supporter sans indemnité. En l'espèce, l'entrave au bien-fonds de l'appelante causée par la construction de la nouvelle autoroute lui a fait subir une perte importante et permanente.

La *Loi sur l'expropriation* prévoit le droit à une indemnité pour l'effet préjudiciable qui survient lorsque les activités du défendeur portent atteinte à l'occupation ou à la jouissance du bien-fonds par le demandeur, si ce dernier satisfait à trois exigences : (i) les dommages doivent résulter d'une mesure autorisée aux termes d'une loi; (ii) la mesure engagerait la responsabilité si elle n'était pas autorisée aux termes de cette loi; et (iii) les dommages doivent résulter de la construction et

question is whether, if the highway construction had not been done under statutory authority, the appellant could have successfully sued for damages caused by the construction under the law of private nuisance.

Nuisance consists of an interference with the claimant's occupation or enjoyment of land that is both substantial and unreasonable. A substantial interference is one that is non-trivial, amounting to more than a slight annoyance or trifling interference. This threshold screens out weak claims and once met, the next inquiry is whether the non-trivial interference was also unreasonable in all of the circumstances to justify compensation.

When assessing unreasonableness where the activity causing the interference is carried out by a public authority for the greater public good, courts and tribunals are not limited by any specific list of factors. Rather, the focus of the balancing exercise is on whether the interference is such that it would be unreasonable in all of the circumstances to require the claimant to suffer it without compensation. Generally, the focus in nuisance is on whether the interference suffered by the claimant is unreasonable, not on whether the nature of the defendant's conduct is unreasonable. The nature of the defendant's conduct is not, however, an irrelevant consideration. Generally speaking, the acts of a public authority will be of significant utility. If simply put in the balance with the private interest, public utility will generally outweigh even very significant interferences with the claimant's land, undercutting the purpose of providing compensation for injurious affection. The distinction is thus between interferences that constitute the "give and take" expected of everyone and interferences that impose a disproportionate burden on individuals. The reasonableness analysis should favour the public authority where the harm to property interests, considered in light of its severity, the nature of the neighbourhood, its duration, the sensitivity of the plaintiff and other relevant factors, is such that the harm cannot reasonably be viewed as more than the claimant's fair share of the costs associated with providing a public benefit.

Further, the reasonableness inquiry should not be short-circuited on the basis that the interference is

non de l'utilisation des ouvrages. En l'espèce, la seule question non résolue est de savoir si l'appelante aurait pu, en vertu du droit relatif à la nuisance privée, obtenir des dommages-intérêts si la construction de l'autoroute n'avait pas été effectuée aux termes d'une loi.

La nuisance consiste en une atteinte à la fois substantielle et déraisonnable à l'occupation ou à la jouissance, par le demandeur, de son bien-fonds. Une atteinte substantielle est celle qui n'est pas négligeable et qui correspond à plus qu'une légère indisposition ou une entrave insignifiante. Cette condition préliminaire permet d'écarter les demandes peu justifiées, et si elle est satisfaite, l'examen porte ensuite sur la question de savoir si l'atteinte non négligeable était également déraisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, pour justifier l'indemnisation.

Au moment d'examiner le caractère déraisonnable de l'atteinte lorsque l'activité qui la cause est exercée par une autorité publique en vue de servir l'intérêt supérieur du public, les cours de justice et les tribunaux administratifs ne sont pas tenus d'utiliser une liste précise de facteurs. L'exercice de mise en balance est plutôt axé sur la question de savoir si l'atteinte est d'une telle gravité qu'il serait déraisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, d'exiger que le demandeur la subisse sans être indemnisé. En général, il s'agit de déterminer, en matière de nuisance, si l'atteinte subie par le demandeur est déraisonnable, et non si la nature de la conduite du défendeur est déraisonnable. La nature de la conduite du défendeur n'est toutefois pas dénuée de pertinence. En règle générale, les actes d'une autorité publique sont très utiles. Si l'utilité publique est simplement mise en balance avec l'intérêt privé, elle l'emportera généralement, même sur des atteintes très importantes au bien-fonds du demandeur, contrecarrant l'objectif d'accorder une indemnité pour effet préjudiciable. Il s'agit donc de distinguer entre les atteintes qui constituent les « concessions mutuelles » auxquelles on s'attend de tous et les atteintes qui imposent aux particuliers un fardeau disproportionné. L'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte devrait favoriser l'autorité publique si le préjudice causé à des droits de propriété — examiné en fonction de sa gravité, des particularités du voisinage, de sa durée, de la sensibilité du demandeur et d'autres facteurs pertinents — est tel qu'il ne peut être raisonnablement considéré comme étant plus grand que la juste part du demandeur dans les coûts associés à l'offre d'un bien public.

De plus, l'appréciation du caractère raisonnable de l'atteinte ne devrait pas être laissée de côté au motif

physical or material as opposed to a loss of amenities or is self-evidently unreasonable. Once a claimant passes the threshold test of showing harm that is substantial in the sense that it is non-trivial, there ought to be an inquiry into whether the interference is unreasonable, regardless of the type of harm involved.

The Court of Appeal erred in finding that the Board's application of the law of nuisance to the facts was unreasonable. Provided that the Board reasonably carried out the analysis in substance, it was not required to specifically enumerate and refer by name to every factor mentioned in the case law. It did not fail to take account of the utility of the respondent's activity or fail to engage in the required balancing as the Court of Appeal concluded it had. It was reasonable for the Board to conclude that in all of the circumstances, the appellant should not be expected to endure permanent interference with the use of its land that caused a significant diminution of its market value in order to serve the greater public good.

Cases Cited

Applied: *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *St. Pierre v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 1 S.C.R. 906; *Royal Anne Hotel Co. v. Village of Ashcroft* (1979), 95 D.L.R. (3d) 756; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. v. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230; *Mandrake Management Consultants Ltd. v. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202; *Schenck v. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595; **considered:** *Andreae v. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1; **referred to:** *Susan Heyes Inc. v. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, leave to appeal refused, [2011] 3 S.C.R. xi; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *The Queen v. Loiselle*, [1962] S.C.R. 624; *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) v. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95; *Wildtree Hotels Ltd. v. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1; *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001; *St. Helen's Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483; *Walker v. McKinnon Industries Ltd.*, [1949] 4 D.L.R. 739, varied by [1950] 3 D.L.R. 159, aff'd [1951] 3 D.L.R. 577; *Smith v. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321.

qu'il s'agit d'une atteinte physique ou matérielle et non d'une perte d'agrément ou d'une atteinte considérée de toute évidence comme déraisonnable. Dès lors que le demandeur a satisfait au critère suivant lequel il doit démontrer que le préjudice subi est substantiel, c'est-à-dire non négligeable, il faut déterminer si l'atteinte est déraisonnable, peu importe le type de préjudice en cause.

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance. La Commission n'était pas tenue d'énumérer explicitement tous les facteurs énoncés dans la jurisprudence et d'y faire référence nommément, pourvu qu'elle ait, en substance, effectué l'analyse de façon raisonnable. Elle n'a pas omis de prendre en compte l'utilité de l'activité de l'intimée ni d'effectuer l'exercice de mise en balance requis, comme l'a pourtant conclu la Cour d'appel. La Commission pouvait raisonnablement conclure que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il ne fallait pas s'attendre à ce que l'appelante subisse en permanence une entrave à l'utilisation de son bien-fonds qui en avait considérablement diminué la valeur marchande, et ce, afin de servir l'intérêt supérieur du public.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *St. Pierre c. Ontario (Ministre des Transports et Communications)*, [1987] 1 R.C.S. 906; *Royal Anne Hotel Co. c. Village of Ashcroft* (1979), 95 D.L.R. (3d) 756; *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181; *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. c. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230; *Mandrake Management Consultants Ltd. c. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202; *Schenck c. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595; **arrêt examiné :** *Andreae c. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1; **arrêts mentionnés :** *Susan Heyes Inc. c. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, autorisation d'appel refusée, [2011] 3 R.C.S. xi; *City of Campbellton c. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436; *The Queen c. Loiselle*, [1962] R.C.S. 624; *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) c. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95; *Wildtree Hotels Ltd. c. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1; *Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001; *St. Helen's Smelting Co. c. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483; *Walker c. McKinnon Industries Ltd.*, [1949] 4 D.L.R. 739, mod. par [1950] 3 D.L.R. 159, conf. par [1951] 3 D.L.R. 577; *Smith c. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321.

Statutes and Regulations Cited

Expropriations Act, R.S.O. 1990, c. E.26, ss. 1(1), 21.

Authors Cited

- Fleming, John G. *Fleming's The Law of Torts*, 10th ed., by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- McLaren, John P. S. "Nuisance in Canada", in Allen M. Linden, ed., *Studies In Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968, 320.
- Murphy, John, and Christian Witting. *Street on Torts*, 13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Senzilet, Michael William. "Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken", unpublished LL.M. thesis, University of Ottawa, 1987.
- Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Watt and Epstein JJ.A.), 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81, 281 O.A.C. 150, 332 D.L.R. (4th) 641, 6 R.P.R. (5th) 1, 104 L.C.R. 1, 85 C.C.L.T. (3d) 51, [2011] O.J. No. 2451 (QL), 2011 CarswellOnt 4064, setting aside a decision of Wilson, Hill and Lax JJ., 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425, 258 O.A.C. 1, 318 D.L.R. (4th) 229, 91 R.P.R. (4th) 41, 100 L.C.R. 32, [2010] O.J. No. 156 (QL), 2010 CarswellOnt 162, affirming a decision of the Ontario Municipal Board (2009), 96 L.C.R. 100, [2009] O.M.B.D. No. 1 (QL), 2009 CarswellOnt 290. Appeal allowed.

Shane Rayman and Greg Temelini, for the appellant.

Leonard F. Marsello, Malliha Wilson, Shona L. Compton and William R. MacLarkey, for the respondent.

Matthew Taylor and Jonathan Eades, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graham J. Rempe and Matthew G. Longo, for the intervener the City of Toronto.

Lois et règlements cités

Loi sur l'expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26, art. 1(1), 21.

Doctrine et autres documents cités

- Fleming, John G. *Fleming's The Law of Torts*, 10th ed., by Carolyn Sappideen and Prue Vines, eds. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2011.
- Klar, Lewis N. *Tort Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2012.
- Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 9th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2011.
- McLaren, John P. S. « Nuisance in Canada », in Allen M. Linden, ed., *Studies In Canadian Tort Law*. Toronto : Butterworths, 1968, 320.
- Murphy, John, and Christian Witting. *Street on Torts*, 13th ed. Oxford : Oxford University Press, 2012.
- Senzilet, Michael William. « Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken », unpublished LL.M. thesis, University of Ottawa, 1987.
- Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Watt et Epstein), 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81, 281 O.A.C. 150, 332 D.L.R. (4th) 641, 6 R.P.R. (5th) 1, 104 L.C.R. 1, 85 C.C.L.T. (3d) 51, [2011] O.J. No. 2451 (QL), 2011 CarswellOnt 4064, qui a infirmé une décision des juges Wilson, Hill et Lax, 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425, 258 O.A.C. 1, 318 D.L.R. (4th) 229, 91 R.P.R. (4th) 41, 100 L.C.R. 32, [2010] O.J. No. 156 (QL), 2010 CarswellOnt 162, qui a confirmé une décision de la Commission des affaires municipales de l'Ontario (2009), 96 L.C.R. 100, [2009] O.M.B.D. No. 1 (QL), 2009 CarswellOnt 290. Pourvoi accueilli.

Shane Rayman et Greg Temelini, pour l'appelante.

Leonard F. Marsello, Malliha Wilson, Shona L. Compton et William R. MacLarkey, pour l'intimée.

Matthew Taylor et Jonathan Eades, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graham J. Rempe et Matthew G. Longo, pour l'intervenante la Ville de Toronto.

Kathryn I. Chalmers and Patrick G. Duffy, for the intervener Metrolinx.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Highway construction by the Province of Ontario significantly and permanently interfered with access to the appellant's land. The appellant claimed that this interference was unreasonable and sought an order for compensation before the Ontario Municipal Board. The Board awarded the appellant \$393,000 as compensation for business loss and decline in market value of the land resulting from the highway construction. The Board's award, however, was set aside by the Court of Appeal; it concluded that the interference with the appellant's land had not been unreasonable given the important public purposes served by the highway's construction. In effect, the Court of Appeal found that it was reasonable for the appellant to suffer permanent interference with the use of its land that caused significant diminution of its market value in order to serve the greater public good. The appellant asks this Court to reinstate the Board's award.

[2] The main question on appeal is this: How should we decide whether an interference with the private use and enjoyment of land is unreasonable when it results from construction which serves an important public purpose? The answer, as I see it, is that the reasonableness of the interference must be determined by balancing the competing interests, as it is in all other cases of private nuisance. The balance is appropriately struck by answering the question whether, in all of the circumstances, the individual claimant has shouldered a greater share of the burden of construction than it would be reasonable to expect individuals to bear without compensation. Here, the interference with the appellant's land caused by the construction of the

Kathryn I. Chalmers et Patrick G. Duffy, pour l'intervenante Metrolinx.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] La construction d'une autoroute par la province de l'Ontario a entravé considérablement et en permanence l'accès au bien-fonds de l'appellante. Celle-ci a soutenu que cette entrave était déraisonnable et a demandé à la Commission des affaires municipales de l'Ontario de rendre une ordonnance d'indemnisation. La Commission lui a accordé une indemnité de 393 000 \$ pour perte commerciale et diminution de la valeur marchande du bien-fonds résultant de la construction de l'autoroute. La décision de la Commission a toutefois été annulée par la Cour d'appel, qui a conclu que l'entrave au bien-fonds de l'appellante n'était pas déraisonnable puisque la construction de l'autoroute répondait à un objectif public important. La Cour d'appel a ainsi conclu qu'il était raisonnable pour l'appellante de subir en permanence une entrave à l'utilisation de son bien-fonds qui en a diminué considérablement la valeur marchande, afin de servir l'intérêt supérieur du public. L'appellante demande à la Cour de rétablir la décision de la Commission.

[2] La question principale en l'espèce est la suivante : comment la Cour devrait-elle décider si une atteinte à l'utilisation et à la jouissance privées d'un bien-fonds est déraisonnable lorsqu'elle découle d'une construction qui répond à un objectif public important? À mon avis, le caractère raisonnable de l'atteinte doit être déterminé par la mise en balance des intérêts opposés, comme il convient de le faire dans tous les autres cas de nuisance privée. Un juste équilibre est établi par la réponse à la question de savoir si, au vu de l'ensemble des circonstances, le demandeur a assumé une plus lourde part du fardeau de la construction que ce qu'un individu pourrait raisonnablement s'attendre à supporter sans indemnité. En l'espèce, l'entrave au bien-fonds de

new highway inflicted significant and permanent loss on the appellant; in the circumstances of this case, it was not unreasonable for the Board to conclude that an individual should not be expected to bear such a loss for the greater public good without compensation.

[3] I would allow the appeal and restore the order of the Ontario Municipal Board.

II. Legal Context and Issues

[4] The legal framework for the appeal is found in the law concerning injurious affection. Injurious affection occurs when the defendant's activities interfere with the claimant's use or enjoyment of land. Such interference may occur where a portion of an owner's land is expropriated with negative effects on the value of the remaining property. Alternatively, it may arise where, although no land is expropriated, the lawful activities of a statutory authority on one piece of land interfere with the use or enjoyment of another property: E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 331-33. In this case, the appellant claimed compensation for injurious affection where no land is taken because the highway construction had significantly impeded access to its land.

[5] The Ontario *Expropriations Act*, R.S.O. 1990, c. E.26, provides a right to compensation for injurious affection on certain conditions: s. 21. Where none of the claimant's land is expropriated, the Act provides a right to compensation for "such reduction in the market value of the land of the owner, and . . . such personal and business damages, resulting from the construction and not the use of the works by the statutory authority, as the statutory authority would be liable for if the construction were not under the authority of a statute": s. 1(1). Thus, in order to recover under the Act, the claimant has to meet these three

l'appelante causée par la construction de la nouvelle autoroute lui a fait subir une perte importante et permanente. Dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure qu'il ne faudrait pas s'attendre à ce que, dans l'intérêt supérieur du public, un individu supporte une telle perte sans indemnité.

[3] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de la Commission des affaires municipales de l'Ontario.

II. Contexte juridique et questions en litige

[4] Le cadre juridique du pourvoi est prévu dans les règles de droit régissant l'effet préjudiciable. Il y a effet préjudiciable lorsque les activités du défendeur portent atteinte à l'utilisation ou à la jouissance du bien-fonds par le demandeur. Une telle atteinte peut survenir lorsqu'une partie du bien-fonds d'un propriétaire est expropriée et que cette expropriation a des effets néfastes sur la valeur de l'autre partie de la propriété. Subsidiairement, l'atteinte peut découler, même en l'absence d'expropriation, des activités légitimes d'une autorité légalement compétente sur un bien-fonds qui entravent l'utilisation ou la jouissance d'une autre propriété : E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992), p. 331-333. En l'espèce, aucun bien-fonds n'est exproprié. L'appelante réclame néanmoins une indemnité pour effet préjudiciable parce que la construction de l'autoroute a entravé de façon importante l'accès à son bien-fonds.

[5] L'article 21 de la *Loi sur l'expropriation*, L.R.O. 1990, ch. E.26, de l'Ontario prévoit le droit à une indemnité pour effet préjudiciable à certaines conditions. Lorsqu'aucune partie du bien-fonds du demandeur n'est expropriée, la Loi établit le droit à une indemnité pour « la diminution de la valeur marchande du bien-fonds du propriétaire [et les] dommages personnels et commerciaux, qui résultent de la construction et non de l'utilisation des ouvrages par l'autorité légalement compétente et dont celle-ci serait tenue responsable si cette construction n'était pas autorisée aux termes d'une loi » : par. 1(1). Par conséquent, pour être

statutory requirements, which are often referred to as the requirements of “statutory authority”, “actionability” and “construction and not the use”. These requirements mean that (i) the damage must result from action taken under statutory authority; (ii) the action would give rise to liability but for that statutory authority; and (iii) the damage must result from the construction and not the use of the works. Where these conditions are present, the Act requires that the complainant be compensated for the amount by which the affected land’s market value was reduced because of the interference, and for personal and business damages: ss. 1(1) and 21.

[6] The appellant satisfied the first and third requirements. As for the first, there was never any dispute that the construction of the new section of highway was carried out under statutory authority. With respect to the third, the “construction and not the use” requirement was contested in the earlier proceedings, but it is no longer in issue in this Court. What remains is the question of whether the second requirement is met. That is, whether, if the highway construction had not been done under statutory authority, the appellant could have successfully sued for damages caused by the construction.

[7] The appellant’s primary position, which the Board accepted, is that it meets this second requirement because it would be entitled to damages for private nuisance. The Court of Appeal disagreed. While finding no fault in the Board’s articulation of the law about private nuisance, the Court of Appeal nonetheless found that the Board had not reasonably applied that law to the facts before it: 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81. Thus, the reviewable error found by the Court of Appeal concerns the application of the legal test for nuisance to the facts.

[8] In this Court, the parties engaged in a wide-ranging debate about how to define the elements of private nuisance and how to assess

indemnisé en vertu de la Loi, le demandeur doit satisfaire à ces trois exigences législatives, qui sont souvent appelées les exigences de l’« autorisation législative », du « droit d’action » et de « la construction et non l’utilisation ». Ces exigences signifient que : (i) les dommages doivent résulter d’une mesure autorisée aux termes d’une loi; (ii) la mesure engagerait la responsabilité si elle n’était pas autorisée aux termes de cette loi; et (iii) les dommages doivent résulter de la construction et non de l’utilisation des ouvrages. Lorsque ces conditions sont réunies, la Loi exige l’indemnisation du demandeur pour la somme correspondant à la diminution de la valeur marchande du bien-fonds attribuable à l’atteinte, et pour les dommages personnels et commerciaux : par. 1(1) et art. 21.

[6] L’appelante a satisfait aux première et troisième exigences. S’agissant de la première, il n’a jamais été contesté que la construction du nouveau tronçon de l’autoroute avait été autorisée par une loi. Quant à la troisième, l’exigence de la « construction et non l’utilisation » a été contestée dans les instances antérieures, mais elle n’est plus en cause devant la Cour. Il reste toutefois à déterminer si la deuxième exigence est respectée. Ainsi, il faut se demander si l’appelante aurait pu obtenir des dommages-intérêts si la construction de l’autoroute n’avait pas été effectuée aux termes d’une loi.

[7] La thèse principale de l’appelante, acceptée par la Commission, est qu’elle satisfait à cette deuxième exigence parce qu’elle aurait droit à des dommages-intérêts pour nuisance privée. La Cour d’appel n’était pas de cet avis. Bien qu’elle n’ait trouvé aucune erreur dans l’analyse du droit en matière de nuisance privée effectuée par la Commission, la Cour d’appel a néanmoins conclu que la Commission n’avait pas appliqué de façon raisonnable le droit aux faits qui lui avaient été soumis : 2011 ONCA 419, 106 O.R. (3d) 81. L’erreur susceptible de révision relevée par la Cour d’appel concerne donc l’application aux faits du critère juridique relatif à la nuisance.

[8] Devant la Cour, les parties se sont engagées dans un vaste débat sur la façon de définir les éléments constitutifs de la nuisance privée et

the reasonableness of the interference. I will address the questions that arose in that debate in the hope of providing further clarity concerning the relevant legal principles. But the core issue on which the appeal turns is whether, as the Court of Appeal decided, the Board was unreasonable in its application of the law of private nuisance to the facts.

[9] The issues I will address are these:

1. What are the elements of private nuisance?
2. How is reasonableness assessed in the context of interference caused by projects that further the public good?
3. Does the unreasonableness of an interference need to be considered when that interference is physical or material?
4. Did the Court of Appeal err in finding that the Board's application of the law of nuisance to the facts was unreasonable?

[10] Before turning to these issues, I will set out a brief summary of the facts and proceedings and address the applicable standard of judicial review.

III. Facts, Proceedings and Standard of Review

A. *Overview of the Facts and Proceedings*

[11] From 1978 until 2004, the appellant owned property on Highway 17 near the hamlet of Antrim. On that property, the appellant operated a truck stop that included a restaurant, bakery, gift shop, gas and diesel bar, offices and a truck sales, leasing and service centre. The business enjoyed the patronage of drivers travelling both east and west along the highway, which formed part of the Trans-Canada Highway system.

[12] In September 2004, the respondent opened a new section of Highway 417 that runs parallel to

sur la façon d'évaluer le caractère raisonnable de l'atteinte. Je traiterai des questions soulevées durant ce débat dans l'espoir de mieux préciser les principes juridiques pertinents. Mais la question fondamentale sur laquelle repose le pourvoi demeure celle de savoir si, comme la Cour d'appel l'a décidé, la Commission a appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance privée.

[9] Les questions que j'aborderai sont les suivantes :

1. Quels sont les éléments constitutifs de la nuisance privée?
2. Comment le caractère raisonnable de l'atteinte est-il évalué dans le contexte d'une atteinte causée par des projets qui servent l'intérêt public?
3. Faut-il prendre en compte le caractère déraisonnable d'une atteinte lorsque celle-ci est physique ou matérielle?
4. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance?

[10] Avant d'examiner ces questions, je résumerai les faits et l'historique des procédures, et traiterai de la norme de contrôle judiciaire applicable.

III. Faits, historique des procédures et norme de contrôle

A. *Aperçu des faits et de l'historique des procédures*

[11] De 1978 à 2004, l'appelante était propriétaire d'un bien-fonds sur la route 17 près du hameau d'Antrim. Elle y exploitait un relais routier qui comprenait un restaurant, une boulangerie, une boutique de cadeaux, un poste d'essence et de diesel, des bureaux et un centre de vente, de location et d'entretien de camions. L'entreprise bénéficiait d'une clientèle de conducteurs circulant dans les deux sens, vers l'est ou vers l'ouest, sur la route qui faisait partie du réseau routier transcanadien.

[12] En septembre 2004, l'intimée a ouvert un nouveau tronçon de l'autoroute 417 parallèle à la

Highway 17 at the point of the appellant's property. Highway 17 was significantly altered to allow for the extension of Highway 417. Because of these changes, Highway 17 now effectively turns into a dirt road just two kilometres east of the appellant's truck stop. Motorists heading east from the truck stop have to take a circuitous route including a dirt road and two other side roads before they reach Highway 417. Moreover, motorists travelling on the new stretch of Highway 417 do not have direct access to the appellant's truck stop; they have to turn onto a regional road west of the property and drive about two kilometres to reach it. According to the appellant, the construction of the new segment of Highway 417 resulted in the closure of Highway 17, effectively putting its truck stop out of business at that location. It brought a claim before the Ontario Municipal Board for compensation for injurious affection under the *Expropriations Act*. The parties accept the Board's assessment of compensation; only its finding that the injurious affection claim was made out is in issue before this Court.

[13] Having heard the claim, the Ontario Municipal Board awarded the appellant \$58,000 for business loss and \$335,000 for loss in market value of the land. The Board rejected the Province's position that construction of the new highway had not impeded or altered access to the truck stop: (2009), 96 L.C.R. 100, at p. 114. According to the Board, the change in access resulting from the construction constituted a "serious impairment in nuisance": p. 115. The Board found that the construction of the new highway had changed Highway 17 in a manner that severely restricted access to the appellant's land; it had turned Highway 17 into a "shadow of what it was before Highway 417": p. 115. In all of the circumstances, this interference was unreasonable and arose from the construction and not the use of the highway.

route 17 où se situe la propriété de l'appelante. La route 17 a été modifiée de façon importante pour permettre le prolongement de l'autoroute 417. En raison de ces changements, la route 17 devient maintenant en fait un chemin de terre à seulement deux kilomètres à l'est du relais routier de l'appelante. Les automobilistes qui se dirigent vers l'est à partir du relais routier doivent faire un détour et emprunter un chemin de terre puis deux autres routes secondaires avant d'atteindre l'autoroute 417. De plus, les automobilistes qui circulent sur le nouveau tronçon de l'autoroute 417 n'ont pas directement accès au relais routier de l'appelante; ils doivent en effet s'engager sur une route régionale à l'ouest de la propriété et rouler environ deux kilomètres pour y accéder. Selon l'appelante, la construction du nouveau tronçon de l'autoroute 417 a entraîné la fermeture de la route 17, l'obligeant ainsi à fermer son relais routier à cet endroit. Elle a donc présenté à la Commission des affaires municipales de l'Ontario une demande d'indemnité pour effet préjudiciable sous le régime de la *Loi sur l'expropriation*. Les parties acceptent l'évaluation de l'indemnité faite par la Commission. Seule demeure en litige devant la Cour la conclusion de la Commission portant que le bien-fondé de la demande relative à l'effet préjudiciable a été établi.

[13] À l'issue de l'instruction de la demande, la Commission des affaires municipales de l'Ontario a accordé à l'appelante 58 000 \$ pour perte commerciale et 335 000 \$ pour perte de la valeur marchande du bien-fonds. La Commission a rejeté la thèse de la province selon laquelle la construction de la nouvelle autoroute n'avait pas entravé ni modifié l'accès au relais routier : (2009), 96 L.C.R. 100, p. 114. Selon la Commission, le changement dans l'accès au relais routier résultant de la construction constituait une [TRADUCTION] « atteinte grave selon les règles de la nuisance » : p. 115. Elle a estimé que la construction de la nouvelle autoroute avait modifié la route 17 d'une manière qui restreignait considérablement l'accès au bien-fonds de l'appelante; la route 17 était devenue un « pâle reflet de ce qu'elle était avant le prolongement de l'autoroute 417 » : p. 115. Au vu de l'ensemble des circonstances, cette entrave était déraisonnable et découlait de la construction et non de l'utilisation de l'autoroute.

[14] The Board's decision was upheld on appeal to the Divisional Court of the Ontario Superior Court of Justice: 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425. The court found that the Board had correctly articulated the law of private nuisance and had applied it reasonably. Specifically, the Divisional Court found that the Board had balanced the public utility of the highway construction against the appellant's interests in deciding that the interference caused by the Province was unreasonable.

[15] On the Province's further appeal to the Court of Appeal, the Board's decision was set aside and the appellant's claim dismissed. The Court of Appeal found that the Board's application of the law of private nuisance to the facts was unreasonable. In particular, the Court of Appeal concluded that the Board had failed to balance the competing rights of the Province and the appellant adequately in two respects. First, the Board failed to consider two of the three factors it was "obliged to take into account in assessing the reasonableness of the interference" with the appellant's use and enjoyment of its land, namely the character of the neighbourhood and the sensitivity of the complainant. Second, the Board "failed to recognize the elevated importance of the utility of the defendant's conduct where the interference is the product of 'an essential public service'": para. 129.

B. *Standard of Review*

[16] As I explained above, the Court of Appeal set aside the Board's decision because it unreasonably applied the law of private nuisance to the facts before it. The focus of the case is, therefore, on whether the Board appropriately carried out the balancing inherent in the law of private nuisance. As the Court of Appeal put it, "Whether there has been an unreasonable interference with the use and enjoyment of the plaintiff's land is a question of judgment based on all of the circumstances": para. 83. I agree with the Court of Appeal that the

[14] La décision de la Commission a été confirmée en appel devant la Cour divisionnaire de la Cour supérieure de justice de l'Ontario : 2010 ONSC 304, 100 O.R. (3d) 425. La cour a conclu que la Commission avait correctement formulé le droit relatif à la nuisance privée et l'avait appliqué de façon raisonnable. Plus particulièrement, la Cour divisionnaire a estimé que la Commission avait mis en balance l'utilité publique de la construction de l'autoroute et les intérêts de l'appelante pour statuer que l'atteinte causée par la province était déraisonnable.

[15] À la suite du nouvel appel interjeté par la province à la Cour d'appel, celle-ci a annulé la décision de la Commission et a rejeté la demande de l'appelante. La Cour d'appel a conclu que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance privée. En particulier, la Cour d'appel a conclu qu'à deux égards, la Commission n'avait pas mis adéquatement en balance les droits opposés de la province et de l'appelante. En premier lieu, la Commission n'a pas examiné deux des trois facteurs qu'elle [TRADUCTION] « était tenue de prendre en compte dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'atteinte » à l'utilisation et à la jouissance par l'appelante de son bien-fonds, à savoir les particularités du voisinage et la sensibilité de la demanderesse. En second lieu, la Commission « n'a pas reconnu l'importance accrue de l'utilité de la conduite de la défenderesse lorsque l'atteinte est le produit d'"un service public essentiel" » : par. 129.

B. *Norme de contrôle*

[16] Comme je l'ai expliqué précédemment, la Cour d'appel a annulé la décision de la Commission parce que celle-ci avait appliqué de façon déraisonnable le droit en matière de nuisance privée aux faits dont elle avait été saisie. Par conséquent, la question principale consiste à établir si la Commission a adéquatement effectué l'exercice d'équilibre inhérent au droit en matière de nuisance privée. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [d]éterminer s'il y a eu atteinte déraisonnable

Board's decision on this point should be reviewed for reasonableness.

[17] Before turning to the primary issue in this case, however, I will address three broader questions relating to the law of private nuisance.

C. *First Question: What Are the Elements of Private Nuisance?*

[18] The Court of Appeal concluded that a nuisance consists of an interference with the claimant's use or enjoyment of land that is both substantial and unreasonable: paras. 79-80. In my view, this conclusion is correct.

[19] The elements of a claim in private nuisance have often been expressed in terms of a two-part test of this nature: to support a claim in private nuisance the interference with the owner's use or enjoyment of land must be both *substantial* and *unreasonable*. A substantial interference with property is one that is non-trivial. Where this threshold is met, the inquiry proceeds to the reasonableness analysis, which is concerned with whether the non-trivial interference was also unreasonable in all of the circumstances. This two-part approach found favour with this Court in its most recent discussion of private nuisance and was adopted by the Court of Appeal in this case, at para. 80: *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 77; see also *St. Pierre v. Ontario (Minister of Transportation and Communications)*, [1987] 1 S.C.R. 906, at pp. 914-15, quoting with approval H. Street, *The Law of Torts* (6th ed. 1976), at p. 219; *Susan Heyes Inc. v. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, at para. 75, leave to appeal refused [2011] 3 S.C.R. xi; *City of Campbellton v. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (N.B.C.A.), at p. 441; *Royal Anne Hotel Co. v. Village of Ashcroft* (1979), 95 D.L.R. (3d) 756 (B.C.C.A.), at p. 760; *Fleming's The Law of Torts* (10th ed. 2011), at s. 21.80; J. Murphy and C. Witting,

à l'utilisation et à la jouissance du bien-fonds du demandeur constitue une question de jugement fondée sur l'ensemble des circonstances » : par. 83. Je conviens avec la Cour d'appel que la décision de la Commission à cet égard devrait être examinée afin de déterminer si elle était raisonnable.

[17] Toutefois, avant de me pencher sur la question principale en l'espèce, je répondrai à trois questions plus générales touchant le droit en matière de nuisance privée.

C. *Première question : Quels sont les éléments constitutifs de la nuisance privée?*

[18] La Cour d'appel a conclu que la nuisance consiste en une atteinte à la fois substantielle et déraisonnable à l'utilisation ou à la jouissance, par le demandeur, de son bien-fonds : par. 79-80. À mon avis, cette conclusion est bien fondée.

[19] Les éléments constitutifs d'une demande fondée sur une nuisance privée ont souvent été formulés sous la forme d'un critère à deux volets comme suit : une telle demande doit reposer sur une entrave à la fois *substantielle* et *déraisonnable* à l'utilisation ou à la jouissance, par le propriétaire, de son bien-fonds. Une atteinte substantielle à la propriété est celle qui n'est pas négligeable. Si cette condition préliminaire est satisfaite, l'examen porte ensuite sur l'analyse du caractère raisonnable, qui vise à établir si l'atteinte non négligeable était également déraisonnable compte tenu de l'ensemble des circonstances. Cette approche à deux volets a été accueillie favorablement par notre Cour dans sa plus récente analyse de la nuisance privée et a été adoptée par la Cour d'appel dans le présent litige, par. 80 : *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 77; voir également *St. Pierre c. Ontario (Ministre des Transports et Communications)*, [1987] 1 R.C.S. 906, p. 914-915, citant avec approbation H. Street, *The Law of Torts* (6^e éd. 1976), p. 219; *Susan Heyes Inc. c. Vancouver (City)*, 2011 BCCA 77, 329 D.L.R. (4th) 92, par. 75, autorisation d'appel refusée [2011] 3 R.C.S. xi; *City of Campbellton c. Gray's Velvet Ice Cream Ltd.* (1981), 127 D.L.R. (3d) 436 (C.A.N.-B.), p. 441; *Royal Anne Hotel Co.*

Street on Torts (13th ed. 2012), at p. 443; L. N. Klar, *Tort Law* (5th ed. 2012), at p. 759.

[20] The two-part approach, it must be conceded, is open to criticism. It may sometimes introduce unnecessary complexity and duplication into the analysis. When it is applied, the gravity of the harm is, in a sense, considered twice: once in order to apply the substantial interference threshold and again in deciding whether the interference was unreasonable in all of the circumstances.

[21] On balance, however, my view is that we ought to retain the two-part approach with its threshold of a certain seriousness of the interference. The two-part approach is consistent with the authorities from this Court (as I noted above). It is also, in my view, analytically sound. Retaining a substantial interference threshold underlines the important point that not every interference, no matter how minor or transitory, is an actionable nuisance; some interferences must be accepted as part of the normal give and take of life. Finally, the threshold requirement of the two-part approach has a practical advantage: it provides a means of screening out weak claims before having to confront the more complex analysis of reasonableness.

[22] What does this threshold require? In *St. Lawrence Cement*, the Court noted that the requirement of substantial harm “means that compensation will not be awarded for trivial annoyances”: para. 77. In *St. Pierre*, while the Court was careful to say that the categories of nuisance are not closed, it also noted that only interferences that “substantially alte[r] the nature of the claimant’s property itself” or interfere “to a significant extent with the actual use being made of the property” are sufficient to ground a claim in nuisance: p. 915 (emphasis added). One can

c. Village of Ashcroft (1979), 95 D.L.R. (3d) 756 (C.A.C.-B.), p. 760; *Fleming’s The Law of Torts* (10^e éd. 2011), art. 21.80; J. Murphy et C. Witting, *Street on Torts* (13^e éd. 2012), p. 443; L. N. Klar, *Tort Law* (5^e éd. 2012), p. 759.

[20] L’approche à deux volets, il faut le reconnaître, n’est pas à l’abri des critiques. Elle peut parfois introduire dans l’analyse une certaine complexité et des chevauchements inutiles. Lorsqu’elle est appliquée, la gravité du préjudice est, dans un sens, examinée deux fois : d’abord dans le but d’appliquer le critère préliminaire de l’atteinte substantielle, puis encore pour décider si l’atteinte était déraisonnable compte tenu de l’ensemble des circonstances.

[21] Toutefois, tout bien considéré, je suis d’avis de retenir l’approche à deux volets et son critère préliminaire exigeant une certaine gravité de l’atteinte. Cette approche est conforme aux décisions de notre Cour (comme je l’ai déjà dit). À mon sens, elle est également valide sur le plan analytique. Le maintien du critère préliminaire de l’atteinte substantielle souligne l’importance du fait que ce ne sont pas toutes les atteintes, aussi mineures ou éphémères soient-elles, qui donnent ouverture à une action fondée sur la nuisance; certaines atteintes doivent être acceptées comme faisant partie des concessions mutuelles normales de la vie. Enfin, la condition préliminaire de l’approche à deux volets comporte un avantage pratique : elle permet d’écarter les demandes peu justifiées avant d’entreprendre l’analyse plus complexe du caractère raisonnable de l’atteinte.

[22] Quelles sont les exigences de ce critère préliminaire? Dans l’arrêt *Ciment du Saint-Laurent*, la Cour a souligné que la condition d’un préjudice substantiel signifie que « les inconvénients insignifiants ne seront pas indemnisés » : par. 77. Dans l’arrêt *St. Pierre*, bien que la Cour ait pris soin de mentionner que les catégories de nuisance ne sont pas immuables, elle a également précisé que seul l’acte qui « a modifié de façon importante la nature du bien même du plaignant » ou qui a entravé « de manière importante l’utilisation réelle qu’il faisait du bien » permet de justifier une demande

ascertain from these authorities that a substantial injury to the complainant's property interest is one that amounts to more than a slight annoyance or trifling interference. As La Forest J. put it in *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, actionable nuisances include "only those inconveniences that materially interfere with ordinary comfort as defined according to the standards held by those of plain and sober tastes", and not claims based "on the prompting of excessive 'delicacy and fastidiousness'": p. 1191. Claims that are clearly of this latter nature do not engage the reasonableness analysis.

[23] In referring to these statements I do not mean to suggest that there are firm categories of types of interference which determine whether an interference is or is not actionable, a point I will discuss in more detail later. Nuisance may take a variety of forms and may include not only actual physical damage to land but also interference with the health, comfort or convenience of the owner or occupier: *Tock*, at pp. 1190-91. The point is not that there is a typology of actionable interferences; the point is rather that there is a threshold of seriousness that must be met before an interference is actionable.

[24] I therefore find that a private nuisance cannot be established where the interference with property interests is not, at least, substantial. To justify compensation, however, the interference must also be unreasonable. This second part of the private nuisance test is the focus of the next two issues to which I now turn.

D. Second Question: How Is Reasonableness Assessed in the Context of Interference Caused by Projects That Further the Public Good?

[25] The main question here is how reasonableness should be assessed when the activity

fondée sur la nuisance : p. 915 (je souligne). Ces décisions peuvent nous amener à déterminer qu'un préjudice substantiel causé aux intérêts de propriétaire du plaignant correspond à plus qu'une légère indisposition ou une entrave insignifiante. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Tock c. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, les nuisances qui ouvrent droit à une action comprennent les « seuls inconvénients qui préjudicient sensiblement au confort ordinaire selon les normes de ceux qui ont un goût simple et réservé », et non les demandes découlant « "d'un caprice ou d'une exigence" excessifs » : p. 1191. Les demandes qui font clairement partie de cette dernière catégorie ne donnent pas lieu à l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte.

[23] En renvoyant à ces énoncés, je ne veux pas laisser entendre qu'il existe des catégories étanches d'atteintes qui déterminent si une atteinte donne ouverture ou non à une action, une question que j'analyserai de façon plus approfondie plus loin. La nuisance peut revêtir différentes formes et comprendre non seulement des dommages matériels réels au bien-fonds, mais aussi une atteinte à la santé, au confort ou aux commodités du propriétaire ou de l'occupant : *Tock*, p. 1190-1191. L'idée n'est pas qu'il y ait une typologie d'atteintes donnant ouverture à une action; il importe plutôt qu'un critère préliminaire de gravité de l'atteinte soit respecté pour que l'atteinte donne ouverture à une action.

[24] Je conclus donc qu'une nuisance privée ne peut être établie lorsque l'atteinte aux intérêts de propriétaire n'est pas, à tout le moins, substantielle. Pour justifier l'indemnité, toutefois, l'atteinte doit également être déraisonnable. Cette deuxième partie du critère relatif à la nuisance privée fait l'objet des deux prochaines questions que j'aborde maintenant.

D. Deuxième question : Comment le caractère raisonnable de l'atteinte est-il évalué dans le contexte d'une atteinte causée par des projets qui servent l'intérêt public?

[25] La question principale en l'espèce est de savoir comment le caractère raisonnable de

causing the interference is carried out by a public authority for the greater public good. As in other private nuisance cases, the reasonableness of the interference must be assessed in light of all of the relevant circumstances. The focus of that balancing exercise, however, is on whether the interference is such that it would be unreasonable in all of the circumstances to require the claimant to suffer it without compensation.

[26] In the traditional law of private nuisance, the courts assess, in broad terms, whether the interference is unreasonable by balancing the gravity of the harm against the utility of the defendant's conduct in all of the circumstances: see, e.g., A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9th ed. 2011), at p. 580. The Divisional Court and the Court of Appeal identified several factors that have often been referred to in assessing whether a substantial interference is also unreasonable. In relation to the gravity of the harm, the courts have considered factors such as the severity of the interference, the character of the neighbourhood and the sensitivity of the plaintiff: see, e.g., *Tock*, at p. 1191. The frequency and duration of an interference may also be relevant in some cases: *Royal Anne Hotel*, at pp. 760-61. A number of other factors, which I will turn to shortly, are relevant to consideration of the utility of the defendant's conduct. The point for now is that these factors are not a checklist; they are simply "[a]mong the criteria employed by the courts in delimiting the ambit of the tort of nuisance": *Tock*, at p. 1191; J. P. S. McLaren, "Nuisance in Canada", in A. M. Linden, ed., *Studies In Canadian Tort Law* (1968), 320, at pp. 346-47. Courts and tribunals are not bound to, or limited by, any specific list of factors. Rather, they should consider the substance of the balancing exercise in light of the factors relevant in the particular case.

[27] The way in which the utility of the defendant's conduct should be taken into account in the

atteinte devrait être évalué lorsque l'activité causant l'atteinte est exercée par une autorité publique en vue de servir l'intérêt supérieur du public. Comme dans les autres affaires de nuisance privée, le caractère raisonnable de l'atteinte doit être évalué eu égard à l'ensemble des circonstances pertinentes. Cet exercice de mise en balance est toutefois axé sur la question de savoir si l'atteinte est d'une telle gravité qu'il serait déraisonnable, compte tenu de l'ensemble des circonstances, d'exiger que le demandeur la subisse sans être indemnisé.

[26] Dans le droit traditionnel en matière de nuisance privée, les tribunaux évaluent de façon générale si l'atteinte est déraisonnable en mettant en balance la gravité du préjudice d'une part, et l'utilité de la conduite du défendeur d'autre part, compte tenu de l'ensemble des circonstances : voir, p. ex., A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (9^e éd. 2011), p. 580. La Cour divisionnaire et la Cour d'appel ont relevé plusieurs facteurs souvent évoqués pour déterminer si une atteinte substantielle est également déraisonnable. Quant à la gravité du préjudice, les cours de justice ont tenu compte de facteurs tels la gravité de l'atteinte, les particularités du voisinage et la sensibilité du demandeur : voir, p. ex., *Tock*, p. 1191. La fréquence et la durée de l'atteinte peuvent également constituer des facteurs pertinents dans certains cas : *Royal Anne Hotel*, p. 760-761. Plusieurs autres facteurs, sur lesquels je me pencherai plus loin, sont pertinents lorsqu'il s'agit d'examiner l'utilité de la conduite du défendeur. Ce qu'il importe de retenir pour l'instant, c'est que ces facteurs ne forment pas une liste de vérification; ils figurent simplement « [p]armi les critères utilisés [par les tribunaux] pour déterminer l'étendue du délit de nuisance » : *Tock*, p. 1191; J. P. S. McLaren, « Nuisance in Canada », dans A. M. Linden, dir., *Studies In Canadian Tort Law* (1968), 320, p. 346-347. Les cours de justice et les tribunaux administratifs ne sont pas tenus d'utiliser une liste précise de facteurs, et rien ne les oblige à s'en tenir à une telle liste. Ils doivent plutôt s'attacher à la substance de l'exercice de mise en balance, eu égard aux facteurs pertinents d'une affaire.

[27] La façon dont l'utilité de la conduite du défendeur devrait être prise en considération dans

reasonableness analysis is particularly important in this case and would benefit from some explanation.

[28] The first point is that there is a distinction between the utility of the conduct, which focuses on its purpose, such as construction of a highway, and the nature of the defendant's conduct, which focuses on how that purpose is carried out. Generally, the focus in nuisance is on whether the *interference suffered by the claimant* is unreasonable, not on whether *the nature of the defendant's conduct* is unreasonable. This point was made by the court in *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. v. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230 (C.A.). In that case, the construction of an overpass resulted in a 40 percent drop in the market value of the claimant's lands. The statutory authority argued that the claimant had to establish (and had failed to do so) that *the statutory authority* had used *its* land unreasonably. The Court of Appeal correctly rejected that contention. The focus of the reasonableness analysis in private nuisance is on the character and extent of the interference with the claimant's land; the burden on the claimant is to show that the interference is substantial and unreasonable, not to show that the defendant's use of its own land is unreasonable.

[29] The nature of the defendant's conduct is not, however, an irrelevant consideration. Where the conduct is either malicious or careless, that will be a significant factor in the reasonableness analysis: see, e.g., *Linden and Feldthusen*, at pp. 590-91; *Fleming*, at s. 21.110; *Murphy and Witting*, at p. 439. Moreover, where the defendant can establish that his or her conduct was reasonable, that can be a relevant consideration, particularly in cases where a claim is brought against a public authority. A finding of reasonable conduct will not, however, necessarily preclude a finding of liability. The editors of *Fleming's The Law of Torts* put this point well at s. 21.120:

l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte revêt une importance particulière en l'espèce et gagnerait à être expliquée.

[28] Premièrement, il existe une distinction entre l'utilité de la conduite, qui est axée sur son objectif, telle la construction d'une route, et la nature de la conduite du défendeur, qui met l'accent sur la manière dont l'objectif est réalisé. En général, il s'agit de déterminer, en matière de nuisance, si *l'atteinte subie par le demandeur* est déraisonnable, et non si *la nature de la conduite du défendeur* est déraisonnable. C'est ce qu'a fait remarquer le tribunal dans *Jespersion's Brake & Muffler Ltd. c. Chilliwack (District)* (1994), 88 B.C.L.R. (2d) 230 (C.A.). Dans cette affaire, la construction d'un passage supérieur a entraîné une diminution de 40 pour 100 de la valeur marchande du bien-fonds du demandeur. L'autorité légalement compétente a fait valoir que le demandeur devait établir (mais n'y est pas parvenu) que *l'autorité légalement compétente* avait utilisé *son* bien-fonds de façon déraisonnable. La Cour d'appel a rejeté à bon droit cette prétention. L'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte, en droit relatif à la nuisance privée, est centrée sur la nature et l'étendue de l'atteinte au bien-fonds du demandeur; le demandeur doit démontrer que l'atteinte est substantielle et déraisonnable, et non que l'utilisation que fait le défendeur de son propre bien-fonds est déraisonnable.

[29] La nature de la conduite du défendeur n'est toutefois pas dénuée de pertinence. Ainsi, le caractère malicieux ou insouciant de la conduite jouera un rôle important dans l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte : voir, p. ex., *Linden et Feldthusen*, p. 590-591; *Fleming*, art. 21.110; *Murphy et Witting*, p. 439. De plus, lorsque le défendeur est à même d'établir le caractère raisonnable de sa conduite, cela peut devenir un facteur pertinent, particulièrement dans les cas où une demande est présentée contre une autorité publique. Toutefois, une conclusion de conduite raisonnable n'empêchera pas nécessairement de conclure à la responsabilité du défendeur. Les directrices de la rédaction de *Fleming's The Law of Torts* l'indiquent clairement à l'art. 21.120 :

. . . unreasonableness in nuisance relates primarily to the character and extent of the harm caused rather than that threatened. . . . [T]he “duty” not to expose one’s neighbours to a nuisance is not necessarily discharged by exercising reasonable care or even all possible care. In that sense, therefore, liability is strict. At the same time, evidence that the defendant has taken all possible precaution to avoid harm is not immaterial, because it has a bearing on whether he subjected the plaintiff to an unreasonable interference, and is decisive in those cases where the offensive activity is carried on under statutory authority. . . . [I]n nuisance it is up to the defendant to exculpate himself, once a prima facie infringement has been established, for example, by proving that his own use was “natural” and not unreasonable. [Emphasis added.]

[30] The second point is that the utility of the defendant’s conduct is especially significant in claims against public authorities. Even where a public authority is involved, however, the utility of its conduct is always considered in light of the other relevant factors in the reasonableness analysis; it is not, by itself, an answer to the reasonableness inquiry. Moreover, in the reasonableness analysis, the severity of the harm and the public utility of the impugned activity are not equally weighted considerations. If they were, an important public purpose would always override even very significant harm caused by carrying it out. As the editors of *Fleming’s The Law of Torts* put it, the utility consideration “must not be pushed too far. . . . [A] defendant cannot simply justify his infliction of great harm upon the plaintiff by urging that a greater benefit to the public at large has accrued from his conduct”: s. 21.110. The words of McIntyre J.A. in *Royal Anne Hotel* are apposite:

There is no reason why a disproportionate share of the cost of such a beneficial service should be visited upon one member of the community by leaving him uncompensated for damage caused by the existence of that which benefits the community at large. [p. 761]

[TRADUCTION] . . . en matière de nuisance, le caractère déraisonnable de l’atteinte fait principalement référence à la nature et à l’étendue du préjudice causé plutôt que du préjudice que l’on risque de causer. [. . .] [L]a personne qui agit avec diligence raisonnable ou même avec toute la diligence possible ne s’acquitte pas forcément de son « obligation » de ne pas exposer ses voisins à une nuisance. En ce sens, donc, la responsabilité est stricte. En même temps, la preuve que le défendeur a pris toutes les précautions possibles pour éviter le préjudice n’est pas sans importance, parce qu’elle a une incidence sur la question de savoir si le défendeur a fait subir au demandeur une atteinte déraisonnable, et elle est déterminante dans les cas où l’activité préjudiciable est exécutée aux termes d’une loi. [. . .] [E]n matière de nuisance, il appartient au défendeur de se disculper, une fois qu’une atteinte *prima facie* a été établie, en prouvant par exemple que sa propre utilisation était « naturelle » et n’était pas déraisonnable. [Je souligne.]

[30] Deuxièmement, l’utilité de la conduite du défendeur est particulièrement importante dans le cas des demandes présentées contre une autorité publique. Toutefois, même lorsqu’une autorité publique est en cause, on examine toujours l’utilité de sa conduite en tenant compte des autres facteurs pertinents dans l’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte; l’utilité de sa conduite ne constitue pas, en soi, une réponse à cette appréciation du caractère raisonnable. De plus, la gravité du préjudice et l’utilité, pour le public, de l’activité contestée ne sont pas des facteurs revêtant le même poids dans cette analyse. Si tel était le cas, un objectif public important l’emporterait toujours, même sur un préjudice considérable causé par sa réalisation. Comme le font remarquer les directrices de la rédaction de *Fleming’s The Law of Torts*, le facteur de l’utilité [TRADUCTION] « ne doit pas être poussé trop loin. [. . .] [U]n défendeur ne peut simplement justifier le fait qu’il a infligé un important préjudice au demandeur en faisant valoir que sa conduite a apporté des bénéfices plus importants au public en général » : art. 21.110. Il convient de reprendre le propos du juge McIntyre dans l’arrêt *Royal Anne Hotel* :

[TRADUCTION] Il n’y a aucune raison pour qu’une portion disproportionnée du prix d’un service si avantageux soit imputée à un membre de la collectivité en le privant d’une indemnité pour les dommages causés par l’existence de ce qui avantage l’ensemble de la collectivité. [p. 761]

[31] *The Queen v. Loiselle*, [1962] S.C.R. 624, demonstrates that even a very important public purpose does not simply outweigh the individual harm to the claimant. Mr. Loiselle operated a garage and service station on the main Montréal-Valleyfield highway. His business ended up on a dead-end highway as a result of the construction of the St. Lawrence Seaway. This Court upheld an award of compensation for injurious affection, noting that the “statutory authority given to construct the works in question was . . . expressly made subject to the obligation to pay compensation for damage to lands injuriously affected”: p. 627. In other words, the landowner was entitled to compensation even though construction of the Seaway served an important public objective.

[32] Other Canadian appellate authority has also recognized this point.

[33] In *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) v. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95, the Court of Appeal considered an award of \$300,000 for compensation for damage flowing from the reconstruction of the access road to the St. John’s airport. The court correctly rejected the position that the utility of a public work can simply be balanced against the severity of the harm as if they were equal considerations: para. 39. If, as was argued before the Court of Appeal, the two factors were simply compared, one against the other, a high degree of public utility would always trump even very extensive interference. Such an approach, as I will explain, defeats the purpose of legislation that provides compensation for injurious affection.

[34] *Mandrake Management Consultants Ltd. v. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202, concerned a claim in nuisance on the basis that subway lines caused noise and vibrations affecting the plaintiffs’ enjoyment of their property. In allowing the appeal from an award of damages, the Court of Appeal noted that “where an essential

[31] L’arrêt *The Queen c. Loiselle*, [1962] R.C.S. 624, illustre bien le fait que même un objectif public très important ne l’emporte pas tout simplement sur le préjudice individuel subi par le demandeur. M. Loiselle exploitait un garage et une station-service sur la route principale Montréal-Valleyfield. Son entreprise s’est finalement retrouvée dans un cul-de-sac en raison de la construction de la Voie maritime du Saint-Laurent. Notre Cour a confirmé l’indemnité accordée pour effet préjudiciable, soulignant que [TRADUCTION] « [l]’autorisation législative donnée pour la construction de l’ouvrage en question [...] prévoyait expressément l’obligation de verser une indemnité pour dommages aux biens-fonds ayant subi un préjudice » : p. 627. Autrement dit, le propriétaire du bien-fonds avait droit à une indemnité même si la construction de la Voie maritime répondait à un objectif public important.

[32] D’autres tribunaux d’appel canadiens ont également reconnu ce point.

[33] Dans l’arrêt *Newfoundland (Minister of Works, Services and Transportation) c. Airport Realty Ltd.*, 2001 NFCA 45, 205 Nfld. & P.E.I.R. 95, la Cour d’appel a examiné une décision d’accorder une indemnité de 300 000 \$ pour dommages découlant de la reconstruction de la route donnant accès à l’aéroport de St. John’s. La cour a rejeté à bon droit la thèse selon laquelle l’utilité d’un ouvrage public peut être simplement mise en balance avec la gravité du préjudice comme s’il s’agissait de facteurs d’égale valeur : par. 39. Si, comme il a été soutenu devant la Cour d’appel, on comparait simplement ces deux facteurs, une grande utilité publique l’emporterait toujours, même sur une atteinte très considérable. Comme je l’expliquerai, une telle approche contrecarre l’objet des dispositions législatives qui prévoient l’indemnisation d’un effet préjudiciable.

[34] L’arrêt *Mandrake Management Consultants Ltd. c. Toronto Transit Commission* (1993), 62 O.A.C. 202, portait sur une demande fondée sur la nuisance au motif que les lignes de métro causaient du bruit et des vibrations empêchant les demandeurs de jouir de leur propriété. En accueillant l’appel d’une décision accordant des dommages-intérêts, la

public service is involved the factor of the utility of the defendant's conduct must not be disregarded. Indeed, I think it must be given substantial weight": para. 46. The court noted, however, that "private rights cannot be trampled upon in the name of the public good": para. 46. It also underlined this point by quoting, at para. 19, the following passage with approval: "Liability for damages is imposed in those cases in which the harm or risk to one is greater than he ought to be required to bear under the circumstances, at least without compensation": *Schenck v. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.J.), *per* Robins J. (as he then was), at p. 603, citing *Restatement of the Law, Second: Torts 2d* (1979), vol. 4, at §822 (emphasis added). In other words, the question is not simply whether the broader public good outweighs the individual interference when the two are assigned equal weight. Rather, the question is whether the interference is greater than the individual should be expected to bear in the public interest without compensation.

[35] The court's statement in *Mandrake* that the utility of the defendant's conduct should be given "substantial weight" must be viewed in the context of this point. The court, in conducting its analysis, did not simply conclude that the public benefit outweighed the individual harm. Instead, it considered all of the circumstances, including: the essentially commercial nature of the area, in which people operating businesses are required to put up with a considerably greater intrusion on their sensibilities than do people living in residential areas; the fact that the presence of the subway had no negative effect on the profitability of the plaintiffs' business; the absence of material damage to the building; and the fact that the noise and vibrations of which the claimants complained were the inevitable result of the operation of the subway.

[36] *Mandrake*, therefore, does not support a simple trumping of the private interest by the

Cour d'appel a signalé que [TRADUCTION] « lorsqu'un service public essentiel est en cause, le facteur relatif à l'utilité de la conduite du défendeur ne doit pas être négligé. Je crois en fait qu'il faut lui accorder une grande importance » : par. 46. Cependant, la cour a aussi indiqué que « les droits privés ne peuvent être brimés au nom de l'intérêt public » : par. 46. Elle a également souligné ce point en citant, au par. 19, le passage suivant avec approbation : [TRADUCTION] « La responsabilité pour des dommages est imposée dans les cas où le préjudice ou le risque subi par la personne est plus élevé que ce qu'elle devrait être tenue de supporter dans les circonstances, du moins sans indemnité » : *Schenck c. The Queen* (1981), 34 O.R. (2d) 595 (H.C.J.), le juge Robins (plus tard juge à la Cour d'appel), p. 603, citant *Restatement of the Law, Second : Torts 2d* (1979), vol. 4, §822 (je souligne). Autrement dit, la question n'est pas simplement de savoir si l'intérêt public en général l'emporte sur l'atteinte individuelle lorsque l'on accorde une importance égale aux deux facteurs. Il s'agit plutôt de savoir si l'atteinte est plus importante que ce que l'individu doit s'attendre à subir sans indemnité dans l'intérêt public.

[35] C'est dans ce contexte que doit être interprété le propos du tribunal, dans l'affaire *Mandrake*, suivant lequel il faudrait accorder une [TRADUCTION] « grande importance » à l'utilité de la conduite du défendeur. En effectuant son analyse, le tribunal n'a pas simplement conclu que le bien public l'emportait sur le préjudice individuel. Il a plutôt tenu compte de toutes les circonstances, y compris la nature essentiellement commerciale du secteur, où les gens exploitant leurs entreprises sont tenus de tolérer une intrusion considérablement plus grande relativement à leur sensibilité que ne le sont les gens vivant dans des secteurs résidentiels, le fait que la présence du métro n'avait aucun effet négatif sur la rentabilité de l'entreprise des demandeurs, que l'immeuble n'avait subi aucun dommage matériel et, enfin, que le bruit et les vibrations dont se plaignaient les demandeurs constituaient un effet inévitable de l'exploitation du métro.

[36] Par conséquent, l'arrêt *Mandrake* n'appuie pas l'idée que l'intérêt privé soit simplement éclipsé

public utility of the defendant's conduct, but rather a careful weighing of interests taking into account all of the circumstances. The question asked and answered by the court was not simply whether the public benefit outweighed the private interference, but whether that interference, in light of all of the circumstances, was more than the plaintiffs could reasonably be expected to bear without compensation.

[37] Similarly, the concluding comments in McIntyre J.'s judgment in *St. Pierre* must be read in context. The case concerned a claim for injurious affection arising out of highway construction. The Court unanimously upheld the dismissal of the claim, agreeing with the Court of Appeal that the claimants complained only of loss of amenities — primarily view and privacy — resulting from the construction. In the context of a claim of that nature, McIntyre J. noted:

Highways are necessary: they cause disruption. In the balancing process inherent in the law of nuisance, their utility for the public good far outweighs the disruption and injury which is visited upon some adjoining lands. [p. 916]

These comments must be understood in relation to the nature of the alleged injury in that case which, as noted, was a simple loss of amenities. It is clear that these comments do not stand for the broader proposition that great public good out-balances even very significant interference. McIntyre J. quoted with approval the Court's earlier decision in *Loiselle* which I referred to earlier. In that case, the significant public good resulting from the seaway construction did not outweigh the significant interference with access to Mr. Loiselle's property. *Loiselle* and *St. Pierre* would obviously be in conflict if *St. Pierre* were thought to stand for the broad proposition that great public good outweighs even significant interference. Yet McIntyre J. saw no such inconsistency. Moreover, such a broad reading of *St. Pierre* would undermine the statutory

par l'utilité publique de la conduite du défendeur, mais appuie plutôt une mise en balance attentive des intérêts en tenant compte de toutes les circonstances. La question posée à la Cour et à laquelle elle a répondu n'était pas simplement de savoir si le bien public l'emportait sur l'atteinte privée, mais bien de savoir si cette atteinte, eu égard à toutes les circonstances, était plus importante que ce que les demandeurs pouvaient raisonnablement s'attendre à subir sans indemnité.

[37] De même, les remarques du juge McIntyre en conclusion de son jugement dans l'arrêt *St. Pierre* doivent être interprétées dans leur contexte. Cette affaire concernait une demande d'indemnité pour effet préjudiciable découlant de la construction d'une route. Notre Cour a confirmé à l'unanimité le rejet de la demande, convenant avec la Cour d'appel que les demandeurs se plaignaient uniquement d'une perte d'agrément — principalement sur le plan de la perspective et de l'intimité — découlant de la construction. Dans le contexte d'une demande de cette nature, le juge McIntyre s'est exprimé ainsi :

Les routes sont nécessaires : elles causent des inconvénients. Dans l'exercice d'équilibre inhérent au droit de la nuisance, leur utilité pour le bien public l'emporte de beaucoup sur les inconvénients et les préjudices que subissent certains biens-fonds adjacents. [p. 916]

Il faut interpréter ces propos eu égard à la nature du préjudice reproché dans cette affaire qui, comme je l'ai déjà indiqué, concernait une simple perte d'agrément. De toute évidence, ces propos ne permettent pas d'affirmer plus généralement que le grand intérêt public l'emporte même sur une atteinte très importante. Le juge McIntyre a cité en l'approuvant l'arrêt antérieur de la Cour dans *Loiselle*, mentionné précédemment. Dans cette affaire, l'intérêt public important résultant de la construction de la Voie maritime ne l'a pas emporté sur l'entrave importante à l'accès à la propriété de M. Loiselle. Les arrêts *Loiselle* et *St. Pierre* seraient évidemment en conflit si l'on interprétait *St. Pierre* comme appuyant la proposition générale selon laquelle le grand intérêt public l'emporte même sur une atteinte importante. Or, le juge McIntyre

purpose of providing a right of compensation for injurious affection.

[38] Generally speaking, the acts of a public authority will be of significant utility. If simply put in the balance with the private interest, public utility will generally outweigh even very significant interferences with the claimant's land. That sort of simple balancing of public utility against private harm undercuts the purpose of providing compensation for injurious affection. That purpose is to ensure that individual members of the public do not have to bear a disproportionate share of the cost of procuring the public benefit. This purpose is fulfilled, however, if the focus of the reasonableness analysis is kept on whether it is reasonable for the individual to bear the interference without compensation, not on whether it was reasonable for the statutory authority to undertake the work. In short, the question is whether the damage flowing from the interference should be properly viewed as a cost of "running the system" and therefore borne by the public generally, or as the type of interference that should properly be accepted by an individual as part of the cost of living in organized society: *Tock*, at p. 1200.

[39] The point was well put by Robins J. in *Schenck*, a decision approved by La Forest J. in *Tock*. In allowing the plaintiffs' action for nuisance resulting from damage to their orchards from salt applied to a nearby highway, Robins J. said:

. . . their injury is a cost of highway maintenance and the harm suffered by them is greater than they should be required to bear in the circumstances, at least without compensation. Fairness between the citizen and the state demands that the burden imposed be borne by the public generally and not by the plaintiff fruit farmers alone. [Emphasis added; pp. 604-5.]

n'a vu aucune contradiction de la sorte. De plus, une interprétation aussi large de l'arrêt *St. Pierre* minerait l'objectif législatif de conférer le droit à une indemnité pour effet préjudiciable.

[38] En règle générale, les actes d'une autorité publique sont très utiles. Si l'utilité publique est simplement mise en balance avec l'intérêt privé, elle l'emportera généralement, même sur des atteintes très importantes au bien-fonds du demandeur. Ce genre de simple mise en balance de l'utilité publique et du préjudice privé contrecarre l'objectif d'accorder une indemnité pour effet préjudiciable. Cet objectif vise à garantir que des membres du public n'aient pas à supporter, à titre individuel, une part disproportionnée du prix à payer pour servir l'intérêt public. Cet objectif est toutefois atteint si l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte se concentre sur la question de savoir s'il est raisonnable pour l'individu de subir l'atteinte sans indemnité, et non s'il est raisonnable pour l'autorité légalement compétente de réaliser l'ouvrage. Bref, il s'agit de savoir si les dommages découlant de l'atteinte devraient être considérés à bon droit comme un coût « d'exploitation du système » que devrait donc supporter le public en général, ou comme le type d'atteinte que devraient accepter les individus comme partie du prix à payer pour vivre en société organisée : *Tock*, p. 1200.

[39] Dans l'affaire *Schenck*, une décision approuvée par le juge La Forest dans *Tock*, le juge Robins a bien expliqué ce raisonnement. En accueillant l'action des demandeurs fondée sur la nuisance résultant des dommages causés à leurs vergers par le sel répandu sur une autoroute à proximité, le juge Robins a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . leur préjudice est le coût de l'entretien de l'autoroute et le préjudice qu'ils ont subi est plus élevé que ce qu'ils devraient être tenus de subir dans les circonstances, du moins sans indemnité. L'équité entre le citoyen et l'État exige que le fardeau imposé soit supporté par le public en général et non par les exploitants de vergers demandeurs, à eux seuls. [Je souligne; p. 604-605.]

The distinction is thus between, on one hand, interferences that constitute the “give and take” expected of everyone and, on the other, interferences that impose a disproportionate burden on individuals. That in my view is at the heart of the balancing exercise involved in assessing the reasonableness of an interference in light of the utility of the public authority’s conduct.

[40] Of course, not every substantial interference arising from a public work will be unreasonable. The reasonableness analysis should favour the public authority where the harm to property interests, considered in light of its severity, the nature of the neighbourhood, its duration, the sensitivity of the plaintiff and other relevant factors, is such that the harm cannot reasonably be viewed as more than the claimant’s fair share of the costs associated with providing a public benefit. This outcome is particularly appropriate where the public authority has made all reasonable efforts to reduce the impact of its works on neighbouring properties.

[41] It is clear, for example, that everyone must put up with a certain amount of temporary disruption caused by essential construction. Although not a case involving a public authority, the judgment of Sir Wilfrid Greene M.R. in *Andreae v. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1, is instructive:

. . . when one is dealing with temporary operations, such as demolition and re-building, everybody has to put up with a certain amount of discomfort, because operations of that kind cannot be carried on at all without a certain amount of noise and a certain amount of dust. Therefore, the rule with regard to interference must be read subject to this qualification . . . that in respect of operations of this character, such as demolition and building, if they are reasonably carried on and all proper and reasonable steps are taken to ensure that no undue inconvenience is caused to the neighbours, whether from noise, dust, or other reasons, the neighbours must put up with it. [pp. 5-6]

Il s’agit donc de distinguer entre, d’une part, les atteintes qui constituent les « concessions mutuelles » auxquelles on s’attend de tous et, d’autre part, les atteintes qui imposent aux particuliers un fardeau disproportionné. À mon sens, cette distinction se retrouve au cœur même de l’exercice de mise en balance auquel il faut se livrer pour évaluer le caractère raisonnable d’une atteinte en tenant compte de l’utilité de la conduite de l’autorité publique.

[40] Bien entendu, les atteintes substantielles découlant d’un ouvrage public ne sont pas toutes déraisonnables. L’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte devrait favoriser l’autorité publique si le préjudice causé à des droits de propriété — examiné en fonction de sa gravité, des particularités du voisinage, de sa durée, de la sensibilité du demandeur et d’autres facteurs pertinents — est tel qu’il ne peut être raisonnablement considéré comme étant plus grand que la juste part du demandeur dans les coûts associés à l’offre d’un bien public. Ce résultat est d’autant plus approprié dans les cas où l’autorité publique a déployé tous les efforts raisonnables pour réduire l’incidence de ses travaux sur les biens-fonds avoisinants.

[41] Par exemple, il ne fait aucun doute que tout le monde doit tolérer un certain nombre de perturbations temporaires causées par des travaux de construction essentiels. Bien qu’il ne porte pas sur une affaire mettant en cause une autorité publique, le jugement rendu par Sir Wilfrid Greene, maître des rôles, dans *Andreae c. Selfridge & Co.*, [1938] 1 Ch. 1, est instructif :

[TRADUCTION] . . . lorsque l’on a affaire à des activités temporaires, comme une démolition et une reconstruction, tout le monde doit tolérer un certain inconfort, parce que les activités de cette nature ne peuvent être menées sans un certain niveau de bruit ni une certaine quantité de poussière. Par conséquent, la règle applicable aux atteintes doit être interprétée en tenant compte de la réserve suivante, [. . .] soit que le voisinage doit tolérer les activités de cette nature, comme la démolition et la construction, si elles sont raisonnablement menées et que toutes les mesures appropriées et raisonnables sont prises pour veiller à ce qu’aucun inconfort abusif ne soit causé au voisinage, que ce soit par le bruit, la poussière ou pour d’autres raisons. [p. 5-6]

[42] There are several important ideas in this quotation. One is that the duration of the interference is a relevant consideration. Admittedly, duration was not a relevant factor in this case because the injury was permanent. In cases where it is relevant however, it is helpful to consider that some sorts of temporary inconvenience are more obviously part of the normal “give and take” than are more prolonged interferences. While temporary interferences may certainly support a claim in nuisance in some circumstances, interferences that persist for a prolonged period of time will be more likely to attract a remedy: see, in the context of public nuisance, *Wildtree Hotels Ltd. v. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1 (H.L.).

[43] Another important idea is that the traditional consideration relating to the character of the neighbourhood may be highly relevant in the overall balancing. This point is particularly relevant in cases where a claim is brought against a public authority. As Michael Senzilet has written,

With the urban environments of today, people live much closer together and much closer to public corridors than they did 100 years ago In today’s urban fabric, buildings are closer together, closer to roads, building lots are smaller, and there are far more public projects that are both possible and required. Surely, the choice of living in the urban core, in a suburb, or in the countryside exposes one to differences and one’s choice must be made taking into account those differences.

(“Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken”, unpublished LL.M. thesis, University of Ottawa (1987), at p. 73)

[44] A final point emerging from the *Andrae* case, which I alluded to above, relates to the manner in which the work is carried out. While nuisance focuses mainly on the harm and not on the blameworthiness of the defendant’s conduct, the fact that a public work is carried out with “all reasonable regard and care” for the affected citizens

[42] Cette citation comporte plusieurs idées importantes. Selon une de ces idées, la durée de l’atteinte constitue un facteur pertinent. La durée n’était certes pas pertinente en l’espèce puisque le préjudice était permanent. Par contre, dans les cas où la durée est pertinente, il est utile de songer que certains types d’inconvénients temporaires font plus évidemment partie des « concessions mutuelles » normales que les atteintes plus prolongées. Des atteintes temporaires peuvent assurément étayer une demande fondée sur la nuisance dans certaines circonstances, mais les atteintes prolongées sont plus susceptibles d’ouvrir droit à une réparation : voir, dans le contexte de la nuisance publique, l’arrêt *Wildtree Hotels Ltd. c. Harrow London Borough Council*, [2001] 2 A.C. 1 (H.L.).

[43] Une autre idée d’importance fait ressortir le fait que le facteur traditionnel relatif aux particularités du voisinage peut être très utile dans la mise en balance de toutes les considérations. Cet élément est particulièrement pertinent dans le cas d’une demande présentée contre une autorité publique. Michael Senzilet a d’ailleurs écrit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION] En milieu urbain de nos jours, les gens vivent beaucoup plus près les uns des autres et beaucoup plus près des corridors communs qu’il y a 100 ans [. . .] Dans le tissu urbain d’aujourd’hui, les immeubles sont plus rapprochés les uns des autres, plus rapprochés des routes, les terrains à bâtir sont plus petits, et il y a beaucoup plus de projets publics qui sont à la fois possibles et nécessaires. Certes, le choix de vivre dans le noyau urbain, en banlieue ou à la campagne nous expose à des différences, et notre choix doit être fait en tenant compte de ces différences.

(« Compensation for Injurious Affection Where No Land Is Taken », thèse de maîtrise en droit inédite, Université d’Ottawa (1987), p. 73)

[44] Un dernier point qui ressort de l’affaire *Andrae*, et auquel j’ai déjà fait allusion, a trait à la manière dont l’ouvrage est exécuté. Bien que le droit de la nuisance soit principalement axé sur le préjudice et non sur le caractère répréhensible de la conduite du défendeur, le fait qu’un ouvrage public soit exécuté avec [TRADUCTION]

is properly part of the reasonableness analysis: see, e.g., *Allen v. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001, *per* Lord Wilberforce, at p. 1011.

[45] To sum up on this point, my view is that in considering the reasonableness of an interference that arises from an activity that furthers the public good, the question is whether, in light of all of the circumstances, it is unreasonable to expect the claimant to bear the interference without compensation.

E. *Third Question: Does the Unreasonableness of an Interference Need to Be Considered When That Interference Is Physical or Material?*

[46] The appellant submits that reasonableness does not need to be considered when the interference constitutes “material” or “physical” damage to the land. Reasonableness only needs to be addressed, the submission goes, with respect to other types of interference such as loss of amenities. In this case, the appellant maintains that the damage to its land was “material” and that therefore no reasonableness analysis was necessary. I respectfully disagree and conclude that the Court of Appeal was correct to hold that the question of reasonableness should be considered in all cases.

[47] The distinction between material or physical harms on the one hand and interferences such as loss of amenities on the other has a long history and deep roots, going back at least to the House of Lords decision in *St. Helen’s Smelting Co. v. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483. In that case, the Lord Chancellor distinguished between nuisance causing “material injury” to property and nuisance “productive of sensible personal discomfort”, finding that only the latter category required an assessment of whether an interference is reasonable taking into account all of the surrounding circumstances: p. 650. This approach has since been adopted in many Canadian decisions (see, e.g., *Walker v. McKinnon Industries Ltd.*, [1949]

« toute la considération et toute la diligence raisonnables » pour les citoyens touchés fait partie à juste titre de l’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte : voir, p. ex., *Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.*, [1981] A.C. 1001, lord Wilberforce, p. 1011.

[45] Si je résume le présent élément, je suis d’avis que, dans l’examen du caractère raisonnable d’une atteinte découlant d’une activité exercée dans l’intérêt public, la question est de savoir si, eu égard à l’ensemble des circonstances, il est déraisonnable de s’attendre à ce que le demandeur subisse l’atteinte sans indemnité.

E. *Troisième question : Faut-il prendre en compte le caractère déraisonnable d’une atteinte lorsque celle-ci est physique ou matérielle?*

[46] L’appelante plaide qu’il n’est pas nécessaire de prendre en compte le caractère raisonnable de l’atteinte qui constitue un dommage « matériel » ou « physique » au bien-fonds. Selon elle, le caractère raisonnable de l’atteinte ne doit être examiné qu’à l’égard d’autres types d’atteintes, comme la perte d’agrément. Dans la présente affaire, l’appelante soutient que les dommages à son bien-fonds étaient « matériels » et que, par conséquent, l’analyse du caractère raisonnable de l’atteinte n’était pas nécessaire. Je ne suis pas d’accord avec elle et j’estime que la Cour d’appel a conclu à bon droit que la question du caractère raisonnable devrait être examinée dans tous les cas.

[47] La distinction entre les préjudices matériels ou physiques, d’une part, et les atteintes comme une perte d’agrément, d’autre part, existe depuis longtemps et est profondément enracinée, remontant au moins à la décision de la Chambre des lords dans *St. Helen’s Smelting Co. c. Tipping* (1865), 11 H.L.C. 642, 11 E.R. 1483. Dans cette affaire, le lord chancelier a établi une distinction entre la nuisance causant un [TRADUCTION] « préjudice matériel » à la propriété et la nuisance « à l’origine d’un malaise personnel appréciable », concluant que seule la dernière catégorie nécessitait une évaluation du caractère raisonnable d’une atteinte eu égard à toutes les circonstances : p. 650. Cette approche a depuis été adoptée dans plusieurs décisions

4 D.L.R. 739 (Ont. H.C.), at p. 763, injunction order varied by [1950] 3 D.L.R. 159 (Ont. C.A.), aff'd [1951] 3 D.L.R. 577 (P.C.)) including a few more recent cases, such as, for example, *Jespersion's* and *Airport Realty*. A good deal of the jurisprudence is helpfully reviewed in *Smith v. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321, at paras. 45-50. At the same time, there is appellate authority affirming the need to consider the reasonableness of the interference in every case: *Susan Heyes Inc.*

[48] My view is that the reasonableness inquiry should not be short-circuited on the basis of certain categories of interference that are considered self-evidently unreasonable. To the extent that cases such as *Jespersion's* and *Airport Realty* suggest that balancing can simply be dispensed with in the face of material or physical interference, I respectfully disagree. The sort of balancing inherent in the reasonableness analysis is at the heart of the tort of private nuisance. As La Forest J. put it in *Tock*, the law only intervenes “to shield persons from interferences to their enjoyment of property that were unreasonable in the light of all the circumstances”: p. 1191. The legal analysis in a nuisance case is more likely to yield sound results if this essential balancing exercise is carried out explicitly and transparently rather than implicitly by applying a murky distinction.

[49] There are obvious difficulties in making the analysis turn on classifying interferences as constituting material or physical damage. It will not always, or even generally, be a simple matter to distinguish between damage that is “material or physical” and damage that is a simple “loss of amenity”. The distinction proposed by the appellant is particularly difficult to apply in cases like this one, where the nuisance is an interference with access to land. The damage to the appellant here could be considered material in the sense that it caused significant financial loss, but it could perhaps also

canadiennes (voir, p. ex., *Walker c. McKinnon Industries Ltd.*, [1949] 4 D.L.R. 739 (H.C. Ont.), p. 763, ordonnance d'injonction modifiée par [1950] 3 D.L.R. 159 (C.A. Ont.), conf. par [1951] 3 D.L.R. 577 (C.P.)), y compris quelques décisions plus récentes, comme *Jespersion's* et *Airport Realty*. Une bonne partie de la jurisprudence fait l'objet d'un examen utile dans *Smith c. Inco Ltd.*, 2011 ONCA 628, 107 O.R. (3d) 321, par. 45-50. Parallèlement, une décision d'appel a confirmé la nécessité d'examiner le caractère raisonnable de l'atteinte dans chaque cas : *Susan Heyes Inc.*

[48] À mon avis, l'appréciation du caractère raisonnable de l'atteinte ne devrait pas être laissée de côté au motif que certaines catégories d'atteintes sont considérées comme déraisonnables de toute évidence. Dans la mesure où des décisions comme *Jespersion's* et *Airport Realty* laissent entendre que l'exercice de mise en balance peut simplement être écarté en présence d'une atteinte matérielle ou physique, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord. L'exercice de mise en balance inhérent à l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte est au cœur du délit de nuisance privée. Comme l'indique le juge La Forest dans l'arrêt *Tock*, le droit n'intervient que « pour protéger les personnes des atteintes à leur droit de jouir du bien-fonds qui seraient déraisonnables compte tenu de toutes les circonstances » : p. 1191. Dans une affaire de nuisance, l'analyse juridique est plus susceptible d'entraîner des résultats valides si cet exercice essentiel de mise en balance est effectué de façon explicite et transparente plutôt que de façon implicite en appliquant une distinction obscure.

[49] Il est évidemment difficile de faire reposer l'analyse sur une classification des atteintes en dommages matériels ou physiques. Il ne sera pas toujours, ni même généralement, simple d'établir une distinction entre les dommages qui sont « matériels ou physiques » et les dommages qui constituent une simple « perte d'agrément ». La distinction proposée par l'appellante est particulièrement difficile à appliquer dans des cas comme celui qui nous occupe, où une entrave à l'accès au bien-fonds constitue la nuisance. Les dommages causés à l'appellante en l'espèce pourraient être

be considered in some sense to be a loss of amenity because there was no harm to the property itself. The property declined in value, but that is also the case in some loss of amenity situations.

[50] While I am not convinced of the usefulness of the distinction between material injury and loss of amenity, I acknowledge that where there is significant and permanent harm caused by an interference, the reasonableness analysis may be very brief. As the British Columbia Court of Appeal noted in *Royal Anne Hotel*,

Where . . . actual physical damage occurs it is not difficult to decide that the interference is in fact unreasonable. Greater difficulty will be found where the interference results in lesser or no physical injury but may give offence by reason of smells, noise, vibration or other intangible causes. [p. 760]

Thus, even though the reasonableness of the interference should be assessed in every case, the court will sometimes quite readily conclude that some types of interferences are unreasonable without having to engage in a lengthy balancing analysis. *Jespersion's*, for example, was a case in which the construction of the overpass reduced the market value of the land by 40 percent. It is not surprising that the Court of Appeal gave short shrift to the suggestion that it was reasonable to impose a burden of that magnitude on the claimant. Similarly, in *Airport Realty*, the damage flowing from the interference was assessed at \$300,000 thus making the assessment of unreasonableness straightforward: see also on this point *Schenck*.

[51] I therefore conclude that reasonableness is to be assessed in all cases where private nuisance is alleged. Once a claimant passes the threshold test of showing harm that is substantial in the sense that it is non-trivial, there ought to be an inquiry into

considérés comme matériels en ce sens qu'ils ont causé une perte financière importante, mais ils pourraient peut-être aussi être vus, dans un certain sens, comme une perte d'agrément puisque la propriété elle-même n'a subi aucun dommage. La propriété a perdu de la valeur, mais c'est aussi le cas dans certaines situations de perte d'agrément.

[50] Bien que je ne sois pas convaincu de l'utilité de la distinction établie entre un préjudice matériel et une perte d'agrément, je reconnais que lorsqu'une atteinte a causé un préjudice important et permanent, l'analyse du caractère raisonnable de l'atteinte peut être très brève. Comme l'a souligné la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Royal Anne Hotel* :

[TRADUCTION] Lorsque [. . .] des dommages physiques réels surviennent, il n'est pas difficile de conclure que l'atteinte est en fait déraisonnable. Une difficulté plus grande apparaît lorsque l'atteinte entraîne un préjudice moindre ou non physique, mais qui peut gêner en raison de l'odeur, du bruit, des vibrations ou d'autres causes intangibles. [p. 760]

Ainsi, même si le caractère raisonnable de l'atteinte devrait être analysé dans tous les cas, le tribunal conclura parfois avec facilité que certains types d'atteintes sont déraisonnables sans devoir effectuer une longue analyse de mise en balance. Par exemple, dans *Jespersion's*, la construction du passage supérieur avait diminué la valeur marchande du bien-fonds de 40 pour 100. Il n'est pas étonnant que la Cour d'appel ait accordé peu d'attention à la prétention qu'il était raisonnable d'imposer un fardeau d'une telle ampleur au demandeur. De même, dans *Airport Realty*, les dommages découlant de l'atteinte étaient évalués à 300 000 \$, ce qui simplifiait l'évaluation du caractère déraisonnable de l'atteinte : voir aussi sur ce point l'affaire *Schenck*.

[51] Par conséquent, je conclus que le caractère raisonnable de l'atteinte doit être évalué dans tous les cas où la nuisance privée est alléguée. Dès lors que le demandeur a satisfait au critère suivant lequel il doit démontrer que le préjudice subi est

whether the interference is unreasonable, regardless of the type of harm involved.

F. *Fourth Question: Did the Court of Appeal Err in Finding That the Board's Application of the Law of Nuisance to the Facts Was Unreasonable?*

[52] I respectfully disagree with the Court of Appeal's approach to the balancing exercise to determine whether the interference was unreasonable. As I see it, there were two errors in its approach.

[53] Having identified the factors noted earlier that are often referred to in carrying out the balancing exercise (i.e. the severity of the interference, the character of the neighbourhood, the utility of the defendant's conduct and the sensitivity of the plaintiff), the Court of Appeal treated them as a mandatory checklist for courts or tribunals considering this issue. It faulted the Board for failing to consider two of the factors that "it was obliged to take into account in assessing the reasonableness of the interference": para. 129. In my respectful view, the Court of Appeal erred in intervening on this ground.

[54] Provided that the Board reasonably carried out the analysis in substance, it was not required to specifically enumerate and refer by name to every factor mentioned in the case law. As La Forest J. made clear in *Tock*, the factors he enumerated are simply examples of the sorts of criteria that the courts have articulated as being potentially of assistance in weighing the gravity of the harm with the utility of the defendant's conduct. They do not make up either an exhaustive or an essential list of matters that must be expressly considered in every case. Failure to expressly mention one or more of these factors is not, on its own, a reviewable error.

substantiel, c'est-à-dire non négligeable, il faut déterminer si l'atteinte est déraisonnable, peu importe le type de préjudice en cause.

F. *Quatrième question : La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la Commission avait appliqué de façon déraisonnable aux faits le droit relatif à la nuisance?*

[52] Avec égards, je ne partage pas la démarche de la Cour d'appel en ce qui concerne l'exercice de mise en balance visant à déterminer si l'atteinte était déraisonnable. À mon sens, sa démarche comportait deux erreurs.

[53] Après avoir relevé les facteurs notés précédemment auxquels on fait souvent référence lors de l'exercice de mise en balance (c'est-à-dire la gravité de l'atteinte, les particularités du voisinage, l'utilité de la conduite du défendeur et la sensibilité du demandeur), la Cour d'appel a estimé que ces facteurs constituaient une liste de vérification obligatoire liant les cours de justice et les tribunaux administratifs dans leur examen de cette question. Elle a ainsi reproché à la Commission d'avoir omis d'examiner deux des facteurs qu'[TRADUCTION] « elle était tenue de prendre en compte dans l'évaluation du caractère raisonnable de l'atteinte » : par. 129. À mon humble avis, la Cour d'appel a commis une erreur en intervenant pour ce motif.

[54] La Commission n'était pas tenue d'énumérer explicitement tous les facteurs énoncés dans la jurisprudence et d'y faire référence nommément, pourvu qu'elle ait, en substance, effectué l'analyse de façon raisonnable. Comme l'a clairement indiqué le juge La Forest dans *Tock*, les facteurs qu'il a énumérés constituent simplement des exemples de critères qui, selon les tribunaux, peuvent se révéler utiles lorsque vient le temps d'évaluer la gravité du préjudice par rapport à l'utilité de la conduite du défendeur. Ces facteurs ne forment pas une liste exhaustive ou essentielle de questions qui doivent être expressément examinées dans tous les cas. Le défaut de mentionner expressément un ou plusieurs de ces facteurs ne constitue pas, à lui seul, une erreur susceptible de révision.

[55] The Board's task was to determine whether, having regard to all of the circumstances, it was unreasonable to require the appellant to suffer the interference without compensation. The Board considered the evidence and the leading cases. Although it did not refer to them by name, the Board took into account the relevant factors in this case. In particular, it considered the extent of the changes to Highway 17, the fact that those changes were considered necessary for public safety, the appellant's knowledge of — and involvement in — the plans to make changes to the highway, and the extent to which the appellant's concerns about the new highway were taken into account by the respondent in its decision making. The Board concluded that the interference resulting from the construction of the highway was serious and would constitute nuisance but for the fact that the work was constructed pursuant to statutory authority: pp. 110-15. There was no reviewable error in this approach.

[56] Similarly in my view, the Board did not fail to take account of the utility of the respondent's activity or fail to engage in the required balancing as the Court of Appeal concluded it had. As we have seen, the Board adverted to the importance of the highway construction. It did not, however, allow that concern to swamp consideration of whether it was reasonable to require the appellant to bear without compensation the burden inflicted on it by the construction. The Board properly understood that the purpose of the statutory compensation scheme for injurious affection was to ensure that individuals do not have to bear a disproportionate burden of damage flowing from interference with the use and enjoyment of land caused by the construction of a public work. It was reasonable for the Board to conclude that in all of the circumstances, the appellant should not be expected to endure permanent interference with the use of its land that caused a significant diminution of its market value in order to serve the greater public good.

[55] La Commission avait pour tâche de déterminer si, eu égard à l'ensemble des circonstances, il était déraisonnable d'obliger l'appelante à subir l'atteinte sans indemnité. Elle a examiné la preuve et les décisions faisant autorité. Bien qu'elle n'ait pas fait référence nommément aux facteurs pertinents, elle en a tenu compte. Plus précisément, elle a examiné l'ampleur des changements apportés à la route 17, le fait que ces changements avaient été jugés nécessaires pour la sécurité publique, la connaissance qu'avait l'appelante des plans de modification de la route et sa participation à leur établissement, de même que la mesure dans laquelle l'intimée a tenu compte, dans sa prise de décision, des préoccupations de l'appelante quant à la nouvelle autoroute. La Commission a conclu que l'atteinte résultant de la construction de l'autoroute était grave et constituerait une nuisance si ce n'était que l'ouvrage avait été construit aux termes d'une loi : p. 110-115. Cette approche ne comportait aucune erreur susceptible de révision.

[56] De même, je suis d'avis que la Commission n'a pas omis de prendre en compte l'utilité de l'activité de l'intimée ni d'effectuer l'exercice de mise en balance requis, comme l'a pourtant conclu la Cour d'appel. Ainsi que nous l'avons vu, la Commission était consciente de l'importance de la construction de l'autoroute. Mais elle n'a pas permis que cette préoccupation supplante l'examen de la question de savoir s'il était raisonnable d'obliger l'appelante à supporter sans indemnité le fardeau que lui avait imposé la construction. La Commission a bien compris que le régime législatif d'indemnisation pour effet préjudiciable vise à garantir que les individus n'aient pas à supporter un fardeau disproportionné de dommages découlant de l'atteinte à l'utilisation et à la jouissance du bien-fonds causée par la construction d'un ouvrage public. Elle pouvait raisonnablement conclure que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il ne fallait pas s'attendre à ce que l'appelante subisse en permanence une entrave à l'utilisation de son bien-fonds qui en avait considérablement diminué la valeur marchande, et ce, afin de servir l'intérêt supérieur du public.

IV. Disposition

[57] I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the order of the Ontario Municipal Board. I would not disturb the orders for costs made by the Board or by the Divisional Court. (We were advised that the costs before the Board have been fixed and paid by the respondent.) I would award the appellant costs of the appeal in the Court of Appeal in the agreed upon amount of \$20,000 inclusive of disbursements and I would not disturb the Court of Appeal's disposition of the costs of the cross-appeal before that court. In this matter arising under the *Expropriations Act*, I would exercise discretion and award the appellant its costs in this Court, including the application for leave to appeal, on a solicitor and client basis.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rueter Scargall Bennett, Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the City of Toronto: City of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener Metrolinx: Stikeman Elliott, Toronto.

IV. Dispositif

[57] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de la Commission des affaires municipales de l'Ontario. Je suis également d'avis de ne pas modifier les ordonnances relatives aux dépens rendues par la Commission ou la Cour divisionnaire. (La Cour a été informée que les dépens devant la Commission ont été fixés et payés par l'intimée.) Je suis aussi d'avis d'adjuger à l'appelante les dépens de l'appel devant la Cour d'appel au montant convenu de 20 000 \$, y compris les débours, et de ne pas modifier la répartition des dépens ordonnée par la Cour d'appel relativement à l'appel incident interjeté devant elle. Dans la présente affaire fondée sur la *Loi sur l'expropriation*, je suis enfin d'avis d'exercer mon pouvoir discrétionnaire et d'accorder à l'appelante ses dépens devant notre Cour, y compris ceux afférents à la demande d'autorisation d'appel, sur la base avocat-client.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rueter Scargall Bennett, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Ville de Toronto : Ville de Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Metrolinx : Stikeman Elliott, Toronto.

**Manitoba Metis Federation Inc.,
Yvon Dumont, Billy Jo De La Ronde,
Roy Chartrand, Ron Erickson, Claire Riddle,
Jack Fleming, Jack McPherson,
Don Roulette, Edgar Bruce Jr.,
Freda Lundmark, Miles Allarie,
Celia Klassen, Alma Belhumeur,
Stan Guiboche, Jeanne Perrault,
Marie Banks Ducharme and
Earl Henderson** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada and
Attorney General of Manitoba** *Respondents*

and

**Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Métis National Council, Métis Nation
of Alberta, Métis Nation of Ontario,
Treaty One First Nations and
Assembly of First Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: MANITOBA METIS FEDERATION INC. v.
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

2013 SCC 14

File No.: 33880.

2011: December 13; 2013: March 8.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA**

*Aboriginal law — Métis — Crown law — Honour of
the Crown — Canadian government agreeing in 1870 to
grant Métis children shares of 1.4 million acres of land
and to recognize existing Métis landholdings — Promises
set out in ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870, a
constitutional document — Errors and delays interfer-
ing with division and granting of land among eligible*

* Deschamps J. took no part in the judgment.

**Manitoba Metis Federation Inc.,
Yvon Dumont, Billy Jo De La Ronde,
Roy Chartrand, Ron Erickson, Claire Riddle,
Jack Fleming, Jack McPherson,
Don Roulette, Edgar Bruce Jr.,
Freda Lundmark, Miles Allarie,
Celia Klassen, Alma Belhumeur,
Stan Guiboche, Jeanne Perrault,
Marie Banks Ducharme et
Earl Henderson** *Appellants*

c.

**Procureur général du Canada et
procureur général du Manitoba** *Intimés*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Ralliement national des Métis, Métis Nation
of Alberta, Métis Nation of Ontario,
Premières Nations du Traité n° 1 et
Assemblée des Premières Nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MANITOBA METIS FEDERATION INC.
c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2013 CSC 14

N° du greffe : 33880.

2011 : 13 décembre; 2013 : 8 mars.

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 MANITOBA

*Droit des Autochtones — Métis — Droit de la
Couronne — Honneur de la Couronne — Gouvernement
canadien ayant convenu en 1870 de concéder aux
enfants des Métis 1,4 million d'acres de terre et de
reconnaître la propriété foncière existante des Métis —
Promesses figurant aux art. 31 et 32 de la Loi de 1870
sur le Manitoba, un document constitutionnel — Division*

* La juge Deschamps n'a pas pris part au jugement.

recipients — Whether Canada failing to comply with the honour of the Crown in the implementation of ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870.

Aboriginal law — Métis — Fiduciary duty — Canadian government agreeing in 1870 to grant Métis children shares of 1.4 million acres of land and to recognize existing Métis landholdings — Promises set out in ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870, a constitutional document — Errors and delays interfering with division and granting of land among eligible recipients — Whether Canada in breach of fiduciary duty to Métis.

Limitation of actions — Declaration — Appellants seeking declaration in the courts that Canada breached obligations to implement promises made to the Métis people in the Manitoba Act, 1870 — Whether statute of limitations can prevent courts from issuing declarations on the constitutionality of Crown conduct — Whether claim for declaration barred by laches.

Civil procedure — Parties — Standing — Public interest standing — Manitoba Act, 1870, providing for individual land entitlements — Whether federation advancing collective claim on behalf of Métis people should be granted public interest standing.

After Confederation, the first government of Canada embarked on a policy aimed at bringing the western territories within the boundaries of Canada, and opening them up to settlement. Canada became the titular owner of Rupert's Land and the Red River Settlement; however, the French-speaking Roman Catholic Métis, the dominant demographic group in the Red River Settlement, viewed with alarm the prospect of Canadian control leading to a wave of English-speaking Protestant settlers that would threaten their traditional way of life. In the face of armed resistance, Canada had little choice but to adopt a diplomatic approach. The Red River settlers agreed to become part of Canada, and Canada agreed to grant 1.4 million acres of land to the Métis children (subsequently set out in s. 31 of the *Manitoba Act*) and to recognize existing landholdings (subsequently set out in s. 32 of the *Manitoba Act*). The Canadian government began the process of implementing s. 31 in early

des terres et concession aux bénéficiaires admissibles entravées par des erreurs et des retards — Le Canada a-t-il omis de respecter le principe de l'honneur de la Couronne dans la mise en œuvre des art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba?

Droit des Autochtones — Métis — Obligation fiduciaire — Gouvernement canadien ayant convenu en 1870 de concéder aux enfants des Métis 1,4 million d'acres de terre et de reconnaître la propriété foncière existante des Métis — Promesses figurant aux art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, un document constitutionnel — Division des terres et concession aux bénéficiaires admissibles entravées par des erreurs et des retards — Le Canada a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers les Métis?

Prescription — Jugement déclaratoire — Pourvoi visant l'obtention d'un jugement qui déclare que le Canada a manqué à son obligation de mettre en œuvre les promesses faites au peuple métis contenues dans la Loi de 1870 sur le Manitoba — Les lois sur la prescription peuvent-elles faire obstacle au prononcé d'un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne? — La doctrine des « laches » (un principe d'équité souvent appelé « doctrine du manque de diligence ») rend-elle irrecevable la demande de jugement déclaratoire?

Procédure civile — Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Loi de 1870 sur le Manitoba autorisant l'octroi de droits fonciers individuels — La fédération qui présente la demande collective au nom du peuple métis devrait-elle se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

Après la Confédération, le premier gouvernement du Canada a instauré une politique visant à intégrer les territoires de l'Ouest dans le Canada et à les ouvrir à la colonisation. Le Canada a acquis le titre de la Terre de Rupert et de la colonie de la rivière Rouge. Cependant, les Métis francophones de foi catholique romaine, le groupe démographique prédominant de la colonie de la rivière Rouge, craignaient que la prise de contrôle par le Canada se traduise par l'arrivée massive de colons protestants anglophones qui menaceraient leur style de vie traditionnel. Aux prises avec une résistance armée, le Canada n'avait guère d'autre choix que d'adopter une approche diplomatique. Les colons de la rivière Rouge ont accepté de faire partie du Canada, et celui-ci a convenu de concéder aux enfants des Métis 1,4 million d'acres de terres (ce qui a subséquentement été confirmé par l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*) et de reconnaître leur propriété foncière existante (ce qui a subséquentement

1871. The land was set aside, but a series of errors and delays interfered with dividing the land among the eligible recipients. Initially, problems arose from errors in determining who had a right to a share of the land promised. As a result, two successive allotments were abandoned; the third and final allotment was not completed until 1880. The lands were distributed randomly to the eligible Métis children living within each parish.

While the allotment process lagged, speculators began acquiring the Métis children's yet-to-be granted interests in the s. 31 lands, aided by a range of legal devices. During the 1870s and 1880s, Manitoba passed five statutes, now long spent and repealed, dealing with the technical requirements to transfer interests in s. 31 lands. Initially, Manitoba moved to curb speculation and improvident sales of the children's interests, but in 1877, it changed course, allowing sales of s. 31 entitlements.

Eventually, it became apparent that the number of eligible Métis children had been underestimated. Rather than starting a fourth allotment, the Canadian government provided that remaining eligible children would be issued with scrip redeemable for land. The scrip was based on 1879 land prices; however, when the scrip was delivered in 1885, land prices had increased so that the excluded children could not acquire the same amount of land granted to other children. In the decades that followed, the position of the Métis in the Red River Settlement deteriorated. White settlers soon constituted a majority in the territory and the Métis community began to unravel.

The Métis sought a declaration that (1) in implementing the *Manitoba Act*, the federal Crown breached fiduciary obligations owed to the Métis; (2) the federal Crown failed to implement the *Manitoba Act* in a manner consistent with the honour of the Crown; and (3) certain legislation passed by Manitoba affecting the implementation of the *Manitoba Act* was *ultra vires*. The trial judge dismissed the claim for a declaration on the ground that ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act* gave rise to neither a fiduciary duty nor a duty based on the honour of the Crown. He also found that the challenged Manitoba

été confirmé par l'art. 32 de la *Loi sur le Manitoba*). Le gouvernement canadien a entrepris la mise en œuvre de l'art. 31 au début de 1871. Les terres ont été mises de côté, mais une série d'erreurs et de retards en ont entravé la répartition entre les bénéficiaires admissibles. Ces problèmes ont initialement découlé d'erreurs dans la détermination des personnes qui avaient le droit de participer au partage des terres promises, de sorte que deux répartitions successives ont été abandonnées, et que la troisième et dernière n'a pris fin qu'en 1880. Les terres ont été attribuées par tirage au sort aux enfants des Métis de chaque paroisse.

Alors que le processus de répartition traînait en longueur, des spéculateurs ont commencé à acquérir les intérêts sur les terres visées à l'art. 31 non encore concédés aux enfants des Métis, recourant à cette fin à différents mécanismes juridiques. Au cours des décennies 1870 et 1880, le Manitoba a adopté cinq lois, aujourd'hui périmées et abrogées depuis longtemps, portant sur les modalités de transfert des intérêts sur les terres visées à l'art. 31. Au début, le Manitoba a pris des mesures pour freiner la spéculation et la vente inconsidérée des intérêts des enfants, mais en 1877, il a modifié sa position en permettant la vente d'intérêts sur les terres dont la concession était prévue à l'art. 31.

Il est finalement devenu évident que le nombre d'enfants des Métis admissibles avait été sous-estimé. Plutôt que de procéder à une quatrième répartition, le gouvernement canadien a décidé de remettre aux enfants admissibles restants des certificats échangeables contre une terre. La valeur des certificats se fondait sur le prix des terres en 1879. Or, lorsque les certificats ont été délivrés en 1885, le prix avait augmenté, de sorte que les enfants exclus n'ont pu acquérir la même superficie de terre que les autres enfants. Au cours des décennies qui ont suivi, la situation des Métis au sein de la colonie de la rivière Rouge s'est détériorée. Rapidement, les colons de race blanche ont constitué la majorité des habitants du territoire, et la communauté métisse a commencé à s'effriter.

Les Métis ont sollicité un jugement déclarant (1) que dans sa mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba*, la Couronne fédérale a manqué à ses obligations fiduciaires envers les Métis, (2) que dans sa mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba*, la Couronne fédérale n'a pas agi en conformité avec le principe de l'honneur de la Couronne et (3) que certaines lois manitobaines relatives à la mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba* étaient *ultra vires*. Le juge de première instance a rejeté leur demande au motif que les art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba* ne donnaient naissance ni à une obligation fiduciaire, ni à

statutes were constitutional, and, in any event, the claim was barred by limitations and the doctrine of laches. Finally, he found that the Manitoba Metis Federation Inc. (“MMF”) should not be granted standing in the action, since the individual plaintiffs were capable of bringing the claims forward. A five-member panel of the Manitoba Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (Rothstein and Moldaver JJ. dissenting): The appeal should be allowed in part. The federal Crown failed to implement the land grant provision set out in s. 31 of the *Manitoba Act, 1870* in accordance with the honour of the Crown.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The MMF should be granted standing. The action advanced is a collective claim for declaratory relief for the purposes of reconciling the descendants of the Métis people of the Red River Valley and Canada. It merits allowing the body representing the collective Métis interest to come before the court.

The obligations enshrined in ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act* did not impose a fiduciary duty on the government. In the Aboriginal context, a fiduciary duty may arise in two ways. First, it may arise as a result of the Crown assuming discretionary control over specific Aboriginal interests. Where the Crown administers lands or property in which Aboriginal peoples have an interest, such a duty may arise if there is (1) a specific or cognizable Aboriginal interest, and (2) a Crown undertaking of discretionary control over that interest. The interest must be a communal Aboriginal interest in land that is integral to the nature of the Métis distinctive community and their relationship to the land. It must be predicated on historic use and occupation, and cannot be established by treaty or by legislation. Second, and more generally, a fiduciary duty may arise if there is (1) an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interests of the alleged beneficiary; (2) a defined person or class of persons vulnerable to a fiduciary’s control; and (3) a legal or substantial practical interest of the beneficiary that stands to be adversely affected by the alleged fiduciary’s exercise of discretion or control.

une obligation fondée sur le principe de l’honneur de la Couronne. Il a également conclu que les lois manitobaines contestées étaient constitutionnelles et que, de toute façon, la prescription et la doctrine des *laches* faisaient obstacle à la demande. Enfin, il a refusé de reconnaître à la Manitoba Metis Federation Inc. (« MMF ») la qualité pour agir en l’instance, puisque les demandeurs pouvaient faire valoir leurs demandes individuellement. Une formation de cinq juges de la Cour d’appel du Manitoba a rejeté l’appel.

Arrêt (les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli en partie. La Couronne fédérale n’a pas mis en œuvre de façon honorable la disposition prévoyant la concession de terres énoncée à l’art. 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Il y a lieu de reconnaître que la MMF a qualité pour agir. L’action constitue une demande collective visant à obtenir un jugement déclaratoire à des fins de réconciliation entre les descendants des Métis de la vallée de la rivière Rouge et le Canada. Cette demande justifie que l’organisme représentant les droits collectifs des Métis soit autorisé à ester devant la Cour.

Les obligations consacrées aux art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba* n’imposaient aucune obligation fiduciaire au gouvernement. Dans le contexte autochtone, une obligation fiduciaire peut naître de deux façons. Premièrement, elle peut découler du fait que la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l’égard d’intérêts autochtones particuliers. Lorsque la Couronne administre des terres ou des biens sur lesquels un peuple autochtone a un intérêt, une obligation fiduciaire peut prendre naissance (1) s’il existe un intérêt autochtone particulier ou identifiable, et (2) si la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire à l’égard de cet intérêt. Il doit s’agir d’un intérêt autochtone collectif sur les terres qui fait partie intégrante du mode de vie distinctif des Métis et de leur rapport au territoire. Il doit reposer sur l’usage et l’occupation historiques et ne peut être établi par un traité ou par une loi. Deuxièmement, et plus généralement, une obligation fiduciaire peut également prendre naissance s’il existe (1) un engagement de la part du prétendu fiduciaire à agir au mieux des intérêts du prétendu bénéficiaire, (2) une personne ou un groupe de personnes définies qui sont vulnérables au contrôle d’un fiduciaire et (3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire sur lequel l’exercice, par le prétendu fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable.

Although the Crown undertook discretionary control of the administration of the land grants under ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act*, the Métis are Aboriginal, and they had an interest in the land, the first test for fiduciary duty is not made out because neither the words of s. 31 nor the evidence establish a pre-existing communal Aboriginal interest held by the Métis. Their interests in land arose from their personal history, not their shared distinct Métis identity. Nor was a fiduciary duty established on the basis of an undertaking by the Crown. While s. 31 shows an intention to benefit the Métis children, it does not demonstrate an undertaking to act in their best interests, in priority to other legitimate concerns. Indeed, the discretion conferred by s. 31 to determine “such mode and on such conditions as to settlement and otherwise” belies a duty of loyalty and an intention to act in the best interests of the beneficiary, forsaking all other interests. Section 32 simply confirmed the continuance of different categories of landholdings in existence shortly before or at the creation of the new province. It did not constitute an undertaking on the part of the Crown to act as a fiduciary in settling the titles of the Métis landholders.

However, the Métis are entitled to a declaration that the federal Crown failed to act with diligence in implementing the land grant provision set out in s. 31 of the *Manitoba Act*, in accordance with the honour of the Crown. The ultimate purpose of the honour of the Crown is the reconciliation of pre-existing Aboriginal societies with the assertion of Canadian sovereignty. Where this is at stake, it requires the Crown to act honourably in its dealings with the Aboriginal peoples in question. This flows from the guarantee of Aboriginal rights in s. 35(1) of the Constitution. The honour of the Crown is engaged by an explicit obligation to an Aboriginal group enshrined in the Constitution. The Constitution is not a mere statute; it is the very document by which the Crown asserted its sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. An explicit obligation to an Aboriginal group in the Constitution engages the honour of the Crown.

The honour of the Crown speaks to *how* obligations that attract it must be fulfilled, so the duties that flow from it vary with the situation. In the context of the implementation of a constitutional obligation to an Aboriginal people, the honour of the Crown requires that

Même si la Couronne a assumé le contrôle discrétionnaire de l’administration des concessions de terres conformément aux art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba*, les Métis sont des Autochtones et ceux-ci avaient un intérêt sur les terres, la première condition pour qu’il y ait obligation fiduciaire n’est pas établie, car l’existence d’un titre ancestral collectif préexistant ne ressort ni du libellé de l’art. 31, ni de la preuve offerte. Les intérêts des Métis sur les terres étaient liés à leur histoire personnelle, et non à leur identité métisse distinctive commune. Il n’existait pas non plus d’obligation fiduciaire fondée sur un engagement pris par la Couronne. Bien que l’art. 31 révèle une intention de procurer un avantage aux enfants des Métis, il ne démontre l’existence d’aucun engagement à agir au mieux de leurs intérêts qui aurait préséance sur toute autre préoccupation légitime. De fait, le pouvoir discrétionnaire de déterminer « le mode et [les] conditions d’établissement et autres conditions » conféré par l’art. 31 est incompatible avec l’obligation de loyauté et l’intention d’agir au mieux des intérêts du bénéficiaire en renonçant à tous les autres intérêts. L’article 32 confirmait simplement le maintien des divers modes de tenure qui existaient au moment de la création de la nouvelle province, ou peu avant. Il ne constituait pas un engagement de la Couronne à agir en qualité de fiduciaire en établissant les titres des propriétaires fonciers métis.

Les Métis ont cependant droit à un jugement qui déclare que la Couronne fédérale n’a pas honorablement mis en œuvre la disposition prévoyant la concession de terres énoncée à l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*. L’objectif fondamental du principe de l’honneur de la Couronne est la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne. Lorsque cet objectif est en jeu, la Couronne doit agir honorablement dans ses négociations avec le peuple autochtone en cause. La garantie des droits ancestraux prévue au par. 35(1) de la Constitution l’exige. L’honneur de la Couronne est engagé par une obligation explicite envers un groupe autochtone consacrée par la Constitution. Celle-ci n’est pas une simple loi; c’est le document même par lequel la Couronne a affirmé sa souveraineté face à l’occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Une obligation envers un groupe autochtone que prévoit expressément la Constitution engage l’honneur de la Couronne.

L’honneur de la Couronne a trait aux *modalités* d’exécution des obligations dont il emporte l’application, de sorte que les obligations qui en découlent varient en fonction de la situation. Dans le contexte de la mise en œuvre d’une obligation constitutionnelle envers

the Crown: (1) take a broad purposive approach to the interpretation of the promise; and (2) act diligently to fulfill it. The question is whether, viewing the Crown's conduct as a whole in the context of the case, it acted with diligence to pursue the fulfillment of the purposes of the obligation. The duty to act diligently is a narrow and circumscribed duty. Not every mistake or negligent act in implementing a constitutional obligation to an Aboriginal people brings dishonour to the Crown, and there is no guarantee that the purposes of the promise will be achieved. However, a persistent pattern of errors and indifference that substantially frustrates the purposes of a solemn promise may amount to a betrayal of the Crown's duty to act honourably in fulfilling its promise.

Section 31 of the *Manitoba Act* is a solemn constitutional obligation to the Métis people of Manitoba, an Aboriginal people, and it engaged the honour of the Crown. Its immediate purpose was to give the Métis children a head start over the expected influx of settlers from the east. Its broader purpose was to reconcile the Métis' Aboriginal interests in the Manitoba territory with the assertion of Crown sovereignty over the area that was to become the province of Manitoba. By contrast, s. 32 was a benefit made generally available to all settlers and did not engage the honour of the Crown.

Although the honour of the Crown obliged the government to act with diligence to fulfill s. 31, it acted with persistent inattention and failed to act diligently to achieve the purposes of the s. 31 grant. This was not a matter of occasional negligence, but of repeated mistakes and inaction that persisted for more than a decade, substantially defeating a purpose of s. 31. This was inconsistent with the behaviour demanded by the honour of the Crown: a government sincerely intent on fulfilling the duty that its honour demanded could and should have done better.

None of the government's other failures — failing to prevent Métis from selling their land to speculators, issuing scrip in place of land, and failing to cluster family allotments — were in themselves inconsistent with the honour of the Crown. That said, the impact of these measures was exacerbated by the delay inconsistent with

un peuple autochtone, le principe de l'honneur de la Couronne oblige la Couronne (1) à adopter une approche libérale et téléologique dans l'interprétation de la promesse et (2) à agir avec diligence dans l'exécution de celle-ci. La question est de savoir si, compte tenu de sa conduite considérée globalement, la Couronne a agi avec diligence pour atteindre les objectifs de l'obligation. L'obligation d'agir avec diligence ayant une portée restreinte et bien circonscrite, ce ne sont pas toutes les erreurs ni tous les actes de négligence dans la mise en œuvre d'une obligation constitutionnelle envers un peuple autochtone qui emportent le manquement à l'honneur de la Couronne, et il n'est pas garanti que les objectifs de la promesse se concrétiseront. Toutefois, une tendance persistante aux erreurs et à l'indifférence nuisant substantiellement à l'atteinte des objectifs d'une promesse solennelle peut emporter le manquement à l'obligation de la Couronne d'agir honorablement dans la mise en œuvre de sa promesse.

L'article 31 de la *Loi sur le Manitoba* constitue une obligation constitutionnelle solennelle envers le peuple autochtone que forment les Métis du Manitoba et il engageait l'honneur de la Couronne. Son objet immédiat était de donner aux enfants des Métis une longueur d'avance sur les colons de l'est que l'on attendait en grand nombre. Plus généralement, il s'agissait de concilier les intérêts autochtones des Métis sur le territoire du Manitoba avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région qui allait devenir la province du Manitoba. Par contre, l'art. 32 conférait de façon générale un avantage à tous les colons et n'engageait pas l'honneur de la Couronne.

Bien que l'honneur de la Couronne lui ait imposé l'obligation d'agir avec diligence pour mettre en œuvre l'art. 31, le gouvernement a fait preuve d'un manquement persistant d'attention et n'a pas agi avec diligence pour réaliser les objectifs des concessions prévues par cet article. Il ne s'agissait pas d'une négligence passagère, mais plutôt d'une série d'erreurs et d'inactions qui ont persisté pendant plus d'une décennie, ce qui contrecarrait nettement un objectif de l'art. 31. Ce comportement ne correspondait pas à celui qu'exigeait l'honneur de la Couronne : un gouvernement sincèrement désireux de respecter l'obligation que lui commandait son honneur pouvait et aurait dû faire mieux.

Aucun autre manquement allégué — l'omission d'empêcher les enfants des Métis de vendre leurs terres à des spéculateurs, la remise de certificats au lieu de terres et l'omission de regrouper les terres par famille — n'était en soi incompatible avec l'honneur de la Couronne. Cela dit, les répercussions de ces mesures ont été exacerbées

the honour of the Crown: it increased improvident sales to speculators; it meant that when the children received scrip, they obtained significantly less than the 240 acres provided to those who took part in the initial distribution, because the price of land had increased in the interim; and it made it more difficult for Métis to trade grants amongst themselves to achieve contiguous parcels.

It is unnecessary to consider the constitutionality of the implementing statutes because they are moot.

The Métis claim based on the honour of the Crown is not barred by the law of limitations. Although claims for personal remedies flowing from unconstitutional statutes may be time-barred, the Métis seek no personal relief and make no claim for damages or for land. Just as limitations acts cannot prevent the courts from issuing declarations on the constitutionality of legislation, limitations acts cannot prevent the courts from issuing a declaration on the constitutionality of the Crown's conduct. So long as the constitutional grievance at issue here remains outstanding, the goals of reconciliation and constitutional harmony remain unachieved. In addition, many of the policy rationales underlying limitations statutes do not apply in an Aboriginal context. A declaration is a narrow remedy and, in some cases, may be the only way to give effect to the honour of the Crown.

Nor is the claim barred by the equitable doctrine of laches. Given the context of this case, including the historical injustices suffered by the Métis, the imbalance in power that followed Crown sovereignty, and the negative consequences following delays in allocating the land grants, delay on the part of the appellants cannot, by itself, be interpreted as some clear act which amounts to acquiescence or waiver. It is rather unrealistic to suggest that the Métis sat on their rights before the courts were prepared to recognize those rights. Furthermore, Canada has not changed its position as a result of the delay. This suffices to find that the claim is not barred by laches. However, it is difficult to see how a court, in its role as guardian of the Constitution, could apply an equitable doctrine to defeat a claim for a declaration that a Constitutional provision has not been fulfilled as required by the honour of the Crown.

par le retard contraire à l'honneur de la Couronne : les ventes inconsidérées à des spéculateurs se sont accrues, de sorte que les enfants qui avaient reçu un certificat ont obtenu beaucoup moins que les 240 acres accordés à ceux qui avaient participé à la distribution initiale, le prix des terres ayant augmenté entre-temps, et l'échange de concessions entre Métis qui souhaitaient obtenir des parcelles contiguës a été rendu plus difficile.

Il n'est pas nécessaire d'examiner la constitutionnalité des lois de mise en œuvre, car la question est devenue théorique.

La demande des Métis fondée sur le principe de l'honneur de la Couronne n'est pas irrecevable par application des lois sur la prescription. Les délais de prescription s'appliquent à la demande de réparation personnelle fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, mais les Métis ne sollicitent pas de réparation personnelle et ne réclament ni dommages-intérêts, ni terres. Puisque les lois sur la prescription ne peuvent empêcher un tribunal de rendre un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité d'une loi, elles ne peuvent l'empêcher de rendre un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne. Aussi longtemps que le grief constitutionnel ne sera pas tranché, l'objectif de réconciliation et d'harmonie constitutionnelle n'aura pas été atteint. De plus, bon nombre des considérations de politique générale qui sous-tendent les lois sur la prescription ne s'appliquent pas dans un contexte autochtone. Le jugement déclaratoire est une réparation de portée restreinte qui, dans certains cas, peut être le seul moyen de donner effet au principe de l'honneur de la Couronne.

La demande n'est pas non plus irrecevable par application de la doctrine des *laches*. Vu le contexte considéré en l'espèce, y compris les injustices subies par les Métis dans le passé, l'inégalité du rapport de force qui a suivi la proclamation de la souveraineté de la Couronne et les conséquences négatives ayant découlé des retards dans la concession des terres, le retard des appelants ne peut en soi être interprété comme un acte manifeste d'acquiescement ou de renonciation. Il est irréaliste d'avancer que les Métis ont négligé de faire valoir leurs droits avant que les tribunaux ne soient prêts à les reconnaître. De plus, le Canada n'a pas changé sa position à cause du retard. Dès lors, la doctrine des *laches* ne fait pas obstacle à la demande. Qui plus est, il est difficile de voir comment un tribunal, dans son rôle de gardien de la Constitution, pourrait appliquer une doctrine d'équité pour refuser de rendre un jugement déclarant qu'une disposition de la Constitution n'a pas été respectée comme l'exigeait l'honneur de la Couronne.

Per Rothstein and Moldaver JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that there was no fiduciary duty here, that no valid claims arise from s. 32 of the *Manitoba Act*, that any claims that might have arisen from the now repealed Manitoba legislation on the land grants are moot, that the random allocation of land grants was an acceptable means for Canada to implement the s. 31 land grants, and that the MMF has standing to bring these claims. However, the majority proposes a new common law constitutional obligation derived from the honour of the Crown. The courts below did not consider this issue and the parties did not argue it before this Court. This is an unpredictable expansion of the scope of the duties engaged under the honour of the Crown. The claim based on the honour of the Crown is also barred by both limitations periods and laches.

While a duty of diligent fulfillment may well prove to be an appropriate expansion of Crown obligations, and while a faster process would most certainly have been better, the duty crafted by the majority creates an unclear rule that is unconstrained by laches or limitation periods and immune from legislative redress, making the extent and consequences of the Crown's new obligations impossible to predict. It is not clear when an obligation rises to the "solemn" level that triggers the duty, what types of legal documents will give rise to solemn obligations, whether an obligation with a treaty-like character imposes higher obligations than other constitutional provisions, and whether it is sufficient for the obligation to be owed to an Aboriginal group. The idea that how the government is obliged to perform a constitutional obligation depends on how closely it resembles a treaty should be rejected. It would be a significant expansion of Crown liability to permit a claimant to seek relief so long as the promise was made to an Aboriginal group, without proof of an Aboriginal interest sufficient to ground a fiduciary duty, and based on actions that would not constitute a breach of fiduciary duty.

Even if the honour of the Crown was engaged and required the diligent implementation of s. 31, and even if this duty was not fulfilled, any claims arising from such a cause of action have long been barred by statutes of limitations and the equitable doctrine of laches.

Les juges Rothstein et Moldaver (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que nulle obligation fiduciaire n'existait en l'espèce, qu'il n'y a pas de prétention valable découlant de l'art. 32 de la *Loi sur le Manitoba*, que toute prétention qui aurait pu se fonder sur les dispositions manitobaines aujourd'hui abrogées sur la concession de terres est théorique, que la concession au hasard des terres constituait pour le Canada un moyen acceptable de mettre l'art. 31 en œuvre et que la MMF a qualité pour agir en l'espèce. Cependant, les juges majoritaires proposent une nouvelle obligation de common law découlant de l'honneur de la Couronne. Les juridictions inférieures n'ont pas examiné la question, et les parties n'ont pas présenté d'argumentation sur le sujet dans le cadre du présent pourvoi. La nouvelle obligation reconnue accroît de manière imprévisible la portée des obligations qui découlent de l'honneur de la Couronne. Tant la prescription que la doctrine des *laches* font obstacle à la demande fondée sur l'honneur de la Couronne.

Une obligation d'exécution diligente pourrait fort bien emporter un accroissement opportun des obligations de la Couronne et il aurait certes été préférable que les choses se déroulent plus rapidement, mais l'obligation que créent les juges majoritaires débouche sur une règle vague qui écarte la doctrine des *laches* et la prescription, et qui est insusceptible de correction par le législateur, de sorte que la portée et les conséquences des nouvelles obligations de la Couronne deviennent imprévisibles. Des zones d'ombre demeurent quant à savoir si un engagement est « solennel » et emporte l'application de l'obligation, quel type de document juridique peut renfermer un engagement solennel, si la portée d'une obligation issue d'un document apparenté à un traité est plus grande que celle découlant d'un autre document constitutionnel et s'il suffit que le créancier de l'obligation soit un groupe autochtone. L'idée que les modalités de mise en application d'une obligation constitutionnelle par le gouvernement dépendent du degré de ressemblance de celle-ci avec une obligation issue d'un traité devait être rejetée. Ce serait accroître sensiblement la responsabilité de la Couronne que de permettre qu'une demande de réparation suive son cours du moment que la promesse a été faite à un groupe autochtone, sans qu'un intérêt autochtone suffisant pour fonder une obligation fiduciaire n'ait été prouvé et sans que des actes n'emportent le manquement à une obligation fiduciaire.

À supposer même que l'honneur de la Couronne ait été engagé et qu'il ait exigé la mise en œuvre diligente de l'art. 31, et même, qu'il y ait eu manquement à cette obligation, les lois sur la prescription et la doctrine des *laches* reconnue en equity faisaient depuis longtemps

Limitations and laches cannot fulfill their purposes if they are not universally applicable. Limitations periods apply to the government as they do to all other litigants both generally and in the area of Aboriginal claims. This benefits the legal system by creating certainty and predictability, and serves to protect society at large by ensuring that claims against the Crown are made in a timely fashion so that the Crown is able to defend itself adequately.

Limitations periods have existed in Manitoba continuously since 1870, and, since 1931, Manitoba limitations legislation has provided a six-year limitation period for all causes of action, whether the cause of action arose before or after the legislation came into force. Manitoba has a 30-year ultimate limitation period. The Crown is entitled to the benefit of those limitations periods. The policy rationales underlying limitations periods do not support the creation of an exemption from those periods in this case. Manitoba legislation does not contain an exception from limitations periods for declaratory judgments and no such exception should be judicially created. In this case, the risk that a declaratory judgment will lead to additional remedies is fully realized: the Métis plan to use the declaration in extra-judicial negotiations with the Crown, so the declaration exposes the Crown to an obligation long after the time when the limitations period expired.

Moreover, this Court has never recognized a general exception from limitations for constitutionally derived claims. Rather, it has consistently held that limitations periods apply to factual claims with constitutional elements. While limitations periods do not apply to prevent a court from declaring a statute unconstitutional, the Métis' claim about unconstitutional statutes is moot. The remaining declaration sought concerns factual issues and alleged breaches of obligations which have always been subject to limitation periods. In suggesting that the goal of reconciliation must be given priority in the Aboriginal context, it appears that the majority has departed from the principle that the same policy rationales that support limitations generally should apply to Aboriginal claims.

These claims are also subject to laches. Laches can be used to defend against equitable claims that have

obstacle à toute demande découlant d'une telle cause d'action. La prescription et la doctrine des *laches* ne peuvent remplir leur fonction que si elles ont une application universelle. Les délais de prescription s'appliquent à l'État comme à toute autre partie à un litige, tant en général qu'en matière de droits des Autochtones. Leur application est bénéfique au système judiciaire car il en résulte certitude et prévisibilité. Elle protège également la société en général en faisant en sorte qu'un recours contre la Couronne soit exercé en temps utile de façon que cette dernière puisse se défendre convenablement.

Au Manitoba, des délais de prescription s'appliquent sans interruption depuis 1870 et, dès 1931, un délai de six ans s'est appliqué à toutes les causes d'action, qu'elles aient pris naissance avant ou après l'entrée en vigueur des dispositions sur la prescription. Un délai ultime de prescription de 30 ans s'applique également dans la province. Les délais de prescription s'appliquent au bénéfice de la Couronne. La raison d'être des délais de prescription ne milite pas en faveur de la création d'une exception à leur application en l'espèce. Les dispositions manitobaines ne soustraient pas la demande de jugement déclaratoire à l'application de la prescription, et il n'y a pas lieu que les tribunaux le fassent. Le risque qu'un jugement déclaratoire entraîne d'autres réparations se concrétise bel et bien en l'espèce. Les Métis entendent en effet se servir du jugement déclaratoire pour négocier avec la Couronne et obtenir une réparation extra-judiciaire, ce qui expose la Couronne à se voir reprocher l'inexécution d'une obligation bien après l'expiration du délai de prescription applicable.

En outre, la Cour n'a jamais reconnu l'existence d'une exception générale à l'application de la prescription dans le cas d'une demande prenant appui sur la Constitution. En fait, elle a conclu invariablement que la prescription vaut pour les allégations de nature factuelle comportant des éléments constitutionnels. La prescription ne saurait empêcher un tribunal de déclarer une loi inconstitutionnelle, mais les prétentions d'inconstitutionnalité formulées par les Métis sont théoriques. Le jugement déclaratoire demandé vise par ailleurs des questions d'ordre factuel et des manquements allégués à des obligations qui ont toujours été soumis à la prescription. En affirmant que l'objectif de la réconciliation doit être prioritaire dans le contexte autochtone, les juges majoritaires semblent rompre avec le principe selon lequel la raison d'être générale des délais de prescription doit aussi valoir pour les demandes des Autochtones.

La doctrine des *laches* fait également obstacle au recours. La Couronne peut l'invoquer à l'encontre d'une

not been brought in a sufficiently timely manner, and as breaches of fiduciary duty can be subject to laches, it would be fundamentally inconsistent to permit certain claims based on the honour of the Crown to escape the imputation of laches. Both branches of laches are satisfied: the Métis have knowingly delayed their claim by over a hundred years and in so doing have acquiesced to the circumstances and invited the government to rely on that, rendering the prosecution of this action unreasonable. As to acquiescence, the trial judge found that the Métis had the required knowledge in the 1870s, and that finding has not been shown to be an error. The suggestion that it is “unrealistic” to expect someone to have enforced their claim before the courts were prepared to recognize those rights is fundamentally at odds with the common law approach to changes in the law. Delay in making the grants cannot be both the wrong alleged and the reason the Crown cannot access the defence of laches: laches are always invoked as a defence by a party alleged to have wronged the plaintiff. If assessing conscionability is reduced to determining if the plaintiff has proven the allegations, the defence of laches is rendered illusory. The imbalance in power between the Métis and the government did not undermine their knowledge, capacity or freedom to the extent required to prevent a finding of acquiescence. The inference that delays in the land grants caused the vulnerability of the Métis was neither made by the trial judge nor supported by the record. In any event, laches are imputed against vulnerable people just as limitations periods are applied against them.

As to reliance, had the claim been brought promptly, the unexplained delays referred to as evidence for the Crown acting dishonourably may well have been accounted for, or the government might have been able to take steps to satisfy the Métis community.

Finally, while not doing so explicitly, the majority departs from the factual findings of the trial judge, absent a finding of palpable and overriding error, in two main areas: (1) the extent of the delay in distributing the land, and (2) the effect of that delay on the Métis. Manifestly, the trial judge made findings of delay. Nonetheless these findings and the evidence do not reveal a pattern of inattention, a lack of diligence, or that the purposes of the land grant were frustrated. That alone would nullify any claim the Métis might have based on a breach of duty

demande en equity qui n'est pas présentée à temps. Puisque la doctrine peut être opposée à une allégation de manquement à l'obligation fiduciaire, il serait foncièrement illogique de permettre que certaines demandes prenant appui sur l'honneur de la Couronne échappent à son application. La doctrine peut être invoquée pour les deux motifs reconnus : les Métis ont, en connaissance de cause, attendu plus d'un siècle pour présenter leur demande et ils ont de ce fait acquiescé à la situation et incité le gouvernement à tenir cet acquiescement pour acquis, rendant ainsi l'actuel recours déraisonnable. Au sujet de l'acquiescement, le juge de première instance a conclu que les Métis avaient la connaissance requise dans les années 1870, et le caractère erroné de sa conclusion n'a pas été établi. L'affirmation selon laquelle il serait « irréaliste » d'exiger d'une personne qu'elle ait fait valoir ses droits avant que les tribunaux n'aient été disposés à les reconnaître va foncièrement à l'encontre de l'approche de common law en matière d'évolution du droit. Le retard à concéder les terres ne peut constituer à la fois le tort allégué et le motif pour lequel la Couronne ne peut invoquer la doctrine des *laches*, car celle-ci est toujours invoquée en défense par la partie qui aurait lésé l'autre. Si se prononcer sur le caractère équitable des actes du défendeur revient seulement à se demander si le demandeur a prouvé ses allégations, le moyen de défense offert par la doctrine devient illusoire. L'inégalité du rapport de force entre les Métis et le gouvernement n'était pas de nature à saper la connaissance, la capacité et la liberté des Métis de telle sorte qu'on ne puisse conclure à l'acquiescement. L'inférence selon laquelle les retards accusés dans la distribution des terres ont rendu les Métis vulnérables n'est pas tirée par le juge de première instance, ni étayée par la preuve. Quoi qu'il en soit, tout comme la prescription, la doctrine des *laches* est opposable aux personnes vulnérables.

En ce qui concerne la croyance, si le recours avait été exercé en temps utile, les retards inexplicables qui sont censés attester le caractère déshonorable des actes de la Couronne auraient fort bien pu être expliqués ou le gouvernement aurait pu prendre des mesures pour donner satisfaction à la collectivité métisse.

Enfin, bien que ce ne soit pas fait expressément, les juges majoritaires s'écartent des conclusions de fait tirées en première instance sur deux points principaux, et ce, même s'ils n'y relèvent pas d'erreur manifeste et dominante : (1) l'ampleur du retard dans la distribution des terres et (2) les répercussions de ce retard sur les Métis. Le juge de première instance conclut clairement qu'il y a eu retard. Or, ni ses conclusions ni la preuve ne révèlent une tendance au manque d'attention ou un manquement à l'obligation de diligence, pas plus

derived from the honour of the Crown, assuming that any such duty exists.

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Karakatsanis J.

Applied: *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; **referred to:** *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *Province of Ontario v. Dominion of Canada (1895)*, 25 S.C.R. 434; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark (1613)*, 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025; *Roger Earl of Rutland's Case (1608)*, 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Canadian Bar Assn. v. British Columbia*, 2006 BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38; *Waddell v. Schreyer (1981)*, 126 D.L.R. (3d) 431, aff'd (1982), 142 D.L.R. (3d) 177, leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. vii (*sub nom. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. Waddell*); *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *Cheslatta*

qu'elles n'indiquent que les objectifs de la concession des terres ont été contrecarrés. Ce seul élément prive de fondement toute prétention des Métis prenant appui sur le manquement à une obligation découlant de l'honneur de la Couronne, à supposer qu'une telle obligation existe.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; **arrêts mentionnés :** *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *Province of Ontario c. Dominion of Canada (1895)*, 25 R.C.S. 434; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark (1613)*, 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025; *Roger Earl of Rutland's Case (1608)*, 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Canadian Bar Assn. c. British Columbia*, 2006 BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38; *Waddell c. Schreyer (1981)*, 126 D.L.R. (3d) 431, conf. par (1982), 142 D.L.R. (3d) 177, autorisation d'appel refusée, [1982] 2 R.C.S. vii (*sub nom. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. c. Waddell*); *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998]

Carrier Nation v. British Columbia, 2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327; *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032.

By Rothstein J. (dissenting)

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Riddlesbarger v. Hartford Insurance Co.*, 74 U.S. (7 Wall.) 386 (1868); *United States v. Marion*, 404 U.S. 307 (1971); *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858; *Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737; *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Barber v. Proudfoot*, [1890-91] 1 W.L.T.R. 144; *Hardy v. Desjarlais* (1892), 8 Man. R. 550; *Robinson v. Sutherland* (1893), 9 Man. R. 199; *City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327.

Statutes and Regulations Cited

Act relating to the Titles of Half-Breed Lands, S.M. 1885, c. 30.
Act to amend the Act passed in the 37th year of Her Majesty's reign, entitled "The Half-Breed Land Grant Protection Act", S.M. 1877, c. 5.
Act to Amend The Limitation of Actions Act, S.M. 1980, c. 28, s. 3.
Act to enable certain children of Half-breed heads of families to convey their land, S.M. 1878, c. 20.

2 R.C.S. 217; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Cheslatta Carrier Nation c. British Columbia*, 2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Riddlesbarger c. Hartford Insurance Co.*, 74 U.S. (7 Wall.) 386 (1868); *United States c. Marion*, 404 U.S. 307 (1971); *Sparham-Souter c. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858; *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737; *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Barber c. Proudfoot*, [1890-91] 1 W.L.T.R. 144; *Hardy c. Desjarlais* (1892), 8 Man. R. 550; *Robinson c. Sutherland* (1893), 9 Man. R. 199; *City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327.

Lois et règlements cités

Act to Amend The Limitation of Actions Act, S.M. 1980, ch. 28, art. 3.
Acte concernant la protection de l'octroi des terres aux Métis, S.M. 1873, ch. 44, préambule.
Acte concernant les Titres des Terres des Métis, S.M. 1885, ch. 30.
Acte de la Terre de Rupert, 1868 (R.-U.), 31 & 32 Vict., ch. 105 [reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 6].

Constitution Act, 1867.
Constitution Act, 1871 (U.K.), 34 & 35 Vict., c. 28
 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 11].
Constitution Act, 1982, s. 35.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985,
 c. C-50, s. 32.
Half-Breed Land Grant Protection Act, S.M. 1873, c. 44,
 preamble.
Half-Breed Lands Act, R.S.M. 1891, c. 67.
Limitation Act, S.B.C. 2012, c. 13, s. 2 [not yet in force].
Limitation of Actions Act, C.C.S.M. c. L150, ss. 2(1)(k),
 7, 14(4).
Limitation of Actions Act, R.S.M. 1970, c. L150.
Limitation of Actions Act, 1931, R.S.M. 1940, c. 121.
Limitation of Actions Act, 1931, S.M. 1931, c. 30,
 ss. 3(1)(i), (l), 6, 42.
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, ss. 1(i)(i), 13.
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 2,
 10(2), 16(1)(a), 24.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 [reprinted in R.S.C.
 1985, App. II, No. 8], ss. 31, 32.
Royal Proclamation (1763) [reprinted in R.S.C. 1985,
 App. II, No. 1].
Rupert's Land Act, 1868 (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 105
 [reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 6].
Statute Law Revision and Statute Law Amendment Act,
1969, S.M. 1969 (2nd Sess.), c. 34, s. 31.

Authors Cited

Halsbury's Laws of England, 4th ed. (reissue), vol. 16(2).
 London: LexisNexis UK, 2003.
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright.
Liability of the Crown, 4th ed. Toronto: Carswell,
 2011.
 Manitoba. Law Reform Commission. *Limitations*.
 Winnipeg: The Commission, 2010.
 Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane.
Equity Doctrines and Remedies, 2nd ed. Sydney:
 Butterworths, 1984.
 Ontario. Limitations Act Consultation Group. *Recom-
 mendations for a New Limitations Act: Report of
 the Limitations Act Consultation Group*. Toronto:
 Ministry of the Attorney General, 1991.
 Rotman, Leonard I. "Wewaykum: A New Spin on the
 Crown's Fiduciary Obligations to Aboriginal Peoples?"
 (2004), 37 *U.B.C. L. Rev.* 219.
 Schachter, Harley. "Selected Current Issues in
 Aboriginal Rights Cases: Evidence, Limitations and
 Fiduciary Obligations", in *The 2001 Isaac Pitblado*

*Acte pour amender l'Acte passé dans la trente-septième
 année du Règne de Sa Majesté, intitulé : « Acte
 concernant la protection de l'octroi des terres aux
 Métis », S.M. 1877, ch. 5.*
*Acte pour permettre à certains enfants de chefs de famille
 métis de vendre leurs terres*, S.M. 1878, ch. 20.
Half-Breed Lands Act, R.S.M. 1891, ch. 67.
Limitation Act, S.B.C. 2012, ch. 13, art. 2 [non en
 vigueur].
Limitation of Actions Act, R.S.M. 1970, ch. L150.
Limitation of Actions Act, 1931, R.S.M. 1940, ch. 121.
Limitation of Actions Act, 1931, S.M. 1931, ch. 30,
 art. 3(1)i, l, 6, 42.
Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 1(i)i, 13.
Loi constitutionnelle de 1867.
Loi constitutionnelle de 1871 (R.-U.), 34 & 35 Vict.,
 ch. 28 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 11].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3 [reproduite
 dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8], art. 31, 32.
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002,
 ch. 24, ann. B, art. 2, 10(2), 16(1)a, 24.
Loi sur la prescription, C.P.L.M. ch. L150, art. 2(1)k),
 7, 14(4).
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux
 administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 32.
Proclamation royale (1763) [reproduite dans L.R.C.
 1985, app. II, n° 1].
Statute Law Revision and Statute Law Amendment Act,
1969, S.M. 1969 (2^e sess.), ch. 34, art. 31.

Doctrine et autres documents cités

Halsbury's Laws of England, 4th ed. (reissue), vol. 16(2).
 London : LexisNexis UK, 2003.
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright.
Liability of the Crown, 4th ed. Toronto : Carswell,
 2011.
 Manitoba. Law Reform Commission. *Limitations*.
 Winnipeg : The Commission, 2010.
 Meagher, R. P., W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane.
Equity Doctrines and Remedies, 2nd ed. Sydney :
 Butterworths, 1984.
 Ontario. Limitations Act Consultation Group. *Recom-
 mendations for a New Limitations Act : Report
 of the Limitations Act Consultation Group*. Toronto :
 Ministry of the Attorney General, 1991.
 Rotman, Leonard I. « Wewaykum : A New Spin on
 the Crown's Fiduciary Obligations to Aboriginal
 Peoples? » (2004), 37 *U.B.C. L. Rev.* 219.
 Schachter, Harley. « Selected Current Issues in
 Aboriginal Rights Cases : Evidence, Limitations and
 Fiduciary Obligations », in *The 2001 Isaac Pitblado*

Lectures: Practising Law In An Aboriginal Reality.
Winnipeg: Law Society of Manitoba, 2001, 203.

Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.

Slattery, Brian. “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Scott C.J.M. and Monnin, Steel, Hamilton and Freedman J.J.A.), 2010 MBCA 71, 255 Man. R. (2d) 167, 486 W.A.C. 167, [2010] 12 W.W.R. 599, [2010] 3 C.N.L.R. 233, 216 C.R.R. (2d) 144, 94 R.P.R. (4th) 161, [2010] M.J. No. 219 (QL), 2010 CarswellMan 322, affirming a decision of MacInnes J., 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42, [2008] 4 W.W.R. 402, [2008] 2 C.N.L.R. 52, [2007] M.J. No. 448 (QL), 2007 CarswellMan 500. Appeal allowed in part, Rothstein and Moldaver J.J. dissenting.

Thomas R. Berger, Q.C., James Aldridge, Q.C., Harley Schachter and Guylaine Grenier, for the appellants.

Mark Kindrachuk, Q.C., Mitchell R. Taylor, Q.C., and Sharlene Telles-Langdon, for the respondent the Attorney General of Canada.

Heather Leonoff, Q.C., and Michael Conner, for the respondent the Attorney General of Manitoba.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Douglas B. Titosky*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Clement Chartier, Q.C., and Marc LeClair, for the intervener the Métis National Council.

Jason Taylor Madden, for the intervener the Métis Nation of Alberta.

Jean Teillet and Arthur Pape, for the intervener the Métis Nation of Ontario.

Jeffrey R. W. Rath, for the intervener the Treaty One First Nations.

Lectures : Practising Law In An Aboriginal Reality.
Winnipeg : Law Society of Manitoba, 2001, 203.

Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.

Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (le juge en chef Scott et les juges Monnin, Steel, Hamilton et Freedman), 2010 MBCA 71, 255 Man. R. (2d) 167, 486 W.A.C. 167, [2010] 12 W.W.R. 599, [2010] 3 C.N.L.R. 233, 216 C.R.R. (2d) 144, 94 R.P.R. (4th) 161, [2010] M.J. No. 219 (QL), 2010 CarswellMan 322, qui a confirmé une décision du juge MacInnes, 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42, [2008] 4 W.W.R. 402, [2008] 2 C.N.L.R. 52, [2007] M.J. No. 448 (QL), 2007 CarswellMan 500. Pourvoi accueilli en partie, les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents.

Thomas R. Berger, c.r., James Aldridge, c.r., Harley Schachter et Guylaine Grenier, pour les appelants.

Mark Kindrachuk, c.r., Mitchell R. Taylor, c.r., et Sharlene Telles-Langdon, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Heather Leonoff, c.r., et Michael Conner, pour l’intimé le procureur général du Manitoba.

P. Mitch McAdam, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Douglas B. Titosky*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Clement Chartier, c.r., et Marc LeClair, pour l’intervenant le Ralliement national des Métis.

Jason Taylor Madden, pour l’intervenante Métis Nation of Alberta.

Jean Teillet et Arthur Pape, pour l’intervenante Métis Nation of Ontario.

Jeffrey R. W. Rath, pour l’intervenante les Premières Nations du Traité n° 1.

Written submissions only by *Joseph J. Arvay, Q.C., David C. Nahwegahbow and Bruce Elwood*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] Canada is a young nation with ancient roots. The country was born in 1867, by the consensual union of three colonies — United Canada (now Ontario and Quebec), Nova Scotia and New Brunswick. Left unsettled was whether the new nation would be expanded to include the vast territories to the west, stretching from modern Manitoba to British Columbia. The Canadian government, led by Prime Minister John A. Macdonald, embarked on a policy aimed at bringing the western territories within the boundaries of Canada, and opening them up to settlement.

[2] This meant dealing with the indigenous peoples who were living in the western territories. On the prairies, these consisted mainly of two groups — the First Nations, and the descendants of unions between white traders and explorers and Aboriginal women, now known as Métis.

[3] The government policy regarding the First Nations was to enter into treaties with the various bands, whereby they agreed to settlement of their lands in exchange for reservations of land and other promises.

[4] The government policy with respect to the Métis population — which, in 1870, comprised 85 percent of the population of what is now Manitoba — was less clear. Settlers began pouring into the region, displacing the Métis' social and political

Argumentation écrite seulement par *Joseph J. Arvay, c.r., David C. Nahwegahbow et Bruce Elwood*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[1] Le Canada est une jeune nation aux racines anciennes. Le pays a été fondé en 1867 par l'union consensuelle de trois colonies — le Canada-Uni (devenu l'Ontario et le Québec), la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. La question de l'expansion future de la nouvelle nation vers les vastes territoires de l'Ouest, qui s'étendent du Manitoba actuel jusqu'à la Colombie-Britannique, est alors demeurée en suspens. Le gouvernement canadien, dirigé par le premier ministre John A. Macdonald, a instauré une politique visant à intégrer les territoires de l'Ouest dans le Canada et à les ouvrir à la colonisation.

[2] Pour y arriver, il fallait traiter avec les peuples autochtones établis dans les territoires de l'Ouest. Dans les Prairies, ces peuples se divisaient principalement en deux groupes — les Premières Nations ainsi que les descendants issus des unions entre les négociants et explorateurs blancs et les femmes autochtones, maintenant connus sous le nom de Métis.

[3] La politique du gouvernement à l'égard des Premières Nations consistait à conclure avec les différentes bandes des traités dans lesquels celles-ci consentaient à la colonisation de leurs terres en échange de la mise en réserve de terres et d'autres promesses.

[4] La politique du gouvernement était moins claire à l'égard du peuple métis — qui composait, en 1870, 85 pour 100 de la population de ce qui est aujourd'hui le Manitoba. Des colons ont commencé à s'installer en grand nombre dans la région et à

control. This led to resistance and conflict. To resolve the conflict and assure peaceful annexation of the territory, the Canadian government entered into negotiations with representatives of the Métis-led provisional government of the territory. The result was the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3 (“*Manitoba Act*”), which made Manitoba a province of Canada.

[5] This appeal is about obligations to the Métis people enshrined in the *Manitoba Act*, a constitutional document. These promises represent the terms under which the Métis people agreed to surrender their claims to govern themselves and their territory, and become part of the new nation of Canada. These promises were directed at enabling the Métis people and their descendants to obtain a lasting place in the new province. Sadly, the expectations of the Métis were not fulfilled, and they scattered in the face of the settlement that marked the ensuing decades.

[6] Now, over a century later, the descendants of the Métis people seek a declaration in the courts that Canada breached its obligation to implement the promises it made to the Métis people in the *Manitoba Act*.

[7] More particularly, the appellants seek a declaration that (1) in implementing the *Manitoba Act*, the federal Crown breached fiduciary obligations owed to the Métis; (2) the federal Crown failed to implement the *Manitoba Act* in a manner consistent with the honour of the Crown; and (3) certain legislation passed by Manitoba affecting the implementation of the *Manitoba Act* was *ultra vires*.

[8] It is not disputed that there was considerable delay in implementing the constitutional provisions. The main issues are (1) whether Canada failed to act in accordance with its legal obligations, and (2) whether the Métis’ claim is too late and thus barred by the doctrine of laches or by any

assumer le contrôle politique et social jusqu’alors exercé par les Métis, ce qui a entraîné de la résistance et des conflits. Cherchant à régler la situation et à assurer une annexion pacifique du territoire, le gouvernement canadien a entamé des négociations avec les représentants du gouvernement provisoire dirigé par des Métis. C’est ainsi qu’a été adoptée la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3 (« *Loi sur le Manitoba* »), pour faire entrer la province du Manitoba dans le Canada.

[5] Le pourvoi porte sur les obligations envers les Métis qui sont consacrées dans la *Loi sur le Manitoba*, un document constitutionnel. Il s’agit en fait des conditions auxquelles les Métis ont renoncé à revendiquer le pouvoir de se gouverner et de gouverner leur territoire et accepté de faire partie de la nouvelle nation du Canada. Ces promesses avaient pour but d’assurer aux Métis et à leurs descendants une place permanente dans la nouvelle province. Malheureusement, les Métis n’ont pas vu leurs attentes devenir réalité et ils se sont dispersés devant la colonisation massive qui a marqué les décennies suivantes.

[6] Aujourd’hui, plus d’un siècle plus tard, les descendants des Métis veulent obtenir un jugement déclarant que le Canada a manqué à son obligation de mettre en œuvre les promesses faites aux Métis dans la *Loi sur le Manitoba*.

[7] Plus particulièrement, les appelants sollicitent un jugement déclarant que : (1) dans sa mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba*, la Couronne fédérale a manqué à ses obligations fiduciaires envers les Métis; (2) dans sa mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba*, la Couronne fédérale n’a pas agi en conformité avec le principe de l’honneur de la Couronne; (3) certaines lois adoptées par le Manitoba relativement à la mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba* étaient *ultra vires*.

[8] Nul ne conteste le retard considérable avec lequel les dispositions constitutionnelles ont été mises en œuvre. Les principales questions en litige sont les suivantes : (1) Le Canada a-t-il manqué à ses obligations légales? (2) La demande des Métis est-elle tardive et, de ce fait, irrecevable par

limitations law, be it the English limitations law in force at the time the claims arose, or the subsequent limitations acts enacted by Manitoba: *The Limitation of Actions Act, 1931*, S.M. 1931, c. 30; *The Limitation of Actions Act, 1931*, R.S.M. 1940, c. 121; *The Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1970, c. L150; collectively referred to as “*The Limitation of Actions Act*”.

[9] We conclude that s. 31 of the *Manitoba Act* constitutes a constitutional obligation to the Métis people of Manitoba, an Aboriginal people, to provide the Métis children with allotments of land. The immediate purpose of the obligation was to give the Métis children a head start over the expected influx of settlers from the east. Its broader purpose was to reconcile the Métis’ Aboriginal interests in the Manitoba territory with the assertion of Crown sovereignty over the area that was to become the province of Manitoba. The obligation enshrined in s. 31 of the *Manitoba Act* did not impose a fiduciary or trust duty on the government. However, as a solemn constitutional obligation to the Métis people of Manitoba aimed at reconciling their Aboriginal interests with sovereignty, it engaged the honour of the Crown. This required the government to act with diligence in pursuit of the fulfillment of the promise. On the findings of the trial judge, the Crown failed to do so and the obligation to the Métis children remained largely unfulfilled. The Métis claim based on the honour of the Crown is not barred by the law of limitations or the equitable doctrine of laches. We therefore conclude that the Métis are entitled to a declaration that Canada failed to implement s. 31 as required by the honour of the Crown.

application de la doctrine des *laches* — un principe d’équité souvent désigné par l’expression « doctrine du manque de diligence » — ou par application des règles de la prescription, que celles-ci soient établies par le droit anglais en vigueur au moment où leur cause d’action a pris naissance ou par les lois sur la prescription adoptées subséquentement par le Manitoba (*The Limitation of Actions Act, 1931*, S.M. 1931, ch. 30; *The Limitation of Actions Act, 1931*, R.S.M. 1940, ch. 121; *The Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1970, ch. L150; collectivement appelées la « *Loi sur la prescription* »)?

[9] Nous concluons que l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* imposait à la Couronne une obligation constitutionnelle envers le peuple autochtone que constituent les Métis du Manitoba. Il s’agissait de l’obligation d’attribuer des terres aux enfants des Métis. L’objet immédiat de cette obligation était de donner aux enfants des Métis une longueur d’avance sur les colons de l’est que l’on attendait en grand nombre. Plus généralement, il s’agissait de concilier les intérêts autochtones des Métis sur le territoire du Manitoba avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne sur la région qui allait devenir la province du Manitoba. L’obligation consacrée par l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* n’imposait au gouvernement aucune obligation fiduciaire de quelque nature que ce soit. Toutefois, comme il s’agissait d’une obligation constitutionnelle solennelle envers les Métis du Manitoba, dont le but était de concilier leurs intérêts autochtones avec la souveraineté de la Couronne, cette obligation engageait l’honneur de la Couronne. En conséquence, le gouvernement avait l’obligation d’agir avec diligence pour réaliser sa promesse. Il ressort des conclusions du juge du procès que la Couronne n’a pas agi ainsi et que son obligation envers les enfants des Métis est demeurée en grande partie inexécutée. La demande des Métis fondée sur le principe de l’honneur de la Couronne n’est pas irrecevable par application des règles de la prescription ni de la doctrine des *laches* reconnue en équité. Nous concluons donc que les Métis ont droit à un jugement déclarant que le Canada n’a pas mis en œuvre l’art. 31 comme l’exigeait le principe de l’honneur de la Couronne.

[10] We agree with the courts below that the s. 32 claim is not established, and find it unnecessary to consider the constitutionality of the implementing statutes.

II. The Constitutional Promises and the Legislation

[11] Section 31 of the *Manitoba Act*, known as the children's grant, set aside 1.4 million acres of land to be given to Métis children:

31. And whereas, it is expedient, towards the extinguishment of the Indian Title to the lands in the Province, to appropriate a portion of such ungranted lands, to the extent of one million four hundred thousand acres thereof, for the benefit of the families of the half-breed residents, it is hereby enacted, that, under regulations to be from time to time made by the Governor General in Council, the Lieutenant-Governor shall select such lots or tracts in such parts of the Province as he may deem expedient, to the extent aforesaid, and divide the same among the children of the half-breed heads of families residing in the Province at the time of the said transfer to Canada, and the same shall be granted to the said children respectively, in such mode and on such conditions as to settlement and otherwise, as the Governor General in Council may from time to time determine.

[12] Section 32 of the *Manitoba Act* provided for recognition of existing landholdings, where individuals asserting ownership had not yet been granted title:

32. For the quieting of titles, and assuring to the settlers in the Province the peaceable possession of the lands now held by them, it is enacted as follows: —

(1) All grants of land in freehold made by the Hudson's Bay Company up to the eighth day of March, in the year 1869, shall, if required by the owner, be confirmed by grant from the Crown.

(2) All grants of estates less than freehold in land made by the Hudson's Bay Company up to the eighth day of March aforesaid, shall, if required by the owner, be converted into an estate in freehold by grant from the Crown.

[10] Nous partageons l'avis des juridictions inférieures que le bien-fondé de la demande présentée en vertu de l'art. 32 n'a pas été établi et nous estimons qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la constitutionnalité des lois de mise en œuvre.

II. Les promesses constitutionnelles et la loi

[11] L'article 31 de la *Loi sur le Manitoba*, la disposition prévoyant la concession de terres aux enfants, mettait en réserve 1,4 million d'acres de terres qui devaient être données aux enfants des Métis :

31. Et considérant qu'il importe, dans le but d'éteindre les titres des Indiens aux terres de la province, d'affecter une partie de ces terres non concédées, jusqu'à concurrence de 1,400,000 acres, au bénéfice des familles des Métis résidants, il est par la présente décrété que le lieutenant-gouverneur, en vertu de règlements établis de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, choisira des lots ou étendues de terre dans les parties de la province qu'il jugera à propos, jusqu'à concurrence du nombre d'acres ci-dessus exprimé, et en fera le partage entre les enfants des chefs de famille métis domiciliés dans la province à l'époque à laquelle le transfert sera fait au Canada, et ces lots seront concédés aux dits enfants respectivement, d'après le mode et aux conditions d'établissement et autres conditions que le gouverneur-général en conseil pourra de temps à autre fixer.

[12] L'article 32 de la *Loi sur le Manitoba* reconnaissait la propriété foncière existante des Métis dans le cas des personnes qui se disaient propriétaires sans avoir encore obtenu de titre :

32. Dans le but de confirmer les titres et assurer aux colons de la province la possession paisible des immeubles maintenant possédés par eux, il est décrété ce qui suit :

(1) Toute concession de terre en franc-alleu (*freehold*) faite par la compagnie de la Baie d'Hudson jusqu'au huitième jour de mars de l'année 1869, sera, si le propriétaire le demande, confirmée par une concession de la couronne;

(2) Toute concession d'immeubles autrement qu'en franc-alleu, faite par la compagnie de la Baie d'Hudson jusqu'au huitième jour de mars susdit, sera, si le propriétaire le demande, convertie en franc-alleu par une concession de la couronne;

(3) All titles by occupancy with the sanction and under the license and authority of the Hudson's Bay Company up to the eighth day of March aforesaid, of land in that part of the Province in which the Indian Title has been extinguished, shall, if required by the owner, be converted into an estate in freehold by grant from the Crown.

(4) All persons in peaceable possession of tracts of land at the time of the transfer to Canada, in those parts of the Province in which the Indian Title has not been extinguished, shall have the right of pre-emption of the same, on such terms and conditions as may be determined by the Governor in Council.

(5) The Lieutenant-Governor is hereby authorized, under regulations to be made from time to time by the Governor General in Council, to make all such provisions for ascertaining and adjusting, on fair and equitable terms, the rights of Common, and rights of cutting Hay held and enjoyed by the settlers in the Province, and for the commutation of the same by grants of land from the Crown.

[13] During the 1870s and 1880s, Manitoba passed five statutes, now long spent and repealed, dealing with the technical requirements to transfer interests in s. 31 lands. The appellants seek to have the statutes declared *ultra vires* pursuant to the *Constitution Act, 1867*. Alternatively, they argue that the statutes were inoperative by virtue of federal paramountcy.

III. Judicial Decisions

[14] The trial judge, MacInnes J. (as he then was), engaged in a thorough review of the facts: 2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42. He found that while dishonesty and bad faith were not established, government error and inaction led to lengthy delay in implementing ss. 31 and 32, and left 993 Métis children who were entitled to a grant with scrip instead of land. However, he dismissed the claim for a declaration on the ground that ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act* gave rise to neither a fiduciary duty nor a duty based on the honour of the Crown.

(3) Tout titre reposant sur le fait de l'occupation, avec la sanction, permission et autorisation de la compagnie de Baie d'Hudson jusqu'au huitième jour de mars susdit, de terres situées dans cette partie de la province dans laquelle les titres des Indiens ont été éteints, sera, si le propriétaire le demande, converti en franc-alleu par une concession de la couronne;

(4) Toute personne étant en possession paisible d'étendues de terre, à l'époque du transfert au Canada, dans les parties de la province dans lesquelles les titres des Indiens n'ont pas été éteints, pourra exercer le droit de préemption à l'égard de ces terres, aux termes et conditions qui pourront être arrêtés par le gouverneur en conseil;

(5) Le lieutenant-gouverneur est par le présent autorisé, en vertu de règlements qui seront faits de temps à autre par le gouverneur-général en conseil, à adopter toutes les mesures nécessaires pour constater et régler, à des conditions justes et équitables, les droits de commune et les droits de couper le foin dont jouissent les colons dans la province, et pour opérer la commutation de ces droits au moyen de concessions de terre de la couronne.

[13] Au cours des années 1870 et 1880, le Manitoba a adopté cinq lois, maintenant périmées ou abrogées depuis longtemps, portant sur les modalités de transfert des intérêts sur les terres visées à l'art. 31. Les appelants demandent que ces lois soient déclarées *ultra vires* au regard de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À titre subsidiaire, ils soutiennent que ces lois étaient inopérantes par application du principe de la prépondérance fédérale.

III. Les décisions judiciaires

[14] En première instance, le juge MacInnes (nommé depuis à la Cour d'appel) a procédé à un examen approfondi des faits (2007 MBQB 293, 223 Man. R. (2d) 42). Il a conclu que, bien qu'il n'ait pas été démontré que le gouvernement avait fait preuve de malhonnêteté ou de mauvaise foi, son erreur et son inaction avaient retardé considérablement la mise en œuvre des art. 31 et 32, de sorte que 993 enfants de Métis qui avaient droit à une concession avaient plutôt reçu un certificat. Le juge a cependant rejeté la demande de

The trial judge took the view that a fiduciary duty required proof that the Aboriginal people held the land collectively prior to 1870. Since the evidence established only individual landholdings by the Métis, their claim was “fundamentally flawed”. He said of the action that “[i]t seeks relief that is in essence of a collective nature, but is underpinned by a factual reality that is individual”: para. 1197.

[15] The trial judge concluded that, in any event, the claim was barred by *The Limitation of Actions Act* and the doctrine of laches. He also found that Manitoba’s various legislative initiatives regarding the land grants were constitutional. Finally, he held that the Manitoba Metis Federation Inc. (“MMF”) should not be granted standing in the action, since the individual plaintiffs were capable of bringing the claims forward.

[16] A five-member panel of the Manitoba Court of Appeal, *per* Scott C.J.M., dismissed the appeal: 2010 MBCA 71, 255 Man. R. (2d) 167. It rejected the trial judge’s view that collective Aboriginal title to land was essential to a claim that the Crown owed a fiduciary duty to Aboriginal peoples. However, the court found it unnecessary to determine whether the Crown in fact owed a fiduciary duty to the Métis, since the trial judge’s findings of fact concerning the conduct of the Crown did not support any breach of such a duty.

[17] The Court of Appeal also rejected the assertion that the honour of the Crown had been breached. The honour of the Crown, in its view, was

jugement déclaratoire au motif que les art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba* ne donnaient naissance ni à une obligation fiduciaire ni à une obligation fondée sur le principe de l’honneur de la Couronne. Selon lui, pour conclure à l’existence d’une obligation fiduciaire, il devait être démontré que les Autochtones possédaient collectivement le territoire avant 1870. Puisque seule la possession individuelle de terres par les Métis avait été établie, leur demande comportait une [TRADUCTION] « faille fondamentale ». Le juge a dit que l’action « vis[ait] à obtenir une mesure de redressement de nature essentiellement collective, alors que son fondement factuel [était] individuel » (par. 1197).

[15] Le juge du procès a conclu que, de toute façon, la demande était irrecevable par application de la *Loi sur la prescription* et de la doctrine des laches. Il a également conclu que les différentes mesures législatives adoptées par le Manitoba concernant les concessions de terres étaient constitutionnelles. Enfin, il a jugé qu’il ne convenait pas de reconnaître à la Manitoba Metis Federation Inc. (la « MMF ») qualité pour agir dans la présente action, puisque les demandeurs pouvaient faire valoir leurs demandes individuellement.

[16] Sous la plume du juge en chef Scott, une formation de cinq juges de la Cour d’appel du Manitoba a rejeté l’appel (2010 MBCA 71, 255 Man. R. (2d) 167). La Cour d’appel ne partageait pas l’opinion du juge du procès suivant laquelle la possession collective d’un titre ancestral était essentielle pour qu’il puisse être allégué avec succès que la Couronne avait une obligation fiduciaire envers les Autochtones. La cour a cependant estimé qu’il n’était pas nécessaire de déterminer si la Couronne avait effectivement une obligation fiduciaire envers les Métis, puisque les conclusions de fait tirées par le juge du procès quant à la conduite de la Couronne ne permettaient pas de conclure à un manquement à une obligation fiduciaire.

[17] La Cour d’appel a également rejeté l’allé- gation selon laquelle il y avait eu manquement au principe de l’honneur de la Couronne. À son

subsidiary to the fiduciary claim and did not itself give rise to an independent duty in this situation.

[18] Finally, the court held that the Métis' claim for a declaration was, in any event, statute-barred, and that the issue of the constitutional validity of the Manitoba legislation was moot. It also declined to interfere with the trial judge's discretionary decision to deny standing to the MMF.

IV. Facts

[19] This appeal concerns events that occurred over a century ago. Despite the difficulties imposed by the lack of live witnesses and distant texts, the trial judge made careful and complete findings of fact on all the elements relevant to the legal issues. The Court of Appeal thoroughly reviewed these findings and, with limited exceptions, confirmed them.

[20] The completeness of these findings, which stand largely unchallenged, make it unnecessary to provide a detailed narrative of the Métis people, the Red River Settlement, and the conflict that gave rise to the *Manitoba Act* and Manitoba's entry into Canada — events that have inspired countless tomes and indeed, an opera. We content ourselves with a brief description of the origins of the Red River Settlement and the events that give rise to the appellants' claims.

[21] The story begins with the Aboriginal peoples who inhabited what is now the province of Manitoba — the Cree and other less populous nations. In the late 17th century, European adventurers and explorers passed through. The lands were claimed nominally by England which granted the Hudson's Bay Company, a company of fur traders operating out of London, control over a vast territory called Rupert's Land, which included modern Manitoba. Aboriginal peoples continued to occupy the territory. In addition to the original First Nations, a new Aboriginal group, the Métis, arose — people

avis, l'honneur de la Couronne était accessoire à l'obligation fiduciaire et ne pouvait à lui seul donner naissance à une obligation distincte dans les circonstances.

[18] Enfin, la cour a conclu que la demande de jugement déclaratoire des Métis était de toute façon prescrite, et que la question de la validité constitutionnelle des lois du Manitoba était théorique. La cour a aussi refusé de modifier la décision discrétionnaire du juge du procès selon laquelle la MMF n'avait pas qualité pour agir.

IV. Les faits

[19] Le pourvoi porte sur des événements qui se sont produits il y a plus d'un siècle. Malgré les difficultés causées par l'absence de témoins directs et l'ancienneté des textes, le juge du procès a tiré des conclusions de fait détaillées et complètes sur tous les éléments pertinents pour résoudre les questions de droit. La Cour d'appel a examiné ces conclusions en détail et les a confirmées, à quelques exceptions près.

[20] L'exhaustivité de ces conclusions, dont la plupart ne sont pas contestées, nous dispense de faire un historique détaillé au sujet du peuple métis, de la colonie de la rivière Rouge et du conflit qui est à l'origine de la *Loi sur le Manitoba* et de l'entrée du Manitoba dans le Canada — événements qui ont inspiré un nombre incalculable d'ouvrages, et même un opéra. Nous nous contenterons d'une brève description des origines de la colonie de la rivière Rouge et des événements sur lesquels s'appuient les demandes des appelants.

[21] L'histoire commence avec les peuples autochtones qui occupaient ce qui est devenu la province du Manitoba — les Cris et d'autres nations moins peuplées. Vers la fin du dix-septième siècle, des aventuriers et explorateurs européens ont traversé le territoire sans s'y arrêter. L'Angleterre a revendiqué symboliquement les terres pour ensuite donner à la Compagnie de la Baie d'Hudson, une société de traite des fourrures basée à Londres, le contrôle d'un vaste territoire appelé Terre de Rupert, y compris ce qui est aujourd'hui le Manitoba. Les Autochtones ont continué d'occuper ce territoire.

descended from early unions between European adventurers and traders, and Aboriginal women. In the early days, the descendants of English-speaking parents were referred to as half-breeds, while those with French roots were called Métis.

[22] A large — by the standards of the time — settlement developed the forks of the Red and Assiniboine Rivers on land granted to Lord Selkirk by the Hudson's Bay Company in 1811. By 1869, the settlement consisted of 12,000 people, under the governance of the Hudson's Bay Company.

[23] In 1869, the Red River Settlement was a vibrant community, with a free enterprise system and established judicial and civic institutions, centred on the retail stores, hotels, trading undertakings and saloons of what is now downtown Winnipeg. The Métis were the dominant demographic group in the Settlement, comprising around 85 percent of the population, and held leadership positions in business, church and government.

[24] In the meantime, Upper Canada (now Ontario), Lower Canada (now Quebec), Nova Scotia and New Brunswick united under the *British North America Act* of 1867 (now *Constitution Act, 1867*) to become the new country of Canada. The country's first government, led by Sir John A. Macdonald, was intent on westward expansion, driven by the dream of a nation that would extend from the Atlantic to the Pacific and provide vast new lands for settlement. England agreed to cede Rupert's Land to Canada. In recognition of the Hudson's Bay Company's interest, Canada paid it £300,000 and allowed it to retain some of the land around its trading posts in the Northwest. In 1868, the Imperial Parliament cemented the deal with *Rupert's Land Act, 1868* (U.K.), 31 & 32 Vict., c. 105.

Outre les Premières Nations, le territoire a vu naître un nouveau groupe autochtone, les Métis — issus des premières unions entre les explorateurs et négociants européens et les femmes autochtones. À l'origine, les descendants de parents anglophones étaient appelés les Sang-mêlé, alors que ceux ayant des racines françaises étaient appelés les Métis.

[22] Une colonie importante — selon les critères de l'époque — s'est développée au confluent de la rivière Rouge et de la rivière Assiniboine sur des terres cédées à Lord Selkirk par la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1811. En 1869, la colonie comptait 12 000 personnes et était gouvernée par la Compagnie de la Baie d'Hudson.

[23] En 1869, la colonie de la rivière Rouge formait une collectivité dynamique dotée d'un système de libre entreprise et d'institutions judiciaires et civiles bien établies, et dont les activités étaient axées sur les commerces de détail, les hôtels, la traite et les saloons, là où se trouve maintenant le centre-ville de Winnipeg. Les Métis étaient le groupe démographique le plus important de la colonie, représentant environ 85 pour 100 de la population, et ils occupaient des postes de direction dans les entreprises, de même qu'au sein de l'Église et du gouvernement.

[24] Pendant ce temps, le Haut-Canada (maintenant l'Ontario), le Bas-Canada (maintenant le Québec), la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick s'unissaient par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) pour former un nouveau pays, le Canada. Le premier gouvernement du pays, dirigé par Sir John A. Macdonald, entendait favoriser l'expansion vers l'ouest, motivé par le rêve d'une nation qui s'étendrait de l'Atlantique jusqu'au Pacifique et offrirait de vastes terres nouvelles propices à la colonisation. L'Angleterre a consenti à céder la Terre de Rupert au Canada. Reconnaisant l'intérêt de la Compagnie de la Baie d'Hudson, le Canada lui a versé 300 000 £ et lui a permis de conserver certaines terres entourant ses postes de traite dans le Nord-Ouest. En 1868, le Parlement impérial a parfait l'entente avec l'adoption de l'*Acte de la Terre de Rupert, 1868* (R.-U.), 31 & 32 Vict., ch. 105.

[25] Canada, as successor to the Hudson's Bay Company, became the titular owner of Rupert's Land and the Red River Settlement. However, the reality on the ground was more complex. The French-speaking Roman Catholic Métis viewed with alarm the prospect of Canadian control leading to a wave of English-speaking Protestant settlers that would threaten their traditional way of life. When two survey parties arrived in 1869 to take stock of the land, the matter came to a head.

[26] The surveyors were met with armed resistance, led by a French-speaking Métis, Louis Riel. On November 2, 1869, Canada's proposed Lieutenant Governor of the new territory, William McDougall, was turned back by a mounted French Métis patrol. On the same day, a group of Métis, including Riel, seized Upper Fort Garry (now downtown Winnipeg), the Settlement's principle fortification. Riel called together 12 representatives of the English-speaking parishes and 12 representatives of the French-speaking Métis parishes, known as the "Convention of 24". At their second meeting, he announced the French Métis intended to form a provisional government, and asked for the support of the English. The English representatives asked for time to confer with the people of their parishes. The meeting was adjourned until December 1, 1869.

[27] When the meeting reconvened, they were confronted with a proclamation made earlier that day by McDougall that the region was under the control of Canada. The group rejected the claim. The French Métis drafted a list of demands that Canada must satisfy before the Red River settlers would accept Canadian control.

[28] The Canadian government adopted a conciliatory course. It invited a delegation of "at least two residents" to Ottawa to present the demands of the settlers and confer with Parliament. The provisional government responded by delegating

[25] En tant que successeur de la Compagnie de la Baie d'Hudson, le Canada a acquis le titre de la Terre de Rupert et de la colonie de la rivière Rouge. Sur le terrain, la réalité était cependant plus complexe. Les Métis francophones de foi catholique romaine craignaient que la prise de contrôle par le Canada se traduise par l'arrivée massive de colons protestants anglophones qui menaceraient leur style de vie traditionnel. Lorsque deux groupes d'arpenteurs se sont présentés en 1869 pour faire l'inventaire des terres, la situation a atteint un point critique.

[26] Les arpenteurs se sont heurtés à une résistance armée, dirigée par un Métis francophone, Louis Riel. Le 2 novembre 1869, William McDougall, le lieutenant-gouverneur du nouveau territoire proposé par le Canada, a été refoulé par une patrouille à cheval de Métis francophones. Le même jour, un groupe de Métis, dont Riel faisait partie, s'est emparé d'Upper Fort Garry (où se trouve maintenant le centre-ville de Winnipeg), la principale fortification de la colonie. Riel a convoqué la « Convention des 24 », composée de 12 représentants des paroisses anglophones et de 12 représentants des paroisses francophones. À leur deuxième réunion, il a annoncé que les Métis francophones avaient l'intention de former un gouvernement provisoire et demandé aux anglophones de les appuyer. Les représentants des Anglais ont demandé du temps pour discuter de cette demande avec les habitants de leurs paroisses. La réunion a été ajournée jusqu'au 1^{er} décembre 1869.

[27] À la reprise de la réunion, les Métis se sont retrouvés devant une proclamation transférant la région sous l'autorité du Canada, lue par McDougall plus tôt dans la journée. Le groupe a rejeté cette proclamation. Les Métis francophones ont dressé une liste des demandes auxquelles le Canada devait répondre pour que les colons de la rivière Rouge acceptent le contrôle canadien.

[28] Le gouvernement canadien a décidé de se montrer conciliant. Il a invité à Ottawa une délégation composée d'[TRADUCTION] « au moins deux résidents » pour y présenter les demandes des colons et en discuter avec le Parlement. Le

a priest, Father Ritchot, a judge, Judge Black, and a local businessman named Alfred Scott to go to Ottawa. The delegates — none of whom were Métis, although Riel nominated them — set out for Ottawa on March 24, 1870.

[29] Canada had little choice but to adopt a diplomatic approach to the Red River settlers. As MacInnes J. found at trial:

Canada had no authority to send troops to the Settlement to quell the French Métis insurrection. Nor did it have the necessary troops. Moreover, given the time of year, there was no access to the Settlement other than through the United States. But, at the time, there was a concern in Canada about possible annexation of the territory by the United States and hence a reluctance on the part of Canada to seek permission from the United States to send troops across its territory to quell the insurrection and restore authority. [para. 78]

[30] The delegates arrived in Ottawa on April 11, 1870. They met and negotiated with Prime Minister Macdonald and the Minister of Militia and Defence, George-Étienne Cartier. The negotiations were part of a larger set of negotiations on the terms on which Manitoba would enter Canada as a province. It emerged that Canada wanted to retain ownership of public lands in the new province. This led to the idea of providing land for Métis children. The parties settled on a grant to Métis children of 1.4 million acres of land (s. 31) and recognition of existing landholdings (s. 32). Parliament, after vigorous debate and the failure of a motion to delete the section providing the children's grant, passed the *Manitoba Act* on May 10, 1870.

[31] The delegates returned to the Red River Settlement with the proposal, and, on June 24, 1870, Father Ritchot addressed the Convention of 40, now called the Legislative Assembly of Assiniboia, to

gouvernement provisoire a répondu à cette invitation en désignant un prêtre, le père Ritchot, un juge, le juge Black, et un homme d'affaires de la région, Alfred Scott, pour aller à Ottawa. Les délégués — dont aucun n'était Métis, bien qu'ils aient été désignés par Riel — sont partis pour Ottawa le 24 mars 1870.

[29] Le Canada n'avait guère d'autre choix que d'adopter une approche diplomatique envers les colons de la rivière Rouge. Comme l'a conclu le juge MacInnes au procès :

[TRADUCTION] Le Canada n'avait pas le pouvoir d'envoyer des troupes dans la colonie pour réprimer l'insurrection des Métis francophones. Il ne disposait pas non plus des troupes nécessaires. De plus, à cette période de l'année, il était impossible d'accéder à la colonie autrement que par les États-Unis. Or, à l'époque, le Canada craignait une éventuelle annexion du territoire par les États-Unis, d'où sa réticence à demander aux États-Unis l'autorisation de faire passer ses troupes sur leur territoire pour aller réprimer l'insurrection et rétablir l'autorité. [par. 78]

[30] Les délégués sont arrivés à Ottawa le 11 avril 1870. Ils ont rencontré le premier ministre Macdonald et le ministre de la Milice et de la Défense, George-Étienne Cartier, avec lesquels ils ont négocié. Ces négociations faisaient partie d'une série de négociations plus générales sur les conditions d'entrée du Manitoba dans le Canada à titre de province. Il s'est révélé que le Canada souhaitait conserver la propriété de terres publiques situées dans la nouvelle province, d'où l'idée d'attribuer des terres aux enfants des Métis. Les parties se sont entendues sur la concession aux enfants des Métis de 1,4 million d'acres de terres (art. 31) et la confirmation des tenures foncières existantes (art. 32). Après d'âpres débats et l'échec d'une motion visant à rayer l'article prévoyant la concession de terres aux enfants, le Parlement a adopté la *Loi sur le Manitoba*, le 10 mai 1870.

[31] Les délégués sont revenus dans la colonie de la rivière Rouge avec cette proposition et, le 24 juin 1870, le père Ritchot s'est adressé à la Convention des 40, maintenant appelée l'Assemblée législative

advocate for the adoption of the *Manitoba Act*. The Assembly was read a letter from Minister Cartier which promised that any existing land interest contemplated in s. 32 of the *Manitoba Act* could be converted to title without payment. Minister Cartier guaranteed that the s. 31 children's grants would "be of a nature to meet the wishes of the half-breed residents" and the division of grant land would be done "*in the most effectual and equitable manner*": A.R., vol. XI, at p. 196 (emphasis added). On this basis, the Assembly voted to accept the *Manitoba Act*, and enter the Dominion of Canada. Manitoba became part of Canada by Order in Council of the Imperial government effective July 15, 1870.

[32] The Canadian government began the process of implementing s. 31 in early 1871. The first step was to set aside 1.4 million acres, and the second was to divide the land among the eligible recipients. A series of errors and delays interfered with accomplishing the second step in the "effectual" manner Minister Cartier had promised.

[33] The first problem was the erroneous inclusion of all Métis, including heads of families, in the allotment, contrary to the terms of s. 31, which clearly provided the lands were to be divided among the children of the Métis heads of families. On March 1, 1871, Parliament passed an Order in Council declaring that all Métis had a right to a share in the 1.4 million acres promised in s. 31 of the *Manitoba Act*. This order, which would have created more grants of smaller acreage, was made over the objections raised by McDougall, then the former Lieutenant Governor of Rupert's Land, in the House of Commons. Nevertheless, the federal government began planning townships based on 140-acre lots, dividing the 1.4 million acres among approximately 10,000 recipients. This was the first allotment.

d'Assiniboia, pour plaider en faveur de l'adoption de la *Loi sur le Manitoba*. Il a lu à l'Assemblée une lettre du ministre Cartier, dans laquelle ce dernier promettait que tout intérêt foncier existant visé par l'art. 32 de la *Loi sur le Manitoba* pourrait être converti en titre sans aucun paiement. Le ministre Cartier garantissait que les concessions aux enfants promises à l'art. 31 [TRADUCTION] « seraient de nature à répondre aux attentes des Sang-mêlé résidents », et que le partage des concessions serait fait « *de la façon la plus efficace et équitable possible* » : d.a., vol. XI, p. 196 (italiques ajoutés). Sur ce fondement, l'Assemblée a voté en faveur de la *Loi sur le Manitoba* et de l'entrée de la province dans le Dominion du Canada. Le Manitoba a intégré le Canada par décret du Parlement impérial en date du 15 juillet 1870.

[32] Le gouvernement du Canada a entrepris le processus de mise en œuvre de l'art. 31 au début de l'année 1871. Il devait en premier lieu mettre de côté 1,4 million d'acres et, en deuxième lieu, diviser les terres entre les bénéficiaires admissibles. La deuxième étape a été ponctuée d'une série d'erreurs et de retards qui en ont entravé le déroulement « efficace » promis par le ministre Cartier.

[33] Le premier problème a été l'inclusion par erreur de tous les Métis, y compris les chefs de famille, parmi les bénéficiaires de la répartition des terres, contrairement au libellé de l'art. 31 qui prévoyait expressément qu'elles devaient être partagées entre les enfants des chefs de famille métis. Le 1^{er} mars 1871, le Parlement a pris un décret déclarant que tous les Métis avaient le droit de participer au partage des 1,4 million d'acres de terres promis à l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*. Ce décret, qui aurait eu pour effet de créer un nombre accru de concessions, mais de superficie moindre, a été pris malgré les objections soulevées à la Chambre des communes par McDougall, alors ancien lieutenant-gouverneur de la Terre de Rupert. Le gouvernement fédéral a néanmoins commencé à planifier la formation de cantons, composés de lots de 140 acres, partageant ainsi les 1,4 million d'acres entre 10 000 bénéficiaires environ. Il s'agissait de la première répartition.

[34] In 1873, the federal government changed its position, and decided that only Métis children would be entitled to s. 31 grants. The government also decided that lands traditionally used for haying by the Red River settlers could not be used to satisfy the children's land grant, as was originally planned, requiring additional land to be set aside to constitute the 1.4 million acres. The 1873 decision was clearly the correct decision. The problem is that it took the government over three years to arrive at that position. This gave rise to the second allotment.

[35] In November 1873, the government of Sir John A. Macdonald was defeated and a new Liberal government formed in early 1874. The new government, without explanation, did not move forward on the allotments until early 1875. The Liberal government finally, after questions in Parliament about the delay and petitions from several parishes, appointed John Machar and Matthew Ryan to verify claimants entitled to the s. 31 grants. The process of verifying those entitled to grants commenced five years after the *Manitoba Act* was passed.

[36] The next set of problems concerned the Machar/Ryan Commission's estimate of the number of eligible Métis children. Though a census taken in 1870 estimated 7,000 Métis children, Machar and Ryan concluded the number was lower, at 5,088, which was eventually rounded up to 5,833 to allow for even 240-acre plots. This necessitated a third and final allotment, which began in 1876, but was not completed until 1880.

[37] While the allotment process lagged, speculators began acquiring the Métis children's yet-to-be granted interests in the s. 31 lands, aided by a range of legal devices. Initially, the Manitoba legislature moved to block sales of the children's interests to speculators, but, in 1877, it passed legislation

[34] En 1873, le gouvernement fédéral a changé d'idée et a décidé que seuls les enfants des Métis auraient droit aux concessions prévues à l'art. 31. Le gouvernement a également décidé que les terres que les colons de la rivière Rouge utilisaient habituellement pour la fenaison ne pouvaient faire partie des terres concédées aux enfants, contrairement à ce qui avait été prévu au départ, de sorte que d'autres terres ont dû être mises de côté afin d'atteindre la cible de 1,4 million d'acres. La décision de 1873 était manifestement la bonne. Malheureusement, le gouvernement a mis plus de trois ans à adopter cette position. On a alors procédé à la deuxième répartition.

[35] En novembre 1873, le gouvernement de Sir John A. Macdonald a été défait et un nouveau gouvernement libéral a été formé au début de l'année 1874. Sans que l'on sache pourquoi, le nouveau gouvernement n'a pris aucune mesure pour attribuer les terres avant le début de 1875. Pressé de questions au Parlement au sujet des retards, et sur requête de plusieurs paroisses, le gouvernement libéral a finalement confié à John Machar et Matthew Ryan la tâche de vérifier qui avait droit aux concessions prévues par l'art. 31. Ce processus de vérification de l'admissibilité aux concessions a commencé cinq ans après l'adoption de la *Loi sur le Manitoba*.

[36] Une deuxième série de problèmes avait trait à l'évaluation faite par la commission Machar/Ryan du nombre d'enfants des Métis admissibles. Malgré un recensement fait en 1870, qui estimait à 7 000 le nombre d'enfants des Métis, John Machar et Matthew Ryan ont conclu qu'il y en avait moins, soit 5 088, et ils ont finalement arrondi ce nombre à 5 833 pour obtenir des lots d'une superficie de 240 acres. Une troisième et dernière répartition a donc débuté en 1876, mais elle ne s'est pas terminée avant 1880.

[37] Alors que le processus de répartition traînait en longueur, des spéculateurs ont commencé à acquérir les intérêts des enfants des Métis qui ne leur avaient pas encore été concédés sur les terres visées à l'art. 31, utilisant à cette fin toute une série de mécanismes juridiques. Initialement,

authorizing sales of s. 31 interests once the child obtained the age of majority, whether or not the child had received his or her allotment, or even knew of its location. In 1878, Manitoba adopted further legislation which allowed children between 18 and 21 to sell their interests, so long as the transaction was approved by a judicial officer and the child's parents. Dr. Thomas Flanagan, an expert who testified at trial, found returns on judicial sales were the poorest of any type of s. 31 sale: C.A., at para. 152.

[38] Eventually, it became apparent that the Acting Agent of Dominion Lands, Donald Codd had underestimated the number of eligible Métis children — 993 more Métis children were entitled to land than Codd had counted on. In 1885, rather than start the allotment yet a fourth time, the Canadian government provided by Order in Council that the children for whom there was no land would be issued with \$240 worth of scrip redeemable for land. Fifteen years after the passage of the *Manitoba Act*, the process was finally complete.

[39] The position of the Métis in the Red River Settlement deteriorated in the decades following Manitoba's entry into Confederation. White settlers soon constituted a majority in the territory and the Métis community began to unravel. Many Métis sold their promised interests in land and moved further west. Those left amounted to a small remnant of the original community.

V. Issues

[40] The appellants seek numerous declarations, including: (1) in implementing the *Manitoba Act*, the federal Crown breached fiduciary obligations owed to the Métis; (2) the federal Crown failed to implement the *Manitoba Act* in a manner

l'Assemblée législative du Manitoba a pris des mesures pour empêcher la vente des droits des enfants à des spéculateurs. En 1877, elle a toutefois adopté une loi autorisant, une fois que l'enfant avait atteint l'âge de la majorité, la vente des intérêts que lui conférait l'art. 31, peu importe que l'enfant ait reçu ou non sa concession, ou même qu'il en connaisse l'emplacement. En 1878, le Manitoba a adopté une nouvelle loi autorisant les enfants de 18 à 21 ans à vendre leurs intérêts pourvu que la vente soit approuvée par un officier de justice et par les père et mère de l'enfant. M. Thomas Flanagan, un expert ayant témoigné au procès, a conclu que les ventes sous surveillance judiciaire étaient celles qui avaient rapporté le moins parmi tous les types de vente des intérêts conférés par l'art. 31 (C.A., par. 152).

[38] Il est finalement devenu évident que Donald Codd, agent des terres du Dominion par intérim, avait sous-estimé le nombre d'enfants des Métis admissibles — 993 enfants métis de plus avaient droit à des terres. En 1885, plutôt que de procéder à une quatrième répartition, le gouvernement canadien a prévu par décret que les enfants pour lesquels aucune terre n'était disponible recevraient un certificat d'une valeur de 240 \$, échangeable contre une terre. Quinze ans après l'adoption de la *Loi sur le Manitoba*, le processus était enfin terminé.

[39] La situation des Métis au sein de la colonie de la rivière Rouge s'est détériorée au cours des décennies qui ont suivi l'entrée du Manitoba dans la Confédération. Rapidement, les colons de race blanche ont constitué la majorité des habitants du territoire et la communauté métisse a commencé à s'effriter. De nombreux Métis ont aliéné les intérêts sur les terres qui leur avaient été promis et ont migré vers l'ouest. Ceux qui sont restés ne représentaient qu'une fraction de la communauté d'origine.

V. Les questions en litige

[40] Les appelants sollicitent un jugement déclarant notamment que : (1) dans sa mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba*, la Couronne fédérale a manqué à ses obligations fiduciaires envers les Métis; (2) dans sa mise en œuvre de la *Loi sur*

consistent with the honour of the Crown; and (3) certain legislation passed by Manitoba affecting the implementation of the *Manitoba Act* was *ultra vires*. These claims give rise to the following issues:

- A. Does the Manitoba Metis Federation have standing in the action?
- B. Is Canada in breach of a fiduciary duty to the Métis?
- C. Did Canada fail to comply with the honour of the Crown in the implementation of ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act*?
- D. Were the Manitoba statutes related to implementation unconstitutional?
- E. Is the claim for a declaration barred by limitations?
- F. Is the claim for a declaration barred by laches?

VI. Discussion

- A. *Does the Manitoba Metis Federation Have Standing in the Action?*

[41] Canada and Manitoba take no issue with the private interest standing of the individual appellants. However, they argue that the MMF has no private interest in the litigation and fails the established test for public interest standing on the third step of the test set out in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, as the individual plaintiffs clearly demonstrate another reasonable and effective manner for the case to be heard.

le Manitoba, la Couronne fédérale n'a pas agi en conformité avec l'honneur de la Couronne; (3) certaines lois touchant la mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba*, adoptées par le Manitoba, étaient *ultra vires*. Ces prétentions soulèvent les questions litigieuses suivantes :

- A. La Manitoba Metis Federation a-t-elle qualité pour agir dans l'action?
- B. Le Canada a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers les Métis?
- C. Le Canada a-t-il respecté le principe de l'honneur de la Couronne dans la mise en œuvre des art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba*?
- D. Les lois de mise en œuvre adoptées par le Manitoba étaient-elles inconstitutionnelles?
- E. La demande de jugement déclaratoire est-elle irrecevable par application des règles de la prescription?
- F. La demande de jugement déclaratoire est-elle irrecevable par application de la doctrine des laches?

VI. Analyse

- A. *La Manitoba Metis Federation a-t-elle qualité pour agir dans la présente action?*

[41] Le Canada et le Manitoba ne contestent aucunement que les appelants individuels ont qualité pour agir à titre personnel. Ils soutiennent toutefois que la MMF n'a aucun intérêt personnel dans le litige et qu'elle ne satisfait pas au troisième volet du test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public énoncé dans *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, étant donné que la participation des demandeurs individuels démontre de façon évidente qu'il existe une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

[42] The courts below denied the MMF public interest standing to bring this action. At trial, MacInnes J. found that the MMF would fail the third step of the test set out in *Canadian Council of Churches*, on the ground that the individual plaintiffs demonstrate another reasonable and effective manner for the case to be heard. The Court of Appeal declined to interfere with MacInnes J.'s discretionary standing ruling.

[43] The courts below did not have the benefit of this Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524. In that case, the Court rejected a strict approach to the third requirement for standing. The presence of other claimants does not necessarily preclude public interest standing; the question is whether this litigation is a reasonable and effective means to bring a challenge to court. The requirements for public interest standing should be addressed in a flexible and generous manner, and considered in light of the underlying purposes of setting limits on who has standing to bring an action before a court. Even if there are other plaintiffs with a direct interest in the issue, a court may consider whether the public interest plaintiff will bring any particularly useful or distinct perspective to the resolution of the issue at hand.

[44] As discussed below, the action advanced is not a series of claims for individual relief. It is rather a collective claim for declaratory relief for the purposes of reconciliation between the descendants of the Métis people of the Red River Valley and Canada. The *Manitoba Act* provided for individual entitlements, to be sure. But that does not negate the fact that the appellants advance a collective claim of the Métis people, based on a promise made to them in return for their agreement to recognize Canada's sovereignty over them. This collective claim merits allowing the body representing the collective Métis

[42] Les juridictions inférieures n'ont pas reconnu que la MMF avait qualité pour intenter l'action. Au procès, le juge MacInnes a conclu que la MMF ne satisfaisait pas au troisième volet du test énoncé dans *Conseil canadien des Églises*, parce que la participation des demandeurs individuels démontrait qu'il existait une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. La Cour d'appel a refusé d'intervenir dans la décision discrétionnaire du juge MacInnes au sujet de la qualité pour agir.

[43] Les juridictions inférieures ne disposaient pas de la décision de notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté l'application stricte de la troisième condition relative à la qualité pour agir. Le fait qu'il y ait d'autres demandeurs n'exclut pas nécessairement la qualité pour agir dans l'intérêt public; il s'agit de savoir si la présente instance constitue un moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Les conditions à remplir pour se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public doivent être appréciées de façon souple et libérale, au regard des objectifs sous-jacents des restrictions quant aux personnes à qui il convient de reconnaître la qualité pour intenter une action devant les tribunaux. Même en présence d'autres demandeurs ayant un intérêt direct dans le litige, il est permis au tribunal de se demander si le demandeur d'intérêt public offrira une perspective particulièrement utile ou distincte sur la question à trancher.

[44] Comme nous le verrons, l'action n'est pas constituée d'une série de demandes de réparations personnelles. Il s'agit plutôt d'une demande collective visant à obtenir un jugement déclaratoire à des fins de réconciliation entre les descendants des Métis de la vallée de la rivière Rouge et le Canada. Certes, la *Loi sur le Manitoba* établissait des droits individuels, mais il n'en demeure pas moins que les appelants ont présenté, au nom du peuple métis, une demande collective fondée sur une promesse qui leur a été faite en contrepartie de la reconnaissance par les Métis de la souveraineté du Canada. Cette

interest to come before the Court. We would grant the MMF standing.

[45] For convenience, from this point forward in these reasons, we will refer to both the individual plaintiffs and the MMF collectively as “the Métis”.

B. *Is Canada in Breach of a Fiduciary Duty to the Métis?*

(1) When a Fiduciary Duty May Arise

[46] The Métis say that Canada owed them a fiduciary duty to implement ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act* as their trustee. This duty, they say, arose out of their Aboriginal interest in lands in Manitoba, or directly from the promises made in ss. 31 and 32.

[47] Fiduciary duty is an equitable doctrine originating in trust. Generally speaking, a fiduciary is required to act in the best interests of the person on whose behalf he is acting, to avoid all conflicts of interest, and to strictly account for all property held or administered on behalf of that person. See *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at pp. 646-47.

[48] The relationship between the Métis and the Crown, viewed generally, is fiduciary in nature. However, not all dealings between parties in a fiduciary relationship are governed by fiduciary obligations.

[49] In the Aboriginal context, a fiduciary duty may arise as a result of the “Crown [assuming] discretionary control over specific Aboriginal interests”: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 18. The focus is on the particular interest that

demande collective justifie que la Cour autorise l’organisme représentant les droits collectifs des Métis à ester devant la Cour. Nous sommes d’avis de reconnaître que la MMF a qualité pour agir.

[45] Par souci de commodité, dans la suite des présents motifs, nous utiliserons l’expression « les Métis » pour désigner collectivement les demandeurs individuels et la MMF.

B. *Le Canada a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers les Métis?*

(1) Circonstances dans lesquelles une obligation fiduciaire peut exister

[46] Les Métis disent que le Canada avait à leur égard l’obligation fiduciaire de mettre en œuvre les art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba*, puisqu’il était leur fiduciaire. Selon eux, cette obligation découlait de leur intérêt autochtone sur les terres du Manitoba ou directement des promesses faites aux art. 31 et 32.

[47] L’obligation fiduciaire est une notion d’équité issue du droit des fiducies. En règle générale, le fiduciaire est tenu d’agir dans le meilleur intérêt de la personne pour le compte de laquelle il agit, d’éviter tout conflit d’intérêts et de rendre compte de façon rigoureuse des biens qu’il détient ou administre pour le compte de cette personne. Voir *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, p. 646-647.

[48] La relation entre les Métis et la Couronne est généralement considérée comme une relation de nature fiduciaire. Dans le cadre d’une relation de cette nature, ce ne sont toutefois pas tous les rapports entre les parties qui sont assujettis à une obligation fiduciaire.

[49] Dans le contexte autochtone, une obligation fiduciaire peut naître du fait que la « Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l’égard d’intérêts autochtones particuliers » (*Nation haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 18). Il est alors

is the subject matter of the dispute: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at para. 83. The content of the Crown's fiduciary duty towards Aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected: *Wewaykum*, at para. 86.

[50] A fiduciary duty may also arise from an undertaking, if the following conditions are met:

(1) an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interests of the alleged beneficiary or beneficiaries; (2) a defined person or class of persons vulnerable to a fiduciary's control (the beneficiary or beneficiaries); and (3) a legal or substantial practical interest of the beneficiary or beneficiaries that stands to be adversely affected by the alleged fiduciary's exercise of discretion or control.

(*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 36)

(2) Did the Métis Have a Specific Aboriginal Interest in the Land Giving Rise to a Fiduciary Duty?

[51] As discussed, the first way a fiduciary duty may arise is where the Crown administers lands or property in which Aboriginal peoples have an interest: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384. The duty arises if there is (1) a specific or cognizable Aboriginal interest, and (2) a Crown undertaking of discretionary control over that interest: *Wewaykum*, at paras. 79-83; *Haida Nation*, at para. 18.

[52] There is little dispute that the Crown undertook discretionary control of the administration of the land grants under ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act*, meeting the second requirement. The issue is whether the first condition is met — is there a “specific or cognizable Aboriginal interest”? The trial judge held that the Métis failed to establish a specific, cognizable interest in land. The Court of Appeal found it unnecessary to decide the point, in

nécessaire de s'attacher à l'intérêt particulier qui est l'objet du différend (*Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 83). Le contenu de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger (*Wewaykum*, par. 86).

[50] Une obligation fiduciaire peut également découler d'un engagement si les trois éléments suivants sont réunis :

(1) un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires; (2) l'existence d'une personne ou d'un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire (le bénéficiaire ou les bénéficiaires); et (3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires sur lequel l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable.

(*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 36)

(2) Les Métis avaient-ils sur les terres un intérêt autochtone particulier ayant fait naître une obligation fiduciaire?

[51] Comme nous l'avons vu, la première façon dont une obligation fiduciaire peut prendre naissance est le fait que la Couronne administre des terres ou des biens sur lesquels les Autochtones ont un intérêt (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 384). L'obligation prend naissance (1) s'il existe un intérêt autochtone particulier ou identifiable, et (2) si la Couronne exerce un pouvoir discrétionnaire à l'égard de cet intérêt (*Wewaykum*, par. 79-83; *Nation haïda*, par. 18).

[52] Il n'est guère contesté que la Couronne a rempli la deuxième condition en assumant le contrôle discrétionnaire de l'administration des concessions de terres prévues aux art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba*. Il s'agit de savoir si la première condition est remplie — existe-t-il un « intérêt autochtone particulier ou identifiable »? Le juge du procès a conclu que les Métis n'avaient pas prouvé qu'ils avaient un intérêt particulier ou

view of its conclusion that in any event, no breach was established.

[53] The fact that the Métis are Aboriginal and had an interest in the land is not sufficient to establish an Aboriginal interest in land. The interest (title or some other interest) must be distinctly Aboriginal; it must be a communal Aboriginal interest in the land that is integral to the nature of the Métis distinctive community and their relationship to the land: see *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, at para. 37. The key issue is thus whether the Métis *as a collective* had a specific or cognizable *Aboriginal* interest in the ss. 31 or 32 land.

[54] The Métis argue that s. 31 of the *Manitoba Act* confirms that they held a pre-existing specific Aboriginal interest in the land designated by s. 31. Section 31 states that the land grants were directed “*towards the extinguishment of the Indian Title to the lands in the Province*”, and that the land grant was for “*the benefit of the families of the half-breed residents*”. This language, the Métis argue, acknowledges that the Métis gave the Crown control over their homeland in the Red River Settlement in exchange for a number of provisions in the *Manitoba Act*, a constitutional document. The Métis say speeches in the House of Commons by the framers of the *Manitoba Act*, Prime Minister Macdonald and George-Étienne Cartier, confirm that the purpose of s. 31 was to extinguish the “Indian Title” of the Métis. The Métis urge that the *Manitoba Act* must be read broadly in light of its purpose of bringing Manitoba peaceably into Confederation and assuring a future for the Métis as landholders and settlers in the new province: see *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236, at para. 17.

[55] Canada replies that s. 31 does not establish pre-existing Aboriginal interest in land. It was an

identifiable sur les terres. La Cour d’appel n’a pas jugé nécessaire de trancher la question, vu sa conclusion que, de toute façon, aucun manquement n’avait été établi.

[53] Le fait que les Métis soient des Autochtones et qu’ils aient un intérêt sur les terres ne suffit pas à établir l’existence d’un intérêt autochtone sur les terres. L’intérêt (qu’il s’agisse d’un titre ou de tout autre droit) en question doit être distinctement autochtone; il doit s’agir d’un intérêt autochtone collectif sur les terres qui fait partie intégrante du mode de vie distinctif des Métis et de leurs rapports avec le territoire : voir *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, par. 37. La principale question à trancher est donc celle de savoir si, *en tant que collectivité*, les Métis avaient un intérêt *autochtone* particulier ou identifiable sur les terres visées aux art. 31 ou 32.

[54] Les Métis plaident que l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* confirme qu’ils détenaient un intérêt autochtone préexistant particulier sur les terres visées à l’art. 31. Selon l’art. 31, les concessions visaient à « *éteindre les titres des Indiens aux terres de la province* » et le partage des concessions devait se faire « *au bénéfice des familles des Métis résidents* ». Les Métis prétendent que ces termes confirment qu’ils ont cédé à la Couronne le contrôle de leur terre natale dans la colonie de la rivière Rouge en contrepartie d’un certain nombre de dispositions dans la *Loi sur le Manitoba*, qui est un document constitutionnel. Ils soutiennent que les discours prononcés à la Chambre des communes par les rédacteurs de la *Loi sur le Manitoba*, le premier ministre Macdonald et George-Étienne Cartier confirment que l’objectif de l’art. 31 était d’éteindre les « titres des Indiens » des Métis. Ils demandent que la *Loi sur le Manitoba* reçoive une interprétation libérale qui tienne compte du fait qu’elle visait à permettre l’entrée pacifique du Manitoba dans la Confédération et à assurer aux Métis un avenir en tant que propriétaires fonciers et colonisateurs dans la nouvelle province : voir *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 17.

[55] Le Canada rétorque que l’art. 31 n’établit pas un intérêt autochtone préexistant sur les terres.

instrument directed at settling grievances, and the reference to “Indian Title” does not establish that such title actually existed. It was up to the Métis to prove that they held an Aboriginal interest in land prior to the *Manitoba Act*, and they have not done so, Canada argues. Canada acknowledges that individual Métis people held individual parcels of land, but it denies that they held the collective Aboriginal interest necessary to give rise to a fiduciary duty.

[56] The trial judge’s findings are fatal to the Métis’ argument. He found as a fact that the Métis used and held land individually, rather than communally, and permitted alienation. He found no evidence that the Métis asserted they held Indian title when British leaders purported to extinguish Indian title, first in the Settlement belt and then throughout the province. He found that the Red River Métis were descended from many different bands. While individual Métis held interests in land, those interests arose from their personal history, not their shared Métis identity. Indeed the trial judge concluded Métis ownership practices were incompatible with the claimed Aboriginal interest in land.

[57] The Métis argue that the trial judge and the Court of Appeal erred in going behind the language of s. 31 and demanding proof of a collective Aboriginal interest in land. They assert that Aboriginal title was historically uncertain, and that the Crown’s practice was to accept that any organized Aboriginal group had title and to extinguish that title by treaty, or in this case, s. 31 of the *Manitoba Act*.

[58] Even if this was the Crown’s practice (a doubtful assumption in the absence of supporting evidence), it does not establish that the Métis held either Aboriginal title or some other Aboriginal interest in specific lands as a group. An Aboriginal interest in land giving rise to a fiduciary duty cannot be established by treaty, or, by extension,

À son avis, il s’agissait d’un instrument destiné à répondre aux griefs des Métis, et l’allusion aux « titres des Indiens » ne permet pas de conclure à l’existence de ces titres. Il appartenait aux Métis de prouver qu’ils détenaient un intérêt autochtone sur les terres avant l’adoption de la *Loi sur le Manitoba*, ce qu’ils n’ont pas réussi à faire selon lui. Le Canada admet que certains Métis détenaient individuellement des parcelles de terre, mais il nie qu’ils détenaient l’intérêt autochtone collectif requis pour engendrer une obligation fiduciaire.

[56] Les conclusions de fait du juge du procès sont fatales pour l’argument des Métis. En effet, le juge a conclu que les Métis détenaient et utilisaient des terres individuellement, plutôt que collectivement, et qu’ils en permettaient l’aliénation. Selon lui, rien ne permettait de conclure que les Métis affirmaient détenir un « titre des Indiens » lorsque les dirigeants britanniques ont voulu éteindre ces titres d’abord dans la zone de colonisation, puis dans toute la province. Il a conclu que les Métis de la rivière Rouge étaient issus de plusieurs bandes. Si certains d’entre eux détenaient des intérêts sur les terres, ces intérêts étaient liés à leur histoire personnelle, et non à leur identité métisse distinctive commune. D’ailleurs, le juge du procès a conclu que les pratiques des Métis en matière de propriété étaient incompatibles avec l’intérêt autochtone revendiqué à l’égard des terres.

[57] Les Métis soutiennent que le juge du procès et la Cour d’appel ont commis une erreur en allant au-delà du libellé de l’art. 31 et en exigeant la preuve d’un intérêt autochtone collectif sur les terres. Ils font valoir que la notion de titre ancestral a toujours été incertaine et que la pratique de la Couronne était de reconnaître que tout groupe autochtone organisé avait un titre et d’éteindre ce titre par traité ou, comme en l’espèce, par l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*.

[58] Même si c’était là la façon de faire de la Couronne (une hypothèse douteuse en l’absence de preuve à l’appui), elle ne permet pas d’établir que les Métis détenaient, en tant que groupe, un titre ancestral ou tout autre intérêt autochtone sur des terres en particulier. L’existence d’un intérêt autochtone donnant naissance à une obligation

legislation. Rather, it is predicated on historic use and occupation. As Dickson J. stated in *Guerin*:

The “political trust” cases concerned essentially the distribution of public funds or other property held by the government. In each case the party claiming to be beneficiary under a trust depended entirely on statute, ordinance or treaty as the basis for its claim to an interest in the funds in question. The situation of the Indians is entirely different. Their interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the Indian Act, or by any other executive or legislative provision. [Emphasis added; p. 379.]

[59] In summary, the words of s. 31 do not establish pre-existing communal Aboriginal title held by the Métis. Nor does the evidence: the trial judge’s findings of fact that the Métis had no communal Aboriginal interest in land are fatal to this contention. It follows that the argument that Canada was under a fiduciary duty in administering the children’s land because the Métis held an Aboriginal interest in the land must fail. The same reasoning applies to s. 32 of the *Manitoba Act*.

(3) Did the Crown Undertake to Act in the Best Interests of the Métis, Giving Rise to a Fiduciary Duty?

[60] This leaves the question of whether a fiduciary duty is established on the basis of an undertaking by the Crown. To recap, this requires:

- (1) an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interests of the alleged beneficiary or beneficiaries;
- (2) a defined person or class of persons vulnerable to a fiduciary’s control (the beneficiary or beneficiaries); and
- (3) a legal or substantial practical interest of the beneficiary or beneficiaries that stands to be adversely

fiduciaire ne saurait être établie par un traité ou, par extension, par une loi. Un droit ancestral repose plutôt sur l’usage et l’occupation historiques. Comme l’a dit le juge Dickson dans l’arrêt *Guerin* :

La jurisprudence en matière de « fiducies politiques » porte essentiellement sur la distribution de deniers publics ou d’autres biens détenus par le gouvernement. Dans chaque cas, la partie qui revendiquait le statut de bénéficiaire d’une fiducie s’appuyait entièrement sur une loi, une ordonnance ou un traité pour réclamer un droit sur les deniers en question. La situation des Indiens est tout à fait différente. Le droit qu’ils ont sur leurs terres est un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n’a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif. [Nous soulignons; p. 379.]

[59] En somme, les termes utilisés à l’art. 31 n’établissent pas que les Métis détenaient un titre ancestral collectif préexistant, pas plus d’ailleurs que les éléments de preuve présentés. Les conclusions de fait tirées par le juge du procès suivant lesquelles les Métis n’avaient pas d’intérêt autochtone collectif sur les terres sont fatales pour cet argument. En conséquence, la prétention que le Canada était tenu à une obligation fiduciaire en gérant les terres des enfants parce que les Métis possédaient un intérêt autochtone sur ces terres doit être rejetée. Le même raisonnement s’applique à l’art. 32 de la *Loi sur le Manitoba*.

(3) La Couronne a-t-elle pris l’engagement d’agir au mieux des intérêts des Métis, ce qui donnerait naissance à une obligation fiduciaire?

[60] Il reste à déterminer si l’on peut conclure à l’existence d’une obligation fiduciaire en raison d’un engagement pris par la Couronne. En résumé, voici les conditions requises pour répondre par l’affirmative :

- (1) un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires;
- (2) l’existence d’une personne ou d’un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire (le bénéficiaire ou les bénéficiaires); et
- (3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire

affected by the alleged fiduciary's exercise of discretion or control.

(*Elder Advocates*, at para. 36)

[61] The first question is whether an undertaking has been established. In order to elevate the Crown's obligations to a fiduciary level, the power retained by the Crown must be coupled with an undertaking of loyalty to act in the beneficiaries' best interests in the nature of a private law duty: *Guerin*, at pp. 383-84. In addition, "[t]he party asserting the duty must be able to point to a forsaking by the alleged fiduciary of the interests of all others in favour of those of the beneficiary, in relation to the specific legal interest at stake": *Elder Advocates*, at para. 31.

[62] While s. 31 shows an intention to benefit the Métis children, it does not demonstrate an undertaking to act in their best interests, in priority to other legitimate concerns, such as ensuring land was available for the construction of the railway and opening Manitoba for broader settlement. Indeed, the discretion conferred by s. 31 to determine "such mode and on such conditions as to settlement and otherwise" belies a duty of loyalty and an intention to act in the best interests of the beneficiary, forsaking all other interests.

[63] Nor did s. 32 constitute an undertaking on the part of the Crown to act as a fiduciary in settling the titles of the Métis landholders. It confirmed the continuance of different categories of landholdings in existence shortly before or at the creation of the new province (C.A., at paras. 673 and 717), and applied to all landholders (C.A., at para. 717; see also paras. 674 and 677).

ou des bénéficiaires sur lequel l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable.

(*Elder Advocates*, par. 36)

[61] Il s'agit en premier lieu de déterminer si un engagement a été établi. Pour que les obligations de la Couronne acquièrent le statut d'obligations fiduciaires, le pouvoir assumé par la Couronne doit être assorti d'un engagement à agir avec loyauté au mieux des intérêts des bénéficiaires, qui est de la nature d'une obligation de droit privé (*Guerin*, p. 383-384). De plus, « [l]a partie invoquant l'obligation doit pouvoir démontrer que, relativement à l'intérêt juridique particulier en jeu, le fiduciaire a renoncé aux intérêts de toutes les autres parties en faveur de ceux du bénéficiaire » (*Elder Advocates*, par. 31).

[62] Bien que l'art. 31 révèle une intention de procurer un avantage aux enfants des Métis, il ne démontre l'existence d'aucun engagement à agir au mieux de leurs intérêts, qui aurait préséance sur toute autre préoccupation légitime — telle que la préoccupation de disposer des terres nécessaires pour la construction d'un chemin de fer et celle d'ouvrir davantage le Manitoba à la colonisation. De fait, le pouvoir discrétionnaire de déterminer « le mode et [les] conditions d'établissement et autres conditions » conféré par l'art. 31 est incompatible avec l'obligation de loyauté et l'intention d'agir au mieux des intérêts du bénéficiaire en renonçant à tous les autres intérêts.

[63] L'article 32 ne constituait pas non plus un engagement de la part de la Couronne à agir en qualité de fiduciaire en établissant les titres des Métis sur les terres qu'ils détenaient. Il confirmait le maintien des divers modes de tenure qui existaient au moment de la création de la nouvelle province, ou peu avant (C.A., par. 673 et 717), et s'appliquait à tous les propriétaires (C.A., par. 717; voir aussi par. 674 et 677).

(4) Conclusion on Fiduciary Duty

[64] We conclude that Canada did not owe a fiduciary duty to the Métis in implementing ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act*.

C. *Did Canada Fail to Comply With the Honour of the Crown in the Implementation of Sections 31 and 32 of the Manitoba Act?*

(1) The Principle of the Honour of the Crown

[65] The appellants argue that Canada breached a duty owed to the Métis based on the honour of the Crown. The phrase “honour of the Crown” refers to the principle that servants of the Crown must conduct themselves with honour when acting on behalf of the sovereign.

[66] The honour of the Crown arises “from the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people”: *Haida Nation*, at para. 32. In Aboriginal law, the honour of the Crown goes back to the *Royal Proclamation* of 1763, which made reference to “the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection”: see *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 42. This “Protection”, though, did not arise from a paternalistic desire to protect the Aboriginal peoples; rather, it was a recognition of their strength. Nor is the honour of the Crown a paternalistic concept. The comments of Brian Slattery with respect to fiduciary duty resonate here:

The sources of the general fiduciary duty do not lie, then, in a paternalistic concern to protect a “weaker” or “primitive” people, as has sometimes been suggested, but rather in the necessity of persuading native peoples, at a time when they still had considerable military capacities,

(4) Conclusion relativement à l’obligation fiduciaire

[64] Nous sommes d’avis que le Canada n’était pas tenu à une obligation fiduciaire envers les Métis dans la mise en œuvre des art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba*.

C. *Le Canada a-t-il respecté le principe de l’honneur de la Couronne dans la mise en œuvre des art. 31 et 32 de la Loi sur le Manitoba?*

(1) Le principe de l’honneur de la Couronne

[65] Les appelants soutiennent que le Canada a manqué à une obligation fondée sur l’honneur de la Couronne qui lui incombait envers les Métis. L’expression « honneur de la Couronne » renvoie au principe que les fonctionnaires de la Couronne doivent se comporter honorablement lorsqu’ils agissent au nom du souverain.

[66] L’obligation de la Couronne de se conduire honorablement tire son origine « de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et [de] l’exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l’autorité de ce peuple » (*Nation haïda*, par. 32). En droit des Autochtones, le principe de l’honneur de la Couronne remonte à la *Proclamation royale* de 1763, qui renvoie aux « nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection » : voir *Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 42. Cette « protection », toutefois, ne procédait pas d’un désir paternaliste de protéger les peuples autochtones; elle traduisait plutôt une reconnaissance de leur force. L’honneur de la Couronne n’est pas non plus un concept paternaliste. Les commentaires de Brian Slattery à propos de l’obligation fiduciaire vont dans le même sens :

[TRADUCTION] L’obligation fiduciaire générale ne tire donc pas ses origines d’un souci paternaliste de protéger un peuple « primitif » ou « plus faible », comme on l’a parfois laissé entendre, mais plutôt de la nécessité de convaincre des peuples autochtones, à une époque où ils

that their rights would be better protected by reliance on the Crown than by self-help.

(“Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753)

The ultimate purpose of the honour of the Crown is the reconciliation of pre-existing Aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty. As stated in *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24:

The duty of honour derives from the Crown’s assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. It has been enshrined in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, which recognizes and affirms existing Aboriginal rights and titles. Section 35(1) has, as one of its purposes, negotiation of just settlement of Aboriginal claims. In all its dealings with Aboriginal peoples, the Crown must act honourably, in accordance with its historical and future relationship with the Aboriginal peoples in question.

[67] The honour of the Crown thus recognizes the impact of the “superimposition of European laws and customs” on pre-existing Aboriginal societies: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 248, *per* McLachlin J., dissenting. Aboriginal peoples were here first, and they were never conquered (*Haida Nation*, at para. 25); yet, they became subject to a legal system that they did not share. Historical treaties were framed in that unfamiliar legal system, and negotiated and drafted in a foreign language: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 52; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 142-43, *per* La Forest J. The honour of the Crown characterizes the “special relationship” that arises out of this colonial practice: *Little Salmon*, at para. 62. As explained by Brian Slattery:

. . . when the Crown claimed sovereignty over Canadian territories and ultimately gained factual control

avaient encore un potentiel militaire considérable, que l’État protégerait mieux leurs droits qu’ils ne sauraient le faire eux-mêmes.

(« Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 753)

L’objectif fondamental du principe de l’honneur de la Couronne est la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne. Comme il est dit dans l’arrêt *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24 :

L’obligation d’agir honorablement découle de l’affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l’occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. Ce principe a été consacré au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît et confirme les droits et titres ancestraux existants des peuples autochtones. Un des objectifs visés par le par. 35(1) est la négociation de règlements équitables des revendications autochtones. Dans toutes ses négociations avec les Autochtones, la Couronne doit agir honorablement, dans le respect de ses relations passées et futures avec le peuple autochtone concerné.

[67] Le principe de l’honneur de la Couronne reconnaît ainsi les effets, sur les sociétés autochtones préexistantes, de la surimposition des lois et coutumes européennes (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 248, la juge McLachlin, dissidente). Les peuples autochtones vivaient ici avant les Européens et ils n’ont jamais été conquis (*Nation haïda*, par. 25); ils ont néanmoins été assujettis à un système juridique qu’ils ne partageaient pas. Les traités historiques ont été élaborés dans ce cadre juridique étranger, en plus d’être négociés et rédigés dans une langue étrangère (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 52; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 142-143, le juge La Forest). L’honneur de la Couronne vient caractériser la « relation spéciale » qui découle de cette pratique coloniale (*Little Salmon*, par. 62). Comme l’a expliqué Brian Slattery :

[TRADUCTION] . . . lorsque la Couronne a revendiqué la souveraineté sur les territoires canadiens et fini par

over them, it did so in the face of pre-existing Aboriginal sovereignty and territorial rights. The tension between these conflicting claims gave rise to a special relationship between the Crown and Aboriginal peoples, which requires the Crown to deal honourably with Aboriginal peoples.

(“Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 436)

(2) When Is the Honour of the Crown Engaged?

[68] The honour of the Crown imposes a heavy obligation, and not all interactions between the Crown and Aboriginal people engage it. In the past, it has been found to be engaged in situations involving reconciliation of Aboriginal rights with Crown sovereignty. As stated in *Badger*:

. . . the honour of the Crown is always at stake in its dealing with Indian people. Interpretations of treaties and statutory provisions which have an impact upon treaty or aboriginal rights must be approached in a manner which maintains the integrity of the Crown. [para. 41]

[69] This Court has also recognized that the honour of the Crown is engaged by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, the Court found that s. 35(1) restrains the legislative power in s. 91(24), in accordance with the “high standard of honourable dealing”: p. 1109. In *Haida Nation*, this Court explained that “[i]t is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees”: para. 20. Because of its connection with s. 35, the honour of the Crown has been called a “constitutional principle”: *Little Salmon*, at para. 42.

[70] The application of these precedents to this case indicates that the honour of the Crown is also engaged by an explicit obligation to an Aboriginal group that is enshrined in the Constitution. The

exercer sur eux un contrôle de fait, elle l’a fait en dépit de la souveraineté et des droits territoriaux préexistants des Autochtones. La tension entre ces revendications contradictoires a donné naissance à une relation spéciale entre la Couronne et les peuples autochtones, d’où l’obligation pour la Couronne d’agir honorablement envers eux.

(« Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 436)

(2) Quand l’honneur de la Couronne est-il engagé?

[68] L’honneur de la Couronne impose une lourde obligation et n’entre pas en jeu dans toutes les interactions entre la Couronne et les peuples autochtones. Dans le passé, il a été reconnu que l’honneur de la Couronne est engagé lorsqu’il s’agit de concilier les droits ancestraux et la souveraineté de la Couronne. Comme la Cour l’a dit dans l’arrêt *Badger* :

. . . l’honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu’elle transige avec les Indiens. Les traités et les dispositions législatives qui ont une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l’intégrité de la Couronne. [par. 41]

[69] Notre Cour a également reconnu que l’honneur de la Couronne est engagé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour a conclu que le par. 35(1) limite le pouvoir législatif conféré par le par. 91(24), dans le respect d’une « norme élevée — celle d’agir honorablement » (p. 1109). Dans *Nation haïda*, notre Cour a expliqué que « [l]’article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu’il s’agit de définir les droits garantis par celui-ci » (par. 20). En raison de son lien avec l’art. 35, l’honneur de la Couronne a été qualifié de « principe constitutionnel » (*Little Salmon*, par. 42).

[70] L’application de ces précédents au présent dossier indique que l’honneur de la Couronne est également engagé par une obligation explicite envers un groupe autochtone qui est consacrée

Constitution is not a mere statute; it is the very document by which the “Crow[n] assert[ed] its sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation”: *Taku River*, at para. 24. See also *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9. It is at the root of the honour of the Crown, and an explicit obligation to an Aboriginal group placed therein engages the honour of the Crown at its core. As stated in *Haida Nation*, “[i]n all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act honourably”: para. 17 (emphasis added).

[71] An analogy may be drawn between such a constitutional obligation and a treaty promise. An “intention to create obligations” and a “certain measure of solemnity” should attach to both: *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1044; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at paras. 24-25. Moreover, both types of promises are made for the overarching purpose of reconciling Aboriginal interests with the Crown’s sovereignty. Constitutional obligations may even be arrived at after a course of consultation similar to treaty negotiation.

[72] The last element under this rubric is that the obligation must be explicitly owed to an Aboriginal group. The honour of the Crown will not be engaged by a constitutional obligation in which Aboriginal peoples simply have a strong interest. Nor will it be engaged by a constitutional obligation owed to a group partially composed of Aboriginal peoples. Aboriginal peoples are part of Canada, and they do not have special status with respect to constitutional obligations owed to Canadians as a whole. But a constitutional obligation explicitly directed at an Aboriginal group invokes its “special relationship” with the Crown: *Little Salmon*, at para. 62.

par la Constitution. La Constitution n’est pas une simple loi; c’est le document même par lequel la Couronne a affirmé « [s]a souveraineté [. . .] face à l’occupation antérieure des terres par les peuples autochtones » : *Taku River*, par. 24. Voir aussi *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9. L’honneur de la Couronne prend sa source dans la Constitution, et une obligation explicite incluse dans la Constitution engage fondamentalement l’honneur de la Couronne. Comme la Cour l’a dit dans *Nation haïda*, « [d]ans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu’il s’agisse de l’affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités, la Couronne doit agir honorablement » : par. 17 (nous soulignons).

[71] Il est possible d’établir une analogie entre une telle obligation constitutionnelle et une promesse faite par traité. Une « intention de créer des obligations » et un « certain élément de solennité » devraient s’attacher autant à l’une qu’à l’autre (*R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1044; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24-25). Qui plus est, ces deux sortes de promesses sont faites essentiellement dans le but de concilier les intérêts autochtones et la souveraineté de la Couronne. On peut même conclure à l’existence d’obligations constitutionnelles à l’issue d’une consultation s’apparentant à la négociation d’un traité.

[72] Enfin, il doit être explicite que le créancier de l’obligation est un groupe autochtone. L’honneur de la Couronne ne saurait être engagé par une obligation constitutionnelle ayant simplement une grande importance pour les peuples autochtones. Il ne saurait non plus être engagé par une obligation constitutionnelle de la Couronne à l’égard d’un groupe composé partiellement d’Autochtones. Les Autochtones font partie du Canada et ne jouissent pas d’un statut particulier pour ce qui est des obligations constitutionnelles imposées à l’égard de l’ensemble des Canadiens. Cependant, l’obligation constitutionnelle qui vise explicitement un groupe autochtone s’appuie sur la « relation spéciale » de ce groupe avec la Couronne : *Little Salmon*, par. 62.

(3) What Duties Are Imposed by the Honour of the Crown?

[73] The honour of the Crown “is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices” and “gives rise to different duties in different circumstances”: *Haida Nation*, at paras. 16 and 18. It is not a cause of action itself; rather, it speaks to *how* obligations that attract it must be fulfilled. Thus far, the honour of the Crown has been applied in at least four situations:

- (1) The honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty when the Crown assumes discretionary control over a specific Aboriginal interest (*Wewaykum*, at paras. 79 and 81; *Haida Nation*, at para. 18);
- (2) The honour of the Crown informs the purposive interpretation of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and gives rise to a duty to consult when the Crown contemplates an action that will affect a claimed but as of yet unproven Aboriginal interest: *Haida Nation*, at para. 25;
- (3) The honour of the Crown governs treaty-making and implementation: *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at p. 512, *per* Gwynne J., dissenting; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 51, leading to requirements such as honourable negotiation and the avoidance of the appearance of sharp dealing (*Badger*, at para. 41); and
- (4) The honour of the Crown requires the Crown to act in a way that accomplishes the intended purposes of treaty and statutory grants to Aboriginal peoples: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 43, referring to *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark* (1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R.

(3) Quelles sont les obligations imposées par l'honneur de la Couronne?

[73] L'honneur de la Couronne n'est « pas simplement [. . .] une belle formule, mais [. . .] un précepte fondamental qui peut s'appliquer dans des situations concrètes », et il « fait naître différentes obligations selon les circonstances » (*Nation haïda*, par. 16 et 18). Il ne s'agit pas d'une cause d'action en soi, mais d'un principe qui a trait aux *modalités* d'exécution des obligations dont il emporte l'application. Jusqu'à ce jour, le principe de l'honneur de la Couronne a été appliqué dans au moins quatre cas :

- (1) Le principe de l'honneur de la Couronne fait naître une obligation fiduciaire lorsque la Couronne assume des pouvoirs discretionnaires à l'égard d'un intérêt autochtone particulier (*Wewaykum*, par. 79 et 81; *Nation haïda*, par. 18);
- (2) Le principe de l'honneur de la Couronne guide l'interprétation téléologique de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et fait naître une obligation de consultation lorsque la Couronne envisage des mesures qui auront une incidence sur un intérêt autochtone revendiqué, mais non encore établi (*Nation haïda*, par. 25);
- (3) Le principe de l'honneur de la Couronne régit la conclusion des traités et leur mise en œuvre (*Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 512, le juge Gwynne, dissident; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 51), et commande le respect d'exigences telles que s'en tenir à une négociation honnête et éviter l'apparence de manœuvres malhonnêtes (*Badger*, par. 41);
- (4) Le principe de l'honneur de la Couronne exige qu'elle agisse de manière à ce que les traités conclus avec les Autochtones et les concessions prévues par la loi en leur faveur atteignent leur but (*R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 43, citant les arrêts *The Case of The Churchwardens of St. Saviour in Southwark*

1025, and *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Mikisew Cree First Nation*, at para. 51; *Badger*, at para. 47.

[74] Thus, the duty that flows from the honour of the Crown varies with the situation in which it is engaged. What constitutes honourable conduct will vary with the circumstances.

[75] By application of the precedents and principles governing this honourable conduct, we find that when the issue is the implementation of a constitutional obligation to an Aboriginal people, the honour of the Crown requires that the Crown: (1) takes a broad purposive approach to the interpretation of the promise; and (2) acts diligently to fulfill it.

[76] The first branch, purposive interpretation of the obligation, has long been recognized as flowing from the honour of the Crown. In the constitutional context, this Court has recognized that the honour of the Crown demands that s. 35(1) be interpreted in a generous manner, consistent with its intended purpose. Thus, in *Haida Nation*, it was held that, unless the recognition and affirmation of Aboriginal rights in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* extended to yet unproven rights to land, s. 35 could not fulfill its purpose of honourable reconciliation: para. 27. The Court wrote, at para. 33, “When the distant goal of proof is finally reached, the Aboriginal peoples may find their land and resources changed and denuded. This is not reconciliation. Nor is it honourable.” A purposive approach to interpretation informed by the honour of the Crown applies no less to treaty obligations. For example, in *Marshall*, Binnie J. rejected a proposed treaty interpretation on the grounds that it was not “consistent with the honour and integrity of the Crown. . . . The trade arrangement must be interpreted in a manner which gives meaning and substance to the promises made by the Crown”: para. 52.

(1613), 10 Co. Rep. 66b, 77 E.R. 1025, et *Roger Earl of Rutland's Case* (1608), 8 Co. Rep. 55a, 77 E.R. 555; *Première nation crie Mikisew*, par. 51; *Badger*, par. 47).

[74] Ainsi, l'obligation découlant du principe de l'honneur de la Couronne varie en fonction de la situation. Ce en quoi consiste un comportement honorable variera selon les circonstances.

[75] En appliquant les précédents et les principes qui encadrent le comportement honorable, nous estimons que, lorsqu'il est question de la mise en œuvre d'une obligation constitutionnelle envers un peuple autochtone, le principe de l'honneur de la Couronne oblige la Couronne : (1) à adopter une approche libérale et téléologique dans l'interprétation de la promesse; (2) à agir avec diligence pour s'acquitter de la promesse.

[76] Le premier volet, une interprétation téléologique de l'obligation, est reconnu depuis longtemps comme une exigence liée à l'honneur de la Couronne. Dans le contexte constitutionnel, notre Cour a reconnu que l'honneur de la Couronne exige que le par. 35(1) soit interprété de façon libérale, en accord avec son objet. Ainsi, dans *Nation haïda*, la Cour a conclu qu'à moins que la reconnaissance et l'affirmation des droits ancestraux à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'étendent aux revendications de droits non encore prouvés sur des terres, l'art. 35 ne pouvait remplir son objectif de conciliation honorable (par. 27). Au paragraphe 33, la Cour mentionne qu'« il est possible que, lorsque les Autochtones parviennent finalement à établir le bien-fondé de leur revendication, ils trouvent leurs terres changées et leurs ressources épuisées. Ce n'est pas de la conciliation, ni un comportement honorable. » La méthode d'interprétation téléologique guidée par le principe de l'honneur de la Couronne s'applique tout autant aux obligations issues d'un traité. Par exemple, dans l'arrêt *Marshall*, le juge Binnie a rejeté l'interprétation proposée d'un traité au motif qu'elle était « incompatible avec l'honneur et l'intégrité de la Couronne [. . .] L'arrangement commercial doit être interprété de manière à donner sens et substance aux promesses faites par la Couronne » (par. 52).

[77] This jurisprudence illustrates that an honourable interpretation of an obligation cannot be a legalistic one that divorces the words from their purpose. Thus, the honour of the Crown demands that constitutional obligations to Aboriginal peoples be given a broad, purposive interpretation.

[78] Second, the honour of the Crown requires it to act diligently in pursuit of its solemn obligations and the honourable reconciliation of Crown and Aboriginal interests.

[79] This duty has arisen largely in the treaty context, where the Crown's honour is pledged to diligently carrying out its promises: *Mikisew Cree First Nation*, at para. 51; *Little Salmon*, at para. 12; see also *Haida Nation*, at para. 19. In its most basic iteration, the law assumes that the Crown always intends to fulfill its solemn promises, including constitutional obligations: *Badger*; *Haida Nation*, at para. 20. At a minimum, sharp dealing is not permitted: *Badger*. Or, as this Court put it in *Mikisew Cree First Nation*, "the honour of the Crown [is] pledged to the fulfilment of its obligations to the Indians": para. 51. But the duty goes further: if the honour of the Crown is pledged to the fulfilment of its obligations, it follows then that the honour of the Crown requires the Crown to endeavour to ensure its obligations are fulfilled. Thus, in review proceedings under the *James Bay and Northern Québec Agreement*, the participants are expected to "carry out their work with due diligence": *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, at para. 23. As stated by Binnie J. in *Little Salmon*, at para. 12, "It is up to the parties, when treaty issues arise, to act diligently to advance their respective interests. Good government requires that decisions be taken in a timely way." This duty applies whether the obligation arises in a treaty, as in the precedents outlined above, or in the Constitution, as here.

[77] Cette jurisprudence démontre qu'une interprétation fondée sur l'honneur attribuée à une obligation ne saurait être une interprétation formaliste qui dissocie les mots de leur objet. Ainsi, l'honneur de la Couronne exige que les obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones reçoivent une interprétation libérale, téléologique.

[78] Deuxièmement, l'honneur de la Couronne commande qu'elle agisse avec diligence dans l'exécution de ses obligations solennelles et la conciliation de ses intérêts avec ceux des Autochtones.

[79] Cette obligation a surgi principalement dans le contexte des traités, où l'honneur de la Couronne garantit l'exécution diligente de ses promesses : *Première nation crie Mikisew*, par. 51; *Little Salmon*, par. 12; voir aussi *Nation haïda*, par. 19. Dans son expression la plus fondamentale, le droit tient pour acquis que la Couronne entend toujours respecter ses promesses solennelles, notamment ses obligations constitutionnelles (*Badger*; *Nation haïda*, par. 20). À tout le moins, les manœuvres malhonnêtes ne sont pas tolérées (*Badger*). Ou, comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew*, « l'honneur de la Couronne garanti[t] l'exécution de ses obligations envers les Indiens » (par. 51). Toutefois, cette obligation va plus loin : si l'honneur de la Couronne garantit l'exécution de ses obligations, il s'ensuit que l'honneur de la Couronne exige qu'elle prenne des mesures pour faire en sorte que ses obligations soient exécutées. Ainsi, dans le cadre du processus d'examen prévu à la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, on s'attend à ce que les participants « s'acquittent de leur tâche avec la diligence voulue » (*Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, par. 23). Comme l'a déclaré le juge Binnie dans *Little Salmon*, par. 12, « [i]l appartient aux parties, lorsque l'application des traités suscite des difficultés, d'agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs. Une bonne gouvernance suppose que les décisions soient prises en temps opportun. » Cela vaut, que l'obligation découle d'un traité, comme dans les précédents mentionnés plus tôt, ou de la Constitution, comme en l'espèce.

[80] To fulfill this duty, Crown servants must seek to perform the obligation in a way that pursues the purpose behind the promise. The Aboriginal group must not be left “with an empty shell of a treaty promise”: *Marshall*, at para. 52.

[81] It is a narrow and circumscribed duty, which is engaged by the extraordinary facts before us. This duty, recognized in many authorities, is not a novel addition to the law.

[82] Not every mistake or negligent act in implementing a constitutional obligation to an Aboriginal people brings dishonour to the Crown. Implementation, in the way of human affairs, may be imperfect. However, a persistent pattern of errors and indifference that substantially frustrates the purposes of a solemn promise may amount to a betrayal of the Crown’s duty to act honourably in fulfilling its promise. Nor does the honour of the Crown constitute a guarantee that the purposes of the promise will be achieved, as circumstances and events may prevent fulfillment, despite the Crown’s diligent efforts.

[83] The question is simply this: Viewing the Crown’s conduct as a whole in the context of the case, did the Crown act with diligence to pursue the fulfillment of the purposes of the obligation?

(4) The Argument That Failure to Act Diligently in Implementing Section 31 Should Not Be Considered by This Court

[84] Our colleague Rothstein J. asserts that the parties did not argue that lack of diligent implementation of s. 31 was inconsistent with the honour of the Crown, and that we should not therefore consider this possibility.

[80] Pour s’acquitter de ce devoir, les fonctionnaires de la Couronne doivent veiller à exécuter l’obligation de façon à réaliser l’objet de la promesse. Il ne faut pas laisser au groupe autochtone « une promesse — issue de traité — vide de contenu » (*Marshall*, par. 52).

[81] Ce devoir, d’une portée restreinte et bien circonscrite, résulte des faits exceptionnels dont nous sommes saisis. Reconnu dans nombre de sources, il ne constitue pas un ajout inédit aux règles de droit.

[82] Ce ne sont pas toutes les erreurs ni tous les actes de négligence dans la mise en œuvre d’une obligation constitutionnelle envers un peuple autochtone qui porteront atteinte à l’honneur de la Couronne. La mise en œuvre étant une entreprise humaine, elle peut être imparfaite. Toutefois, une tendance persistante aux erreurs et à l’indifférence nuisant substantiellement à l’atteinte des objectifs d’une promesse solennelle pourrait constituer un manquement à l’obligation de la Couronne d’agir honorablement dans la mise en œuvre de sa promesse. L’honneur de la Couronne ne garantit pas non plus que les objectifs de la promesse se concrétiseront, des circonstances et des événements pouvant en empêcher la réalisation en dépit des efforts diligents de la Couronne.

[83] En l’espèce, la question se résume à savoir si, compte tenu de la conduite de la Couronne dans son ensemble, la Couronne a agi avec diligence pour atteindre les objectifs de l’obligation?

(4) L’argument selon lequel notre Cour ne devrait pas tenir compte du défaut d’agir avec diligence dans la mise en œuvre de l’art. 31

[84] Notre collègue, le juge Rothstein, affirme que les parties n’ont pas plaidé que le défaut d’agir avec diligence dans la mise en œuvre de l’art. 31 était contraire au principe de l’honneur de la Couronne et que, par conséquent, la Cour ne devrait pas examiner cette possibilité.

[85] We agree with our colleague that new developments in the law must be approached with caution where they have not been canvassed by the parties to the litigation. However, in our view this concern does not arise here.

[86] The honour of the Crown was at the heart of this litigation from the beginning. Before the courts below and in this Court, the Métis argued that the conduct of the government in implementing s. 31 of the *Manitoba Act* breached the duty that arose from the honour of the Crown. They were supported in this contention by a number of interveners. In oral argument, the intervener the Attorney General for Saskatchewan stated that the honour of the Crown calls for “a broad, liberal, and generous interpretation”, and acts as “an interpretive guide post to the public law duties . . . with respect to the implementation of Section 31”: transcript, at p. 67. The intervener Métis Nation of Alberta argued that s. 31 is an unfulfilled promise here, which the honour of the Crown demands be fulfilled by reconciliation through negotiation. The intervener the Métis Nation of Ontario argued that s. 31 “could not be honoured by a process that ultimately defeated the purpose of the provision”: transcript, at p. 28.

[87] These submissions went beyond the argument that the honour of the Crown gave rise to a fiduciary duty, raising the broader issue of whether the government’s conduct generally comported with the honour of the Crown. Canada understood this: it argued in its factum that while the Crown intends to fulfill its promises, the honour of the Crown in this case does not give rise to substantive obligations to do so.

[88] In short, all parties understood that the issue of what duties the honour of the Crown might raise,

[85] À l’instar de notre collègue, nous convenons que les nouveaux développements en droit doivent être abordés avec prudence lorsqu’ils n’ont pas été traités à fond par les parties au litige. Toutefois, nous sommes d’avis que le problème ne se pose pas dans le cas qui nous occupe.

[86] Le principe de l’honneur de la Couronne est au cœur du présent litige depuis le début. Devant les juridictions inférieures et devant notre Cour, les Métis ont fait valoir que, dans sa mise en œuvre de l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*, le gouvernement a manqué à son obligation découlant de l’honneur de la Couronne. Ils ont reçu l’appui d’un certain nombre d’intervenants à cet égard. À l’audience, le procureur général de la Saskatchewan, intervenant, a affirmé que le principe de l’honneur de la Couronne exige une [TRADUCTION] « interprétation large, libérale et généreuse » et joue le rôle d’un « guide d’interprétation des obligations de droit public [. . .] relativement à la mise en œuvre de l’article 31 » (transcription, p. 67). La Métis Nation of Alberta, intervenante, a fait valoir que l’art. 31 est une promesse non tenue en l’espèce, mais qui, conformément au principe de l’honneur de la Couronne, devrait être remplie par la réconciliation au moyen de la négociation. L’intervenante Métis Nation of Ontario a soutenu que l’art. 31 [TRADUCTION] « ne pouvait être honoré par un processus qui allait finalement empêcher la réalisation de l’objectif de cette disposition » (transcription, p. 28).

[87] Ces observations allaient au-delà de l’argument selon lequel le principe de l’honneur de la Couronne avait engendré une obligation fiduciaire, soulevant la question plus large de savoir si la conduite du gouvernement en général respectait le principe de l’honneur de la Couronne. Le Canada l’a compris : il a fait valoir dans son mémoire que, bien que la Couronne ait l’intention de tenir ses promesses, en l’espèce, le principe de l’honneur de la Couronne ne lui imposait pas l’obligation substantielle de les tenir.

[88] En résumé, toutes les parties ont compris que la question de savoir quelles obligations peuvent

apart from a fiduciary duty, was on the table, and all parties presented submissions on it.

[89] It is true that the Métis and the interveners supporting them did not put the argument in precisely the terms of the reasons. While they argued that the government's conduct in implementing s. 31 did not comport with the honour of the Crown, they did not express this alleged failure in terms of failure to comply with a duty of diligent implementation. However, this was implicit in their argument, given that the failure to diligently implement s. 31 lay at the heart of their grievance.

[90] For these reasons, we conclude that it is not inappropriate to consider and resolve the question of what duties the honour of the Crown gave rise to in connection with s. 31 of the *Manitoba Act*, not just as they impact on the argument that the government owed a fiduciary duty to the Métis, but more broadly.

(5) Did the Solemn Promise in Section 31 of the *Manitoba Act* Engage the Honour of the Crown?

[91] As outlined above, the honour of the Crown is engaged by constitutional obligations to Aboriginal groups. Section 31 of the *Manitoba Act* is just such a constitutional obligation. Section 31 conferred land rights on yet-to-be-identified individuals — the Métis children. Yet the record leaves no doubt that it was a promise made to the Métis people collectively, in recognition of their distinct community. The honour of the Crown is thus engaged here.

[92] To understand the nature of s. 31 as a solemn obligation, it may be helpful to consider its

découler du principe de l'honneur de la Couronne, hormis une obligation fiduciaire, restait à trancher, et toutes les parties ont présenté des observations à cet égard.

[89] Il est vrai que les Métis et les intervenants qui les appuient n'ont pas formulé leur argument exactement dans les mêmes termes que ceux utilisés dans les présents motifs. Bien qu'ils aient soutenu que la conduite du gouvernement dans la mise en œuvre de l'art. 31 ne respectait pas le principe de l'honneur de la Couronne, ils n'ont pas formulé cette allégation en termes de manquement à l'obligation de diligence dans la mise en œuvre. Toutefois, pareil manquement était implicite dans leur argumentation, étant donné que le défaut d'agir avec diligence dans la mise en œuvre de l'art. 31 est au cœur de leur grief.

[90] Pour ces motifs, nous sommes d'avis qu'il n'est pas inapproprié d'examiner et de régler la question de savoir quelles obligations découlent du principe de l'honneur de la Couronne relativement à l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*, non seulement quant à leur incidence sur la prétention que le gouvernement a une obligation fiduciaire envers les Métis, mais également de façon plus générale.

(5) La promesse solennelle faite à l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* engageait-elle l'honneur de la Couronne?

[91] Comme nous l'avons déjà dit, l'honneur de la Couronne se trouve engagé par les obligations constitutionnelles de la Couronne envers les groupes autochtones. L'article 31 de la *Loi sur le Manitoba* constitue justement l'une de ces obligations constitutionnelles. L'article 31 conférait des droits fonciers à des personnes non encore identifiées, soit les enfants des Métis. Le dossier ne laisse cependant planer aucun doute sur le fait qu'il s'agissait d'une promesse faite au peuple métis collectivement, parce que reconnu comme une communauté distincte. L'honneur de la Couronne est donc engagé en l'espèce.

[92] Pour comprendre la nature de l'art. 31 à titre d'obligation solennelle, il peut être utile d'examiner

treaty-like history and character. Section 31 sets out solemn promises — promises which are no less fundamental than treaty promises. Section 31, like a treaty, was adopted with “the intention to create obligations . . . and a certain measure of solemnity”: *Sioui*, at p. 1044; *Sundown*. It was intended to create legal obligations of the highest order: no greater solemnity than inclusion in the Constitution of Canada can be conceived. Section 31 was conceived in the context of negotiations to create the new province of Manitoba. And all this was done to the end of reconciling the Métis Aboriginal interest with the Crown’s claim to sovereignty. As the trial judge held:

. . . the evidence establishes that this [s. 31] grant, to be given on an individual basis for the benefit of the families, albeit given to the children, was given for the purpose of recognizing the role of the Métis in the Settlement both past and to the then present, for the purpose of attempting to ensure the harmonious entry of the territory into Confederation, mindful of both Britain’s condition as to treatment of the settlers and the uncertain state of affairs then existing in the Settlement, and for the purpose of giving the children of the Métis and their families on a onetime basis an advantage in the life of the new province over expected immigrants. [Emphasis added; para. 544.]

[93] Section 31, though, is not a treaty. The trial judge correctly described s. 31 as a constitutional provision crafted for the purpose of resolving Aboriginal concerns and permitting the creation of the province of Manitoba. When the *Manitoba Act* was passed, the Métis dominated the Red River provisional government, and controlled a significant military force. Canada had good reason to take the steps necessary to secure peace between the Métis and the settlers. Justice MacInnes wrote:

Canada, to the knowledge of Macdonald and Cartier, was in a difficult position having to complete the steps necessary for the entry of Rupert’s Land into Canada. An insurrection had occurred at Red River such that, in the view of both Canada and Britain, a void in the lawful governance of the territory existed. Canada, as a result

l’historique et les caractéristiques de cette disposition qui s’apparente à un traité. L’article 31 énonce des promesses solennelles — des promesses qui sont tout aussi fondamentales que celles faites par traité. À l’instar d’un traité, l’art. 31 a été adopté avec « l’intention de créer des obligations [. . .] et [. . .] un certain élément de solennité » : *Sioui*, p. 1044; *Sundown*. Il visait à créer des obligations juridiques de la plus haute importance : peut-on imaginer plus solennel qu’une insertion dans la Constitution du Canada? L’article 31 a été rédigé dans le contexte des négociations entourant la création de la nouvelle province du Manitoba. Le tout, dans le but de concilier les intérêts autochtones des Métis avec l’affirmation de la souveraineté par la Couronne. Comme l’a conclu le juge du procès :

[TRADUCTION] . . . la preuve démontre que cette concession [visée à l’art. 31] devant être faite sur une base individuelle au profit des familles, bien qu’elle ait été destinée aux enfants, visait à reconnaître le rôle joué par le passé et jusqu’alors par les Métis dans la colonie, à assurer l’entrée harmonieuse du territoire dans la Confédération, en tenant compte de la condition de la Grande-Bretagne sur le traitement des colons et de la situation alors incertaine dans la colonie, et à conférer aux enfants des Métis et à leur famille, à cette occasion, un avantage dans la vie de la nouvelle province par rapport aux immigrants attendus. [Nous soulignons; par. 544.]

[93] Par contre, l’art. 31 n’est pas un traité. Le juge du procès a correctement défini l’art. 31 comme une disposition constitutionnelle destinée à répondre aux préoccupations des Autochtones et à permettre la création de la province du Manitoba. Lorsque la *Loi sur le Manitoba* a été adoptée, les Métis dominaient le gouvernement provisoire de la rivière Rouge, et ils contrôlaient une force militaire d’importance. Le Canada avait de bonnes raisons de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la paix entre les Métis et les colons. Le juge MacInnes a écrit :

[TRADUCTION] Macdonald et Cartier savaient que le Canada était dans la situation difficile où il devait prendre les mesures nécessaires pour assurer l’entrée de la Terre de Rupert dans le Canada. Comme la rivière Rouge avait été le théâtre d’une insurrection, le Canada et la Grande-Bretagne estimaient que le territoire se trouvait

of McDougall's conduct on December 1, 1869, had in a practical sense claimed the territory for Canada, but the legal transfer of the territory from Britain had not yet occurred. Accordingly, Canada had no lawful authority to govern the area. Furthermore, there was neither the practical ability nor the will for Canada or the Imperial Government to enforce authority and in that sense, the purpose of the discussions or negotiations between the Red River delegates and Macdonald and Cartier was to bring about in a peaceful way the entry of the territory into Canada, thereby giving Canada the opportunity to peacefully take over the territory and its governance and be able to move forward with its goal of nation building. [para. 649]

[94] Section 31 is a constitutional obligation to an Aboriginal group. In accordance with the principles outlined above, the honour of the Crown is engaged by s. 31 and gives rise to a duty of diligent, purposive fulfillment.

(6) Did Section 32 of the Manitoba Act Engage the Honour of the Crown?

[95] We agree with the Court of Appeal that the honour of the Crown was not engaged by s. 32 of the *Manitoba Act*. Unlike s. 31, it was not a promise made specifically to an Aboriginal group, but rather a benefit made generally available to all settlers, Métis and non-Métis alike. The honour of the Crown is not engaged whenever an Aboriginal person accesses a benefit.

(7) Did the Crown Act Honourably in Implementing Section 31 of the *Manitoba Act*?

[96] The trial judge indicated that, although they did not act in bad faith, the government servants may have been negligent in administering the s. 31 grant. He held that the implementation of the obligation was within the Crown's discretion and that it had a discretion to act negligently: "Mistakes, even negligence, on the part of those responsible for implementation of the grant are not sufficient to successfully attack Canada's exercise of discretion

dans un vide juridique quant à sa gouvernance. Par suite des agissements de McDougall le 1^{er} décembre 1869, le Canada avait revendiqué le territoire, en pratique, mais la transmission du territoire par la Grande-Bretagne n'avait pas encore eu lieu, d'un point de vue juridique. Par conséquent, le Canada n'était pas légalement autorisé à gouverner la région. Qui plus est, ni le Canada ni le gouvernement impérial n'avaient concrètement la possibilité ou la volonté d'imposer le respect de l'autorité et, en ce sens, les discussions et les négociations entre les délégués de la rivière Rouge et Macdonald et Cartier avaient pour but d'assurer l'entrée pacifique du territoire dans le Canada, de façon à ce que le Canada puisse prendre possession et assumer la gouvernance du territoire pacifiquement, ce qui lui permettrait de faire progresser son objectif de créer une nation. [par. 649]

[94] L'article 31 crée une obligation constitutionnelle envers un groupe autochtone. Suivant les principes exposés ci-dessus, l'art. 31 engage l'honneur de la Couronne et engendre une obligation de réalisation diligente de l'objectif visé.

(6) L'article 32 de la Loi sur le Manitoba engageait-il l'honneur de la Couronne?

[95] À l'instar de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que l'art. 32 de la *Loi sur le Manitoba* n'engageait pas l'honneur de la Couronne. Contrairement à l'art. 31, il ne s'agissait pas d'une promesse faite précisément à un groupe autochtone, mais plutôt d'un avantage conféré de façon générale à tous les colons, qu'ils soient Métis ou non. L'honneur de la Couronne n'est pas engagé chaque fois qu'un avantage est accordé à un Autochtone.

(7) La Couronne a-t-elle agi de façon honorable dans la mise en œuvre de l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*?

[96] Le juge du procès a indiqué que, bien que les fonctionnaires n'aient pas agi de mauvaise foi, ils avaient peut-être été négligents dans la mise en œuvre de l'art. 31. Il a conclu que la mise en œuvre de l'obligation relevait du pouvoir discrétionnaire de la Couronne et que celle-ci avait même le pouvoir discrétionnaire d'agir de façon négligente : [TRADUCTION] « Des erreurs, voire de la négligence, de la part de ceux qui étaient chargés de

in its implementation of the grant” (para. 943 (emphasis added)). The Court of Appeal took a similar view: see para. 656.

[97] Based on the arguments before them and the applicable precedents, the trial judge and the Court of Appeal did not focus on what we take as the central issue in the case: whether the government’s implementation of s. 31 comported with the duty of the Crown to diligently pursue implementation of the provision in a way that would achieve its objectives. The question is whether the Crown’s conduct, viewed as a whole and in context, met this standard. We conclude that it did not.

[98] The broad purpose of s. 31 of the *Manitoba Act* was to reconcile the Métis community with the sovereignty of the Crown and to permit the creation of the province of Manitoba. This reconciliation was to be accomplished by a more concrete measure — the prompt and equitable transfer of the allotted public lands to the Métis children.

[99] The prompt and equitable implementation of s. 31 was fundamental to the project of reconciliation and the entry of Manitoba into Canada. As the trial judge found, s. 31 was designed to give the Métis a head start in the race for land and a place in the new province. This required that the grants be made while a head start was still possible. Everyone concerned understood that a wave of settlement from Europe and Canada to the east would soon sweep over the province. Acknowledging the need for timely implementation, Minister Cartier sent a letter to the meeting of the Manitoba Legislature charged with determining whether to accept the *Manitoba Act*, assuring the Métis that the s. 31 grants would “be of a nature to meet the wishes of the half-breed residents” and that the division of land would be done “in the most effectual and equitable manner”.

la mise en œuvre de la concession ne suffisent pas pour attaquer avec succès l’exercice par le Canada de son pouvoir discrétionnaire de mettre en œuvre la concession » : par. 943 (nous soulignons). La Cour d’appel était du même avis : voir le par. 656.

[97] Compte tenu des arguments qui leur ont été soumis et de la jurisprudence applicable, le juge du procès et la Cour d’appel ne se sont pas attardés sur la question que nous considérons être au cœur de la présente affaire : la mise en œuvre de l’art. 31 par le gouvernement respectait-elle l’obligation de la Couronne de mettre en œuvre cette disposition avec diligence de façon à en réaliser les objectifs? Il s’agit de déterminer si la conduite de la Couronne, considérée dans son ensemble et en contexte, répondait à ce critère. Nous estimons qu’elle n’y répondait pas.

[98] L’objectif général de l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* était de réconcilier la communauté des Métis et la souveraineté de la Couronne et de permettre la création de la province du Manitoba. Cette réconciliation devait être réalisée par la prise d’une mesure plus concrète, soit le transfert rapide et équitable des terres aux enfants des Métis.

[99] La mise en œuvre rapide et équitable de l’art. 31 était essentielle au projet de réconciliation et à l’entrée du Manitoba dans le Canada. Comme l’a constaté le juge du procès, l’art. 31 avait été conçu pour donner aux Métis une longueur d’avance dans la course à l’établissement sur des terres dans la province. Il était donc nécessaire que les concessions soient faites pendant qu’il était encore possible de procurer cet avantage aux Métis. Toutes les parties concernées savaient que la vague de colonisation de l’est en provenance de l’Europe et du Canada allait bientôt balayer la province. Bien conscient que la mise en œuvre devait être réalisée en temps opportun, le ministre Cartier a transmis une lettre à l’Assemblée législative du Manitoba, qui devait se prononcer sur l’acceptation ou le rejet de la *Loi sur le Manitoba*, dans laquelle il assurait aux Métis que les concessions visées à l’art. 31 seraient [TRADUCTION] « de nature à répondre aux besoins des Sang-mêlé résidents » et que le partage des terres serait fait « de la façon la plus efficace et équitable possible ».

[100] The Métis allege Canada failed to fulfill its duties to the Métis people in relation to the children's grant in four ways: (1) inexcusably delaying distribution of the s. 31 lands; (2) distributing lands via random selection rather than ensuring family members received contiguous parcels; (3) failing to ensure s. 31 grant recipients were not taken advantage of by land speculators; and (4) giving some eligible Métis children \$240 worth of scrip redeemable at the Land Titles Office instead of a direct grant of land. We will consider each in turn.

(a) *Delay*

[101] Contrary to the expectations of the parties, it took over 10 years to make the allotments of land to Métis children promised by s. 31. Indeed, the final settlement, in the form not of land but of scrip, did not occur until 1885. This delay substantially defeated a purpose of s. 31.

[102] A central purpose of the s. 31 grant, as found by MacInnes J., was to give "families of the Métis through their children a head start in the new country in anticipation of the probable and expected influx of immigrants": para. 655. Time was then plainly of the essence, if the goal of giving the Métis children a real advantage, relative to an impending influx of settlers from the east, was to be achieved.

[103] The government understood this. Prime Minister Macdonald, on May 2, 1870, just before addressing Parliament, wrote that the land was

to be distributed as soon as practicable amongst the different heads of half breed families according to the number of children of both sexes then existing in each

[100] Les Métis soutiennent que le Canada a manqué à ses obligations envers eux relativement à la concession de terres aux enfants de quatre façons : (1) en retardant de façon inexcusable la distribution des terres visées à l'art. 31; (2) en distribuant des terres selon une sélection aléatoire plutôt qu'en veillant à ce que les membres d'une même famille reçoivent des lots contigus; (3) en ne veillant pas à ce que les bénéficiaires des concessions promises à l'art. 31 soient à l'abri des spéculateurs fonciers; et (4) en donnant à certains enfants métis admissibles des certificats d'une valeur de 240 \$, échangeables au bureau des titres fonciers, plutôt que de leur concéder directement des terres. Nous examinerons chacune de ces allégations.

a) *Retard*

[101] Contrairement aux attentes des parties, il aura fallu plus de 10 ans pour attribuer aux enfants des Métis les terres promises à l'art. 31. En effet, ce n'est pas avant 1885 qu'un règlement final est intervenu, par la remise de certificats plutôt que de terres. Ce retard a nettement contrecarré l'un des objectifs de l'art. 31.

[102] Comme l'a conclu le juge MacInnes, l'un des principaux objectifs de l'art. 31 était de procurer aux [TRADUCTION] « familles des Métis, par l'intermédiaire de leurs enfants, une longueur d'avance pour s'établir dans le nouveau pays en prévision de la vague d'immigrants probable et attendue » (par. 655). Le facteur temps était de toute évidence un élément essentiel, dans la mesure où le gouvernement voulait atteindre son objectif d'accorder un avantage réel aux enfants des Métis, compte tenu de la vague imminente de colons en provenance de l'est.

[103] Le gouvernement comprenait la situation. Le 2 mai 1870, le premier ministre Macdonald, juste avant de s'adresser au Parlement, a écrit que les terres devaient

[TRADUCTION] être distribuées, aussitôt que possible, entre les différents chefs des familles de Sang-mêlé en fonction du nombre d'enfants des deux sexes alors en vie,

family under such legislative enactments, which may be found advisable to secure the transmission and holding of the said lands amongst the half breed families. — To extinguish Indian claims — . . . [Emphasis added.]

And Minister Cartier, as we know, confirmed that the “guarantee” would be effected “in the most effectual and equitable manner”.

[104] Yet that was not what happened. As discussed earlier in these reasons, implementation was delayed by many government actions and inactions, including: (1) starting off with the wrong class of beneficiaries, contrary to the wording of s. 31 and objections in the House of Commons; (2) taking three years to rectify this error; (3) commissioning a report in 1875 that erroneously lowered the number of eligible recipients and required yet a third allotment; (4) completing implementation only in 1885 by giving scrip to eligible Métis denied land because of mistakes in the previous three iterations of the allotment process; (5) long delays in issuing patents; and (6) unexplained periods of inaction. In the meantime, settlers were pouring in and the Manitoba Legislature was passing various acts dealing in different and contradictory ways with how Métis could sell their yet-to-be-realized interests in land.

[105] The delay was noted by all concerned. The Legislative Council and Assembly of Manitoba complained of the delay on February 8, 1872, noting that new settlers had been allowed to take up land in the area. In early 1875, a number of Métis parishes sent petitions to Ottawa complaining of the delay, saying it was having a “damaging effect upon the prosperity of the Province”: C.A., at para. 123. The provincial government also in that year made a request to the Governor General that the process be expedited. In 1883, the Deputy Minister of the Interior, A. M. Burgess, said this: “I am every day grieved and heartily sick when I

conformément aux mesures législatives qu’il conviendra d’adopter afin d’assurer la transmission et la possession de ces terres aux familles de Sang-mêlé. — D’éteindre les titres des Indiens — . . . [Nous soulignons.]

Et le ministre Cartier, comme nous le savons, a confirmé que cette « garantie » serait honorée [TRADUCTION] « de la façon la plus efficace et équitable possible ».

[104] Ce n’est cependant pas ce qui s’est produit. Comme nous l’avons vu précédemment, la mise en œuvre a été retardée par de nombreuses actions et inactions du gouvernement, notamment : (1) le choix de la mauvaise catégorie de bénéficiaires en début de processus, contrairement au libellé de l’art. 31 et aux objections soulevées à la Chambre des communes; (2) le délai de trois ans pour corriger cette erreur; (3) le rapport de 1875 qui réduisait par erreur le nombre de bénéficiaires admissibles et qui a nécessité une troisième répartition; (4) l’achèvement de la mise en œuvre seulement en 1885 par la remise de certificats à des Métis admissibles à qui des terres avaient été refusées en raison d’erreurs commises dans le processus lors des trois répartitions précédentes; (5) les longs retards dans la délivrance des lettres patentes; et (6) les périodes d’inaction inexplicables. Pendant ce temps, des colons arrivaient en grand nombre et l’Assemblée législative du Manitoba adoptait diverses lois établissant par des voies différentes et contradictoires la manière dont les Métis pourraient aliéner leurs intérêts non encore concrétisés dans les terres.

[105] Toutes les parties concernées ont souligné ces retards. Le conseil législatif et l’Assemblée législative du Manitoba se sont plaints du retard le 8 février 1872, soulignant que de nouveaux colons avaient été autorisés à prendre possession de terres dans la région. Au début de 1875, un certain nombre de paroisses métisses ont envoyé des pétitions à Ottawa pour se plaindre du retard, affirmant qu’il avait des [TRADUCTION] « effets néfastes sur la prospérité de la province » (C.A., par. 123). Au cours de la même année, le gouvernement provincial a également demandé au gouverneur général d’accélérer le processus. En 1883,

think of the disgraceful delay . . .”: A.R., vol. XXI, at pp. 123-24; see also C.A., at para. 160.

[106] This brings us to whether the delay was inconsistent with the duty imposed by the honour of the Crown to act diligently to fulfill the purpose of the s. 31 obligation. The Court of Appeal did not consider this question. But like the trial judge, it concluded that inattention and carelessness were likely factors:

With respect to those known events that contributed to the delay (prominent among them the cancellation of the first two allotments, the slow pace of the allotment process in the third and final round, the erroneous inclusion of adults as beneficiaries for the s. 31 grants, and the long delays in the issuance of patents), mistakes were made and it is difficult to avoid the inference that inattention or carelessness may have been a contributing factor. [para. 656]

[107] As discussed above, a negligent act does not in itself establish failure to implement an obligation in the manner demanded by the honour of the Crown. On the other hand, a persistent pattern of inattention may do so if it frustrates the purpose of the constitutional obligation, particularly if it is not satisfactorily explained.

[108] The record and findings of the courts below suggest a persistent pattern of inattention. The government was warned of the initial error of including all Métis, yet took three years to cancel the first faulty allotment and start a second. An inexplicable delay lies between the first and second allotments, from 1873 to 1875. The government had changed, to be sure. But as the Court of Appeal found, there is no explanation in the record as to “why it took the new government over a year to address the continuing delays in moving ahead with the allotments”: para. 126. The Crown’s obligations cannot be suspended simply because there is a change in government. The second allotment, when

le sous-ministre de l’Intérieur, A. M. Burgess, a dit ceci : [TRADUCTION] « Chaque jour, je suis accablé et j’ai des nausées lorsque je pense au retard scandaleux . . . » (d.a., vol. XXI, p. 123-124; voir aussi C.A., par. 160).

[106] Cela nous amène à nous interroger sur la possible incompatibilité entre ce retard et l’obligation qu’impose l’honneur de la Couronne d’agir avec diligence pour atteindre les objectifs de l’obligation créée à l’art. 31. La Cour d’appel n’a pas examiné cette question. Comme le juge du procès cependant, elle a conclu que le manque d’attention et l’insouciance constituaient sans doute des facteurs à prendre en compte :

[TRADUCTION] En ce qui a trait aux événements connus qui ont contribué au retard (notamment l’annulation des deux premières répartitions, la lenteur du processus de répartition dans la troisième et dernière phase, l’inclusion par erreur d’adultes en tant que bénéficiaires des concessions prévues à l’art. 31 ainsi que les longs retards dans la délivrance des lettres patentes), des erreurs ont été commises et il est difficile de ne pas conclure que le manque d’attention et l’insouciance ont pu constituer des facteurs contributifs. [par. 656]

[107] Comme nous l’avons vu, un acte négligent ne suffit pas, à lui seul, à établir le défaut de mettre en œuvre une obligation comme le commande l’honneur de la Couronne. Par contre, une tendance persistante au manque d’attention peut l’établir si cette pratique va à l’encontre des objectifs de l’obligation constitutionnelle, particulièrement en l’absence d’explications satisfaisantes.

[108] Le dossier et les conclusions des juridictions inférieures donnent à croire à une tendance persistante au manque d’attention. Même si le gouvernement a été prévenu de l’erreur initiale d’inclure tous les Métis, il a tout de même pris trois ans pour annuler la première répartition fautive et commencer la deuxième. De 1873 à 1875, un retard inexplicable s’est produit entre la première répartition et la deuxième. Certes, le gouvernement avait changé. Mais comme l’a conclu la Cour d’appel, rien dans le dossier n’explique [TRADUCTION] « pourquoi il aura fallu au nouveau gouvernement plus d’une année pour s’attaquer aux retards incessants à poursuivre les répartitions »

it finally took place, was aborted in 1876 because of a report that underestimated eligible recipients. But there is no satisfactory explanation why a third and final allotment was not completed until 1880. The explanation offered is simply that those in charge did not have adequate time to devote to the task because of other government priorities, and they did not wish to delegate the task because information about the grants might fall into the hands of speculators.

[109] We take no issue with the finding of the trial judge that, with one exception, there was no bad faith or misconduct on the part of the Crown employees: paras. 1208-9. However, diligence requires more than simply the absence of bad faith. The trial judge noted that the children's grants "were not implemented or administered without error or dissatisfaction": para. 1207. Viewing the matter through the lens of fiduciary duty, the trial judge found this did not rise to a level of concern. We take a different view. The findings of the trial judge indicate consistent inattention and a consequent lack of diligence.

[110] We conclude that, viewing the conduct of the Crown in its entirety and in the context of the situation, including the need for prompt implementation, the Crown acted with persistent inattention and failed to act diligently to achieve the purposes of the s. 31 grant. Canada's argument that, in some cases, the delay secured better prices for Métis who sold is undermined by evidence that many Métis sold potential interests for too little, and, in any event, it does not absolve the Crown of failure to act as its honour required. The delay in completing the s. 31 distribution was inconsistent with the behaviour demanded by the honour of the Crown.

(par. 126). Les obligations de la Couronne ne peuvent être suspendues simplement parce qu'il y a un changement de gouvernement. Après avoir été finalement mise en branle, la deuxième répartition a été annulée en 1876 en raison d'un rapport qui sous-estimait le nombre de bénéficiaires admissibles. Il n'y a cependant rien pour expliquer de façon satisfaisante pourquoi une troisième et dernière répartition n'a pas été terminée avant 1880. La seule explication offerte est que les responsables ne disposaient pas du temps requis pour s'acquitter de cette tâche en raison d'autres priorités gouvernementales, et qu'ils ne voulaient pas la déléguer parce que des renseignements concernant les concessions auraient pu tomber entre les mains de spéculateurs.

[109] Nous ne contestons pas la conclusion du juge du procès selon laquelle, à une exception près, il n'y a pas eu mauvaise foi ni inconduite de la part des employés de la Couronne (par. 1208-1209). Cependant, la diligence exige plus qu'une simple absence de mauvaise foi. Le juge du procès a indiqué que les concessions aux enfants [TRADUCTION] « n'ont pas été mises en œuvre ou administrées sans erreur ni insatisfaction » (par. 1207). Après avoir examiné la question dans l'optique d'une obligation fiduciaire, le juge du procès a estimé que cela ne posait pas vraiment problème. Nous ne sommes pas de cet avis. Les conclusions du juge du procès révèlent un manque constant d'attention et, partant, un manquement à l'obligation de diligence.

[110] Après avoir examiné la conduite de la Couronne dans son ensemble et dans le contexte de la situation, y compris la nécessité d'une mise en œuvre rapide, nous sommes d'avis que la Couronne a fait preuve d'un manque persistant d'attention et qu'elle n'a pas agi avec diligence pour réaliser les objectifs des concessions promises à l'art. 31. L'argument du Canada suivant lequel le retard a, dans certains cas, permis aux Métis d'obtenir un meilleur prix de vente est affaibli par la preuve que de nombreux Métis ont reçu trop peu en échange de leurs intérêts potentiels et, de toute façon, cet argument n'absout pas la Couronne de son défaut d'agir honorablement. Le retard dans l'achèvement de la distribution prévue à l'art. 31 était incompatible avec le comportement que commandait l'honneur de la Couronne.

(b) *Sales to Speculators*

[111] The Métis argue that Canada breached its duty to the children eligible for s. 31 grants by failing to protect them from land speculators. They say that Canada should not have permitted sales before the allotments were granted to the children or before the recipients attained the age of majority.

[112] Canada responds that the Crown was not obliged to impose any restraint on alienation, and indeed would have been criticized had it done so. It says that the Métis already had a history of private landholding, including buying and selling property. They say that the desire of many Métis to sell was not the result of any breach of duty by the Crown, but rather simply reflected that the amount of land granted far exceeded Métis needs, and many Métis did not desire to settle down in Manitoba.

[113] The trial judge held that restricting the alienability of Métis land would have been seen as patronizing and been met with disfavour amongst the Métis. The Court of Appeal agreed, and added that, “practically speaking, next to nothing could have been done to prevent sales of and speculation in s. 31 lands in the absence of an absolute prohibition against sales of any kind”: para. 631. It added that some Métis received more land than they needed, and many were leaving the settlement to follow the buffalo hunt, making the ability to sell their interests valuable.

[114] We see no basis to interfere with the finding that many eligible Métis were determined to sell their lots or the conclusion that a prohibition on sales would have been unacceptable. This said, we note that the 10-year delay in implementation of the land grants increased sales to speculators. Persons concerned at the time urged that information about

b) *Ventes à des spéculateurs*

[111] Les Métis soutiennent que le Canada a manqué à son obligation envers les enfants admissibles aux concessions promises à l’art. 31 en ne les protégeant pas contre les spéculateurs fonciers. Ils déclarent que le Canada n’aurait pas dû autoriser les ventes avant que les terres n’aient été concédées aux enfants ou avant que les bénéficiaires n’aient atteint l’âge de la majorité.

[112] Le Canada répond que la Couronne n’était pas tenue d’imposer des restrictions à l’aliénabilité, et qu’elle aurait en fait été critiquée si elle l’avait fait. Il ajoute que les Métis avaient déjà détenu des terres privées, notamment qu’ils en avaient déjà achetées et vendues. La Couronne affirme que la volonté de nombreux Métis de vendre ne résultait pas d’un manquement à une obligation de la Couronne, mais plutôt du fait que la superficie des terres concédées excédait de beaucoup les besoins des Métis, et que nombre d’entre eux ne désiraient pas s’installer au Manitoba.

[113] Le juge du procès a estimé que l’imposition de restrictions à l’aliénabilité des terres des Métis aurait été jugée condescendante et aurait été mal accueillie par les Métis. La Cour d’appel partageait cet avis, ajoutant que [TRADUCTION] « d’un point de vue pratique, à peu près rien ne pouvait être fait pour empêcher la vente des terres visées à l’art. 31 et la spéculation à leur endroit sans interdire absolument toute forme d’aliénation » (par. 631). La cour a ajouté que certains Métis avaient reçu une superficie de terre plus grande que celle dont ils avaient besoin, et que beaucoup quittaient la colonie pour poursuivre la chasse aux bisons, de sorte qu’ils attachaient de la valeur à leur capacité de vendre leurs intérêts.

[114] Nous ne voyons aucune raison d’écarter la conclusion selon laquelle de nombreux Métis admissibles étaient résolus à vendre leurs lots ou celle selon laquelle une interdiction de vendre aurait été inacceptable. Cela dit, nous soulignons que les 10 ans de retard dans la mise en œuvre du processus de concession des terres ont fait croître les

the location of each child's individual allotment be made public as early as possible to give potential claimants a sense of ownership and avert speculative sell-offs. This did not happen: evidence of Dr. Thomas Flanagan, A.R., vol. XXVI, at p. 53. Dr. Flanagan concluded "[t]he Metis were already selling their claims to participate in the grant, and being able to sell the right to a particular piece of land rather than a mere right to participate in a lottery would indeed have enhanced the prices they received": p. 54. Until the Métis acquired their s. 31 grants, they provided no benefit to the children, and a cash offer from a speculator would appear attractive. Moreover, as time passed, the possibility grew that the land was becoming less valuable, as the Métis could not effectively protect any timber or other resources that might exist on the plots they might someday receive from exploitation by others.

[115] In 1873, the Manitoba government, aware of the improvident sales that were occurring, moved to curb speculation by passing *The Half-Breed Land Grant Protection Act*, S.M. 1873, c. 44, which permitted vendors to repudiate sales. The preamble to that legislation recognized that "very many persons entitled to participate in the said grant in evident ignorance of the value of their individual shares have agreed severally to sell their right to the same to speculators, receiving therefor only a trifling consideration". However, with *An Act to amend the Act passed in the 37th year of Her Majesty's reign, entitled "The Half-Breed Land Grant Protection Act"*, S.M. 1877, c. 5 ("*The Half-Breed Land Grant Amendment Act, 1877*"), Manitoba changed course, so that a Métis child who made a bad bargain was stuck with it. *An Act to enable certain children of Half-breed heads of families to convey their land*, S.M. 1878, c. 20 ("*The Half-Breed Land Grant Act, 1878*"), followed. It allowed Métis children between 18 and 21 years of age to sell their s. 31 entitlement with parental

ventes aux spéculateurs. Certains intervenants ont insisté à l'époque pour rendre publiques, aussitôt que possible, les informations relatives à l'emplacement de chacun des lots attribués aux enfants afin de donner un sentiment de propriété aux éventuels bénéficiaires et ainsi empêcher les ventes aux spéculateurs. Cela n'a pas été fait : témoignage de M. Thomas Flanagan, d.a., vol. XXVI, p. 53. M. Flanagan était d'avis que [TRADUCTION] « [l]es Métis vendaient déjà leurs droits de participer aux concessions, et s'ils avaient pu aliéner leur droit sur une parcelle de terre précise plutôt qu'un simple droit de participation à un tirage au sort, ils auraient pu recevoir un prix plus élevé » (p. 54). Jusqu'à ce que les Métis aient acquis leurs concessions promises à l'art. 31, les enfants n'ont obtenu aucun avantage et une offre d'argent comptant présentée par un spéculateur pouvait sembler attrayante. De plus, la possibilité d'une diminution de la valeur des terres augmentait au fil du temps, car les Métis ne pouvaient protéger efficacement contre l'exploitation par des tiers ni le bois, ni aucune autre ressource exploitable sur les lots qu'ils pourraient un jour recevoir.

[115] En 1873, conscient des ventes conclues inconsidérément, le gouvernement du Manitoba a pris des mesures pour freiner la spéculation en adoptant l'*Acte concernant la protection de l'octroi des terres aux Métis*, S.M. 1873, ch. 44, qui permettait aux vendeurs d'annuler les ventes. Il était reconnu dans le préambule de cette loi que « nombre de personnes ayant droit à une part dans ledit octroi, mais ignorant évidemment la valeur de leurs parts individuelles, ont consenti à céder leurs droits aux spéculateurs pour une insignifiante considération ». Toutefois, avec l'adoption de l'*Acte pour amender l'Acte passé dans la trente-septième année du Règne de Sa Majesté, intitulé : « Acte concernant la protection de l'octroi des terres aux Métis »*, S.M. 1877, ch. 5 (« l'*Acte de 1877* »), le Manitoba a modifié sa position, de sorte que les enfants des Métis qui avaient conclu une mauvaise affaire ne pouvaient plus revenir en arrière. L'*Acte pour permettre à certains enfants de chefs de famille métis de vendre leurs terres*, S.M. 1878, ch. 20 (« l'*Acte de 1878* »), qui a suivi autorisait

consent, so long as they appeared in front of one judge or two justices of the peace.

[116] Dr. Flanagan found that 11 percent of the sample examined sold their lands prior to learning the location of their grant, and received “markedly lower prices” as a result: “Metis Family Study”, A.R., vol. XXVII, at p. 53. The Court of Appeal concluded that the price received by Métis who sold after allotment was about twice that received by those who sold before allotment: para. 168.

[117] The honour of the Crown did not demand that the grant lands be made inalienable. However, the facts on the ground, known to all, made it all the more important to complete the allotment without delay and, in the interim, to advise Métis of what holdings they would receive. By 1874, in their recommendations as to how the allotment process should be carried out, both Codd and Lieutenant Governor Alexander Morris implicitly recognized that delay was encouraging sales at lower prices; nevertheless, allotment would not be complete for six more years. Until allotments were known and completed, delay inconsistent with the honour of the Crown was perpetuating a situation where children were receiving artificially diminished value for their land grants.

(c) *Scrip*

[118] Due to Codd’s underestimation of the number of eligible children, 993 Métis were left out of the 1.4 million-acre allotment in the end. Instead, they received scrip redeemable for land at a land title office. Scrip could also be sold for cash on the open market, where it was worth about half its face value: C.A., at para. 168.

les enfants Métis âgés de 18 à 21 ans à aliéner leurs droits sur les terres visées à l’art. 31 avec le consentement de leurs père et mère, pourvu qu’ils comparaissent devant un juge ou devant deux juges de paix.

[116] M. Flanagan a établi que, dans 11 pour 100 des cas analysés, les enfants avaient vendu leurs terres avant de connaître l’emplacement de leur concession et qu’ils avaient reçu en conséquence un [TRADUCTION] « prix nettement inférieur » (« Metis Family Study », d.a., vol. XXVII, p. 53). La Cour d’appel a conclu que les Métis qui avaient vendu leur intérêt après l’attribution de leur concession avaient reçu le double du prix reçu par ceux qui l’avaient vendu avant (par. 168).

[117] L’honneur de la Couronne n’exigeait pas que les terres concédées soient déclarées inaliénables. Cependant, la situation telle qu’elle se présentait, et qui était connue de tous, faisait qu’il était important d’attribuer les concessions dans les meilleurs délais et, dans l’intervalle, d’aviser les Métis de l’emplacement des lots qu’ils recevraient. En 1874, dans leurs recommandations sur le processus d’attribution des terres, M. Codd et le lieutenant-gouverneur Alexander Morris ont tous deux reconnu implicitement que le retard encourageait les ventes à moindre prix; pourtant, six autres années se sont écoulées avant que l’attribution soit terminée. Jusqu’à ce que la répartition des lots soit connue et achevée, le retard incompatible avec l’honneur de la Couronne a fait en sorte que les enfants recevaient une valeur artificiellement réduite pour leurs concessions.

c) *Certificat*

[118] En raison de la sous-estimation du nombre d’enfants admissibles par M. Codd, 993 Métis n’ont finalement pas pu recevoir une parcelle des 1,4 million d’acres concédés. Ils ont plutôt reçu un certificat échangeable contre des terres au bureau des titres fonciers. Les certificats pouvaient également être vendus pour de l’argent comptant sur le marché libre, où ils se négociaient pour la moitié de leur valeur nominale (C.A., par 168).

[119] The Métis argue that Canada breached its duty to the children who received scrip because s. 31 demanded that land, not scrip, be distributed; and because scrip was not distributed until 1885, when at going land prices, Métis who received scrip could not acquire the 240 acres granted to other children.

[120] We do not accept the Métis' first argument that delivery of scrip instead of land constituted a breach of s. 31 of the *Manitoba Act*. As long as the 1.4 million acres was set aside and distributed with reasonable equity, the scheme of the *Manitoba Act* was not offended. It was unavoidable that the land would be distributed based on an estimate of the number of eligible Métis that would be inaccurate to some degree. The issuance of scrip was a reasonable mechanism to provide the benefit to which the excluded children were entitled.

[121] The Métis' second argument is that the value of scrip issued was deficient. The government decided to grant to each left-out child \$240 worth of scrip, based on a rate of \$1 per acre. While the Order in Council price for land was \$1 an acre in 1879, by 1885, when the scrip was delivered, most categories of land were priced at \$2 or \$2.50 an acre at the land title office: A.R., vol. XXIV, at p. 8. The children who received scrip thus obtained a grant equivalent to between 96 and 120 acres, significantly less than the 240 acres provided to those who took part in the initial distribution. The delay resulted in the excluded children receiving less land than the others. This was a departure from the s. 31 promise that the land would be divided in a roughly equal fashion amongst the eligible children.

[122] The most serious complaint regarding scrip is that Canada took too long to issue it. The process was marred by the delay and mismanagement that typified the overall implementation of the s. 31 grants. Canada recognized in 1884 that a significant number of eligible children would not receive the

[119] Les Métis soutiennent que le Canada a manqué à ses obligations envers les enfants qui ont reçu des certificats parce que l'art. 31 exigeait la distribution de terres et non de certificats et parce que les certificats n'ont pas été distribués avant 1885, alors que les prix pratiqués ne permettaient plus aux Métis ayant reçu des certificats d'acquérir les 240 acres concédés aux autres enfants.

[120] Nous n'acceptons pas le premier argument des Métis, suivant lequel la remise de certificats plutôt que la distribution de terres constituait un manquement à l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*. Dans la mesure où les 1,4 million d'acres ont été réservés et distribués de façon raisonnablement équitable, le régime de la *Loi sur le Manitoba* a été respecté. Il était inévitable que la distribution des terres soit fondée sur une estimation plus ou moins précise du nombre d'enfants métis admissibles. La délivrance de certificats constituait un mécanisme raisonnable pour procurer aux enfants exclus l'avantage auquel ils avaient droit.

[121] Le deuxième argument des Métis est que la valeur des certificats délivrés était inadéquate. Le gouvernement a décidé d'accorder à chaque enfant exclu un certificat d'une valeur de 240 \$, fondée sur une valeur de 1 \$ l'acre. Bien que le prix d'un acre prévu dans le décret ait été de 1 \$ en 1879, la plupart des terres étaient évaluées à 2 \$ ou 2,50 \$ l'acre au bureau des titres fonciers en 1885, l'année où les certificats ont commencé à être délivrés (d.a., vol. XXIV, p. 8). Les enfants qui ont reçu un certificat ont donc obtenu l'équivalent d'une terre de 96 à 120 acres, soit beaucoup moins que les 240 acres accordés à ceux qui ont participé à la distribution initiale. En raison du retard, les enfants exclus ont reçu une superficie moindre que les autres, contrairement à la promesse faite à l'art. 31 que les terres seraient divisées de façon à peu près égale entre les enfants admissibles.

[122] La critique la plus importante formulée à l'égard des certificats est que le Canada a mis trop de temps à les délivrer. Le processus a été entaché par le retard et la gestion déficiente qui ont caractérisé l'ensemble de la mise en œuvre des concessions visées à l'art. 31. Si le Canada

land to which they were entitled, yet it did nothing to provide a remedy to the excluded beneficiaries for almost a year. The trial judge observed:

By memorandum to the Minister of the Interior dated May 1884, Deputy Minister A.M. Burgess wrote that there were about 500 claimants whose applications had been approved but whose claims were unsatisfied because the land had been “exhausted”. He was unable to explain the error, but recommended that scrip be issued to the children.

For whatever reason action was postponed until April 1885 when Burgess submitted another report in which he explained how this shortage occurred. Burgess recommended as equitable that the issue of scrip to each half-breed child who has since proved his or her claim should be for \$240.00, the same to be accepted as in full satisfaction of such claim. The \$240.00 was based upon 240 acres (being the size of the individual grant) at the rate of \$1.00 per acre. [paras. 255-56]

[123] We conclude that the delayed issuance of scrip redeemable for significantly less land than was provided to the other recipients further demonstrates the persistent pattern of inattention inconsistent with the honour of the Crown that typified the s. 31 grants.

(d) *Random Allotment*

[124] The Métis assert that the s. 31 lands should have been allotted so that the children’s lots were contiguous to, or in the vicinity of, their parents’ lots. At a minimum, they say siblings’ lands should have been clustered together. They say that this was necessary to facilitate actual settlement, rather than merely sale, of the s. 31 lands, so as to establish a Métis homeland.

a reconnu, en 1884, qu’un nombre important d’enfants admissibles ne recevraient pas les terres auxquelles ils avaient droit, il n’a pourtant rien fait pendant près d’un an pour accorder une réparation aux bénéficiaires exclus. Voici ce que le juge du procès a fait observer :

[TRADUCTION] Par note de service adressée au ministre de l’Intérieur en mai 1884, le sous-ministre A.M. Burgess a écrit qu’il y avait environ 500 demandeurs dont les requêtes avaient été approuvées, mais auxquelles il n’avait pas été donné suite parce que les terres avaient été « épuisées ». Il était incapable d’expliquer l’erreur, mais recommandait que des certificats soient délivrés aux enfants.

Pour une raison quelconque, la prise de mesures a été reportée jusqu’en avril 1885, alors que A.M. Burgess a présenté un autre rapport dans lequel il expliquait comment cette pénurie s’était produite. A.M. Burgess a recommandé d’appliquer comme mesure équitable la délivrance de certificats d’une valeur de 240 \$ à chaque enfant Sang-mêlé qui avait depuis prouvé sa réclamation, le tout devant être accepté en paiement intégral de cette réclamation. La somme de 240 \$ était fondée sur 240 acres (soit la superficie des concessions individuelles) au prix de 1 \$ l’acre. [par. 255-256]

[123] Nous sommes d’avis que la délivrance tardive de certificats échangeables contre un lot d’une superficie bien moindre que celle offerte aux autres bénéficiaires illustre encore davantage la tendance persistante au manque d’attention incompatible avec l’honneur de la Couronne qui a caractérisé l’octroi des concessions promises à l’art. 31.

d) *Distribution aléatoire*

[124] Les Métis déclarent que les terres visées par l’art. 31 auraient dû être distribuées de façon à ce que les lots des enfants soient contigus aux lots de leurs père et mère, ou à proximité de ceux-ci. Ils affirment qu’à tout le moins les terres des frères et sœurs auraient dû être regroupées. Ils soutiennent que cette façon de faire était nécessaire pour favoriser une véritable colonisation des terres visées par l’art. 31, plutôt que leur simple vente, de façon à ce que les Métis puissent créer un territoire métis.

[125] Canada responds that it would not have been possible to settle all the Métis children on lots contiguous to their parents. Many families had a large number of children, and each child was entitled to a 240-acre lot. They argue that in the circumstances, a random allotment was reasonable.

[126] The trial judge found there was no agreement to distribute the land in family blocks. He observed that while the French Métis generally wanted grants contiguous to where they were residing and were not overly concerned with the value of the land, the English Métis were interested in selecting the most valuable allotments available even if they were not adjacent to their family lots. He also observed that the lottery was not random throughout the province: each parish received an allotment of land in its area and then distributed land within that allotment randomly to the individual Métis children living in the parish. He concluded that it was difficult to conceive how the land could have been administered other than by random lottery without creating unfairness and divisiveness within each parish. Further, because of the size of the grants, it would be hard to give a family a series of 240-acre contiguous parcels without interfering with neighbouring families' ability to receive the same. Moreover, a random lottery gave each child within the parish an equal chance at receiving the best parcel available. Finally, there was little, if any, complaint about the random selection from those present at the time. The Court of Appeal agreed, noting that Lieutenant Governor Archibald attempted to accommodate Métis wishes for the placement of a parish's allotments.

[127] Given the finding at trial that the grant was intended to benefit the individual children, not establish a Métis land base, we accept that random selection within each parish was an acceptable way to distribute the land consistent with the purpose of the s. 31 obligation. This said, the delay in

[125] Le Canada répond qu'il aurait été impossible d'établir tous les enfants des Métis sur des lots contigus à ceux de leurs père et mère. Beaucoup de familles avaient de très nombreux enfants, et chaque enfant avait droit à un lot de 240 acres. Le Canada soutient que, dans ces circonstances, une distribution aléatoire était raisonnable.

[126] Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas accord sur la distribution des terres regroupées par famille. Il a fait observer que si les Métis francophones voulaient habituellement des concessions contiguës à leur lieu de résidence et qu'ils ne se souciaient pas particulièrement de la valeur des terres, les Métis anglophones étaient au contraire intéressés par les lots dont la valeur était la plus élevée, même s'ils ne jouxtaient pas leurs lots familiaux. Il a également souligné que le tirage au sort ne se faisait pas parmi toutes les terres peu importe où elles étaient situées dans la province; chaque paroisse recevait, en tant que collectivité, un lotissement situé dans le territoire de la paroisse et distribuait aléatoirement les terres comprises dans ce lotissement aux enfants métis résidant dans la paroisse. Il a conclu qu'il était difficile d'imaginer comment les terres auraient pu être gérées autrement que par tirage au sort, sans créer des injustices et des dissensions dans chaque paroisse. De plus, vu la dimension des concessions, il aurait été difficile d'offrir à une famille une suite de parcelles contiguës de 240 acres sans limiter la capacité des familles voisines de recevoir la même chose. De plus, le tirage au sort donnait à chaque enfant de la paroisse une chance égale de recevoir la meilleure parcelle. Enfin, à l'époque, les intéressés ne se sont que peu ou pas plaints du tirage au sort. La Cour d'appel a conclu dans le même sens, soulignant que le lieutenant-gouverneur Archibald avait tenté de répondre aux souhaits des Métis en ce qui concerne l'emplacement des lotissements paroissiaux.

[127] Étant donné qu'il a été établi au procès que les concessions visaient à procurer un avantage aux enfants, individuellement, et non à établir un territoire métis, nous convenons que le tirage au sort pratiqué dans chaque paroisse était une façon acceptable de distribuer les terres et qu'il

distributing land, and the consequential sales prior to patent, may well have made it more difficult for Métis to trade grants amongst themselves to achieve contiguous parcels.

(8) Conclusion on the Honour of the Crown

[128] The s. 31 obligation made to the Métis is part of our Constitution and engages the honour of the Crown. The honour of the Crown required the Crown to interpret s. 31 in a purposive manner and to diligently pursue fulfillment of the purposes of the obligation. This was not done. The Métis were promised implementation of the s. 31 land grants in “the most effectual and equitable manner”. Instead, the implementation was ineffectual and inequitable. This was not a matter of occasional negligence, but of repeated mistakes and inaction that persisted for more than a decade. A government sincerely intent on fulfilling the duty that its honour demanded could and should have done better.

D. *Were the Manitoba Statutes Related to Implementation Unconstitutional?*

[129] The Métis seek a declaration that the impugned eight statutes passed by Manitoba were *ultra vires* and therefore unconstitutional or otherwise inoperative by virtue of the doctrine of paramountcy.

[130] Between 1877 and 1885, Manitoba passed five statutes that regulated the means by which sales of s. 31 lands could take place by private contract or court order. They dealt with the technical requirements to transfer interests in s. 31 lands. These included: permitting sales by a s. 31 allottee who was over 21 years of age (*The Half-Breed Land Grant Amendment Act, 1877*); allowing sales of grants by Métis between 18 and 21 years of age with parental consent and consent of the child supervised

était compatible avec les objectifs de l’obligation imposée par l’art. 31. Cela dit, le retard dans la distribution des terres, et les ventes qui en ont découlé avant l’obtention des lettres patentes, ont fort bien pu compliquer les échanges de concessions entre Métis qui souhaitaient obtenir des parcelles contiguës.

(8) Conclusion concernant l’honneur de la Couronne

[128] L’obligation imposée à l’art. 31 envers les Métis fait partie de notre Constitution et engage l’honneur de la Couronne. Le principe de l’honneur de la Couronne exigeait que la Couronne donne une interprétation téléologique de l’art. 31 et qu’elle poursuive de façon diligente l’atteinte des objectifs de cette obligation. Elle ne l’a pas fait. Les Métis s’étaient vu promettre la mise en œuvre des concessions [TRADUCTION] « de la façon la plus efficace et la plus équitable possible ». Or, cette mise en œuvre a été inefficace et inéquitable. Cela n’est pas dû à une négligence passagère, mais plutôt à une série d’erreurs et d’inactions qui ont persisté pendant plus d’une décennie. Un gouvernement ayant l’intention sincère de respecter l’obligation que lui commandait son honneur pouvait et aurait dû faire mieux.

D. *Les lois de mise en œuvre adoptées par le Manitoba étaient-elles inconstitutionnelles?*

[129] Les Métis demandent un jugement déclarant que les huit lois contestées adoptées par le Manitoba étaient *ultra vires* et, par conséquent, inconstitutionnelles ou par ailleurs inopérantes en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[130] Entre 1877 et 1885, le Manitoba a adopté cinq lois réglementant la vente des terres visées par l’art. 31 par contrat privé ou ordonnance judiciaire. Ces lois portaient sur les modalités de transfert des terres visées. Entre autres, elles autorisaient le bénéficiaire d’une concession à en disposer s’il était âgé de plus de 21 ans (*l’Acte de 1877*); permettaient aux Métis âgés de 18 à 21 ans de vendre une concession avec le consentement de leurs père et mère, sous la surveillance d’un

by a judge or two justices of the peace (*The Half-Breed Land Grant Act, 1878*); and settling issues as to the sufficiency of documentation necessary to pass good title in anticipation of the introduction of the Torrens system (*An Act relating to the Titles of Half-Breed Lands*, S.M. 1885, c. 30). The Manitoba statutes were consolidated in the *Half-Breed Lands Act*, R.S.M. 1891, c. 67, and eventually repealed by *The Statute Law Revision and Statute Law Amendment Act, 1969*, S.M. 1969 (2nd Sess.), c. 34, s. 31.

[131] In *Dumont v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 S.C.R. 279, a preliminary motion to strike was brought by Canada in respect of this litigation. Wilson J. stated:

The Court is of the view also that the subject matter of the dispute, inasmuch as it involves the constitutionality of legislation ancillary to the *Manitoba Act, 1870* is justiciable in the courts and that declaratory relief may be granted in the discretion of the court in aid of extra-judicial claims in an appropriate case. [Emphasis added; p. 280.]

This statement is not a ruling or a pre-determination on whether the review of the repealed statutes in this action is moot. The *Dumont* decision recognizes that a declaration *may* be granted — in the discretion of the court — in aid of extra-judicial relief in an appropriate case. The Court simply decided that it was not “plain and obvious” or “beyond doubt” that the case would fail: p. 280.

[132] These statutes have long been out of force. They can have no future impact. Their only significance is as part of the historic matrix of the Métis’ claims. In short, they are moot. To consider their constitutionality would be a misuse of the Court’s time. We therefore need not address this issue.

juge ou de deux juges de paix (*l’Acte de 1878*); et fixaient les conditions relatives aux documents nécessaires pour concéder un titre valable en prévision de l’introduction du régime Torrens (*Un Acte concernant les Titres des Terres des Métis*, S.M. 1885, ch. 30). Les lois du Manitoba ont été refondues dans la loi intitulée *Half-Breed Lands Act*, R.S.M. 1891, ch. 67, et finalement abrogées en 1969 par *The Statute Law Revision and Statute Law Amendment Act, 1969*, S.M. 1969 (2^e sess.), ch. 34, art. 31.

[131] Dans l’affaire *Dumont c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 R.C.S. 279, une requête préliminaire en radiation avait été présentée par le Canada dans le cadre du présent litige. Voici ce que la juge Wilson a déclaré :

La Cour est également d’avis que l’objet du litige, dans la mesure où il comporte la constitutionnalité de la mesure législative accessoire à la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, peut être réglé devant les tribunaux judiciaires et qu’un jugement déclaratoire peut être accordé à la discrétion de la cour à l’appui de revendications extrajudiciaires dans un cas qui se prête à cela. [Nous soulignons; p. 280.]

Cet énoncé ne doit pas être interprété comme une décision ou une prédétermination quant à savoir si l’examen des lois abrogées est une question théorique dans le cadre de la présente action. L’arrêt *Dumont* reconnaît qu’un jugement déclaratoire *peut* être accordé — à la discrétion de la cour — à l’appui d’une réparation extrajudiciaire dans un cas qui s’y prête. La Cour a simplement décidé que l’échec de la demande n’était pas « éviden[t] » ou « au-delà de tout doute » (p. 280).

[132] Ces lois sont depuis longtemps sans effet. Elles ne peuvent avoir de répercussions futures et elles n’importent que dans la mesure où elles s’inscrivent dans la trame historique des revendications des Métis. En somme, elles sont devenues théoriques. La Cour ferait mauvais usage de son temps en examinant leur constitutionnalité. Nous n’avons donc pas à nous prononcer sur ce point.

E. *Is the Claim for a Declaration Barred by Limitations?*

[133] We have concluded that Canada did not act diligently to fulfill the specific obligation to the Métis contained in s. 31 of the *Manitoba Act*, as required by the honour of the Crown. For the reasons below, we conclude that the law of limitations does not preclude a declaration to this effect.

[134] This Court has held that although claims for personal remedies flowing from the striking down of an unconstitutional statute are barred by the running of a limitation period, courts retain the power to rule on the constitutionality of the underlying statute: *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181. The constitutionality of legislation has always been a justiciable question: *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 151. The “right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament” can be vindicated by a declaration that legislation is invalid, or that a public act is *ultra vires*: *Canadian Bar Assn. v. British Columbia*, 2006 BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38, at paras. 23 and 91, citing *Thorson*, at p. 163 (emphasis added). An “issue [that is] constitutional is always justiciable”: *Waddell v. Schreyer* (1981), 126 D.L.R. (3d) 431 (B.C.S.C.), at p. 437, aff’d (1982), 142 D.L.R. (3d) 177 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1982] 2 S.C.R. vii (*sub nom. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. v. Waddell*).

[135] Thus, this Court has found that limitations of actions statutes cannot prevent the courts, as guardians of the Constitution, from issuing declarations on the constitutionality of legislation. By extension, limitations acts cannot prevent the courts from issuing a declaration on the constitutionality of the Crown’s conduct.

E. *La demande de jugement déclaratoire est-elle irrecevable par application des règles de la prescription?*

[133] Nous avons conclu que le Canada n’a pas agi avec diligence pour s’acquitter de l’obligation particulière que l’art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* lui imposait envers les Métis, comme l’exigeait l’honneur de la Couronne. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis que les règles de la prescription n’empêchent pas la Cour de le confirmer dans un jugement déclaratoire.

[134] Notre Cour a statué que, bien que les délais de prescription s’appliquent aux demandes de réparations personnelles découlant de l’annulation d’une loi inconstitutionnelle, les tribunaux conservent le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de la loi sous-jacente (*Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181). La constitutionnalité d’une loi a toujours été une question justiciable (*Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, p. 151). Une atteinte au « droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement » peut être réprimée par un jugement déclarant qu’une loi est invalide ou qu’un acte public est *ultra vires* (*Canadian Bar Assn. c. British Columbia*, 2006 BCSC 1342, 59 B.C.L.R. (4th) 38, par. 23 et 91, citant *Thorson*, p. 163 (italiques ajoutés)). « Une question [. . .] constitutionnelle est toujours justiciable » (*Waddell c. Schreyer* (1981), 126 D.L.R. (3d) 431 (C.S.C.-B.), p. 437, conf. par (1982), 142 D.L.R. (3d) 177 (C.A.C.-B.), autorisation d’appel refusée, [1982] 2 R.C.S. vii (*sub nom. Foothills Pipe Lines (Yukon) Ltd. c. Waddell*)).

[135] Par conséquent, notre Cour a conclu que les lois sur la prescription des actions ne peuvent empêcher les tribunaux, à titre de gardiens de la Constitution, de rendre des jugements déclaratoires sur la constitutionnalité d’une loi. Par extension, les lois sur la prescription des actions ne peuvent empêcher les tribunaux de rendre un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne.

[136] In this case, the Métis seek a declaration that a provision of the *Manitoba Act* — given constitutional authority by the *Constitution Act, 1871* — was not implemented in accordance with the honour of the Crown, itself a “constitutional principle”: *Little Salmon*, at para. 42.

[137] Furthermore, the Métis seek no personal relief and make no claim for damages or for land. Nor do they seek restoration of the title their descendants might have inherited had the Crown acted honourably. Rather, they seek a declaration that a specific obligation set out in the Constitution was not fulfilled in the manner demanded by the Crown’s honour. They seek this declaratory relief in order to assist them in extra-judicial negotiations with the Crown in pursuit of the overarching constitutional goal of reconciliation that is reflected in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[138] The respondents argue that this claim is statute-barred by virtue of Manitoba’s limitations legislation, which, in all its iterations, has contained provisions similar to the current one barring “actions grounded on accident, mistake or other equitable ground of relief” six years after the discovery of the cause of action: *The Limitation of Actions Act*, C.C.S.M. c. L150, s. 2(1)(k). Breach of fiduciary duty is an “equitable ground of relief”. We agree, as the Court of Appeal held, that the limitation applies to Aboriginal claims for breach of fiduciary duty with respect to the administration of Aboriginal property: *Wewaykum*, at para. 121, and *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372, at para. 13.

[139] However, at this point we are not concerned with an action for breach of fiduciary duty, but with a claim for a declaration that the Crown did not

[136] En l’espèce, les Métis sollicitent un jugement déclarant qu’une disposition de la *Loi sur le Manitoba* — à laquelle la *Loi constitutionnelle de 1871* confère un statut constitutionnel — n’a pas été mise en œuvre conformément au principe de l’honneur de la Couronne, ayant lui aussi le statut de « principe constitutionnel » (*Little Salmon*, par. 42).

[137] En outre, les Métis ne sollicitent pas de réparation personnelle, ne réclament pas de dommages-intérêts et ne font aucune revendication territoriale. Ils ne demandent pas non plus le rétablissement du titre dont leurs descendants auraient pu hériter si la Couronne avait agi honorablement. Ils demandent plutôt que soit rendu un jugement déclarant qu’une obligation constitutionnelle précise n’a pas été remplie comme l’exigeait l’honneur de la Couronne. Ils sollicitent ce jugement déclaratoire pour faciliter leurs négociations extrajudiciaires avec la Couronne en vue de réaliser l’objectif constitutionnel global de réconciliation inscrit dans l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[138] Les défendeurs prétendent que cette demande est irrecevable en vertu des lois manitobaines sur la prescription dont toutes les versions contenaient des dispositions semblables à la disposition actuelle prévoyant qu’une « action fondée sur un accident, une erreur ou un autre motif de recours reconnu en Équité » se prescrit par six ans à compter de la découverte de la cause d’action (*Loi sur la prescription*, C.P.L.M. ch. L150, al. 2(1)k)). Le manquement à une obligation fiduciaire constitue « un motif de recours reconnu en Équité ». Nous sommes d’accord avec la Cour d’appel que ce délai de prescription s’applique aux demandes des Autochtones pour manquement à une obligation fiduciaire relative à la gestion de leurs biens (*Wewaykum*, par. 121, et *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, par. 13).

[139] Toutefois, à ce stade, nous ne statuons pas sur une action pour manquement à une obligation fiduciaire, mais sur une demande de jugement

act honourably in implementing the constitutional obligation in s. 31 of the *Manitoba Act*. Limitations acts cannot bar claims of this nature.

[140] What is at issue is a constitutional grievance going back almost a century and a half. So long as the issue remains outstanding, the goal of reconciliation and constitutional harmony, recognized in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and underlying s. 31 of the *Manitoba Act*, remains unachieved. The ongoing rift in the national fabric that s. 31 was adopted to cure remains unremedied. The unfinished business of reconciliation of the Métis people with Canadian sovereignty is a matter of national and constitutional import. The courts are the guardians of the Constitution and, as in *Ravndahl* and *Kingstreet*, cannot be barred by mere statutes from issuing a declaration on a fundamental constitutional matter. The principles of legality, constitutionality and the rule of law demand no less: see *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 72.

[141] Furthermore, many of the policy rationales underlying limitations statutes simply do not apply in an Aboriginal context such as this. Contemporary limitations statutes seek to balance protection of the defendant with fairness to the plaintiffs: *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at para. 66, per McLachlin J. In the Aboriginal context, reconciliation must weigh heavily in the balance. As noted by Harley Schachter:

The various rationales for limitations are still clearly relevant, but it is the writer's view that the goal of reconciliation is a far more important consideration and ought to be given more weight in the analysis. Arguments that provincial limitations apply of their own force, or can be incorporated as valid federal law, miss the point when aboriginal and treaty rights are at issue. They ignore the

déclarant que la Couronne n'a pas agi honorablement dans la mise en œuvre de l'obligation constitutionnelle imposée à l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*. Les lois sur la prescription ne peuvent faire obstacle à une demande de cette nature.

[140] Nous sommes saisis d'un grief constitutionnel qui a pris naissance il y a près d'un siècle et demi. Aussi longtemps que la question ne sera pas tranchée, l'objectif de réconciliation et d'harmonie constitutionnelle, reconnu à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui sous-tend l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*, n'aura pas été atteint. Le clivage persistant dans notre tissu national auquel l'adoption de l'art. 31 devait remédier demeure entier. La tâche inachevée de réconciliation des Métis avec la souveraineté du Canada est une question d'importance nationale et constitutionnelle. Les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et, comme le précisent les arrêts *Ravndahl* et *Kingstreet*, ils ne peuvent être empêchés par une simple loi de rendre un jugement déclaratoire sur une question constitutionnelle fondamentale. Les principes fondamentaux de légalité, de constitutionnalité et de primauté du droit n'exigent rien de moins : voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72.

[141] De plus, bon nombre des considérations de politique générale qui sous-tendent les lois en matière de prescription ne s'appliquent tout simplement pas dans un contexte autochtone comme celui-ci. Les lois contemporaines sur la prescription des actions visent à établir un équilibre entre la protection du défendeur et l'équité envers le demandeur (*Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 66, la juge McLachlin). Dans le contexte autochtone, la réconciliation doit peser lourd dans la balance. Comme l'a souligné Harley Schachter :

[TRADUCTION] Les diverses justifications des délais de prescription sont toujours manifestement pertinentes, mais l'auteur est d'avis que l'objectif de la réconciliation est un facteur beaucoup plus important, auquel il faut accorder plus de poids dans l'analyse. L'argument qu'une loi provinciale sur la prescription s'applique *ex proprio vigore* ou peut être incorporée à titre de loi fédérale ne

real analysis that ought to be undertaken, which is one of reconciliation and justification.

(“Selected Current Issues in Aboriginal Rights Cases: Evidence, Limitations and Fiduciary Obligations”, in *The 2001 Isaac Pitblado Lectures: Practising Law In An Aboriginal Reality* (2001), 203, at pp. 232-33)

Schachter was writing in the context of Aboriginal rights, but the argument applies with equal force here. Leonard I. Rotman goes even farther, pointing out that to allow the Crown to shield its unconstitutional actions with the effects of its own legislation appears fundamentally unjust: “*Wewaykum: A New Spin on the Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Peoples?*” (2004), *U.B.C. L. Rev.* 219, at pp. 241-42. The point is that despite the legitimate policy rationales in favour of statutory limitations periods, in the Aboriginal context, there are unique rationales that must sometimes prevail.

[142] In this case, the claim is not stale — it is largely based on contemporaneous documentary evidence — and no third party legal interests are at stake. As noted by Canada, the evidence provided the trial judge with “an unparalleled opportunity to examine the context surrounding the enactment and implementation of ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act*”: R.F., at para. 7.

[143] Furthermore, the remedy available under this analysis is of a limited nature. A declaration is a narrow remedy. It is available without a cause of action, and courts make declarations whether or not any consequential relief is available. As argued by the intervener the Assembly of First Nations, it is not awarded against the defendant in the same sense as coercive relief: factum, at para. 29, citing *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344, at paras. 11-16. In some cases, declaratory relief may be the only way to give effect to the honour of the Crown: Assembly of First Nations’ factum, at para. 31. Were the Métis in this action seeking personal remedies, the

vaut pas lorsque les droits ancestraux et issus de traités sont en cause. Il ne tient pas compte de la véritable analyse qui doit être effectuée et qui vise la réconciliation et la justification.

(« Selected Current Issues in Aboriginal Rights Cases : Evidence, Limitations and Fiduciary Obligations », dans *The 2001 Isaac Pitblado Lectures : Practising Law In An Aboriginal Reality* (2001), 203, p. 232-233)

Schachter écrivait dans le contexte des droits ancestraux, mais ses propos s’appliquent avec autant de force en l’espèce. Leonard I. Rotman va encore plus loin lorsqu’il affirme que permettre à la Couronne de protéger ses actes inconstitutionnels par le pouvoir de ses propres lois semble fondamentalement injuste (« *Wewaykum : A New Spin on the Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Peoples?* » (2004), *U.B.C. L. Rev.* 219, p. 241-242). En fait, malgré les considérations de politique générale légitimes favorables aux délais de prescription fixés par la loi, dans le contexte autochtone, il existe des principes uniques qui doivent parfois prévaloir.

[142] En l’espèce, la demande n’est pas tardive : elle est en grande partie fondée sur des éléments de preuve documentaire contemporains et aucun intérêt juridique d’un tiers n’est en jeu. Comme l’a indiqué le Canada, la preuve a fourni au juge du procès [TRADUCTION] « une occasion inégalée d’examiner le contexte entourant l’édiction et la mise en œuvre des art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba* » (m.i., par. 7).

[143] De plus, la réparation pouvant être accordée suivant cette analyse est limitée. Un jugement déclaratoire est une réparation d’une portée restreinte. Il peut être obtenu sans cause d’action, et les tribunaux rendent des jugements déclaratoires, peu importe si une mesure de redressement consécutive peut être accordée. Comme l’a fait valoir l’Assemblée des Premières Nations, intervenante, il n’est pas obtenu contre le défendeur au même sens qu’une mesure de redressement coercitive (mémoire, par. 29, citant *Cheslatta Carrier Nation c. British Columbia*, 2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344, par. 11-16). Dans certains cas, le jugement déclaratoire peut être le seul

reasoning set out here would not be available. However, as acknowledged by Canada, the remedy sought here is clearly not a personal one: R.F., at para. 82. The principle of reconciliation demands that such declarations not be barred.

[144] We conclude that the claim in this case is a claim for a declaration of the constitutionality of the Crown's conduct toward the Métis people under s. 31 of the *Manitoba Act*. It follows that *The Limitation of Actions Act* does not apply and the claim is not statute-barred.

F. *Is the Claim for a Declaration Barred by Laches?*

[145] The equitable doctrine of laches requires a claimant in equity to prosecute his claim without undue delay. It does not fix a specific limit, but considers the circumstances of each case. In determining whether there has been delay amounting to laches, the main considerations are (1) acquiescence on the claimant's part; and (2) any change of position that has occurred on the defendant's part that arose from reasonable reliance on the claimant's acceptance of the *status quo*: *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 76-80.

[146] As La Forest J. put it in *M. (K.)*, at pp. 76-77, citing *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, at pp. 239-40:

Two circumstances, always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy.

moyen de donner effet au principe de l'honneur de la Couronne : mémoire de l'Assemblée des Premières Nations, par. 31. Dans la présente action, si les Métis avaient sollicité des réparations personnelles, le raisonnement adopté en l'espèce ne pourrait s'appliquer. Toutefois, comme l'a reconnu le Canada, la mesure de redressement sollicitée en l'espèce n'est manifestement pas de nature personnelle (m.i., par. 82). Le principe de la réconciliation commande que ce type de déclaration puisse être accordé.

[144] Nous concluons que la demande qui nous est soumise en l'espèce est une demande de déclaration sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne envers les Métis dans l'application de l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*. Il s'ensuit que la *Loi sur la prescription* ne s'applique pas et que la demande n'est pas prescrite.

F. *La demande de jugement déclaratoire est-elle irrecevable par application de la doctrine des « laches »?*

[145] La doctrine des *laches* reconnue en equity exige qu'une procédure judiciaire fondée sur l'equity soit engagée sans retard injustifié. Elle ne fixe aucune limite précise, mais prend en compte les circonstances de chaque affaire. Pour déterminer si un retard peut être considéré comme donnant application à la doctrine des *laches*, il faut principalement considérer s'il y a eu : (1) acquiescement de la part du demandeur; et (2) changement de position de la part du défendeur parce qu'il croyait raisonnablement que le demandeur acceptait le statu quo (*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 76-80).

[146] Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *M. (K.)*, p. 76 et 77, citant l'arrêt *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, p. 239-240 :

Deux circonstances, toujours importantes en pareils cas, sont la longueur du retard et la nature des actes accomplis dans l'intervalle, éléments qui peuvent avoir des conséquences pour l'une ou l'autre partie et faire pencher la balance du côté de la justice ou de l'injustice selon qu'on adopte une solution ou l'autre, ce qui a trait au redressement.

La Forest J. concluded as follows:

What is immediately obvious from all of the authorities is that mere delay is insufficient to trigger laches under either of its two branches. Rather, the doctrine considers whether the delay of the plaintiff constitutes acquiescence or results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable. Ultimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties, as is the case with any equitable doctrine. [Emphasis added; pp. 77-78.]

[147] Acquiescence depends on knowledge, capacity and freedom: *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 2003), vol. 16(2), at para. 912. In the context of this case — including the historical injustices suffered by the Métis, the imbalance in power that followed Crown sovereignty, and the negative consequences following delays in allocating the land grants — delay by itself cannot be interpreted as some clear act by the claimants which amounts to acquiescence or waiver. As explained below, the first branch of the *Lindsay* test is not met here.

[148] The trial judge found that the delay in bringing this action was unexplained, in part because other constitutional litigation was undertaken in the 1890s: paras. 456-57. Two Manitoba statutes were challenged, first in the courts, and then by petition to the Governor General in Council: paras. 431-37. The trial judge inferred that many of the signatories to the petition would have been Métis: para. 435. While we do not contest this factual finding, we do question the legal inference drawn from it by the trial judge. Although many signatories were Métis, the petitioners were, in fact, a broader group, including many signatories and community leaders who were not Métis. For example, as noted by the trial judge, neither Archbishop Taché nor Father Ritchot — leaders in “the French Catholic/Métis community” — were Métis: para. 435. The actions of this large community say little, in law, about the ability of the Métis to seek a declaration based on the honour of the Crown. They do not

Le juge La Forest a ainsi conclu :

Il ressort immédiatement de l'ensemble de la jurisprudence que le simple retard ne suffit pas à déclencher l'application de l'un ou l'autre des éléments de la règle du manque de diligence. Il s'agit plutôt de déterminer si le retard du demandeur constitue un acquiescement ou crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites. En fin de compte, le manque de diligence doit être réglé comme une question de justice entre les parties, comme c'est le cas de toute règle d'équité. [Nous soulignons; p. 77-78.]

[147] L'acquiescement repose sur la connaissance, la capacité et la liberté (*Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 2003), vol. 16(2), par. 912). Dans le contexte de l'espèce — y compris les injustices subies par les Métis dans le passé, le déséquilibre des pouvoirs qui a suivi la proclamation de la souveraineté de la Couronne et les conséquences négatives découlant des retards dans l'attribution des concessions —, le retard en soi ne peut être interprété comme un acte manifeste d'acquiescement ou de renonciation de la part des appelants. Comme nous l'expliquerons, le premier volet du critère énoncé dans *Lindsay* n'est pas respecté en l'espèce.

[148] Le juge du procès a estimé que le retard à engager l'action demeurait inexpliqué, en partie parce que d'autres litiges constitutionnels ont été engagés dans les années 1890 (par. 456-457). Deux lois du Manitoba ont été contestées, d'abord devant les tribunaux, puis par pétition au gouverneur général en conseil (par. 431-437). Le juge de procès a déduit que beaucoup de signataires de la pétition devaient être des Métis (par. 435). Bien que nous ne contestions pas cette conclusion de fait, nous remettons en cause l'inférence de droit que le juge du procès en a tirée. Même si nombre des signataires étaient des Métis, les requérants constituaient, dans les faits, un groupe plus large, comprenant un nombre important de signataires et de dirigeants de la communauté qui n'étaient pas Métis. Par exemple, comme l'a indiqué le juge du procès, ni l'archevêque Taché ni le père Ritchot — des personnalités influentes de [TRADUCTION] « la collectivité catholique française/

establish acquiescence by the Métis community in the existing legal state of affairs.

[149] Furthermore, in this rapidly evolving area of the law, it is rather unrealistic to suggest that the Métis sat on their rights before the courts were prepared to recognize those rights. As it is, the Métis commenced this claim before s. 35 was entrenched in the Constitution, and long before the honour of the Crown was elucidated in *Haida Nation*. It is difficult to see how this could constitute acquiescence in equity.

[150] Moreover, a court exercising equitable jurisdiction must always consider the conscionability of the behaviour of both parties: see *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at para. 22. Canada was aware that there would be an influx of settlers and that the Métis needed to get a head start before that transpired, yet it did not work diligently to fulfill its constitutional promise to the Métis, as the honour of Crown required. The Métis did not receive the intended head start, and following the influx of settlers, they found themselves increasingly marginalized, facing discrimination and poverty: see, e.g., trial, at para. 541; C.A., at paras. 95, 244 and 638; A.F., at para. 200. Although bad faith is neither claimed nor needed here, the appellants point to a letter written by Sir John A. Macdonald, which suggests that this marginalization may even have been desired:

. . . it will require a considerable management to keep those wild people quiet. In another year the present residents will be altogether swamped by the influx of strangers who will go in with the idea of becoming industrious and peaceable settlers.

(October 14, 1869, A.R., vol. VII, at p. 65)

Métis » — n'étaient Métis (par. 435). Les actes de cette importante collectivité nous apprennent peu de choses, en droit, sur la capacité des Métis à demander un jugement déclaratoire fondé sur l'honneur de la Couronne. Ils ne démontrent pas l'acquiescement de la communauté des Métis à la situation juridique qui existait à l'époque.

[149] En outre, dans ce domaine du droit qui évolue rapidement, il est plutôt irréaliste d'avancer que les Métis ont négligé de faire valoir leurs droits avant que les tribunaux ne soient prêts à reconnaître ces droits. En réalité, les Métis ont amorcé leur demande avant même que l'art. 35 ne soit inscrit dans la Constitution, et bien avant que le principe de l'honneur de la Couronne ne soit expliqué dans *Nation haïda*. Il est difficile de voir comment il pourrait y avoir eu ainsi acquiescement en equity.

[150] De plus, dans l'exercice de sa compétence en equity, le tribunal doit toujours prendre en compte le caractère équitable du comportement des deux parties : voir *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, par. 22. Le Canada savait qu'il y aurait un afflux massif de colons et que les Métis avaient besoin d'une longueur d'avance pour faire face à cette éventualité et il n'a pourtant pas agi avec diligence pour remplir la promesse constitutionnelle faite aux Métis, comme le commandait l'honneur de la Couronne. Les Métis n'ont pas obtenu l'avantage escompté et, après l'arrivée massive de colons, ils ont été de plus en plus marginalisés et ont dû affronter la discrimination et la pauvreté (voir, p. ex., le jugement de première instance, par. 541; C.A., par. 95, 244 et 638; m.a., par. 200). Bien que la mauvaise foi ne soit ni alléguée ni nécessaire en l'espèce, les appelants ont attiré l'attention sur une lettre écrite par Sir John A. Macdonald, qui porte à croire que cette marginalisation pourrait même avoir été désirée :

[TRADUCTION] . . . il faudra très bien gérer la situation pour que ces sauvages restent tranquilles. D'ici une autre année, les résidents actuels seront tous submergés par l'afflux massif d'étrangers, qui arriveront avec l'idée de devenir des colons vaillants et paisibles.

(14 octobre 1869, d.a., vol. VII, p. 65)

[151] Be that as it may, this marginalization is of evidentiary significance only, as we cannot — and need not — unravel history and determine the precise causes of the marginalization of the Métis community in Manitoba after 1870. All that need be said (and all that is sought in the declaration) is that the central promise the Métis obtained from the Crown in order to prevent their future marginalization — the transfer of lands to the Métis children — was not carried out with diligence, as required by the honour of the Crown.

[152] The second consideration relevant to laches is whether there was any change in Canada's position as a result of the delay. The answer is no. This is a case like *M. (K.)*, where La Forest J. observed that it could not be seen how the “plaintiff . . . caused the defendant to alter his position in reasonable reliance on the plaintiff's acceptance of the status quo, or otherwise permitted a situation to arise which it would be unjust to disturb”: p. 77, quoting R. P. Meagher, W. M. C. Gummow and J. R. F. Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (2nd ed. 1984), at p. 755.

[153] This suffices to answer Canada's argument that the Métis claim for a declaration that the Crown failed to act in accordance with the honour of the Crown is barred by laches. We add this, however. It is difficult to see how a court, in its role as guardian of the Constitution, could apply an equitable doctrine to defeat a claim for a declaration that a provision of the Constitution has not been fulfilled as required by the honour of the Crown. We note that, in *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, at p. 357, Lamer C.J. noted that the doctrine of laches does not apply to a constitutional division of powers question. (See also *Attorney General of Manitoba v. Forest*, [1979] 2 S.C.R. 1032.) The Constitution is the supreme law of our country, and it demands that courts be empowered to protect its substance and uphold its promises.

[151] Quoi qu'il en soit, cette marginalisation n'a d'importance que sur le plan de la preuve, puisqu'il n'est ni possible — ni nécessaire — de décortiquer l'histoire et de déterminer avec précision les causes de la marginalisation de la communauté des Métis au Manitoba après 1870. Il suffit de dire (et c'est là la seule déclaration demandée) que la promesse fondamentale — le transfert de terres aux enfants des Métis — que les Métis ont obtenue de la Couronne pour éviter leur marginalisation future n'a pas été mise en œuvre avec diligence, comme l'exigeait l'honneur de la Couronne.

[152] La deuxième considération pertinente relativement à la doctrine des *laches* consiste à déterminer si le temps écoulé a amené le Canada à changer sa position à cause du retard. La réponse est non. La présente affaire est semblable à celle examinée dans l'arrêt *M. (K.)*, où le juge La Forest a fait remarquer qu'il était impossible de comprendre comment « le demandeur [. . .] a amené le défendeur à changer sa position parce qu'il croyait raisonnablement que le demandeur avait accepté le statu quo ou qu'il avait permis une situation qu'il serait injuste de changer » : p. 77, citant R. P. Meagher, W. M. C. Gummow et J. R. F. Lehane, *Equity Doctrines and Remedies* (2^e éd. 1984), p. 755.

[153] Cela suffit pour répondre à la thèse du Canada, selon laquelle la doctrine des *laches* empêche les Métis de demander un jugement déclarant que la Couronne n'a pas agi de façon honorable. Nous ajouterons cependant ceci. Nous voyons mal comment un tribunal, dans son rôle de gardien de la Constitution, pourrait appliquer une doctrine d'équité pour rejeter une demande de jugement déclarant qu'une disposition de la Constitution n'a pas été respectée comme l'exigeait l'honneur de la Couronne. Mentionnons que, dans l'arrêt *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, p. 357, le juge en chef Lamer a souligné que la doctrine des *laches* ne s'applique pas à une question constitutionnelle touchant le partage des compétences. (Voir aussi *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.) La Constitution est la loi suprême de notre pays, et elle demande que les tribunaux soient habilités à en protéger la substance et à en faire respecter les promesses.

VII. Disposition

[154] The appeal is allowed in part. We conclude that the appellants are entitled to the following declaration:

That the federal Crown failed to implement the land grant provision set out in s. 31 of the *Manitoba Act, 1870* in accordance with the honour of the Crown.

[155] The appellants are awarded their costs throughout.

The reasons of Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting)—

I. Introduction

[156] In this case, the majority has created a new common law constitutional obligation on the part of the Crown — one that, they say, is unaffected by the common law defence of laches and immune from the legislature’s undisputed authority to create limitations periods. They go this far notwithstanding that the courts below did not consider the issue, and that the parties did not argue the issue before this Court. As a result of proceeding in this manner, the majority has fashioned a vague rule that is unconstrained by laches or limitation periods and immune from legislative redress, making the extent and consequences of the Crown’s new obligations impossible to predict.

[157] While I agree with several of the majority’s conclusions, I respectfully disagree with their conclusions on the scope of the duty engaged by the honour of the Crown and the applicability of limitations and laches to this claim.

[158] The appellants, herein referred to collectively as the “Métis” made four main claims before this Court. Their primary claim was that

VII. Dispositif

[154] Le pourvoi est accueilli en partie. Nous sommes d’avis que les appelants ont droit à un jugement déclarant que :

La Couronne fédérale n’a pas mis en œuvre de façon honorable la disposition prévoyant la concession de terres énoncée à l’art. 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

[155] Les appelants se voient adjuger leurs dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

I. Introduction

[156] Les juges majoritaires imputent en l’espèce à la Couronne, en matière constitutionnelle, une nouvelle obligation de common law qui, selon eux, écarte la défense de common law fondée sur la doctrine des *laches* (un principe d’équité souvent appelé « doctrine du manque de diligence ») et le pouvoir incontesté du législateur provincial d’établir des délais de prescription. Ils recourent à pareille mesure même si les juridictions inférieures n’ont pas examiné la question et si les parties n’ont pas offert de plaidoirie à ce sujet devant nous. Ils établissent donc une règle vague, qui écarte la doctrine des *laches* et la prescription, et qui est insusceptible de correction par le législateur, de sorte que la portée et les conséquences des nouvelles obligations de la Couronne deviennent imprévisibles.

[157] J’adhère à plusieurs conclusions des juges majoritaires, mais je ne puis partager leur opinion sur la portée de l’obligation imposée par l’honneur de la Couronne et sur l’applicabilité en l’espèce des délais de prescription et de la doctrine des *laches*.

[158] Les appelants (ci-après, collectivement, les « Métis ») formulent devant nous quatre grandes prétentions, la principale étant que la Couronne

the Crown owed the Métis a fiduciary duty arising from s. 31 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3 (“*Manitoba Act*”), and that this duty had been breached. As evidence of the breach of fiduciary duty, the Métis pointed to several factors: the random allocation of the land grants, the delay in allocation of the land, and the allocation of scrip instead of land to some Métis children. These claims make up the bulk of the argument in the Métis’ factum.

[159] The Métis also raised three other claims in less detail. First, they claimed that provincial statutes were *ultra vires* or inoperative due to the doctrine of paramountcy. Second, they claimed that the Crown did not fulfill its fiduciary duty under, or simply did not properly implement, s. 32 of the *Manitoba Act*. Finally, they claimed a failure to fulfill constitutional obligations, obligations that they state engaged the honour of the Crown. However, they did not elaborate on what duties the honour of the Crown should trigger on these facts.

[160] The bulk of these claims were dismissed by the Chief Justice and Justice Karakatsanis and I am in agreement with them on those claims. I agree with their conclusion that there was no fiduciary duty here and therefore the claim for breach of fiduciary duty must fail. I agree that there are no valid claims arising from s. 32 of the *Manitoba Act* and that any claims that might have arisen from the now repealed Manitoba legislation on the land grants are moot, as those acts have long since been out of force. I agree with the majority that the random allocation of land grants was an acceptable means for Canada to implement the s. 31 land grants. Finally, I accept that the Manitoba Metis Federation has standing to bring these claims.

[161] However, in my view, after correctly deciding all of these issues and consequently dismissing the vast majority of the claims raised on this appeal, my colleagues nonetheless salvage one aspect of the Métis’ claims by expanding the scope of the duties that are engaged under the honour of the Crown. These issues were not the

a manqué à l’obligation fiduciaire qu’elle aurait envers eux suivant l’art. 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3 (« *Loi sur le Manitoba* »). Plusieurs éléments concourent selon eux à prouver ce manquement : l’attribution des terres au hasard, le retard accusé dans le processus et l’octroi de certificats au lieu de terres à certains enfants métis. Voilà en gros la thèse que soutiennent les Métis dans leur mémoire.

[159] Les trois autres prétentions sont un peu moins étoffées. Les Métis font d’abord valoir que les lois provinciales sont *ultra vires* ou inopérantes en raison de la prépondérance fédérale. Ils affirment ensuite que la Couronne ne s’est pas acquittée de l’obligation fiduciaire découlant de l’art. 32 de la *Loi sur le Manitoba* ou qu’elle n’a tout simplement pas mis en œuvre convenablement cette disposition. Ils allègent enfin le manquement à des obligations constitutionnelles engageant selon eux l’honneur de la Couronne, sans toutefois préciser quels devoirs celui-ci imposerait en l’espèce.

[160] La Juge en chef et la juge Karakatsanis rejettent avec raison selon moi la plupart de ces prétentions. Comme elles, je conclus à l’inexistence d’une obligation fiduciaire en l’espèce et j’estime qu’il y donc lieu de rejeter l’allégation de manquement à une telle obligation. Je conviens qu’il n’y a pas de prétention valable découlant de l’art. 32 de la *Loi sur le Manitoba* et que toute demande qui aurait pu découler de dispositions manitobaines aujourd’hui abrogées sur la concession de terres est désormais théorique, ces lois ayant depuis longtemps cessé d’avoir effet. Je conviens avec les juges majoritaires que la concession de terres au hasard constituait pour le Canada un moyen acceptable de mettre l’art. 31 en œuvre et, enfin, que la Manitoba Metis Federation a qualité pour agir en l’espèce.

[161] J’estime cependant qu’après avoir correctement tranché toutes ces questions et donc rejeté la plupart des prétentions des appelants, mes collègues accèdent néanmoins à un volet de la demande des Métis en accroissant la portée des obligations qui découlent de l’honneur de la Couronne. Or, les parties n’ont présenté d’argumentation

focus of the parties' submissions before this Court or the lower courts. Moreover, the new duty derived from the honour of the Crown that my colleagues have created has the potential to expand Crown liability in unpredictable ways. Finally, I am also of the opinion that any claim based on honour of the Crown was, on the facts of this case, barred by both limitations periods and laches. As a result, I would find for the respondents and dismiss the appeal.

II. Facts

[162] While I agree with my colleagues' broad outlines of the facts of this case, I take issue with a number of the specific inferences or conclusions that they draw from the record.

[163] As in all appellate reviews, the trial judge's factual findings should not be interfered with absent palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10). While the majority does not do so explicitly, aspects of their review and use of the facts depart from the findings of fact made by the trial judge. However, at no point do they show that the trial judge made any palpable and overriding error in reaching his conclusions. Nor did the Métis claim that the findings I describe below were based on palpable and overriding error.

[164] There are two main areas in which the majority reasons have departed from the factual findings of the trial judge, absent a finding of palpable and overriding error: (1) the extent of the delay in distributing the land, and (2) the effect of that delay on the Métis. In my view, the majority's departure from the appropriate standard of appellate review in these areas calls their analysis into question.

A. *Extent and Causes of the Delay*

[165] The majority concludes that the record and findings of the courts below suggest a "persistent pattern of inattention". This pattern leads them to find that the duty of diligent fulfillment of solemn promises derived from the honour of the Crown

substantielle en ce sens ni devant notre Cour ni devant les juridictions inférieures. De plus, la nouvelle obligation liée à l'honneur de la Couronne que créent mes collègues risque d'accroître la responsabilité de l'État de façon imprévisible. Enfin, j'estime par ailleurs que la prescription et la doctrine des *laches* font en l'espèce obstacle à toute demande fondée sur l'honneur de la Couronne. Je serais donc d'avis de rendre jugement en faveur des intimés et de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[162] Bien que j'adhère généralement à leur exposé des faits, je m'inscris en faux contre certaines inférences précises que mes collègues tirent du dossier.

[163] Comme toujours en appel, les conclusions de fait tirées en première instance ne doivent être infirmées que si elles sont entachées d'une erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10). Bien que ce ne soit pas fait expressément, dans l'examen et l'utilisation des faits, les juges majoritaires s'écartent sous certains rapports des conclusions de fait tirées en instance. Toutefois, nulle erreur manifeste et dominante n'est relevée dans celles-ci, et les Métis n'avancent pas qu'une telle erreur les entache.

[164] Sans y relever d'erreur manifeste et dominante, les juges majoritaires s'écartent des conclusions de fait tirées en première instance sur deux points principaux : (1) l'ampleur du retard accusé dans la distribution des terres et (2) les répercussions de ce retard sur les Métis. Cette rupture d'avec la norme de contrôle applicable en appel remet en cause selon moi le bien-fondé de leur analyse.

A. *Ampleur et causes du retard*

[165] Selon les juges majoritaires, le dossier et les conclusions des juridictions inférieures permettent de conclure à une « tendance persistante au manque d'attention », ce qui les amène à statuer qu'il y a eu manquement à l'obligation d'exécuter

was breached. In their view, there was a significant delay in implementing the land grants and this delay substantially defeated the purpose of s. 31. I respectfully disagree.

(1) Historical Evidence

[166] Historical evidence was presented at trial and the bulk of it was accepted by the trial judge. Based on that evidence and on the reasons of the trial judge, I have summarized the process of how the land grants were distributed below. Though I accept the finding of the trial judge that there was a lengthy delay in the distribution of the land grants, this history reveals a steady and persistent effort to distribute the land grants in the face of significant administrative challenges and an unstable political environment. While a faster process would most certainly have been better, I cannot accept the majority's conclusion that this evidence reveals a pattern of inattention — a finding that is nowhere to be found in the reasons of the trial judge.

(a) *The Census*

[167] The first Lieutenant Governor of Manitoba, A. G. Archibald, conducted a census which was completed on December 9, 1870. It would have been impossible to begin the allocation process without a reasonable estimate of how many Métis were owed land.

(b) *The Survey*

[168] While the census was in progress, the Lieutenant Governor was also instructed to advise the government on a system for surveying the province. An order in council on April 25, 1871, adopted the survey method that Lieutenant Governor Archibald had proposed. The land needed to be surveyed before it was allocated and the Dominion lands survey was a formidable administrative challenge. The Court of Appeal acknowledged that “the evidence makes it clear that selection of the 1.4 million acres, all of which Canada was obliged

avec diligence un engagement solennel découlant de l'honneur de la Couronne. À leur avis, la mise en œuvre de la concession des terres a accusé un retard si important qu'elle a essentiellement contrecarré la réalisation de l'objectif sous-jacent à l'art. 31. Soit dit en tout respect, ce n'est pas mon avis.

(1) Preuve historique

[166] Au procès, la preuve historique offerte a été admise en grande partie. Prenant appui sur elle et sur les motifs du juge de première instance, je résume ci-après le processus de distribution des terres concédées. Je souscris à la conclusion du juge selon laquelle la distribution des terres a pris beaucoup de temps, mais il appert de la preuve historique que la démarche a été constante et soutenue malgré d'importantes difficultés administratives et un contexte politique instable. Il aurait certes été préférable que les choses se déroulent plus rapidement, mais je ne puis pour autant faire mienne la conclusion de la majorité selon laquelle la preuve révèle une tendance au manque d'attention, une conclusion qui ne figure nulle part dans les motifs du juge de première instance.

a) *Le recensement*

[167] Le recensement commandé par le premier lieutenant-gouverneur du Manitoba, A. G. Archibald, a pris fin le 9 décembre 1870. Il aurait été impossible de commencer l'attribution des terres sans disposer d'une estimation valable du nombre de Métis qui y avaient droit.

b) *L'arpentage*

[168] Pendant le recensement, le lieutenant-gouverneur a aussi été appelé à conseiller le gouvernement sur la manière de procéder à l'arpentage du territoire de la province. La méthode qu'il a préconisée a été adoptée par décret le 25 avril 1871. Il fallait en effet arpenter les terres avant de les attribuer, et l'arpentage des terres de la Puissance constituait un défi énorme pour l'Administration. La Cour d'appel reconnaît qu'[TRADUCTION] « il ressort de la preuve que la sélection des 1,4 million d'acres que le Canada devait concéder au total

to grant, would have been unworkable in the absence of a survey”. The survey of the settlement belt was completed in the years 1871-74.

(c) *Selection of the Townships*

[169] Once enough of the survey was complete, the Lieutenant Governor was able to take the next step in the process by selecting which townships would be distributed to the Métis. Lieutenant Governor Archibald received instructions to begin this process on July 17, 1872. The process of selecting the townships required the Lieutenant Governor to consult with the Métis of each parish to determine which areas should be selected. This consultation process took several months. Such consultation cannot be characterized as persistent inattention to the situation of the Métis.

[170] While this process was taking place, there was a change in Lieutenant Governor. On December 31, 1871, Lieutenant Governor Archibald had resigned, realizing that he had lost Prime Minister Macdonald’s confidence. He was not replaced, however, until the fall of 1872 when Lieutenant Governor Alexander Morris was sworn in. Archibald continued to serve until Morris took over. These types of changes in government inevitably lead to time being lost. Any such delay cannot, without more, be attributed to inattention.

[171] By February 22, 1873, the preparatory work was sufficiently advanced that Lieutenant Governor Morris was able to begin drawing lots for the individual grants of 140 acres. He was able to draw lots at the rate of about 60 per hour.

(d) *Events Giving Rise to the Second Allotment*

[172] Early in 1873, concern was expressed about whether it was proper for the heads of Métis families to share in the land grant. As a result, in April 1873, the federal government determined that a stricter interpretation of s. 31 should be adopted. Participation in the land grant was limited to the “children of half-breed heads of families” (trial, at

aurait été impossible sans arpentage préalable ». L’arpentage de la colonie a été réalisé de 1871 à 1874.

c) *La sélection des cantons*

[169] Dès que l’arpentage a été suffisamment avancé, le lieutenant-gouverneur a pu passer à l’étape suivante et sélectionner les cantons qui seraient distribués aux Métis. Il a reçu instruction d’entreprendre le processus le 17 juillet 1872. Il devait au préalable consulter les Métis de chacune des paroisses afin de déterminer les zones qui seraient retenues. La consultation a duré plusieurs mois et on ne saurait y voir un manque persistant d’attention eu égard à la situation des Métis.

[170] Pendant ce processus, il y a eu changement de lieutenant-gouverneur. Ayant perdu la confiance du premier ministre Macdonald, le lieutenant-gouverneur Archibald a démissionné le 31 décembre 1871. Son successeur, Alexander Morris, n’a cependant été assermenté qu’à l’automne 1872, mais M. Archibald a continué d’exercer ses fonctions dans l’intervalle. Des changements de cet ordre occasionnent inévitablement des pertes de temps qui ne sauraient, sauf circonstances aggravantes, être attribuées à un manque d’attention.

[171] Le 22 février 1873, le travail préparatoire était assez avancé pour que le lieutenant-gouverneur Morris puisse entreprendre la délimitation des lots des concessions individuelles de 140 acres, ce qu’il a pu accomplir à raison d’une soixantaine de lots à l’heure.

d) *Les événements à l’origine de la deuxième répartition*

[172] Au début de 1873, on s’est demandé s’il convenait que les chefs de famille métis se voient ainsi attribuer des terres et, en avril suivant, le gouvernement a opté pour une interprétation plus stricte de l’art. 31. Dès lors, seuls les [TRADUCTION] « enfants des chefs de famille métis » avaient droit à la concession d’une terre (première instance,

para. 202). As a result of this change, the number of recipients was significantly reduced, which meant that larger allotments would be required to distribute the entire 1.4 million acres. On August 5, 1873, Lieutenant Governor Morris was instructed to cancel the previous allotments. On August 16, 1873, Morris began the second allotment.

[173] This change meant that all of the drawing of the allotments up until that point had to be discarded. However, this was not the result of inattention. Rather, the federal government was taking care to make sure that the land grant was distributed correctly, to the right beneficiaries. The government had originally received advice from Lieutenant Governor Archibald that, in order to achieve the purposes of the land grant, it would be necessary to include the heads of the Métis families. While the Lieutenant Governor's interpretation was not consistent with the text of s. 31, it was an interpretation that was based on an effort to understand the purpose of the text and give meaning to the phrase "towards the extinguishment of the Indian Title to the lands". While the necessity of starting over no doubt resulted in some delay, it was not caused by inattention.

(e) *The Fall of Sir John A. Macdonald's Government*

[174] On November 5, 1873, Sir John A. Macdonald's government resigned. On January 22, 1874, an election was held. The opening of Parliament under Prime Minister Alexander Mackenzie was on March 26, 1874. David Laird became Minister of the Interior responsible for Dominion Lands. In the fall of 1874, Minister Laird went to Manitoba to gather information on all phases of the land question. According to Dr. Flanagan, Laird's notebook shows that he considered the appointment of a commission "to enumerate those entitled to land rights under the *Manitoba Act*, including the children's grant under s. 31" (evidence of Dr. Thomas Flanagan, A.R., vol. XXVI, at p. 11).

par. 202). Le nombre des bénéficiaires étant sensiblement réduit, il fallait accroître la superficie des lots afin de distribuer les 1,4 million d'acres en entier. Le 5 août 1873, le lieutenant-gouverneur Morris a reçu instruction d'annuler les répartitions antérieures et, le 16 août 1873, il entreprenait la deuxième répartition.

[173] Les lots tracés jusqu'alors devenaient inutiles, mais pas à cause d'un manque d'attention. Le gouvernement fédéral cherchait plutôt à faire en sorte que les terres soient concédées correctement et aux bonnes personnes. Le lieutenant-gouverneur Archibald avait d'abord indiqué au gouvernement qu'il fallait inclure les chefs de famille métis afin d'atteindre l'objectif de la concession des terres. Même si son interprétation s'écartait du libellé de l'art. 31, elle reposait sur la volonté de comprendre l'objet de la disposition et de donner un sens aux mots « dans le but d'éteindre les titres des Indiens aux terres de la province ». L'obligation de tout reprendre à zéro a sans aucun doute retardé l'attribution des terres, mais pas à cause d'un manque d'attention.

e) *La chute du gouvernement de Sir John A. Macdonald*

[174] Le 5 novembre 1873, le gouvernement de Sir John A. Macdonald a démissionné, le 22 janvier 1874, des élections ont eu lieu et le 26 mars 1874, le nouveau parlement a commencé à siéger. Le nouveau premier ministre était Alexander Mackenzie, et David Laird devenait ministre de l'Intérieur chargé de l'administration des terres de la Puissance. Ce dernier s'est rendu au Manitoba à l'automne 1874 pour se familiariser avec toutes les facettes du dossier des terres. Selon M. Flanagan, son carnet de notes révèle qu'il a envisagé la mise sur pied d'une commission appelée à [TRADUCTION] « dresser la liste de ceux qui pouvaient prétendre à des droits fonciers en vertu de la *Loi sur le Manitoba*, notamment la concession de terres aux enfants en application de l'art. 31 » (témoignage de Thomas Flanagan, d.a., vol. XXVI, p. 11).

(f) *The Machar/Ryan Commission*

[175] An April 26, 1875 order in council established a commission to take applications for patents from those entitled to participate in the land grants under the *Manitoba Act*. By order in council on May 5, 1875, John Machar and Matthew Ryan were appointed commissioners and went to Manitoba in the summer of 1875. By the end of 1875, the commissioners had prepared returns for all parishes. These returns were approved and constituted what was seen as an authoritative list of those entitled to share in the land grant. However, because there was a concern that this list was not in fact complete, Ryan, having become a magistrate in the North-West Territories, and Donald Codd in the Dominion Lands Office, were authorized to receive further applications by Métis children or heads of families who had not been able to appear before the commission in 1875 because they had emigrated from Manitoba.

(g) *The Patents*

[176] On August 31, 1877, the first batch of patents arrived in Winnipeg. After completion of the drawings for a parish, issue of patents usually took one to two years. In the interim, posters were prepared within a few weeks of the approval of the allotment to inform recipients as to the location of their allotments. Most of the patents were issued by 1881, however allotments continued to be approved for some years thereafter. Over 6,000 patents had to be issued under s. 31 of the *Manitoba Act*, on top of over 2,500 under s. 32.

(h) *The Late Applications*

[177] In order to get their share of the land grant, the Métis had to file claims with the government. Because of the migration that was already underway, a certain number of these claims were filed late. While the government had anticipated some late claims, the number had been underestimated. As a

f) *La Commission Machar/Ryan*

[175] Une commission établie par décret le 26 avril 1875 devait recevoir les demandes de lettres patentes présentées par ceux qui avaient droit à la concession d'une terre en application de la *Loi sur le Manitoba*. Nommés par décret le 5 mai 1875, les commissaires John Machar et Matthew Ryan se sont rendus au Manitoba l'été suivant. À la fin de l'année, ils avaient établi pour toutes les paroisses des rapports qui, une fois approuvés, tenaient lieu de liste officielle des titulaires du droit à la concession d'une terre. L'exhaustivité de cette liste a cependant été mise en doute, et M. Ryan, qui était devenu magistrat dans les Territoires du Nord-Ouest, ainsi que Donald Codd, du Bureau des terres fédérales, ont été autorisés à recevoir les demandes d'enfants ou de chefs de famille métis qui n'avaient pas pu se présenter devant la commission en 1875 parce qu'ils avaient quitté le Manitoba.

g) *Les lettres patentes*

[176] Le 31 août 1877, les premières lettres patentes sont parvenues à Winnipeg. Une fois tracées les limites d'une paroisse, la délivrance de lettres patentes prenait généralement de un à deux ans. Dans l'intervalle, des affiches étaient préparées quelques semaines après l'approbation de la répartition pour informer les bénéficiaires de l'emplacement de leurs terres. En 1881, la plupart des lettres patentes avaient été délivrées, mais l'approbation d'autres attributions s'est poursuivie quelques années encore. Plus de 6 000 lettres patentes devaient être délivrées en application de l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba*, en plus des 2 500 qui devaient l'être suivant l'art. 32.

h) *Les demandes tardives*

[177] Pour obtenir une terre, les Métis devaient présenter une demande au gouvernement. Le mouvement migratoire s'étant déjà amorcé, des demandes ont été présentées tardivement. Le gouvernement l'avait prévu, mais il avait sous-estimé le nombre de demandes tardives. Il a donc

result, claims continued to be filed after the 1.4 million acres had already been allocated. On April 20, 1885, an order in council granted the Métis children scrip rather than land, for those children who had submitted late applications.

[178] The deadline for filing claims to the \$240 scrip for children was May 1, 1886. However, it was not strictly enforced and the late applications continued to trickle in. The government extended the deadline at least four times. In the end, 993 scrips for \$240 (worth \$238,320) were issued to the Métis children or their heirs.

(2) Evidence of Delay

[179] My colleagues point to a number of delays including errors in determining the class of beneficiaries, errors in estimating the number of beneficiaries, long delays in issuing patents and “unexplained periods of inaction”. However, these administrative issues must be placed in their proper historical context. At the time, Manitoba was a thinly settled frontier province. There was limited transportation and communications infrastructure and the federal civil service was small. The evidence of Dr. Flanagan was that

[e]ven with an omniscient, omnicompetent government, it would have taken years to implement the *Manitoba Act*. The objective requirements of carrying out surveys, sorting out claims, and responding to political protests could not be satisfied instantaneously. But, of course, the government of Canada was neither omniscient nor omnicompetent. [p. 171]

Given this context, some “delays” in fulfilling the *Manitoba Act* appear to have been inevitable.

[180] The trial judge, at para. 1055, observed that Manitoba was “a fledgling province [that] had just come into existence”. Manitoba was far removed from Ottawa, which was the source of the authority for administration of the grant. The trial judge noted, at paras. 155-56, that those involved in

continué de recevoir des demandes après avoir attribué les 1,4 million d’acres. Un décret pris le 20 avril 1885 a établi que les enfants métis qui s’étaient manifestés tardivement recevraient des certificats plutôt que des terres.

[178] La date limite pour demander le certificat de 240 \$ était le 1^{er} mai 1886, mais ce délai n’a pas été appliqué strictement, et les demandes ont continué d’affluer par la suite. Le gouvernement a prorogé le délai au moins quatre fois. Finalement, 993 certificats d’une valeur de 240 \$ chacun (soit au total 238 320 \$) ont été remis à des enfants métis ou à leurs héritiers.

(2) Preuve du retard

[179] Mes collègues relèvent un certain nombre de retards, dont ceux découlant des erreurs commises dans la délimitation du groupe des bénéficiaires et dans l’estimation du nombre de ces derniers, ainsi que la longueur du délai de délivrance des lettres patentes et des « périodes d’inaction inexplicables ». Il convient toutefois de situer ces bavures administratives dans leur contexte historique. À l’époque, le Manitoba était une province éloignée et peu habitée. Les infrastructures de transport et de communication, de même que la fonction publique fédérale, y étaient restreintes. Il appert du témoignage de M. Flanagan que

[TRADUCTION] [m]ême un gouvernement omniscient et omnicompétent aurait mis des années à mettre en œuvre la *Loi sur le Manitoba*. On ne pouvait répondre instantanément à la nécessité objective de procéder à l’arpentage, de trier les demandes et de donner suite aux protestations politiques. Et, bien sûr, le gouvernement du Canada n’était ni omniscient ni omnicompétent. [p. 171]

Dans un tel contexte, il paraît inévitable que la mise en œuvre de la *Loi sur le Manitoba* ait connu certains « retards ».

[180] Au paragraphe 1055 de ses motifs, le juge de première instance fait remarquer que le Manitoba était [TRADUCTION] « une toute jeune province » très éloignée d’Ottawa, le siège administratif du processus d’octroi. Il signale aux par. 155-156 que les responsables de la concession des terres,

the land grants, including the Lieutenant Governor and the Manitoba legislature, had many challenges to contend with in the establishment of the new province:

Amongst other things, [the Lieutenant Governor] was to form a government on an interim basis which included selecting and appointing members of his Executive Council, selecting heads of departments of the government, and appointing the members of the Legislative Council. He was to organize electoral divisions, both provincially and federally. He was to undertake a census. He was to provide reports to the Federal Government as to the state of the laws and the system of taxation then existing in the province, and as to the state of the Indian tribes, their numbers, wants and claims, along with any suggestions he might have with reference to their protection and to improvement of their condition. He was to report generally on all aspects of the welfare of the province.

Aside from the foregoing, he also received extensive instructions as to the undertakings which he should fulfill as Lieutenant Governor of the North-West Territories.

[181] The majority attributes a three-year delay to the erroneous inclusion of the parents of the Métis children. However, much of the time before the cancellation of the first allotment was devoted to a survey that was used for all subsequent allotments. It is inappropriate to characterize this time as a delay. In my view, the delay stemming from the mistake about the beneficiaries amounts to less than a year, since the actual allocation under the first allotment did not begin until February 1873 and the allotment was cancelled on August 5, 1873.

[182] My colleagues also point to an “inexplicable delay” from 1873 and 1875. This period included the time after the fall of Sir John A. Macdonald’s government in November 1873. In my view, the change in government followed by the decision to proceed by way of a commission accounts for this time period. This Court must recognize the implications of such a change. Even today, changes in government have policy and practical impacts that delay implementation of government programs. Moreover, it does not

notamment le lieutenant-gouverneur et la législature manitobaine, avaient déjà fort à faire pour établir la nouvelle province :

[TRADUCTION] Entre autres, [le lieutenant-gouverneur] devait former un gouvernement intérimaire et, pour cela, choisir et nommer les membres de son conseil exécutif, désigner les ministres du gouvernement et nommer les membres du conseil législatif. Il devait établir des circonscriptions électorales pour les paliers fédéral et provincial. Il devait effectuer un recensement. Il devait préparer à l’intention du gouvernement fédéral des rapports sur les lois et le système de taxation qui existaient alors dans la province, ainsi que sur les tribus indiennes, le nombre de leurs membres, leurs besoins et leurs demandes, et soumettre toute recommandation sur leur protection et l’amélioration de leur situation. Il lui fallait faire rapport, de façon générale, sur tous les aspects du bon fonctionnement de la province.

Il recevait en outre de longues instructions quant à ce qu’il lui revenait d’entreprendre dans l’exercice de sa charge de lieutenant-gouverneur des Territoires du Nord-Ouest.

[181] Les juges majoritaires estiment à trois ans le retard ayant découlé de l’inclusion erronée des parents des enfants métis dans le groupe des bénéficiaires. Or, une grande partie de la période qui a précédé l’annulation de la première répartition a été consacrée à l’arpentage, lequel a ensuite servi de fondement à toutes les répartitions subséquentes. On ne saurait y voir un retard. J’estime pour ma part à moins d’un an le retard imputable à l’erreur sur l’identité des bénéficiaires puisque la première répartition n’a commencé qu’en février 1873 pour être annulée le 5 août suivant.

[182] Mes collègues déplorent en outre un « retard inexplicable » de 1873 à 1875. Or, c’est pendant cette période qu’est survenue (en novembre 1873) la chute du gouvernement Macdonald. L’établissement d’un nouveau gouvernement, suivi de la décision d’instituer une commission, explique selon moi le délai. Notre Cour doit reconnaître les répercussions d’un tel événement. Aujourd’hui encore, un changement de gouvernement a, sur les plans politique et pratique, des incidences qui retardent la mise en œuvre de programmes publics.

constitute inattention to decide to proceed by way of commission in order to determine who was eligible to share in the land grant.

[183] My colleagues criticize the failure of government officials to devote adequate time to the distribution of the allotments. However, there was no evidence tendered regarding the size of the civil service in Manitoba or in Ottawa during the 1870s and 1880s. We do not know how many federal or provincial civil servants there were or the extent of the work and functions they were required to perform. We do know that Lieutenant Governor Morris “wanted to move faster but was hampered by the limited time [Dominion Lands Agent] Donald Codd could devote to the enterprise” (Flanagan, at p. 58). Codd was only able to assist in drawing lots two days a week, until Ottawa sent someone to relieve him at the Lands Office. We have no evidence of what other obstacles there may have been impeding this process.

[184] There was another changeover in the Lieutenant Governor from Morris to Joseph-Édouard Cauchon in 1877. While there was no doubt time lost as a result of the change itself, drawing of lots was also delayed as Cauchon was concerned about reports of dissatisfaction he had received. Unfortunately, over a hundred years later, the details of those reports are unclear. It is quite possible that they account for the second delay from 1878 to 1880.

[185] The trial judge did not make a finding of negligence. There was also no finding of bad faith. Indeed, the trial judge concluded that there was little evidence of complaint at the time the process was being conducted. The trial judge also made no finding that the relevant government officials lacked diligence or acted with a “pattern of inattention”.

[186] The majority states, at para. 107, that

a negligent act does not in itself establish failure to implement an obligation in the manner demanded by

La décision de confier à une commission la tâche d’établir l’admissibilité à la concession d’une terre n’équivaut pas à un manque d’attention.

[183] Mes collègues reprochent aux représentants du gouvernement de ne pas avoir consacré assez de temps à la répartition, mais aucun élément de preuve relatif à la taille de la fonction publique au Manitoba ou à Ottawa pendant les décennies 1870 et 1880 n’a été présenté. Nous ignorons quel était alors le nombre de fonctionnaires fédéraux ou provinciaux et quelle était l’étendue de leurs tâches. Nous savons cependant que le lieutenant-gouverneur Morris [TRADUCTION] « voulait aller plus vite mais [qu’il] en était empêché par le peu de temps que Donald Codd [l’agent des terres de la Puissance] pouvait consacrer à l’entreprise » (Flanagan, p. 58). Jusqu’à ce qu’Ottawa envoie quelqu’un au Bureau des terres pour lui prêter main-forte, M. Codd ne pouvait tracer des lots que deux jours par semaine. D’autres obstacles ont pu nuire au processus, mais nous ne disposons pas d’éléments de preuve à cet égard.

[184] En 1877, Joseph-Édouard Cauchon a succédé à Alexander Morris au poste de lieutenant-gouverneur, un changement qui a sans doute occasionné un certain retard. Toutefois, des rapports de mécontentement inquiétaient M. Cauchon, ce qui a aussi retardé le traçage des lots. Malheureusement, il est difficile, un siècle plus tard, de déterminer la teneur de ces rapports, mais elle pourrait très bien expliquer le deuxième retard accusé de 1878 à 1880.

[185] Le juge de première instance ne conclut ni à la négligence ni à la mauvaise foi. Il estime en fait que peu d’éléments de preuve étayaient la manifestation de quelque mécontentement pendant le processus. Il ne conclut pas non plus que les représentants du gouvernement ont manqué de diligence ou que leurs actes dénotent une [TRADUCTION] « tendance au manque d’attention ».

[186] Les juges majoritaires ajoutent, au par. 107 :

. . . un acte négligent ne suffit pas, à lui seul, à établir le défaut de mettre en œuvre une obligation comme

the honour of the Crown. On the other hand, a persistent pattern of inattention may do so if it frustrates the purpose of the constitutional obligation, particularly if it is not satisfactorily explained.

[187] I agree, as my colleagues state, that a finding of lack of diligence requires a party to show more than just a negligent act. Here, the trial judge did not even find negligence. Despite this, the majority concludes that there was a lack of diligence. In my respectful opinion, that conclusion is inconsistent with the factual findings of the trial judge.

[188] There are gaps in the record. My colleagues appear to rely on these gaps to support their view that the government failed to fulfill the obligations set out in s. 31. In my view, the government cannot, at this late date, be called upon to explain specific delays. This is an insurmountable challenge due to the passage of time and the paucity of the historical record.

[189] If this land grant obligation had been made today, we would have expected a more expeditious procedure. However, the obligation was not undertaken by the present day federal government. It was undertaken by the government over 130 years ago, at a time when the government and the country were newly formed and struggling to become established. We cannot hold that government to today's standards when considering circumstances that arose under very different conditions. Indeed the need to avoid the application of a modern standard of conduct to historical circumstances has been noted by this Court in the past: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at para. 121. To the extent there was delay, on a fair review of the available evidence and findings of the trial judge, it cannot be said to be the result of inattention, much less a persistent pattern of inattention.

B. *Effect of the Delay on the Métis*

[190] The majority attributes a number of negative consequences to the length of time that it took for the land grants to be made. In my respectful

le commande l'honneur de la Couronne. Par contre, une tendance persistante au manque d'attention peut l'établir, si cette pratique va à l'encontre des objectifs de l'obligation constitutionnelle, particulièrement en l'absence d'explications satisfaisantes.

[187] Je partage l'avis de mes collègues qu'il ne suffit pas de prouver un acte négligent pour établir le manque de diligence. Toutefois, alors que le juge de première instance n'estime même pas qu'il y a eu négligence, les juges majoritaires concluent au manque de diligence. Malgré le respect que je leur porte, c'est aller à l'encontre des conclusions de fait initiales.

[188] Le dossier est incomplet, et mes collègues paraissent s'appuyer sur ses lacunes pour opiner que le gouvernement a manqué aux obligations que lui imposait l'art. 31. À mon sens, on ne peut exiger du gouvernement qu'il explique un retard survenu il y a si longtemps. L'écoulement du temps et l'insuffisance des données historiques rendent cette tâche impossible.

[189] Si l'obligation de concéder des terres était contemporaine, nous nous attendrions à plus de célérité. Or, ce n'est pas l'actuel gouvernement fédéral qui a entrepris de s'en acquitter. L'entreprise remonte à plus de 130 ans, alors que le gouvernement et le pays venaient de se former et luttaient pour leur établissement. Nous ne pouvons soumettre ce gouvernement aux normes actuelles relativement à des faits survenus dans un contexte très différent du nôtre. Notre Cour a en effet déjà relevé qu'il faut s'abstenir d'appliquer une norme de conduite moderne à des circonstances d'une époque ancienne (*Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 121). S'il y a eu retard, on ne saurait dire, au vu de la preuve disponible et des conclusions du juge de première instance considérées d'un œil impartial, qu'il est imputable à un manque d'attention, encore moins à une tendance persistante au manque d'attention.

B. *Incidence du retard sur les Métis*

[190] Les juges majoritaires attribuent diverses conséquences défavorables au temps mis à concéder les terres. À mon humble avis, ils font abstraction

view, in so doing they have departed from the factual findings made by the trial judge and drawn inferences that are not supported by the evidence. While the length of time that it took for the land to be distributed may have been frustrating for some of the Métis, it was not the cause of every negative experience that followed for them.

(1) Departure From the Red River Settlement

[191] The majority suggests that the marginalization of the Métis and their departure from the Red River Settlement may have been caused by the length of time it took to issue the land grants. This is not supported by the findings of the trial judge or the record. There were other factors at play.

[192] The trial judge considered the historical evidence on this point and concluded:

As the buffalo robe trade was developing strength, agriculture experienced several years of bad crops. From 1844 to 1848, only once, 1845, was the harvest sufficient to feed the Settlement. By the fall of 1848, the Settlement was bordering on starvation. The 1850s brought better crops, but the 1860s were again very poor. The combination of a strong buffalo robe market and very poor crops led to increased abandonment of agriculture by the Métis and some emigration from the Settlement to points west following the buffalo. By 1869, the buffalo were so far west and south of Red River that the buffalo hunt no longer originated in the Settlement. [Emphasis added; para. 50.]

[193] Thus, it is clear that emigration from the Red River Settlement began before the s. 31 land grants were contemplated due to the economic forces of declining agriculture and location of the buffalo hunt. The westward retreat of the buffalo herds was a critical factor. The buffalo robe trade was the Métis' primary livelihood and one of the backbones of their economy. This indicates that the Métis' migration was motivated by economic forces, and that the government's actions or inactions were not the sole or even the predominant cause of this phenomenon.

des conclusions de fait du juge de première instance, et ils tirent des conclusions que n'étaye pas la preuve. Bien que la longueur du processus de distribution ait pu être source de frustration pour une partie des Métis, on ne peut lui imputer tous les revers que ces derniers ont connus par la suite.

(1) Le départ de la colonie de la rivière Rouge

[191] Selon mes collègues, il est possible que le temps écoulé ait marginalisé les Métis et les ait incités à quitter la colonie de la rivière Rouge. Ni les conclusions de fait du juge de première instance ni la preuve n'appuient une telle inférence. D'autres éléments ont joué à cet égard.

[192] Après examen de la preuve historique sur ce point, le juge de première instance conclut :

[TRADUCTION] Au moment où la traite de la fourrure de bison gagnait en vigueur, plusieurs années de mauvaises récoltes accablaient l'agriculture. De 1844 à 1848, seule la récolte de 1845 a suffi pour nourrir la colonie. À l'automne 1848, la colonie était au bord de la famine. Les récoltes ont été meilleures pendant la décennie 1850, mais elles ont encore une fois été médiocres pendant les années 1860. La forte demande de fourrure de bison jumelée aux maigres récoltes a amené de plus en plus de Métis à abandonner l'agriculture et à quitter la colonie pour suivre les bisons vers l'ouest. En 1869, les bisons se trouvaient à une telle distance au sud-ouest de la rivière Rouge que la chasse ne pouvait plus s'entreprendre à partir de la colonie. [Je souligne; par. 50.]

[193] Il appert donc que, en raison des pressions économiques exercées à la fois par le déclin de l'agriculture et la migration du bison, les habitants de la colonie de la rivière Rouge ont commencé à émigrer avant même que ne soient envisagées les concessions de terres fondées sur l'art. 31. Le repli des troupeaux de bisons vers l'ouest a été un facteur capital. Les Métis vivaient principalement de la traite de la fourrure de bison, l'un des moteurs de leur économie. L'émigration des Métis obéissait donc à des pressions économiques, de sorte que l'action ou l'inaction du gouvernement n'était ni la seule cause du phénomène ni sa cause prédominante.

[194] The majority also attributes to the delay the Métis' inability to trade land to obtain contiguous parcels. With respect, the trial judge concluded that there was no general intention to create a Métis land base and thus, the ability to trade land to obtain contiguous parcels was never one of the objectives of the land grant. The trial judge concluded that only some Métis wanted to obtain contiguous parcels; others preferred to obtain the best land possible. This factual finding is entitled to deference.

[195] Finally, my colleagues quote Deputy Minister of the Interior, A. M. Burgess in an effort to suggest that there was general agreement about the existence of the delay and its supposed harmful consequences. Contrary to the majority's suggestions, Burgess's statements cannot be read as a general commentary on the entire land grant process in order to indict the federal government for inattention. Mr. Burgess stated that he was "heartily sick" of the "disgraceful delay which is taking place in issuing patents" (A.R., vol. XXI, at pp. 123-24 (emphasis added)). The issuing of the patents, and any delay that occurred in that process, represented only one aspect of the administrative challenge posed by the land grants. Mr. Burgess also wrote that he had been working night and day on those patents, hardly evidence of a pattern of inattention.

(2) Price Obtained for the Land

[196] My colleagues conclude that what they say was a 10-year delay in implementation of the land grants increased sales to speculators. They imply that sales to speculators were harmful to Métis interests. While I accept the finding of the trial judge that some sales were made to speculators for improvident prices, not all sales were bad bargains for the Métis.

[197] The trial judge also found that there was evidence of sales which occurred at market prices, sales to people who were not speculators and sales

[194] Les juges majoritaires estiment en outre que le retard accusé dans la concession des terres a empêché les Métis d'échanger leurs terres contre des parcelles contiguës. Le juge de première instance conclut plutôt que l'intention générale du législateur n'était pas de créer une assise territoriale métisse et, partant, que la possibilité d'échanger des terres contre des parcelles contiguës n'avait jamais été un objectif de la concession de terres. Selon lui, seuls quelques Métis voulaient obtenir des terres contiguës, les autres préférant avoir les meilleures terres possible. La déférence est de mise à l'égard de cette conclusion de fait.

[195] Enfin, les juges majoritaires citent le sous-ministre de l'Intérieur, A. M. Burgess, pour montrer que l'existence du retard et de ses prétendues conséquences préjudiciables était généralement admise. Contrairement à ce qu'ils laissent entendre, on ne peut voir dans les propos de M. Burgess des observations générales sur l'ensemble du processus de concession de terres visant à condamner le manque d'attention du gouvernement fédéral. M. Burgess affirme que les [TRADUCTION] « retards scandaleux dans la délivrance des lettres patentes » lui donnent « la nausée » (d.a., vol. XXI, p. 123-124 (je souligne)). Or, la délivrance des lettres patentes et les retards qu'elle a pu accuser ne constituent qu'un aspect du défi administratif posé par la concession des terres. M. Burgess écrit aussi qu'il travaille jour et nuit à ces lettres patentes, ce qui ne saurait attester une tendance au manque d'attention.

(2) Le prix obtenu pour les terres

[196] Mes collègues concluent que le retard de 10 ans qu'ils voient dans la mise en œuvre de la concession des terres a accru la vente aux spéculateurs, étant sous-entendu que celle-ci a nu aux intérêts des Métis. Je conviens avec le juge de première instance que des spéculateurs ont acquis des terres à des prix dérisoires, mais ce ne sont pas toutes les ventes qui ont été conclues au détriment des Métis.

[197] Le juge de première instance conclut également que, suivant la preuve, il y a eu ventes à la valeur marchande, ventes à des non-spéculateurs et

which were not the result of pressure or conduct of speculators. The trial judge held:

Overall, while there are many examples of what appear to be individuals having been taken advantage of, it is difficult to assess at this late date whether that was so or whether the price obtained was a fair price given the vagaries of what it was that was being sold and the consequent market value of that. [para. 1057]

It appears that some Métis got higher prices and some Métis got lower prices for their land. For the Métis community as a whole, this may have been a “zero sum game”. At this stage it would be entirely speculative to conclude that there was adverse impact on the Métis community as a whole as a result of land sales.

[198] My colleagues suggest that as time passed, the possibility grew that the land was becoming less valuable. In my view, this conclusion is not supported by the evidence. In fact, 1880 to 1882 were boom years, where the land would have become even more valuable. The Court of Appeal noted that the vast majority of sales took place between 1877 and 1883. It is incongruous for the Métis descendants as a group to come forward ostensibly on behalf of some of their ancestors who may have benefitted from the delay.

(3) Scrip

[199] The majority acknowledges that it was unavoidable that the land would be distributed based on an estimate of the number of eligible Métis and that the estimate would be inaccurate to some degree. They also acknowledge that the issuance of scrip was a reasonable mechanism to provide the benefit to which the excluded children were entitled. However, they find that

the delayed issuance of scrip redeemable for significantly less land than was provided to the other recipients further demonstrates the persistent pattern of inattention [para. 123]

[200] I cannot agree that the delayed issuance of scrip demonstrates a persistent pattern of inattention by the government. Rather, the issuance of scrip

ventes sans pression ni intervention de spéculateurs. Il écrit :

[TRADUCTION] Globalement, si les cas de ce qui paraît être de l’exploitation sont nombreux, il est difficile de déterminer, si longtemps après, si tel était bien le cas ou si le prix obtenu était juste compte tenu de la variation de ce qui était en fait vendu et, par conséquent, de sa valeur marchande. [par. 1057]

Certains Métis ont vendu leurs terres à prix fort, d’autres ont obtenu moins en contrepartie. Il se peut que, dans l’ensemble, les Métis aient touché un juste prix. Conclure aujourd’hui que les ventes ont été préjudiciables à toute la collectivité métisse est pure conjecture.

[198] Mes collègues donnent à entendre que plus le temps s’écoulait, plus les terres risquaient de se déprécier, ce que n’étaye pas la preuve. De fait, les années 1880 à 1882 ont connu un boom, et les terres auraient pris encore plus de valeur. La Cour d’appel signale que la quasi-totalité des ventes a eu lieu entre 1877 et 1883. Il paraît incongru de demander collectivement réparation au nom de certains ancêtres métis qui ont pu tirer avantage du retard.

(3) Les certificats

[199] Les juges majoritaires reconnaissent qu’il était inévitable que la distribution des terres se fasse en fonction d’une estimation, plus ou moins exacte, du nombre de Métis admissibles. Ils conviennent aussi que la délivrance d’un certificat constituait un moyen valable d’octroyer leur dû aux enfants exclus. Ils ajoutent toutefois :

. . . la délivrance tardive de certificats échangeables contre un lot d’une superficie bien moindre que celle offerte aux autres bénéficiaires illustre encore davantage la tendance persistante au manque d’attention . . . [par. 123]

[200] Je ne saurais convenir que la délivrance tardive de certificats prouve une tendance persistante au manque d’attention de la part du gouvernement.

was equally if not more consistent with the late filing of applications — over which the government had little control — and the corresponding underestimate in the number of eligible recipients. That is hardly evidence of government inattention.

[201] If there had been no delay and the accurate number of Métis children had been known from the outset, each child would have received less land than they actually did because the recipients of scrip would have been included in the original division. In this sense, then, Canada overfulfilled its obligations under the *Manitoba Act* by providing scrip after the 1.4 million acres were exhausted. The issuance of scrip reflected Canada's commitment to meaningful fulfillment of the obligation, not inattention.

C. *Conclusion on the Facts*

[202] Manifestly, the trial judge made findings of delay. Nonetheless these findings and the evidence do not reveal a pattern of inattention. They do not reveal a lack of diligence. Nor do they reveal that the purposes of the land grant were frustrated. That alone would nullify any claim the Métis might have based on a breach of duty derived from the honour of the Crown, assuming that any such duty exists — a matter to which I now turn.

III. Analysis

A. *Honour of the Crown*

[203] In their reasons, my colleagues develop a new duty derived from the honour of the Crown: a duty to diligently fulfill solemn obligations. Earlier cases spoke mostly to the manner in which courts should interpret treaties and statutory provisions and not to the manner in which governments should execute them. While *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, explicitly leaves the door open to finding additional new Crown duties in the

Cette mesure tenait tout autant, sinon davantage, à la présentation tardive des demandes, laquelle était indépendante de la volonté du gouvernement, qu'à la sous-estimation concomitante du nombre des bénéficiaires admissibles, ce qui est loin d'établir le manque d'attention du gouvernement.

[201] S'il n'y avait pas eu de retard et que le nombre exact d'enfants métis avait été connu dès le départ, chacun des enfants aurait reçu moins que ce qu'il a obtenu dans les faits, car les bénéficiaires de certificats auraient été pris en compte dans la répartition initiale. En ce sens, le Canada s'est montré plus généreux que ne l'exigeait la *Loi sur le Manitoba* en délivrant des certificats une fois distribués les 1,4 million d'acres. La délivrance des certificats atteste que le Canada s'est employé à s'acquitter véritablement de ses obligations, et non qu'il a fait preuve d'un manque d'attention.

C. *Conclusion sur les faits*

[202] Le juge conclut clairement qu'il y a eu retard, mais ni ses conclusions ni la preuve ne révèlent une tendance au manque d'attention ou un manquement à l'obligation de diligence, pas plus qu'elles n'indiquent que les objectifs de la concession des terres ont été contrecarrés. Ce seul élément prive de fondement toute prétention des Métis prenant appui sur le manquement à une obligation découlant de l'honneur de la Couronne, à supposer qu'une telle obligation existe, ce que j'examine ci-après.

III. Analyse

A. *L'honneur de la Couronne*

[203] Dans leurs motifs, mes collègues élaborent une nouvelle obligation découlant de l'honneur de la Couronne, celle d'exécuter avec diligence un engagement solennel. Dans des affaires antérieures, notre Cour s'est surtout prononcée sur la manière dont les tribunaux doivent interpréter les traités et les textes législatifs, et non sur la manière dont l'État doit en assurer l'application. Même si l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511,

future, this is not an appropriate case to develop such a duty.

[204] A duty of diligent fulfillment may well prove to be an appropriate expansion of Crown obligations. However, the duty crafted in the majority reasons is problematic. The threshold test for what constitutes a solemn obligation is unclear. More fundamentally, however, the scope and definition of this new duty created by the majority were not explored by the parties in their submissions in this Court nor were they canvassed in the courts below, making the expansion of the common law in this way inappropriate on appeal to this Court.

(1) Ambiguity as to What Constitutes a Solemn Obligation

[205] In order to trigger this new duty of diligent fulfillment, there must first be a “solemn obligation”. But no clear framework is provided for when an obligation rises to this “solemn” level such that it triggers the duty of diligent implementation. Furthermore, the majority reasons are unclear as to what types of legal documents will give rise to solemn obligations: Is it only provisions in the Constitution or does it also include treaties? In para. 75, the majority appears to restrict their conclusion on diligence to constitutional obligations to Aboriginal peoples. But, in para. 79, they note that the duty applies whether the obligation arises in a treaty or in the Constitution. This further reflects the inappropriateness of fashioning new common law rights and obligations without the benefit of consideration by the trial judge or Court of Appeal and in particular without the benefit of argument before this Court.

[206] This difficulty is manifested in other aspects of the majority reasons. My colleagues accept that s. 31 was a constitutional provision (para. 94). Adopting the narrowest reading of their holding as to what documents trigger solemn obligations —

n’exclut pas la possibilité d’accroître les obligations de la Couronne, il n’y a pas lieu de le faire en l’espèce.

[204] Une obligation d’exécution diligente pourrait emporter un accroissement opportun des obligations de la Couronne. Cependant, l’obligation créée par les juges majoritaires se révèle problématique. Le critère préliminaire qui permet de conclure au caractère solennel d’un engagement n’est pas clair. Mais plus fondamentalement, la Cour ne saurait élargir ainsi la common law dans la mesure où les plaidoiries des parties ne portent aucunement sur la portée et la définition d’une telle obligation nouvelle, et où les juridictions inférieures, elles, ne les ont pas examinées.

(1) Ambiguïté liée à la notion d’engagement solennel

[205] Il doit avant tout exister un « engagement solennel » pour que s’applique la nouvelle obligation d’exécution diligente. Or, la majorité n’offre pas de repères clairs qui permettent de déterminer si un engagement est « solennel » et emporte l’application de cette obligation. Mes collègues n’établissent pas clairement non plus quel type de document juridique peut renfermer un engagement solennel : s’agit-il uniquement de la Constitution ou peut-il aussi s’agir d’un traité? Au paragraphe 75, leur conclusion relative à l’exécution diligente paraît s’appliquer aux seules obligations constitutionnelles envers les peuples autochtones. Ils signalent cependant, au par. 79, que l’obligation vaut peu importe qu’elle découle d’un traité ou de la Constitution. Cela montre bien qu’il faut s’abstenir de façonner de nouveaux droits et obligations de common law sans que leur existence n’ait été considérée en première instance ou en cour d’appel et, en particulier, lorsque les parties ne présentent pas de plaidoiries sur le sujet à notre Cour.

[206] La difficulté se manifeste à d’autres égards dans les motifs des juges majoritaires. Ces derniers considèrent l’art. 31 comme une disposition constitutionnelle (par. 94). Selon l’interprétation la plus stricte de leur conclusion quant à savoir quels textes

one limited to constitutional provisions — it would seem such obligations would be triggered here. The majority nonetheless proceeds to consider how s. 31 of the *Manitoba Act* is similar to a treaty (para. 92). It thus appears that s. 31 engages the honour of the Crown, not just because of its constitutional nature, but also because of its treaty-like character.

[207] The idea that certain sections of the Constitution should be interpreted differently or should impose higher obligations on the government than other sections because some of these sections can be analogized to treaties is novel to say the least. I reject the notion that when the government undertakes a constitutional obligation, how it must perform that obligation depends on how closely it resembles a treaty.

[208] Setting aside the issue of what types of legal documents might contain solemn obligations, there is also uncertainty in the majority's reasons as to which obligations contained in those documents will trigger this duty. My colleagues assert that for the honour of the Crown to be engaged, the obligation must be specifically owed to an Aboriginal group. While I agree that this is clearly a requirement for engaging the honour of the Crown, this alone cannot be sufficient. As the majority notes, in the Aboriginal context, a fiduciary duty can arise as the result of the Crown assuming discretionary control over a *specific Aboriginal interest*. Reducing honour of the Crown to a test about whether or not an obligation is owed simply to an Aboriginal group risks making claims under the honour of the Crown into “fiduciary duty-light”. This new watered down cause of action would permit a claimant who is unable to prove a specific Aboriginal interest to ground a fiduciary duty, to still be able to seek relief so long as the promise was made to an Aboriginal group. Moreover, as the majority acknowledges at para. 108, this new duty can be breached as a result of actions that would not rise to the level required to constitute a breach of fiduciary duty. This new duty, with a broader scope

juridiques font naître un engagement solennel — seulement les dispositions constitutionnelles selon eux —, il semblerait qu'un tel engagement existe en l'espèce. Or, mes collègues se demandent en quoi l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* s'apparente à un traité (par. 92). Il appert donc que l'art. 31 engage l'honneur de la Couronne, non pas seulement à cause de sa nature constitutionnelle, mais aussi parce qu'il s'apparente à un traité.

[207] L'idée que certains articles de la Constitution doivent être interprétés différemment ou imposer des obligations accrues au gouvernement parce qu'ils peuvent s'apparenter à ceux d'un traité est pour le moins nouvelle. Je ne puis concevoir que les modalités de mise en application d'une obligation constitutionnelle par le gouvernement dépendent du degré de ressemblance de celle-ci avec une obligation issue d'un traité.

[208] Non seulement les juges majoritaires ne précisent pas la nature du texte juridique susceptible de renfermer un engagement solennel, mais l'objet de cet engagement qui fera naître la nouvelle obligation est incertain. Mes collègues affirment que, pour engager l'honneur de la Couronne, un groupe autochtone doit être expressément créancier de l'obligation. Il s'agit assurément d'une condition d'application du principe, mais ce seul élément ne suffit pas. Comme le signalent les juges majoritaires, dans le contexte autochtone, l'obligation fiduciaire peut découler de l'exercice par la Couronne d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un *intérêt autochtone particulier*. Faire dépendre le respect de l'honneur de la Couronne du seul fait qu'un groupe autochtone est simplement créancier d'une obligation risque de faire de l'honneur de la Couronne une « version allégée » de l'obligation fiduciaire comme fondement d'une demande. Cette nouvelle cause d'action diluée permettrait à une personne de demander réparation même si elle ne peut prouver l'existence d'un intérêt autochtone particulier susceptible de fonder une obligation fiduciaire, du moment qu'une promesse a été faite à un groupe autochtone. Qui plus est, les juges majoritaires reconnaissent au par. 108 qu'il ne

of application and a lower threshold for breach, is a significant expansion of Crown liability.

(2) Absence of Submissions or Lower Court Decisions on This Issue

[209] Even if one were not concerned with the issues identified above, this case was never argued based on this specific duty of diligent fulfillment of solemn obligations arising from the honour of the Crown. The parties made no submissions on a duty of diligent implementation of solemn obligations. The Métis never provided argument as to why the honour of the Crown should be engaged here, what duty it should impose on these facts or how that duty was not fulfilled. As a result, Canada and Manitoba have not had an opportunity to respond on any of these points. This Court does not have the benefit of the necessary opposing perspectives which lie at the heart of our adversarial system.

[210] While there is no doubt that the phrase “honour of the Crown” was used in argument before this Court, no submissions of any substance were made as to what duty the honour of the Crown should have engaged on these facts beyond a fiduciary duty, nor were there any submissions on a duty of diligent implementation.

[211] During the pleadings phase, honour of the Crown was not mentioned in the Métis’ statement of claim and was mentioned only once in passing in their response to particulars (A.R., vol. IV, at p. 110). Before this Court, the Métis referred to honour of the Crown four times in their factum, but never alleged that there was a duty of diligent fulfillment of solemn obligations. Instead, two of the references to the honour of the Crown are contained in their summary of the points in issue and in their

saurait y avoir manquement à la nouvelle obligation lorsque les actes en cause ne sont pas suffisamment graves pour emporter un manquement à une obligation fiduciaire. Étant donné sa portée accrue et ses conditions d’application moins strictes, la nouvelle obligation élargit sensiblement la responsabilité de l’État.

(2) Absence de plaidoiries des parties ou d’opinions des juridictions inférieures sur le sujet

[209] Abstraction faite des points susmentionnés, il demeure que les parties au pourvoi n’ont pas fait porter leurs plaidoiries sur l’obligation particulière, découlant de l’honneur de la Couronne, d’exécuter diligemment un engagement solennel. Elles n’ont pas allégué l’existence d’une telle obligation. Les Métis n’ont pas tenté de justifier l’application de l’honneur de la Couronne en l’espèce, ni précisé quelle obligation en découlerait eu égard aux faits ou en quoi l’obligation n’aurait pas été exécutée. Le Canada et le Manitoba n’ont donc pas eu la possibilité de se faire entendre sur ces points, de sorte que notre Cour ne dispose pas des thèses opposées voulues dont la présentation forme l’essence même de notre système de débat contradictoire.

[210] L’expression « honneur de la Couronne » a certes été employée lors des plaidoiries, mais nulle prétention véritable n’a été formulée devant nous quant à la nature de l’obligation qui découlerait en l’espèce de l’honneur de la Couronne au-delà de l’obligation fiduciaire, ni aucune prétention concernant l’existence d’une obligation de diligence dans la mise en œuvre.

[211] Dans les actes de procédure, les Métis n’invoquent pas l’honneur de la Couronne dans leur déclaration et ils en font mention une seule fois de manière incidente dans leur réponse à une demande de précisions (d.a., vol. IV, p. 110). Devant notre Cour, les Métis en font mention quatre fois dans leur mémoire, mais ils n’allèguent aucunement l’existence d’une obligation d’exécuter diligemment un engagement solennel. Deux des mentions figurent dans leur résumé des points en litige et dans

requested order. They also briefly assert that the honour of the Crown required the government to take a liberal approach to interpreting s. 32 and that the honour of the Crown could be used to show one of the elements of a fiduciary obligation under s. 32. They never provided submissions as to what constitutes a solemn obligation nor did they allege specifically that the honour of the Crown required due diligence in the implementation of such solemn obligations. In oral argument before this Court, the only submissions made on honour of the Crown were supplied by the Métis Nation of Alberta and the Attorney General for Saskatchewan. Neither of these interveners, nor the Métis themselves, made submissions about diligence, a new legal test based on patterns of inattention, or solemn obligations.

[212] Delineating the boundaries of new legal concepts is prudently done with the benefit of a full record from the courts below and submissions from both parties. Absent these differing perspectives and analysis by the courts below, it is perilous for this Court to embark upon the creation of a new duty under the common law. I believe this concern is manifestly made apparent by the ambiguity in the majority reasons about what legal documents can give rise to solemn obligations.

[213] Moreover, it is particularly unsatisfactory to impose a new duty upon a litigant without giving that party an opportunity to make submissions as to the validity or scope of the duty. This inroad on due process is no less concerning when the party to the proceedings is the government. As a result of the majority's reasons, the government's liability to Aboriginal peoples has the potential to be expanded in unforeseen ways. The Crown has not had the opportunity to address what impact this new duty might have on its ability to enter into treaties or make commitments to Aboriginal peoples. It is inappropriate to impose duties on any party, including the government, without giving that party an opportunity to make arguments about the impact that such liability might have. In the case of the government, where the new duty is constitutionally derived and therefore cannot be refined or modified

l'énoncé de l'ordonnance demandée. Ils font aussi brièvement valoir que l'honneur exige de la Couronne qu'elle interprète libéralement l'art. 32 et que cet honneur peut permettre d'établir l'un des éléments d'une obligation fiduciaire découlant de cette disposition. Ils n'avancent rien au sujet de ce qui constitue un engagement solennel, ni ne font expressément valoir que l'honneur de la Couronne exige la mise en œuvre diligente d'un tel engagement solennel. Lors des plaidoiries devant notre Cour, seuls la Métis Nation of Alberta et le procureur général de la Saskatchewan ont abordé le sujet de l'honneur de la Couronne, et ni ces intervenants ni les Métis eux-mêmes n'ont parlé de diligence, d'un nouveau critère juridique lié aux tendances au manque d'attention ou d'engagement solennel.

[212] Circonscrire un nouveau concept juridique commande la prudence et la prise en compte d'un dossier complet qui fait état du raisonnement des juridictions inférieures et des thèses respectives des parties. Sans ces points de vue divergents et l'analyse des juridictions inférieures, il est périlleux pour la Cour d'entreprendre l'élaboration d'une nouvelle obligation de common law. L'incertitude quant à savoir quels documents juridiques peuvent, selon les juges majoritaires, renfermer un engagement solennel atteste clairement ce risque.

[213] En outre, imposer une nouvelle obligation à une partie sans lui donner la possibilité de s'exprimer sur la validité de l'obligation ou de sa portée prête particulièrement flanc à la critique. Que cette partie soit le gouvernement ne rend pas moins préoccupante l'entorse à l'application régulière de la loi. Les motifs majoritaires pavent la voie à un accroissement imprévisible de la responsabilité de l'État envers les peuples autochtones. La Couronne n'a pas eu l'occasion de se pencher sur les répercussions que cette nouvelle obligation pourrait avoir sur la possibilité de conclure des traités avec les peuples autochtones ou de prendre des engagements envers eux. On ne saurait imposer d'obligation à une partie, l'État compris, sans lui ménager la possibilité de faire valoir son point de vue sur les répercussions éventuelles de cette obligation. S'agissant de l'État, lui imposer une

through ongoing dialogue with Parliament, it is of very serious concern.

[214] This Court has always been wary of dramatic changes in the law: see *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760. In that case, this Court concluded that courts are not well placed to know all of the problems with the current law and more importantly are not able to predict what problems will be associated with the proposed expansion. Courts are not always aware of all of the policy and economic consequences that might flow from the proposed expansion. While this is not a case about the appropriate role for the courts to play relative to the legislature, these same problems are apparent on the facts of this case. Without substantive submissions from the parties, it is difficult for this Court to know how this new duty will operate and what consequences might flow from it. For all these reasons, it is inappropriate to create this new duty as a result of this appeal.

B. *Limitations*

[215] Even if one accepts that the honour of the Crown was engaged, that it requires the diligent implementation of s. 31, and that this duty was not fulfilled, any claims arising from such a cause of action have long been barred by statutes of limitations. The majority has attempted to circumvent the application of these limitations periods by characterizing the claim as a fundamental constitutional grievance arising from an “ongoing rift in the national fabric” (para. 140). With respect, there is no legal or principled basis for this exception to validly enacted limitations statutes adopted by the legislature. In my view, these claims must be rejected on the basis that they are time-barred.

(1) Decisions of the Courts Below

[216] The present action was commenced on April 15, 1981. The trial judge held that, except for the claims related to the constitutional validity of the Manitoba statutes, there was no question that the

obligation nouvelle fondée sur la Constitution, et donc non susceptible de précision ou de modification dans le cadre d’un échange suivi avec le Parlement, fait naître de très sérieuses préoccupations.

[214] La Cour fait toujours preuve de circonspection avant de modifier radicalement le droit : voir *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760. Dans cet arrêt, notre Cour conclut que les tribunaux ne sont pas en mesure de connaître toutes les lacunes du droit applicable ni, surtout, de prévoir les problèmes que causera l’accroissement projeté. Les tribunaux ne sont pas toujours conscients des effets que celui-ci peut avoir sur les plans politique et économique. Ces considérations sont pertinentes en l’espèce, même si la question des rôles respectifs des tribunaux et du législateur n’est pas en jeu. À défaut des arguments des parties sur le fond, la Cour peut difficilement savoir de quelle manière s’appliquera la nouvelle obligation et quelles conséquences en résulteront. Pour tous ces motifs, il ne convient pas de créer cette nouvelle obligation en l’espèce.

B. *Prescription*

[215] À supposer même que l’honneur de la Couronne ait été engagé, qu’il ait exigé la mise en œuvre diligente de l’art. 31 et qu’il y ait eu manquement à cette obligation, toute action ayant pour cause ce manquement est prescrite depuis longtemps. Les juges majoritaires tentent de contourner la prescription en qualifiant l’action de grief fondamentalement constitutionnel découlant d’un « clivage persistant dans notre tissu national » (par. 140). Soit dit en tout respect, cette exception à l’application de lois sur la prescription régulièrement adoptées n’a à mon sens aucune assise juridique ou rationnelle. Selon moi, il y a lieu de rejeter la demande au motif qu’elle est prescrite.

(1) Les décisions des juridictions inférieures

[216] L’action a été intentée le 15 avril 1981. Le juge de première instance statue que, sauf en ce qui concerne son volet relatif à la constitutionnalité des lois du Manitoba, l’action des Métis a été introduite

Métis' action was outside the statutorily mandated limitation period and he would have dismissed the action on that basis.

[217] The trial judge noted the applicable limitations legislation would have captured these claims. He held that the Métis at the time had knowledge of their rights under s. 31 of the *Manitoba Act* and were engaged in litigation to enforce other rights. From that he inferred that the Métis “chose not to challenge or litigate in respect of s. 31 and s. 32 knowing of the sections, of what those sections were to provide them, and of their rights to litigate” (para. 446). The trial judge concluded that the limitations legislation applied and barred the claims.

[218] In the Court of Appeal, Scott C.J.M. noted the trial judge's finding that the Métis knew of their rights and their entitlement to sue more than six years prior to April 15, 1981. The Court of Appeal concluded that the trial judge's factual findings regarding the Métis' knowledge of their rights were entitled to deference. Scott C.J.M. affirmed the trial judge's ruling that the Métis' claim for breach of fiduciary duty with respect to both s. 31 and s. 32 of the Act was statute-barred on the basis that the Métis had not demonstrated that the trial judge misapplied the law or committed palpable and overriding error in arriving at this conclusion.

(2) Limitations Legislation in Manitoba

[219] While limitations periods have existed in Manitoba continuously since 1870 by virtue of the application of the laws of England, Manitoba first enacted its own limitations legislation in 1931. *The Limitation of Actions Act, 1931*, S.M. 1931, c. 30, provided for a six-year limitation period for “actions grounded on accident, mistake or other equitable ground of relief” (s. 3(1)(i)).

[220] There was also a six-year limitation period for any other action not specifically provided for in

après l'expiration du délai de prescription légal et qu'il y a lieu de rejeter l'action pour ce motif.

[217] Le juge fait remarquer que les allégations en cause sont assujetties aux dispositions applicables à la prescription. Il statue que, à l'époque considérée, les Métis connaissaient les droits que leur conférait l'art. 31 de la *Loi sur le Manitoba* et qu'ils se sont adressés aux tribunaux pour faire respecter d'autres droits. Il en infère que les Métis [TRADUCTION] « ont renoncé à contester les art. 31 et 32 ou à ester sur leur fondement, alors qu'ils connaissaient l'existence de ces dispositions, l'objet de celles-ci et leur droit d'action » (par. 446). Il conclut que la prescription légale s'applique et rend la demande irrecevable.

[218] Le juge en chef Scott, de la Cour d'appel, relève la conclusion du juge de première instance selon laquelle, bien avant le 15 avril 1981, les Métis connaissaient leurs droits et savaient qu'ils disposaient de six ans pour ester en justice. La Cour d'appel estime que la déférence est de mise à l'égard de ces conclusions de fait sur la connaissance de leurs droits par les Métis. Le juge en chef Scott confirme la décision de première instance portant que l'action des Métis pour manquement à une obligation fiduciaire découlant des art. 31 et 32 est prescrite, car les Métis n'ont pas démontré que le juge a mal appliqué le droit ou que sa conclusion procède d'une erreur manifeste et dominante.

(2) Les dispositions manitobaines sur la prescription

[219] Le Manitoba a édicté sa première loi en la matière en 1931, mais des délais de prescription s'appliquent depuis 1870 dans la province par application des lois d'Angleterre. La loi intitulée *The Limitation of Actions Act, 1931*, S.M. 1931, ch. 30, accordait un délai de six ans pour intenter une [TRADUCTION] « action ayant pour cause un accident ou une erreur, ou une autre cause reconnue en equity » (al. 3(1)(i)).

[220] Un délai de six ans s'appliquait aussi à toute autre action non expressément prévue par

that Act or any other act (s. 3(1)(l)). *The Limitation of Actions Act, 1931* provided that it applied to “all causes of action whether the same arose before or after the coming into force of this Act” (s. 42). Similar provisions have been contained in every subsequent limitations statute enacted in Manitoba.

[221] In my view, the effect of these provisions is that the Métis’ claim, whether framed as a breach of fiduciary duty or as breach of some duty derived from honour of the Crown, has been statute-barred since at least 1937.

[222] My colleagues are of the view that since this claim is no longer based on breach of fiduciary duty, s. 3(1)(i) of *The Limitation of Actions Act, 1931* does not apply to bar these claims. Regardless of how the claims are classified, however, the basket clause of *The Limitation of Actions Act, 1931* contained in s. 3(1)(l) would apply to bar the claim since that section is intended to ensure that the six-year limitation period covers any and all causes of action not otherwise provided for by the Act.

[223] This claim for a breach of the duty of diligent fulfillment of solemn obligations is a “cause of action” and therefore s. 3(1)(l) bars it.

(3) Limitations and Constitutional Claims

[224] My colleagues assert that limitations legislation cannot apply to declarations on the constitutionality of Crown conduct. They also state that limitations acts cannot bar claims that the Crown did not act honourably in implementing a constitutional obligation. With respect, these statements are novel. This Court has never recognized a general exception from limitations legislation for constitutionally derived claims. Rather, this Court has consistently held that limitations periods apply to factual claims with constitutional elements.

cette loi ou une autre (al. 3(1)l)). Suivant son libellé, la *Limitation of Actions Act, 1931* s’appliquait [TRADUCTION] « à toutes les causes d’action, qu’elles aient pris naissance avant ou après son entrée en vigueur » (art. 42). Des dispositions analogues figurent dans toutes les lois manitobaines sur la prescription qui ont été adoptées depuis.

[221] Il s’ensuit selon moi que l’action des Métis est prescrite depuis au moins 1937, peu importe qu’ils allèguent le manquement à une obligation fiduciaire ou le manquement à une obligation découlant de l’honneur de la Couronne.

[222] Pour mes collègues, l’action n’étant plus fondée sur le manquement à une obligation fiduciaire, l’al. 3(1)i) de la *Limitation of Actions Act, 1931* n’y fait pas obstacle. Or, peu importe la manière dont on qualifie l’action, la prescription générale énoncée à l’al. 3(1)l) la rend irrecevable puisque cet alinéa vise à faire en sorte que la prescription de six ans s’applique à toutes les causes d’action non mentionnées dans la Loi.

[223] Le manquement allégué à l’obligation d’exécuter diligemment un engagement solennel constitue une « cause d’action » et, par conséquent, l’action est prescrite par application de l’al. 3(1)l).

(3) La prescription d’une demande de nature constitutionnelle

[224] Mes collègues soutiennent que la prescription légale ne vaut pas lorsqu’il s’agit de se prononcer sur la constitutionnalité des actes de l’État. Ils ajoutent que des dispositions sur la prescription ne peuvent faire obstacle à une action intentée au motif que la Couronne n’a pas agi honorablement dans la mise en œuvre d’une obligation constitutionnelle. Il s’agit pour moi de propos inédits, car la Cour n’a jamais reconnu l’existence d’une exception générale à l’application de la prescription dans le cas d’une demande prenant appui sur la Constitution. Elle conclut en fait invariablement que la prescription vaut pour les allégations de nature factuelle comportant des éléments constitutionnels.

[225] The majority notes that limitations periods do not apply to prevent a court from declaring a statute unconstitutional, citing *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Ravndahl v. Saskatchewan*, 2009 SCC 7, [2009] 1 S.C.R. 181; and *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138. While I agree, the constitutional validity of statutes is not at issue in this case. Instead, this is a case about factual issues and alleged breaches of obligations which have always been subject to limitations periods, including on the facts of *Ravndahl* and *Kingstreet*.

[226] *Kingstreet* and *Ravndahl* make clear that there is an exception to the application of limitations periods where a party seeks a declaration that a statute is constitutionally invalid. Here, my colleagues have concluded that the Métis' claim about unconstitutional statutes is moot. The remaining declaration sought by the Métis has nothing to do with the constitutional validity of a statute.

[227] Instead, what the Métis seek in this case is like the personal remedies that the applicants sought in *Kingstreet* and *Ravndahl*. The Métis are asking this Court to rule on a factual dispute about how lands were distributed over 130 years ago. While they are not asking for a monetary remedy, they are asking for their circumstances and the specific facts of the land grants to be assessed. As this Court said in *Ravndahl*:

Personal claims for constitutional relief are claims brought as an individual *qua* individual for a personal remedy. As will be discussed below, personal claims in this sense must be distinguished from claims which may enure to affected persons generally under an action for a declaration that a law is unconstitutional. [para. 16]

These claims are made by individual Métis and their organized representatives. The claims do not arise from a law which is unconstitutional. Rather, they arise from individual factual circumstances. As

[225] Invoquant les arrêts *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Ravndahl c. Saskatchewan*, 2009 CSC 7, [2009] 1 R.C.S. 181; et *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, les juges majoritaires signalent que la prescription ne saurait empêcher un tribunal de déclarer une loi inconstitutionnelle. J'en conviens, mais la constitutionnalité de dispositions législatives n'est pas contestée en l'espèce. La présente affaire a plutôt pour objet des questions d'ordre factuel et des manquements allégués à des obligations qui, même dans les affaires *Ravndahl* et *Kingstreet*, ont toujours été soumis à la prescription.

[226] Ces deux arrêts établissent clairement que l'application des délais de prescription souffre une exception lorsque la demande vise à faire déclarer une loi inconstitutionnelle. En l'espèce, mes collègues concluent au caractère théorique des prétentions d'inconstitutionnalité formulées par les Métis, et le jugement déclaratoire demandé n'a par ailleurs rien à voir avec la constitutionnalité d'une loi.

[227] En fait, l'objet du recours des Métis s'apparente à la réparation personnelle demandée dans *Kingstreet* et *Ravndahl*. Les Métis exhortent notre Cour à trancher un litige factuel se rapportant à la manière dont on leur a attribué des terres il y a plus de 130 ans. Bien qu'ils ne sollicitent pas de réparation pécuniaire, ils demandent l'examen de leur situation et des circonstances de la concession des terres. Comme le dit notre Cour dans *Ravndahl* :

Il s'agit de demandes introduites par un individu, en tant qu'individu, en vue d'obtenir une réparation personnelle. Comme il en sera question plus loin, il y a lieu d'établir une distinction entre les demandes de réparations personnelles de ce type et celles sollicitant la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi qui peuvent profiter aux personnes touchées en général. [par. 16]

Dans le présent dossier, les demandes ont été présentées par des Métis à titre individuel et par l'organisation qui les représente. Elles n'ont pas pour assise l'inconstitutionnalité d'une loi, mais

a result, the rule in *Kingstreet* and *Ravndahl* that individual factual claims are barred by limitations periods applies to bar suit in this case.

(4) Policy Rationale for Limitations Periods Applies to These Claims

[228] The majority finds that the issue in this case is of such fundamental importance to the reconciliation of the Métis peoples with Canadian sovereignty that invoking a limitations period would be inappropriate. They further conclude that unless this claim is resolved there will be an “ongoing rift in the national fabric”.

[229] In my view, it is inappropriate to judicially eliminate statutory limitations periods for these claims. Limitations periods are set by the legislatures and are not discretionary. While limitations periods do not apply to claims that seek to strike down statutes as unconstitutional, as I noted above, this is not such a claim.

[230] Limitations statutes are driven by specific policy choices of the legislatures. The exceptions in such statutes are also grounded in policy choices made by legislatures. To create a new judicial exception for those fundamental constitutional claims that arise from rifts in the national fabric is to engage directly in social policy, which is not an appropriate role for the courts.

[231] Limitations acts have always been guided by policy. In *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, this Court identified three groups of policies underlying limitations statutes: those concerning certainty, evidentiary issues, and diligence.

[232] The certainty rationale is connected with the concept of repose: “There comes a time, it is said, when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations” (*M. (K.) v. M. (H.)*, at p. 29).

prennent plutôt appui sur des situations factuelles individuelles. La règle établie dans *Kingstreet* et *Ravndahl*, à savoir que les demandes fondées sur de telles situations sont assujetties aux délais de prescription, s’applique donc et emporte l’irrecevabilité de l’action.

(4) La raison d’être de la prescription vaut en l’espèce

[228] Selon les juges majoritaires, la question en litige revêt une importance telle pour la réconciliation des Métis avec la souveraineté canadienne que l’on ne saurait invoquer la prescription. Ils ajoutent que l’omission de trancher la question soulevée emportera un « clivage persistant dans notre tissu national ».

[229] À mon avis, il ne convient pas d’écarter judiciairement l’application de la prescription à la demande. Les délais de prescription sont établis par le législateur, et ils ne sont pas discrétionnaires. Bien que la prescription ne s’applique pas à une demande visant à faire déclarer un texte de loi inconstitutionnel, je rappelle que nous ne sommes pas saisis d’une telle demande.

[230] Les lois sur la prescription, tout comme les exceptions qu’elles prévoient, procèdent de décisions de principe arrêtées par le législateur. Il n’appartient pas aux tribunaux de créer une exception pour la demande de nature fondamentalement constitutionnelle découlant d’un clivage persistant dans notre tissu national, et d’intervenir ainsi directement dans la politique sociale.

[231] Les dispositions sur la prescription ont toujours reposé sur des raisons de principe. Dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, la Cour relève trois justifications, soit la certitude, la preuve et la diligence.

[232] La certitude est liée à la tranquillité d’esprit en ce qu’« [i]l arrive un moment, dit-on, où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu’il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations » (*M. (K.) c. M. (H.)*, p. 29).

[233] The evidentiary issues were further expanded upon in *Wewaykum*, at para. 121:

Witnesses are no longer available, historical documents are lost and difficult to contextualize, and expectations of fair practices change. Evolving standards of conduct and new standards of liability eventually make it unfair to judge actions of the past by the standards of today.

[234] Finally, the diligence rationale encourages plaintiffs to not sleep on their rights. An aspect of this concept is the idea that “claims, which are valid, are not usually allowed to remain neglected” (*Riddlesbarger v. Hartford Insurance Co.*, 74 U.S. (7 Wall.) 386 (1868), at p. 390, cited in *United States v. Marion*, 404 U.S. 307 (1971), at p. 322, footnote 14).

[235] From these three rationales, limitations law has evolved to include a variety of exceptions which reflect further refinements in the policies that find expression in statutes of limitations. Older limitations acts contained few exceptions but modern statutes recognize certain situations where the strict application of limitations periods would lead to unfairness. For instance, while limitations acts have always included exceptions for minors, exceptions based on capacity have been expanded to recognize claimants with a variety of disabilities. Exceptions have also been created based on the principle of discoverability. However, even as those exceptions have been broadened or added, legislatures have created a counterbalance in the form of ultimate limitations periods which operate to provide final certainty and clarity. None of the legislatively created exceptions, nor their rationales, apply to this case.

(a) *Discoverability*

[236] The discoverability principle has its origins in judicial interpretations of when a cause of action “accrues”. Discoverability was described

[233] Dans *Wewaykum*, la Cour apporte des précisions sur la justification liée à la preuve (au par. 121) :

Des témoins ne sont plus disponibles, des documents historiques ont disparu ou sont difficiles à mettre en contexte et l'idée de ce que constituent des pratiques loyales évolue. En raison de l'évolution des normes de conduite et de l'application de nouvelles normes en matière de responsabilité, il devient inéquitable de juger des actions passées au regard de normes contemporaines.

[234] Enfin, la raison d'être qu'est la diligence veut que le demandeur soit incité à faire valoir ses droits sans tarder. Elle tient notamment au constat selon lequel [TRADUCTION] « on ne tarde habituellement pas à présenter une demande fondée » (*Riddlesbarger c. Hartford Insurance Co.*, 74 U.S. (7 Wall.) 386 (1868), p. 390, cité dans *United States c. Marion*, 404 U.S. 307 (1971), p. 322, note de bas de page 14).

[235] À partir de ces trois justifications, les règles de prescription ont évolué de manière à prévoir diverses exceptions qui reflètent les nuances apportées aux principes qui les sous-tendent. Les dispositions anciennes comportaient peu d'exceptions, mais celles d'aujourd'hui reconnaissent l'existence de situations où l'application stricte du délai de prescription entraînerait une injustice. Par exemple, bien que des exceptions à la prescription se soient toujours appliquées aux mineurs, ces exceptions liées à l'incapacité ont vu leur portée s'accroître pour reconnaître désormais diverses autres inaptitudes. L'impossibilité de découvrir le dommage emporte elle aussi l'application d'une exception. Or, tout en élargissant la portée des exceptions ou en accroissant le nombre de celles-ci, les législatures ont créé en contrepartie des délais ultimes qui s'appliquent de manière à apporter définitivement certitude et clarté. Ni les exceptions prévues par la loi ni leurs justifications ne trouvent application en l'espèce.

a) *Possibilité de découvrir*

[236] La règle de la possibilité de découvrir le dommage tire son origine de la jurisprudence relative au moment où la cause d'action « prend naissance ».

in the English case of *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858 (C.A.), at p. 868, where Lord Denning, M.R. stated:

... when building work is badly done — and covered up — the cause of action does not accrue, and time does not begin to run, until such time as the plaintiff discovers that it has done damage, or ought, with reasonable diligence, to have discovered it.

[237] While this judicial discoverability rule was subsequently rejected by the House of Lords, Canadian legislatures moved to amend their limitations acts to take into account the fact that plaintiffs might not always be aware of the facts underlying a claim right away. This evolution was described by this Court in *Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 40-42, where it was noted that the British Columbia legislature had amended its limitations legislation to give effect to an earlier judicial decision which postponed “the running of time until the acquisition of knowledge or means of knowledge of the facts giving rise to the cause of action”.

[238] The discoverability principle is grounded in the idea that, even if there is no active concealment on the part of the defendant giving rise to other ways of tolling limitations periods, the facts underlying a cause of action may still not be accessible to the plaintiff for some time. There is a potential injustice that can arise where a claim becomes statute-barred before a plaintiff was aware of its existence (*M. (K.) v. M. (H.)*, at p. 33).

[239] The discoverability principle has been applied in a variety of contexts. In *Kamloops*, the claim arose from negligent construction of the foundation of a house, where there was evidence that the defect was not visible until long after the house was completed. In *M. (K.) v. M. (H.)*, discoverability was used to toll the limitation period until such time as the victim of childhood incest was able to discover “the connection between the harm she has suffered and her childhood history” (p. 35). In *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R.

Dans la décision anglaise *Sparham-Souter c. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858 (C.A.), lord Denning, maître des rôles, dit ce qui suit à son sujet (p. 868) :

[TRADUCTION] ... lorsqu’un ouvrage est mal construit — puis maquillé —, la cause d’action ne prend naissance, et le délai ne commence à courir, que lorsque le demandeur découvre le dommage en résultant ou qu’il aurait dû le découvrir s’il avait exercé la diligence voulue.

[237] Malgré le rejet subséquent de la règle judiciaire par la Chambre des lords, des modifications ont été apportées aux lois sur la prescription pour tenir compte du fait que le demandeur ne peut pas toujours connaître dès leur survenue les faits qui lui confèrent un droit d’action. Dans *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 40-42, notre Cour fait état de cette évolution et relève que la législature de la Colombie-Britannique a modifié sa loi sur la prescription pour donner effet à une décision antérieure portant « que le délai de prescription ne commence à courir que lorsqu’on prend connaissance ou [qu’]on est en mesure de prendre connaissance des faits qui donnent naissance à la cause d’action ».

[238] La règle de la possibilité de découvrir existe parce que, même sans dissimulation active du défendeur, laquelle peut par ailleurs interrompre la prescription, les faits qui confèrent le droit d’action peuvent demeurer hors d’atteinte du demandeur pendant un certain temps. Il y aurait risque d’injustice si le droit d’action pouvait être prescrit avant que le demandeur n’apprenne son existence (*M. (K.) c. M. (H.)*, p. 33).

[239] La règle a été appliquée dans divers contextes. Dans *Kamloops*, la demande alléguait la négligence dans la construction des fondations d’une maison, et des éléments de preuve établissaient que le vice n’avait été perceptible que longtemps après l’achèvement des travaux. Dans *M. (K.) c. M. (H.)*, l’application de la règle a interrompu la prescription jusqu’à ce que la victime d’actes incestueux commis pendant son enfance ait été en mesure de découvrir « le lien entre le préjudice qu’elle a[vait] subi et les faits vécus pendant son enfance » (p. 35). Dans

549, at para. 43, this Court delayed the start of a limitation period under Ontario's no-fault insurance scheme until the plaintiff had knowledge of the extent of injuries that would allow him to make a claim within the scheme.

[240] The link in these cases is that the plaintiffs were unaware of the specific damage or were not aware of the link between the damage and the actions of the defendant. Limitations law permits exceptions grounded in lack of knowledge of the facts underlying the claim and the connection between those facts, the actions of the defendant and the harm suffered by the plaintiff.

[241] The Métis can make no such claim. They were not unaware of the length of time that it took for the land to be distributed at the time that the distribution was occurring. The trial judge found that representations to the federal government by the Legislative Council and Assembly of Manitoba were made about the length of time the process was taking as early as 1872. At the time, a significant proportion of the Manitoba legislature was Métis. Nor can they claim that they were unaware of the connection between the length of time that the distribution was taking and the actions of the government, since the trial judge found that the federal government responded to this 1872 complaint by reiterating that the selection and allocation of land was within the sole control of Canada. Thus, the exception that the majority has created is not consistent even at the level of public policy with the discoverability exceptions that have been created by legislatures.

[242] I would also note that while the history of the discoverability exception indicates that there is room for judicial interpretation in limitations law, that interpretation must be grounded in the actual words of the statute. In this case, the majority has not linked their new exception to any aspect of the text of the Act.

Peixeiro c. Haberman, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 43, notre Cour a statué que le délai de prescription établi par le régime ontarien d'indemnisation sans égard à la faute ne commençait à courir que le jour où le demandeur avait su que la gravité de ses blessures justifiait la présentation d'une demande en application du régime.

[240] Dans chacune de ces affaires, le demandeur ignorait l'existence du dommage subi ou du lien entre le dommage et les actes du défendeur. Les dispositions sur la prescription prévoient des exceptions fondées sur l'ignorance des faits générateurs et du lien entre ces faits, les actes du défendeur et le préjudice subi par le demandeur.

[241] Les Métis ne peuvent prétendre que tel a été leur cas. Ils n'ignoraient pas la lenteur de la distribution des terres pendant le déroulement de celle-ci. Le juge de première instance signale que, dès 1872, le conseil législatif et l'assemblée législative du Manitoba se sont adressés au gouvernement fédéral pour déplorer le retard accusé dans la concession des terres. La législature du Manitoba comptait alors une grande proportion de Métis. Ils ne peuvent non plus soutenir n'avoir pas été conscients du lien entre la longueur du processus et les actes du gouvernement. Le juge de première instance conclut en effet que le gouvernement fédéral a répondu aux doléances exprimées en 1872 en rappelant que la sélection et l'attribution des terres relevaient exclusivement du gouvernement canadien. Par conséquent, l'exception nouvelle que créent les juges majoritaires est incompatible, même sur le plan des considérations de politique générale, avec l'exception légale liée à l'impossibilité de découvrir le dommage subi.

[242] En outre, même s'il appert de l'évolution de l'exception liée à l'impossibilité de découvrir que le droit de la prescription se prête à l'interprétation judiciaire, celle-ci doit se fonder sur le libellé de loi. En l'espèce, les juges majoritaires ne rattachent aucunement leur nouvelle exception au texte de la Loi.

(b) *Disability*

[243] Tolling limitations periods for minors or those with disabilities is another long-standing exception to the general limitation rules. Section 6 of *The Limitation of Actions Act, 1931* provided that for certain types of claims, a person under a disability had up to two years after the end of that disability to bring an action. These provisions have grown over time. *The Limitation of Actions Act, C.C.S.M. c. L150*, currently in force in Manitoba provides for tolling where a person is a minor or where a person is “in fact incapable of the management of his affairs because of disease or impairment of his physical or mental condition” (s. 7).

[244] Incapacity due to disability has also been used as the legislative framework for tolling limitations periods for victims of sexual assault by a trusted person or person in authority. The Ontario *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, s. 10(2), creates a presumption that the person claiming to have been assaulted was “incapable of commencing the proceeding earlier than it was commenced if at the time of the assault one of the parties to the assault had an intimate relationship with the person or was someone on whom the person was dependent, whether financially or otherwise”. This presumption can be rebutted.

[245] A victim who suffered sexual assault at the hands of a person in a position of trust, is said to be incapable of bringing a claim because of a variety of factors including

the nature of the act (personal violation), the perpetrator’s position of power over the victim and the abuse of that position act effectively to silence the victim. Moreover, until recently, many victims of sexual assault were subject to social disapproval based on the perception that they were somehow to blame.

b) *Incapacité*

[243] Depuis longtemps, une autre exception aux règles générales de prescription interrompt le calcul du délai imparti dans le cas d’un mineur ou d’une personne frappée d’incapacité. L’article 6 de la *Limitation of Actions Act, 1931* prévoyait que, dans certains cas, la personne frappée d’incapacité disposait d’au plus deux ans à compter de la fin de son incapacité pour intenter une action. Avec le temps, les dispositions en la matière ont évolué et, aujourd’hui, la *Loi sur la prescription, C.P.L.M. ch. L150*, dispose qu’il y a interruption de la prescription pour la personne mineure et celle qui est « effectivement incapable de gérer ses affaires, par suite de maladie ou de détérioration de son état physique ou mental » (art. 7).

[244] L’exception pour incapacité a également servi de modèle à l’interruption de la prescription au bénéfice de la victime d’une agression sexuelle commise par une personne en qui elle avait confiance ou qui se trouvait en situation d’autorité. Le paragraphe 10(2) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* de l’Ontario, L.O. 2002, ch. 24, ann. B., établit la présomption selon laquelle la victime de voies de fait est dans « l’incapacité d’introduire l’instance antérieurement à la date de son introduction si, au moment où ont été commises les voies de fait, [elle] avait des relations intimes avec une des parties aux voies de fait ou dépendait d’elle financièrement ou autrement ». Il s’agit d’une présomption réfutable.

[245] On considère que divers éléments empêchent la victime d’une agression sexuelle commise par une personne en qui elle avait confiance de dénoncer son agresseur, dont

[TRADUCTION] la nature de l’acte (violation de l’intégrité personnelle), la situation de pouvoir de l’agresseur vis-à-vis de la victime et l’abus de ce pouvoir pour réduire la victime au silence. Qui plus est, bon nombre de victimes d’agression sexuelle se heurtaient, récemment encore, à la réprobation sociale tenant à l’idée qu’elles étaient responsables d’une manière ou d’une autre de ce qui leur était arrivé.

(Ontario, Limitations Act Consultation Group, *Recommendations for a New Limitations Act: Report of the Limitations Act Consultation Group* (1991), at p. 20)

[246] If the discoverability rule has its origins in incapacity to litigate because of lack of knowledge of particular facts underlying the claim such as the damage or the relationship between the damage and the defendant, the exceptions for disability and minors are grounded in a broader view of incapacity:

Those under legal disability are presumed not to know their rights and remedies and it would be unfair to expect them to proceed diligently in such matters.

(*Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069, at p. 1080)

[247] The Métis were never in a position where they were under a legal disability. As the trial judge found, the Métis were full citizens of Manitoba who wanted to be treated the same as other Canadians. While some sought to entail the s. 31 lands to prevent the children from selling, this view was by no means unanimous. The Métis had always owned land individually and been free to sell it. It is paternalistic to suggest from our modern perspective that the Métis of the 1870s did not know their rights and remedies. This type of paternalism would have been an anathema to the Métis of the time who sought to be treated as equals.

[248] The power imbalance that justifies the presumption of incapacity for victims of certain types of sexual assaults is also inapplicable here. Section 31 was enacted *because* of the strength of the Métis community, not because the community was weak or vulnerable or subject to government abuse. While their power in Manitoba declined with the influx of settlers, it is revisionist to suggest that they were in such a weak position in relation to the federal government that the government was able to “silence” them (as described above in para. 245). While many of the recipients of the land grants

(Ontario, Limitations Act Consultation Group, *Recommendations for a New Limitations Act: Report of the Limitations Act Consultation Group* (1991), p. 20)

[246] Si l’exception liée à l’impossibilité de découvrir tient à l’impossibilité d’exercer un recours à cause de l’ignorance des faits générateurs du droit d’action, tels le préjudice subi ou le lien entre le préjudice et le défendeur, l’exception applicable au mineur et à la personne frappée d’incapacité repose sur une conception élargie de l’incapacité :

Les personnes frappées d’une incapacité juridique sont présumées ignorer leurs droits et les recours dont elles disposent et il serait injuste de s’attendre à ce qu’elles fassent preuve de diligence en la matière.

(*Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069, p. 1080)

[247] Les Métis ne se sont jamais trouvés en situation d’incapacité juridique. Comme le conclut le juge de première instance, ils étaient citoyens à part entière du Manitoba et souhaitaient être traités comme les autres Canadiens. Bien que certains aient préconisé de tailler les terres visées par l’art. 31 afin d’en empêcher l’aliénation, leur point de vue ne faisait pas l’unanimité, car les Métis avaient toujours possédé leurs terres à titre individuel et eu la faculté de s’en départir. C’est faire preuve de paternalisme que d’affirmer aujourd’hui que les Métis de 1870 ignoraient leurs droits et leurs recours, une attitude qui aurait hérisé les Métis de l’époque, qui souhaitaient être traités en égaux.

[248] L’inégalité du rapport de force qui justifie l’incapacité présumée des victimes de certains types d’agression sexuelle ne joue pas non plus en l’espèce. L’article 31 a été édicté *parce que* la collectivité des Métis était vigoureuse, non parce qu’elle était faible ou vulnérable ou victime d’abus de la part du gouvernement. Certes, l’afflux de colons a diminué leur influence au Manitoba, mais affirmer qu’ils se trouvaient dans une telle situation de faiblesse que le gouvernement fédéral a pu les « réduire [. . .] au silence » (expression précitée au par. 245) relève du révisionnisme. Bien que bon

were minors, the findings of the trial judge make clear that the children's parents, adults who could have acted on their children's behalf, knew of their rights. The policy that underlies the exception for minors and those with disabilities does not track onto the experience of the Métis.

(c) *Ultimate Limitations Periods*

[249] As a counterweight to newer exceptions like discoverability and expanded disability provisions, legislatures have also adopted ultimate limitations periods. The purpose of these ultimate limitations periods is to provide true repose for defendants, even against undiscovered claims. Even if a claim is not discovered, meaning that the basic limitations period has not been engaged, an ultimate limitation period can bar a claim. While basic limitations periods are often in the range of two to six years, ultimate limitations periods are usually 10 to 30 years long.

[250] Manitoba has had an ultimate limitations period of 30 years since 1980 (*An Act to Amend The Limitation of Actions Act*, S.M. 1980, c. 28, s. 3). This ultimate limitation period continues in the current act as s. 14(4). Ultimate limitations periods are also in force in many other provinces. The purpose of these ultimate limitations periods was described by the Manitoba Law Reform Commission in their 2010 report on limitations:

In order to address the important repose aspect of limitations, there must be some ability to ensure that, after a certain period of time, no action may be brought regardless of the claim's discoverability of late occurring damage.

(*Limitations* (2010), at p. 26)

[251] As ultimate limitations periods were introduced, many provincial legislatures chose to effectively exempt certain types of Aboriginal claims from them by grandfathering Aboriginal claims into the former acts, which did not contain ultimate limitations periods. This was done in

nombre des bénéficiaires de la concession des terres aient été mineurs, le juge de première instance dit clairement que leurs parents, des adultes qui auraient pu agir au nom de leurs enfants, connaissaient leurs droits. La situation des Métis ne s'inscrit pas dans la raison d'être de l'exception prévue pour le mineur et la personne frappée d'incapacité.

c) *Délai ultime de prescription*

[249] Pour faire contrepoids aux exceptions plus récentes comme celle liée à la possibilité de découvrir le dommage et à l'élargissement des dispositions sur l'incapacité, les législatures ont aussi établi des délais ultimes de prescription afin d'assurer une réelle tranquillité d'esprit au défendeur, y compris lorsqu'une cause d'action n'a pas été découverte. Ainsi, un délai ultime peut rendre l'action irrecevable même s'il n'y a pas eu découverte et que le délai de base n'a pas commencé à courir. Le délai de base se situe souvent entre deux et six ans, tandis que le délai ultime varie habituellement entre 10 et 30 ans.

[250] Depuis 1980, le délai ultime de prescription est de 30 ans au Manitoba (*An Act to Amend The Limitation of Actions Act*, S.M. 1980, ch. 28, art. 3), et il est prévu au par. 14(4) de la loi actuelle. De nombreuses autres provinces appliquent un tel délai ultime de prescription. Voici comment la Commission de réforme du droit du Manitoba justifie l'existence du délai ultime dans son rapport de 2010 sur la prescription :

[TRADUCTION] Aux fins de l'importante justification de la prescription qu'est la tranquillité d'esprit, à l'expiration d'un certain délai, nulle action ne doit pouvoir être intentée, sans égard à la possibilité de découvrir un dommage survenu tardivement.

(*Limitations* (2010), p. 26)

[251] Bon nombre de législatures provinciales qui ont établi des délais ultimes de prescription ont décidé d'exclure de leur champ d'application certaines demandes des Autochtones et de préserver à leur égard l'application des anciennes lois, lesquelles ne prévoyaient pas de délai ultime

Alberta and Ontario, and will soon be done in British Columbia: *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 13; Ontario *Limitations Act, 2002*, s. 2; *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, s. 2 (not yet in force). In my view, this is evidence that legislatures are alive to the issues posed by Aboriginal claims and limitations periods and the choice of whether or not to exempt such claims from basic and ultimate limitations periods is one that belongs to the legislature.

[252] There is a fine balance to be struck between expanded ways to toll limitations periods through discovery and incapacity and a strict ultimate limitations period. It is not the place of the courts to tamper with the selection that each of the legislatures and Parliament have chosen by creating a broad general exception for claims that courts find to be fundamental or serious. The type of exception proposed by my colleagues is antithetical to the careful policy development that characterizes this area of the law. The courts are ill-suited for doing this type of work which must be grounded in a clear understanding of how each aspect of the limitations regime works together to produce a fair result.

[253] If Parliament or provincial legislatures wanted to exclude factual claims with a constitutional component from limitations periods, then they could do so by statute. As they have not chosen to make an exception for the type of declaration that the Métis seek in this case, it is inappropriate for this Court to do so.

(d) *Role of Reconciliation*

[254] My colleagues suggest that the above rationales have little role to play in an Aboriginal context, where the goal of reconciliation must

de prescription. C'est le cas de l'Alberta et de l'Ontario, et ce devrait bientôt être chose faite en Colombie-Britannique (*Limitations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 13; *Loi de 2002 sur la prescription des actions* (Ontario), art. 2; *Limitation Act*, S.B.C. 2012, ch. 13, art. 2 (non encore en vigueur)). Ces éléments établissent à mon sens que les législatures sont conscientes des questions soulevées par l'application des délais de prescription aux demandes des Autochtones, et il appartient à ces mêmes législatures de soustraire ou non ces demandes à l'application des délais de base ou des délais ultimes.

[252] Un juste équilibre doit être établi entre l'interruption de plus en plus courante de la prescription au moyen d'une exception liée à l'impossibilité de découvrir ou à l'incapacité, d'une part, et le caractère strict des délais ultimes de prescription, d'autre part. Il n'appartient pas aux tribunaux de contrecarrer la décision de chacune des législatures ou du Parlement par la création d'une exception générale de large portée qui s'applique aux demandes qu'ils jugent fondamentales ou sérieuses. Le genre d'exception que préconisent mes collègues est à l'opposé de la prudence qui caractérise l'élaboration de politiques générales dans ce domaine du droit. L'instance judiciaire se prête mal à cette tâche dont l'accomplissement doit procéder d'une perception claire de la façon dont tous les éléments du régime de la prescription contribuent à produire un résultat juste.

[253] Si le Parlement ou les législatures provinciales veulent soustraire à l'application de la prescription les allégations factuelles comportant un volet constitutionnel, ils peuvent légiférer en ce sens. Comme ils n'ont pas prévu d'exception pour le type de jugement déclaratoire que sollicitent les Métis en l'espèce, il n'appartient pas à la Cour d'en créer une.

d) *L'objectif de la réconciliation*

[254] Selon mes collègues, les raisons d'être de la prescription mentionnées précédemment jouent peu dans le contexte autochtone, où l'objectif de

be given priority. In so doing, the majority's reasons call into question this Court's decisions in *Wewaykum*, at para. 121, and more recently in *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372. In *Lameman*, this Court specifically stated that policy rationales that support limitations periods "appl[y] as much to Aboriginal claims as to other claims" (para. 13 (emphasis added)). Without doing so explicitly, it appears that the majority has departed from the legal certainty created by *Wewaykum* and *Lameman*, in favour of an approach where "reconciliation" must be given priority.

[255] Moreover, the legal framework of this claim is very different from a claim based on an Aboriginal right. Aboriginal rights are protected from extinguishment under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Aboriginal rights, therefore, constitute ongoing legal entitlements. By contrast, the claims in this case concern a constitutional obligation that was fulfilled over 100 years ago.

(5) Manitoba Legislation Does Not Exempt Declarations From Limitation Periods

[256] My colleagues assert that limitations periods should not apply to claims for failure to diligently fulfill solemn obligations arising from the Constitution where the only remedy sought is a declaration. Respectfully, this is a choice to be made by the legislature. In Manitoba, limitations legislation has never contained an exception for declarations. This Court is not empowered to create one.

[257] In some other provinces the legislation governing limitations periods provides for specific exceptions where the only remedy sought is a declaration without any consequential relief: *Alberta Limitations Act*, s. 1(i)(i); *Ontario Limitations Act, 2002*, s. 16(1)(a); *British Columbia Limitation Act*, s. 2(1)(d) (not yet in force).

la réconciliation doit être prioritaire. Ils remettent ainsi en question l'opinion exprimée par notre Cour dans *Wewaykum*, par. 121 et, plus récemment, dans *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372. Dans ce dernier arrêt, la Cour dit expressément que la raison d'être des délais de prescription « vaut autant pour les [demandes des Autochtones] que pour les autres » (par. 13 (je souligne)). Même s'ils ne le font pas explicitement, les juges majoritaires semblent rompre avec la certitude juridique établie dans *Wewaykum* et *Lameman* au profit d'une approche où la « réconciliation » doit être tenue pour prioritaire.

[255] En outre, le cadre juridique dans lequel s'inscrit la demande en l'espèce diffère beaucoup de celui d'une demande fondée sur un droit ancestral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* protège contre l'extinction les droits ancestraux, lesquels confèrent donc un droit d'action susceptible d'être exercé à tout moment. À l'opposé, la demande formulée en l'espèce se fonde sur une obligation constitutionnelle dont l'exécution remonte à plus de 100 ans.

(5) Le législateur manitobain ne soustrait pas à la prescription la demande de jugement déclaratoire

[256] Mes collègues font valoir que la prescription ne devrait pas être opposée au demandeur qui allègue l'omission d'exécuter diligemment un engagement solennel découlant de la Constitution lorsque la seule réparation qu'il sollicite est un jugement déclaratoire. Or, c'est au législateur d'en décider. Au Manitoba, les dispositions sur la prescription n'ont jamais prévu d'exception pour la demande de jugement déclaratoire. Notre Cour n'est pas habilitée à en créer une.

[257] Dans certaines autres provinces, les dispositions sur la prescription prévoient une exception spécifique lorsque la seule réparation demandée est un jugement déclaratoire à l'exclusion de tout autre redressement indirect : *Limitations Act* (Alberta), al. 1(i)(i); *Loi de 2002 sur la prescription des actions* (Ontario), al. 16(1)a); *Limitation Act* (Colombie-Britannique), al. 2(1)d) (non encore en vigueur).

[258] These exceptions are contained within the finely tailored legislative schemes as described above. In those provinces where recent amendments have provided for declaratory judgments to be exempt from limitations periods, the limitations legislation also contains provisions that restrict the retroactive application of those exemptions. For example, in Ontario, if a claim was not started before the exemption was enacted and the limitation period under the former act had elapsed, the creation of the new exemption from limitation periods for declaratory judgments would not revive those previously barred claims, even if the only remedy sought was a declaration: *Ontario Limitations Act, 2002*, s. 24. Thus, even where the legislature has seen fit to exempt declarations from limitation periods, it has not done so retroactively.

[259] This is unsurprising since changes to limitations periods are rarely made retroactively, because to do so would prejudice those who relied upon those limitations periods in organizing their affairs. Retroactive changes to limitations law mean that potential defendants who were under the impression that claims against them were time-barred would be again exposed to the threat of litigation. In contrast, when a limitations period is changed prospectively, potential defendants were never in a position to rely on a limitation period and would always be on notice as to the possibility of litigation. In effect, if limitations periods were changed retroactively, the certainty rationale would be significantly compromised by depriving defendants of the benefit of limitations protection that they had relied upon up until the change in the law.

[260] The issue of whether to exempt declaratory judgments from limitations periods is one that has been canvassed recently in Manitoba. In 2010, the Manitoba Law Reform Commission recommended that an exception be created for declaratory judgments, but this recommendation has not been implemented. In making that recommendation, the Manitoba Law Reform Commission recognized that, while declaratory judgments do not compel

[258] Cette exception figure dans le libellé bien ficelé de chacun des régimes législatifs susmentionnés. Dans les provinces où de récentes modifications ont été apportées afin de soustraire la demande de jugement déclaratoire à l'application de la prescription, les dispositions législatives prévoient en outre que l'exception ne s'applique pas rétroactivement. Par exemple, en Ontario, lorsque l'instance n'a pas été engagée avant l'adoption de la nouvelle exception et que le délai de prescription imparti par l'ancienne loi a expiré, l'existence de la nouvelle exception ne rend pas recevable l'action auparavant irrecevable, même si la seule réparation demandée est un jugement déclaratoire : *Loi de 2002 sur la prescription des actions* (Ontario), art. 24. Ainsi, même lorsque le législateur a jugé opportun de soustraire la demande de jugement déclaratoire à l'application de la prescription, il ne l'a pas fait avec effet rétroactif.

[259] Ce n'est pas étonnant, car les modifications apportées aux délais de prescription sont rarement rétroactives. Si elles l'étaient, les personnes qui auraient tenu compte de ces délais pour mener leurs affaires en subiraient un préjudice. La modification rétroactive d'une disposition sur la prescription exposerait à nouveau le défendeur éventuel à une poursuite qu'il croyait prescrite. À l'opposé, lorsque la modification est prospective, le défendeur éventuel ne peut jamais avoir tenu compte d'un autre délai et il sait toujours qu'une poursuite est possible. En effet, si un délai de prescription était modifié rétroactivement, l'élément de la certitude serait grandement compromis du fait que le défendeur ne bénéficierait plus de la prescription sur laquelle il avait compté.

[260] La question de l'opportunité de soustraire la demande de jugement déclaratoire à l'application de la prescription a récemment fait l'objet d'un examen au Manitoba. En 2010, la Commission manitobaine de réforme du droit a recommandé la création d'une telle exception, mais aucune suite n'a été donnée à sa recommandation. En formulant celle-ci, la Commission a reconnu que même si le jugement déclaratoire n'oblige pas l'État

the Crown to act in a particular way, there is still a risk that an exception for declaratory remedies might “undermin[e] the principles that support the establishment of limitations” (*Limitations*, at p. 33). This is because obtaining a declaration can be the first step in obtaining an additional remedy, one that would otherwise be barred by a limitation period.

[261] The Manitoba Law Reform Commission noted that this risk was particularly acute in the case of declarations made in respect of the Crown, since there is authority to support the proposition that the Crown does not generally ignore a court declaration (p. 32). While the Crown response to a declaration is not always satisfactory to everyone, the possibility that the declaration will lead to some additional extra-judicial remedy is real. This means that while a declaratory order without consequential relief might appear to have little impact on the certainty created by limitations periods, the result for litigants is not necessarily as benign. There is a risk that a declaratory judgment will lead to additional remedies, even when not ordered by the courts.

[262] In my view, that risk is fully realized in this case. As my colleagues note, the Métis do not seek a declaration as an end in itself. Rather, they plan to use the declaration to obtain redress in extra-judicial negotiations with the Crown. This result undermines the certainty rationale for limitation periods by exposing the Crown to an obligation long after the limitation period expired. By exempting the declaration sought by the Métis from limitation periods, the majority has inappropriately stepped into the shoes of the Manitoba legislature.

(6) Effect of Exempting These Claims From Limitations Periods

[263] The majority has removed these claims by the Métis from the ordinary limitations regime by arguing that these claims are fundamental

à prendre telle ou telle mesure, il demeure que l’application d’une exception à la demande de jugement déclaratoire risque [TRADUCTION] « de compromettre les principes qui sous-tendent les délais de prescription » (*Limitations*, p. 33). En effet, l’obtention d’un jugement déclaratoire peut être la première étape d’une démarche visant l’obtention d’une autre réparation à laquelle un délai de prescription fait par ailleurs obstacle.

[261] La Commission manitobaine de réforme de droit signale que ce risque se pose avec une acuité particulière lorsque le jugement déclaratoire vise la Couronne, car il appert des sources que l’État obéit généralement à une décision judiciaire (p. 32). Comme la suite donnée par l’État au jugement déclaratoire ne satisfait pas toujours tous les intéressés, le risque que le jugement débouche sur quelque autre réparation extrajudiciaire est réel. Bien qu’un jugement déclaratoire non assorti de mesures accessoires puisse paraître avoir peu d’incidence sur la certitude assurée par les délais de prescription, il ne s’agit pas toujours d’une réparation sans grandes conséquences pour les parties. Un jugement déclaratoire peut entraîner d’autres réparations, même si le tribunal ne l’ordonne pas.

[262] À mon avis, ce risque se concrétise bel et bien en l’espèce. Comme le font observer mes collègues, les Métis ne voient pas dans le jugement déclaratoire une fin en soi. Ils entendent plutôt s’en servir pour négocier avec la Couronne et obtenir une réparation extrajudiciaire. Pareil dénouement compromet la certitude qu’est censé assurer un délai de prescription, la Couronne s’exposant à se voir reprocher l’inexécution d’une obligation bien après l’expiration du délai de prescription applicable. En soustrayant à l’application de la prescription la demande de jugement déclaratoire des Métis, les juges majoritaires usurpent le pouvoir du législateur manitobain.

(6) Conséquences de l’inapplication de la prescription à la demande des Métis

[263] Les juges majoritaires soustraient la demande des Métis à l’application des règles ordinaires de prescription au motif que des prétentions

and that a failure to address them perpetuates an “ongoing rift in the national fabric”. With respect, the determination that a particular historical injustice amounts to a rift in the national fabric is a political or sociological question. It is not a legally cognizable reason to exempt a claim from the application of limitations periods. Moreover, it leaves the courts in the position of having to assess whether any claim made is sufficiently fundamental to permit them to address it on its merits despite its staleness.

[264] Over the course of Canadian history, there have been instances where the Canadian government has acted in ways that we would now consider inappropriate, offensive or even appalling. The policy choice of how to handle these historical circumstances depends on a variety of factors and is therefore one that is best left to Parliament or the government, which have in recent years acted in a variety of ways, including apologies and compensation schemes, to make amends for certain historical wrongs.

[265] The reasons of the majority would now have the courts take on a role in respect of these political and social controversies. Where the parties ask for a declaration only and link it to some constitutional principle, the courts will now be empowered to decide those cases no matter how long ago the actions and facts that gave rise to the claim occurred. In my view, this has the potential to open the court system to a whole host of historical social policy claims. While the resolution of historical injustice is clearly an admirable goal, the creation of a judicial exemption from limitations periods for such claims is not an appropriate solution.

[266] This exception creates the possibility of indeterminate liability for the Crown, since claims under this new duty will apparently be possible forever. Courts have always been wary of the possibility of indeterminate liability. In *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444, Cardozo C.J. expressed concern about the creation of “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”. This

fondamentales y sont formulées et que l’omission de statuer sur elles perpétue un « clivage persistant dans le tissu national ». Soit dit en tout respect, la conclusion qu’une injustice historique crée pareil clivage relève de la politique ou de la sociologie; il ne s’agit pas d’un motif reconnu en droit pour soustraire une demande à l’application de la prescription. Qui plus est, les tribunaux en sont réduits à déterminer si une demande est fondamentale au point qu’il soit justifié de statuer sur elle au fond malgré son caractère tardif.

[264] Au cours de l’histoire du pays, le gouvernement canadien a parfois agi d’une manière que l’on tiendrait aujourd’hui pour inappropriée, choquante ou même scandaleuse. Les mesures qu’il convient aujourd’hui de prendre à cet égard dépendent de multiples considérations, et il vaut mieux s’en remettre au Parlement ou à l’État, lesquels ont pris diverses mesures ces dernières années, dont la présentation d’excuses et l’établissement de régimes d’indemnisation, pour réparer certaines erreurs du passé.

[265] Les juges majoritaires souhaitent que les tribunaux interviennent désormais dans ces débats politiques et sociaux. Lorsque seul un jugement déclaratoire sera demandé et qu’un principe constitutionnel sera invoqué à l’appui, les tribunaux pourront entendre l’affaire peu importe le temps écoulé depuis les actes ou les faits en cause. Le système judiciaire s’expose selon moi à un déferlement de demandes fondées sur d’anciennes politiques sociales. La volonté de réparer une injustice historique est sans aucun doute louable, mais la création d’une exception judiciaire à l’application de la prescription n’est pas la bonne solution.

[266] Cette exception expose l’État à une responsabilité indéterminée, puisque les recours fondés sur la nouvelle obligation reconnue semblent ne jamais se prescrire. Or, les tribunaux se sont toujours méfiés d’une éventuelle responsabilité indéterminée. Dans *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 444, le juge en chef Cardozo s’inquiète de la création d’une [TRADUCTION] « obligation d’un montant

concern was recognized, albeit more with respect to indeterminate amounts and classes, by this Court in *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, at paras. 59-66. In my view, as this exception from limitations periods creates liability for an indeterminate time, it is not an appropriate step for this Court to take.

[267] The exemption proposed by my colleagues is not aligned with any of the principles that underlie the limitations scheme. It is instead an exception that is virtually limitless in scope, relying, as it does, on a social policy appeal to restore our national fabric rather than accepted legal principles. It cannot be characterized as the type of incremental change that supports the development and evolution of the common law and it is therefore not an appropriate change for the courts to make.

(7) The Crown Is Entitled to the Benefit of Limitations Periods

[268] Limitations periods apply to the government as they do to all other litigants. At common law, limitations periods could be used by the Crown to defend against actions, but could not be used by defendants pursued by the Crown (P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at pp. 98-99). This is no longer the case as the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 32, specifically provides that provincial limitations periods apply to claims by and against the Crown:

32. Except as otherwise provided in this Act or in any other Act of Parliament, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in a province between subject and subject apply to any proceedings by or against the Crown in respect of any cause of action arising in that province, and proceedings by or against the Crown in respect of a cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose.

indéterminé pour une période indéterminée à l'égard d'une catégorie indéterminée ». Dans *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, par. 59-66, notre Cour partage cette inquiétude, mais surtout en ce qui concerne le montant et la catégorie indéterminés. Selon moi, notre Cour crée une exception qui fait naître une responsabilité d'une durée indéterminée, et elle devrait s'en abstenir.

[267] L'exception proposée par mes collègues ne cadre avec aucun des principes qui sous-tendent le régime de la prescription. Sa portée est pratiquement illimitée, puisqu'elle procède d'une volonté de restaurer le tissu national qui relève davantage de la politique sociale que de l'application de principes juridiques reconnus. On ne peut y voir un changement progressif propre à faire évoluer la common law, et il ne s'agit donc pas d'une modification judiciaire opportune.

(7) La Couronne peut invoquer la prescription

[268] Les délais de prescription s'appliquent à la Couronne comme à toute autre partie à un litige. Il fut un temps où, en common law, la prescription pouvait être invoquée en défense par la Couronne mais non par un défendeur qu'elle poursuivait (P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 98-99). Aujourd'hui, ce n'est plus le cas, la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, énonçant expressément à l'art. 32 que les règles de prescription provinciales s'appliquent aux poursuites intentées par la Couronne ou contre elle :

32. Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s'appliquent lors des poursuites auxquelles l'État est partie pour tout fait générateur survenu dans la province. Lorsque ce dernier survient ailleurs que dans une province, la procédure se prescrit par six ans.

The effect of this section is that the provincial limitations legislation in Manitoba applies to the federal Crown. Moreover, even absent this Act, the common law provided that it was possible for the Crown to rely on a limitations period to defend against claims (Hogg, Monahan and Wright, at p. 99).

[269] The application of limitations periods to claims against the Crown is clear from the cases generally and also specifically in the area of Aboriginal claims. For example, in both *Wewaykum* and *Lameman*, this Court applied a limitations period to bar an Aboriginal claim against the government.

[270] Application of limitations periods to the Crown benefits the legal system by creating certainty and predictability. It also serves to protect society at large by ensuring that claims against the Crown are made in a timely fashion so that the Crown is able to defend itself adequately.

[271] The relevance of limitations periods to claims against the Crown can clearly be seen on the facts of this case. My colleagues rely on “unexplained periods of inaction” and “inexplicable delay” to support their assertion that there is a pattern of indifference. In my view, it cannot reasonably be ruled out that, had this claim been brought in a timely fashion, the Crown might have been able to explain the length of time that it took to allocate the land to the satisfaction of a court. The Crown can no longer bring evidence from the people involved and the historical record is full of gaps. This case is the quintessential example of the need for limitations periods.

C. *Laches*

[272] In addition to being barred by the limitation period, these claims are subject to laches. Laches is an equitable doctrine that requires a claimant in equity to prosecute his or her claim without undue delay. In Canada, there are two recognized branches to the doctrine of laches: delays that result from

Cet article assujettit la Couronne fédérale aux dispositions manitobaines sur la prescription, mais même sans elles, la Couronne aurait pu, suivant la common law, invoquer la prescription en défense (Hogg, Monahan et Wright, p. 99).

[269] Il ressort de la jurisprudence en général et des décisions relatives aux demandes des Autochtones en particulier que les règles de prescription s’appliquent aux recours contre la Couronne. Dans *Wewaykum* et *Lameman*, par exemple, notre Cour conclut à la prescription des recours intentés contre l’État par les Autochtones.

[270] L’application des délais de prescription à l’État est bénéfique au système judiciaire car elle apporte certitude et prévisibilité. Elle protège également la société en général en faisant en sorte qu’un recours contre la Couronne soit exercé en temps utile de façon que cette dernière puisse se défendre convenablement.

[271] Les faits à l’origine du pourvoi illustrent bien la raison d’être de l’application des délais de prescription aux recours contre la Couronne. Mes collègues se fondent sur des « périodes d’inaction inexplicables » et un « retard inexplicable » pour conclure à une tendance à l’indifférence. À mon avis, on ne peut raisonnablement écarter la possibilité que, si l’action avait été intentée en temps utile, la Couronne aurait pu expliquer au tribunal la longueur du processus d’attribution des terres. La Couronne ne peut plus offrir le témoignage des personnes qui ont participé à l’entreprise, et le dossier historique comporte de nombreuses lacunes. La présente affaire est l’illustration parfaite de la nécessité des délais de prescription.

C. *La doctrine des « laches »*

[272] Non seulement il y a prescription en l’espèce, mais la doctrine des *laches* fait obstacle au recours. Cette doctrine veut que celui qui se pourvoit en equity le fasse sans retard injustifié. Au Canada, la doctrine comporte deux volets, l’un pour le retard qui résulte de l’acquiescement, l’autre

acquiescence or delays that result in circumstances that make prosecution of the action unreasonable (*M. (K.) v. M. (H.)*, at pp. 76-77, citing *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, at pp. 239-40).

[273] The majority finds that the Métis cannot have acquiesced because of their marginalized position in society and the government's role in bringing about that marginalization. They further find that the government did not alter its position in reasonable reliance on the *status quo*, nor would disturbing the current situation give rise to an injustice. Finally, they conclude that given the constitutional aspect of the Métis' claim, it would be inappropriate in any event to apply the doctrine of laches.

[274] Respectfully, I cannot agree. The Métis have knowingly delayed their claim by over a hundred years and in so doing have acquiesced to the circumstances and invited the government to rely on that, rendering the prosecution of this action unreasonable. As a result, their claim cannot succeed because it is barred by both branches of the doctrine of laches.

(1) Decisions of the Courts Below

[275] The trial judge held that the doctrine of laches acted as a defence to all of the Métis claims. He found that those entitled to benefits under ss. 31 and 32 of the *Manitoba Act* were, at the material time, aware of their rights under the Act and of their right to sue if they so wished. The trial judge held that there was "grossly unreasonable delay" in bringing this action in respect of those rights and the breaches that the Métis now claimed (para. 454). The majority have identified no palpable and overriding error with this conclusion.

[276] There is some irony in the majority in this Court crafting its approach around the government's delay and at the same time excusing the Métis' delay in bringing their action for over 100 years.

pour celui qui engendre une situation où le recours devient déraisonnable (*M. (K.) c. M. (H.)*, p. 76-77, citant *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, p. 239-240).

[273] Pour les juges majoritaires, les Métis n'ont pu acquiescer à la situation étant donné leur marginalisation sociale et le rôle du gouvernement dans celle-ci. Ils concluent également que le gouvernement n'a pas modifié sa position parce qu'il croyait raisonnablement que les Métis avaient accepté le statu quo ou que la modification de celui-ci aurait entraîné une injustice. Enfin, ils estiment que, de toute manière, le volet constitutionnel de la demande des Métis s'oppose à l'application de la doctrine des *laches*.

[274] Je ne puis me rallier à leur opinion. Les Métis ont, en connaissance de cause, attendu plus d'un siècle pour s'adresser aux tribunaux. Ils ont de ce fait accepté la situation et permis au gouvernement de tenir leur acquiescement pour acquis, d'une part, de sorte que le recours est déraisonnable, d'autre part. Il s'ensuit que leur demande est irrecevable au regard des deux volets de la doctrine des *laches*.

(1) Décisions des juridictions inférieures

[275] Selon le juge de première instance, la doctrine des *laches* pouvait être opposée à toutes les prétentions des Métis. Il estime que, à l'époque considérée, les bénéficiaires de l'application des art. 31 et 32 de la *Loi sur le Manitoba* connaissaient les droits que leur conférait cette loi et savaient qu'ils pouvaient s'adresser aux tribunaux pour les faire respecter. Il conclut que les Métis ont [TRADUCTION] « tardé de manière totalement déraisonnable » à faire valoir ces droits et à dénoncer les manquements à ceux-ci (par. 454). Les juges majoritaires ne relèvent pas d'erreur manifeste et dominante dans cette conclusion.

[276] Il est quelque peu ironique que mes collègues déplorent le retard du gouvernement et excuse celui des Métis — de plus d'un siècle — à saisir les tribunaux.

[277] The trial judge observed that there was no evidence to explain the delay in making the claim. The only explanations offered came from counsel for the Métis and none of them provided “a justifiable explanation at law for those entitled under s. 31 and s. 32, whether individually or collectively, to have sat on their rights as they did until 1981” (para. 457). Nor, in the trial judge’s view, did this delay in the exercise of their rights square with the evidence of Métis individuals and the larger community pursuing legal remedies throughout the 1890s for other claims arising from the *Manitoba Act*. The trial judge held that this amounted to acquiescence in law. Both Canada and Manitoba were prejudiced by the claim not being advanced in a timely fashion due to the incomplete nature of the evidence that was available at trial.

[278] The Court of Appeal concluded that laches “may be applied to claims seeking declaratory relief whether declaratory judgments are viewed as equitable in nature or *sui generis*” (para. 342). The Court of Appeal then considered whether laches can operate to bar constitutional claims. It concluded that, while laches cannot be applied to claims based on the division of powers, the claims advanced by the Métis were not of that type. The Court of Appeal decided that it was unnecessary to determine whether laches could be applied to the types of constitutional claims advanced by the Métis because it determined that those claims were moot.

(2) Acquiescence

[279] My colleagues suggest, at para. 149, that no one can acquiesce where the law has changed, since it is “unrealistic” to expect someone to have enforced their claim before the courts were prepared to recognize those rights. With respect, this conclusion is at odds with the common law approach to changes in the law. While there is no doubt that the law on Crown duties to Aboriginal people has evolved since the 1870s, defences of general application, including laches, have always applied to claimants despite such changes in the

[277] Le juge de première instance fait observer qu’aucun élément de preuve n’explique le caractère tardif du recours en justice. Les seules explications fournies sont celles des avocats des Métis, et aucune [TRADUCTION] « ne justifie légalement que les bénéficiaires des droits conférés aux art. 31 et 32 n’aient rien entrepris avant 1981, individuellement ou collectivement, pour les faire valoir » (par. 457). Sans compter que ce retard ne cadre pas avec la preuve selon laquelle des recours ont été exercés par les Métis, individuellement ou collectivement, au cours des années 1890, pour faire valoir d’autres droits découlant de la *Loi sur le Manitoba*. Le juge de première instance conclut donc à l’acquiescement. La présentation tardive de la demande inflige un préjudice au Canada et au Manitoba à cause du caractère incomplet de la preuve susceptible d’être présentée au procès.

[278] La Cour d’appel arrive à la conclusion que la doctrine des *laches* [TRADUCTION] « peut s’appliquer à la demande de jugement déclaratoire, que ce dernier soit considéré comme une réparation en equity ou *sui generis* » (par. 342). Elle examine ensuite si la doctrine est opposable à une demande constitutionnelle, pour conclure qu’elle ne peut faire obstacle à une demande fondée sur le partage des pouvoirs, mais que la demande des Métis n’est pas de cette nature. Elle juge cependant inutile d’examiner si la doctrine peut valoir à l’encontre de la demande de nature constitutionnelle des Métis, car celle-ci est devenue théorique.

(2) Acquiescement

[279] Mes collègues donnent à entendre au par. 149 qu’il ne saurait y avoir acquiescement lorsque le droit a évolué, car il serait « irréaliste » d’exiger d’une personne qu’elle ait fait valoir ses droits avant que les tribunaux n’aient été disposés à les reconnaître. Malgré le respect que je leur porte, cette conclusion va à l’encontre de l’approche de common law en matière d’évolution du droit. Certes, le droit relatif aux obligations de la Couronne vis-à-vis des peuples autochtones a évolué depuis 1870, mais les moyens de défense

law (*In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, 2005 UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680, at para. 26). The applicability of general defences like limitations periods to evolving areas of the law was also recognized by this Court in *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, at para. 101. My colleagues' approach to acquiescence is a significant change in the law of laches in Canada with potentially significant repercussions.

[280] Turning to the specific requirements for the application of acquiescence, I agree with my colleagues that it depends on knowledge, capacity and freedom (*Halsbury's Laws of England* (4th ed. 2003), vol. 16(2), at para. 912). In my view, all three were present on the facts of this case.

[281] Justice La Forest, in *M. (K.) v. M. (H.)*, described the required level of knowledge to apply laches:

... an important aspect of the concept is the plaintiff's knowledge of her rights. It is not enough that the plaintiff knows of the facts that support a claim in equity; she must also know that the facts give rise to that claim: *Re Howlett*, [1949] Ch. 767. However, this Court has held that knowledge of one's claim is to be measured by an objective standard; see *Taylor v. Wallbridge* (1879), 2 S.C.R. 616, at p. 670. In other words, the question is whether it is reasonable for a plaintiff to be ignorant of her legal rights given her knowledge of the underlying facts relevant to a possible legal claim. [Emphasis deleted; pp. 78-79.]

[282] Given the trial judge's findings, the Métis had this required knowledge in the 1870s. This conclusion amounts to a finding of fact and cannot be set aside absent palpable and overriding error. The majority has not identified any such error.

d'application générale, dont la doctrine des *laches*, ont toujours continué de valoir malgré les changements apportés au droit (*In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, 2005 UKHL 41, [2005] 2 A.C. 680, par. 26). Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 101, notre Cour reconnaît l'applicabilité des moyens de défense généraux, telle la prescription, dans les domaines du droit en mutation. La conception que se font mes collègues de l'acquiescement emporte une réforme importante de la doctrine des *laches* au Canada qui pourrait avoir de grandes répercussions.

[280] En ce qui concerne précisément les conditions d'application de l'acquiescement, je conviens avec mes collègues qu'il s'agit de la connaissance, de la capacité et de la liberté (*Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 2003), vol. 16(2), par. 912). À mon avis, les trois conditions sont remplies au vu des faits de l'espèce.

[281] Dans *M. (K.) c. M. (H.)*, le juge La Forest décrit le degré de connaissance exigé pour que s'applique la doctrine des *laches* :

... un aspect important du concept [des *laches*] est la connaissance que la partie demanderesse a de ses droits. Il ne suffit pas qu'elle connaisse les faits qui justifient une réclamation en *equity*; encore faut-il qu'elle sache que lesdits faits donnent naissance à cette réclamation: *Re Howlett*, [1949] Ch. 767. Toutefois, notre Cour a statué que la connaissance de l'existence d'une réclamation doit être évaluée en fonction d'une norme objective; voir l'arrêt *Taylor c. Wallbridge* (1879), 2 R.C.S. 616, à la p. 670. En d'autres termes, il s'agit de déterminer s'il est raisonnable qu'une partie demanderesse ignore ses droits lorsqu'elle connaît les faits sous-jacents qui peuvent donner lieu à un recours en justice. [Soulignement omis; p. 78-79.]

[282] Compte tenu des conclusions du juge de première instance, dans les années 1870, les Métis avaient la connaissance requise, ce qui constitue une conclusion de fait qu'on ne peut écarter que si elle est entachée d'une erreur manifeste et dominante. Les juges majoritaires ne relèvent pas une telle erreur.

[283] Instead of confronting this conclusion on knowledge, my colleagues conclude that the Métis could not acquiesce for three reasons: (1) historical injustices suffered by the Métis; (2) the imbalance in power that followed Crown sovereignty; and (3) the negative consequences following delays in allocating the land grants. I cannot agree with these conclusions.

(a) *Historical Injustices*

[284] The main historical injustice discussed by the majority is the very issue of this case: delay in making the land grants. They conclude that the Métis did not receive the benefit that was intended by the land grants, and they imply that this was a cause of the Métis' subsequent marginalization. They suggest that, because laches is an equitable construct, the conscionability of both parties must be considered. While this is no doubt true, they then rely on the facts of the claim to conclude that equity does not permit the government to benefit from a laches defence. Effectively, they conclude that the very wrong that it is alleged the government committed resulted in a level of unconscionability that means they cannot access the defence of laches. With respect, this cannot be so. Laches is always invoked as a defence by a party alleged to have, in some way, wronged the plaintiff. If assessing conscionability is reduced to determining if the plaintiff has proven his or her allegations against the defendant, the defence of laches is rendered illusory.

(b) *Imbalance in Power Following Crown Sovereignty*

[285] The evidence is not such that any imbalance in power between the Métis and the government was enough to undermine the knowledge, capacity and freedom of the Métis to the extent required to prevent a finding of acquiescence.

[283] Au lieu de s'en prendre à cette conclusion relative à la connaissance, mes collègues affirment qu'il n'a pu y avoir acquiescement pour trois raisons : (1) les injustices subies par les Métis dans le passé, (2) l'inégalité du rapport de force après la proclamation de la souveraineté de la Couronne et (3) les conséquences négatives des retards dans l'attribution des terres. Je ne puis faire mienne leur opinion.

a) *Les injustices passées*

[284] La principale injustice historique relevée correspond à l'objet même du litige, à savoir le retard à concéder les terres. Mes collègues concluent que les Métis n'ont pas obtenu l'avantage censé découler de la concession de terres et ils laissent entendre que c'est là l'une des causes de leur marginalisation subséquente. Selon eux, puisque la doctrine des *laches* relève de l'équité, il faut s'interroger sur le caractère équitable du comportement de chacune des deux parties, ce en quoi ils ont indiscutablement raison. Toutefois, ils se fondent ensuite sur les faits allégués dans la demande pour conclure que l'équité ne permet pas à l'État de bénéficier en défense de la doctrine des *laches*. Ils concluent en effet que le tort même reproché à l'État revêt un caractère inéquitable tel qu'il fait obstacle à l'application de la doctrine. Il ne peut en être ainsi selon moi. Cette doctrine est toujours invoquée en défense par la partie qui aurait lésé l'autre de quelque manière. Si se prononcer sur le caractère équitable des actes du défendeur revient seulement à se demander si le demandeur a prouvé ses allégations, le moyen de défense offert par la doctrine devient illusoire.

b) *Inégalité du rapport de force après la proclamation de la souveraineté de la Couronne*

[285] La preuve ne révèle pas une inégalité du rapport de force entre les parties qui soit de nature à saper la connaissance, la capacité et la liberté des Métis de telle sorte qu'on ne puisse conclure à l'acquiescement de ces derniers.

[286] At the start of the relevant time period, the Métis were a political and military force to be reckoned with. The majority notes, at para. 23 that “[t]he Métis were the dominant demographic group in the Settlement, comprising around 85 percent of the population, and held leadership positions in business, church and government.” They also note that

[w]hen the *Manitoba Act* was passed, the Métis dominated the Red River provisional government, and controlled a significant military force. Canada had good reason to take the steps necessary to secure peace between the Métis and the settlers. [para. 93]

[287] Furthermore, while the power and influence of the Métis declined in the following years, there is no evidence that the Métis reached a point where the imbalance in power was so great that they lost the knowledge, capacity or freedom required to acquiesce. Indeed, throughout the 1890s, applications were brought to the courts regarding disputes over individual allotments governed by s. 31. The Attorney General of Manitoba cites three examples of such litigation: *Barber v. Proudfoot*, [1890-91] 1 W.L.T.R. 144 (Man. Q.B. *en banc*) (a Métis individual sought to have a sale set aside), *Hardy v. Desjarlais* (1892), 8 Man. R. 550 (Q.B.) (the deed of sale was executed prior to the court order approving it, the money was not paid into court until the land was sold at a higher price), and *Robinson v. Sutherland* (1893), 9 Man. R. 199 (Q.B.) (a Métis minor alleged that her father forced her to sell her land contrary to the wishes of her husband). This litigation demonstrates that individual Métis had knowledge of their rights under s. 31 during this time period and had knowledge that they could apply to court in order to enforce their rights.

[288] While the power of the Métis had declined by the 1890s, there is no evidence that this prevented them from organizing in such a way as to avail themselves of the courts when they felt their rights were being threatened. Throughout the 1890s

[286] Au début de la période considérée, les Métis représentaient une force politique et militaire avec laquelle il fallait compter. Les juges majoritaires signalent d’ailleurs au par. 23 que « [I]es Métis étaient le groupe démographique le plus important de la colonie, représentant environ 85 pour 100 de la population, et ils occupaient des postes de direction dans les entreprises, de même qu’au sein de l’Église et du gouvernement. » Ils ajoutent plus loin :

Lorsque la *Loi sur le Manitoba* a été adoptée, les Métis dominaient le gouvernement provisoire de la rivière Rouge, et ils contrôlaient une force militaire d’importance. Le Canada avait de bonnes raisons de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la paix entre les Métis et les colons. [par. 93]

[287] En outre, bien que le pouvoir et l’influence des Métis aient décliné par la suite, aucun élément de la preuve n’indique que l’inégalité du rapport de force ait été telle qu’ils n’aient plus eu la connaissance, la capacité ou la liberté nécessaires à l’acquiescement. De fait, tout au long de la décennie 1890, les tribunaux ont été saisis de recours individuels relativement aux terres concédées sous le régime de l’art. 31. Le procureur général du Manitoba cite trois affaires : *Barber c. Proudfoot*, [1890-91] 1 W.L.T.R. 144 (B.R. Man. *in banco*) (action en annulation de vente intentée par un Métis), *Hardy c. Desjarlais* (1892), 8 Man. R. 550 (B.R.) (l’acte de vente avait été signé avant son approbation par le tribunal, les fonds n’avaient été consignés au greffe qu’une fois la terre vendue à un prix supérieur) et *Robinson c. Sutherland* (1893), 9 Man. R. 199 (B.R.) (une Métisse mineure alléguait que son père l’avait obligée à vendre sa terre alors que son mari s’y opposait). Il appert de ces litiges que des Métis connaissaient alors leurs droits suivant l’art. 31 et qu’ils n’étaient pas sans savoir qu’ils pouvaient s’adresser aux tribunaux pour les faire respecter.

[288] Même si leur influence avait décliné au cours de la décennie ayant précédé l’année 1890, aucun élément n’indique que les Métis n’ont pu de ce fait trouver un moyen de s’adresser aux tribunaux lorsqu’ils estimaient leurs droits menacés. Pendant

Métis individuals were involved in a series of cases related to the “Manitoba Schools Question”.

[289] Catholic members of the Métis community collectively appealed to the courts regarding legislation involving denominational schools and twice pursued these issues all the way to the Judicial Committee of the Privy Council (*City of Winnipeg v. Barrett*, [1892] A.C. 445; and *Brophy v. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202). As these cases were not successful, Archbishop Taché organized a petition, which contained 4,267 signatures, that was submitted to the Governor General. This led to a reference to this Court and a subsequent appeal to the Privy Council.

[290] From this evidence the trial judge inferred “that many of the 4,267 signatories [to the petition] would have been Métis” and that it was “clear that those members of the community including their leadership certainly were alive to [their] rights . . . and of the remedies they had in the event of an occurrence which they considered to be a breach” (para. 435). My colleagues reject the second inference drawn by the trial judge, again without identifying any palpable and overriding error, stating that the actions of a larger community do not provide evidence of the Métis’ ability to seek a declaration based on the honour of the Crown (para. 148). I cannot accept that conclusion. In my view, the evidence demonstrates that, when the rights of the Métis under the *Manitoba Act* were infringed by government action, the Métis were well aware of and able to access the courts for remedies.

[291] The trial judge did not conclude that Archbishop Taché and Father Ritchot were Métis; he merely noted that they were leaders of a group that included some Métis and that group had accessed the courts to enforce rights contained in the *Manitoba Act*. This conclusion did not demonstrate any palpable and overriding error. It was reasonable for the trial judge to infer that by signing the petition and being aware of the litigation on denominational schools individual Métis had the

toute la décennie 1890, des Métis ont été parties à la série d’affaires relative à la « question des écoles du Manitoba ».

[289] Des Métis catholiques ont collectivement contesté devant les tribunaux — s’adressant même deux fois au Comité judiciaire du Conseil privé — les dispositions relatives aux écoles confessionnelles (*City of Winnipeg c. Barrett*, [1892] A.C. 445; et *Brophy c. Attorney-General of Manitoba*, [1895] A.C. 202). Ils ont été déboutés. L’archevêque Taché a alors lancé une pétition à laquelle 4 267 signatures ont été apposées et qui a été remise au gouverneur général. Il en a résulté un renvoi devant notre Cour, suivi d’un appel au Conseil privé.

[290] Le juge de première instance infère de ces éléments de preuve que [TRADUCTION] « bon nombre des 4 267 signataires [de la pétition] devaient être des Métis » et qu’il était « clair que ces membres de la collectivité, y compris ses dirigeants, étaient certainement conscients [de leurs] droits [. . .] et des recours qu’ils pouvaient exercer s’ils estimaient que ces droits étaient bafoués » (par. 435). Mes collègues rejettent la seconde inférence — sans invoquer, cette fois non plus, d’erreur manifeste et dominante — au motif que les actes de la collectivité dans son ensemble renseignent peu sur la capacité des Métis à demander un jugement déclaratoire fondé sur l’honneur de la Couronne (par. 148). Je ne puis me ranger à cet avis. Il appert selon moi de la preuve que, lorsqu’une mesure gouvernementale portait atteinte à leurs droits suivant la *Loi sur le Manitoba*, les Métis étaient au fait des recours judiciaires dont ils disposaient et en mesure de les exercer.

[291] Le juge de première instance ne conclut pas que l’archevêque Taché et le père Ritchot étaient Métis. Il fait seulement observer qu’ils étaient à la tête d’un groupe qui comprenait des Métis et qui s’était adressé aux tribunaux pour faire respecter des droits reconnus par la *Loi sur le Manitoba*. On ne saurait voir d’erreur manifeste et dominante dans cette conclusion. Le juge pouvait raisonnablement inférer que des Métis, du fait qu’ils avaient signé la pétition et qu’ils étaient au courant du recours

knowledge required under the test described by La Forest J. in *M. (K.) v. M. (H.)*. Both the cases of individual claims under the Manitoba legislation and the cases about the denominational schools show that members of the Métis community had the capacity and freedom to pursue litigation when they saw their rights being affected. In respect of any delay in making land grants, they chose not to do anything until 100 years later. As a result, the Métis acquiesced and laches should be imputed against them.

(c) *Negative Consequences Created by Delays in Allocating the Land Grants*

[292] The reasons of the majority suggest that the fact that there was delay in distributing the land is sufficient to lead to the conclusion that the Métis were rendered so vulnerable as to be unable to acquiesce. In my view, this conclusion is untenable as a matter of law. It suggests that no party that suffered injury could ever acquiesce and thus renders the first part of the laches test meaningless. While laches requires consideration of whether the plaintiff had the capacity to bring a claim, this has never been extended to except from laches all who are vulnerable. Laches is imputed against vulnerable people just as limitations periods are applied against them. These doctrines cannot fulfill their purposes if they are not universally applicable.

[293] Moreover, I do not accept the implication that the marginalization of the Métis was caused by delays in the distribution of the land grants. As noted above, the Métis community was under pressure for a number of reasons during the 1870s and 1880s. To suggest, as my colleagues do, that delays in the land grants caused the vulnerability of the Métis is to make an inference that was not made by the trial judge and is not supported by the record.

[294] In my view, the trial judge was correct in finding that the Métis had acquiesced and that laches could be imputed against them on that basis.

relatif aux écoles confessionnelles, satisfaisaient au critère de la connaissance énoncé par le juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*. Il appert tant des recours individuels intentés sur le fondement de dispositions manitobaines que des affaires relatives aux écoles confessionnelles que les membres de la collectivité métisse avaient la capacité et la liberté d'agir en justice s'ils s'estimaient lésés dans leurs droits. Pour ce qui est de tout retard accusé dans la concession des terres, ils ont décidé de ne rien faire pendant 100 ans, acquiesçant ainsi à la situation, de sorte que la doctrine des *laches* leur est opposable.

c) *Conséquences négatives du retard dans l'attribution des terres*

[292] Selon les juges majoritaires, le retard accusé dans la distribution des terres a suffi à rendre les Métis vulnérables au point qu'ils ne puissent acquiescer à la situation. Cette conclusion ne résiste pas à l'analyse juridique. Elle sous-entend que la partie qui a subi un préjudice ne peut jamais acquiescer, de sorte que le premier volet de la doctrine des *laches* n'a plus de raison d'être. Bien que celle-ci exige que l'on détermine si le demandeur pouvait exercer un recours, cette exigence n'a jamais eu une portée telle que la doctrine devienne inopposable à toute personne vulnérable. Comme la prescription, la doctrine des *laches* est opposable aux personnes vulnérables. L'une et l'autre ne peuvent remplir leur fonction que si elles ont une application universelle.

[293] Je ne puis non plus convenir que les retards accusés dans la distribution des terres ont entraîné la marginalisation des Métis. Rappelons que la collectivité métisse a connu des difficultés pour diverses raisons au cours des années 1870 et 1880. Attribuer sa vulnérabilité aux retards à concéder les terres revient à tirer une inférence que ne tire pas le juge de première instance et qui n'est pas étayée par la preuve.

[294] À mon avis, le juge de première instance a raison de conclure à l'acquiescement des Métis et à la recevabilité du moyen de défense fondé sur la doctrine des *laches*.

(3) Circumstances That Make the Prosecution Unreasonable

[295] Though my conclusion on acquiescence would be sufficient to result in imputing laches against the Métis, I am also of the view that the Métis' delay resulted in circumstances that make the prosecution of their claim unreasonable.

[296] The majority finds that the delay did not result in circumstances that make prosecution of the claim unreasonable since they do not find that the government reasonably relied on the Métis' acceptance of the *status quo*. I cannot agree. The delay in commencing this suit was some 100 years. This delay has resulted in an incomplete evidentiary record. The unexplained delays that my colleagues refer to as evidence for the Crown acting dishonourably may well have been accounted for had the claim been brought promptly. The effect of this extraordinary delay on the evidentiary record, in a case dependent on establishing the actions of Crown officials over 100 years ago, constitutes circumstances that would make the prosecution unreasonable.

[297] Moreover, we cannot know whether, if the claims had been brought at the time, the government might have been able to reallocate resources to allow the grants to be made faster or to take other steps to satisfy the Métis community. It cannot be said that the government did not alter or refrain from altering its position in reliance on the failure of the Métis to bring a claim in a timely manner.

(4) Laches Applies to Equitable Claims Against the Crown

[298] The doctrine of laches can be used by all parties, including the Crown, to defend against equitable claims that have not been brought in a sufficiently timely manner. In *Wewaykum*, this Court considered the application of laches to an Aboriginal claim against the Crown and concluded

(3) Circonstances rendant la poursuite déraisonnable

[295] Bien que ma conclusion relative à l'acquiescement suffise pour opposer aux Métis la doctrine des *laches*, j'estime en outre que le caractère tardif de leur demande crée des circonstances qui rendent leur poursuite déraisonnable.

[296] Les juges majoritaires concluent que le caractère tardif de la poursuite ne crée pas de circonstances qui la rendent déraisonnable car, selon eux, le gouvernement n'a pu raisonnablement croire à l'acceptation du statu quo par les Métis. Je ne puis partager cet avis. Une centaine d'années se sont écoulées avant que l'action ne soit intentée, ce qui se traduit par une preuve incomplète. Les retards inexpliqués qui, selon mes collègues, attestent le caractère déshonorable des actes de la Couronne auraient fort bien pu être expliqués si l'action avait été intentée avec diligence. L'effet sur la preuve d'un retard à agir aussi considérable, dans une affaire dont l'issue dépend des actes accomplis par des représentants de l'État il y a plus de 100 ans, constitue une circonstance qui rend la poursuite déraisonnable.

[297] De plus, nous ne saurons jamais si le gouvernement aurait pu, dans l'hypothèse où le recours aurait été exercé à l'époque, réaffecter ses ressources pour accélérer le processus de concession ou prendre d'autres mesures afin de donner satisfaction à la collectivité métisse. On ne saurait affirmer que le gouvernement n'a pas modifié sa position ou qu'il s'est abstenu de le faire parce que les Métis ont omis d'exercer un recours en temps opportun.

(4) Application de la doctrine des laches aux demandes en equity présentées contre la Couronne

[298] Toute partie, y compris la Couronne, peut invoquer la doctrine des *laches* à l'encontre de la demande en equity qui n'est pas présentée à temps. Dans *Wewaykum*, notre Cour se penche sur l'applicabilité de la doctrine à une demande des Autochtones dirigée contre la Couronne. Elle

that laches could act to bar a claim for breach of fiduciary duty. The delay at issue in that case was at least 45 years. The Court in *Wewaykum*, at para. 110, stated that

[t]he doctrine of laches is applicable to bar the claims of an Indian band in appropriate circumstances: *L'Hirondelle v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 193; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), at p. 447 (aff'd on other grounds (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 570); *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). There are also dicta in two decisions of this Court considering, without rejecting, arguments that laches may bar claims to aboriginal title: *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at p. 570; *Guerin, supra*, at p. 390.

[299] As discussed above in relation to limitations periods, the application of the defence of laches to the Crown is beneficial for the legal system and society generally. The rationales that justify the application of laches for private litigants apply equally to the Crown.

(5) Laches Applies to Claims Under Honour of the Crown

[300] The majority concludes that claims for a declaration that a provision of the Constitution was not fulfilled as required by the honour of the Crown ought never to be subject to laches. This is a broad and sweeping declaration, especially considering the conclusion of this Court in *Wewaykum* that breaches of the fiduciary duty could be subject to laches. A fiduciary duty is one duty derived from the honour of the Crown. It is fundamentally inconsistent to permit certain claims (e.g. those based on “solemn obligations” contained in Constitutional documents) derived from the honour of the Crown to escape the imputation of laches while other claims (e.g. those based on the more well-established and narrowly defined fiduciary obligation) are not given such a wide berth. Moreover, this holding will encourage litigants to reframe claims in order to bring themselves within the scope of this new, more

conclut que la doctrine peut être opposée à l'action fondée sur le manquement à l'obligation fiduciaire. Dans cette affaire où le retard était d'au moins 45 ans, la Cour dit ce qui suit au par. 110 :

Dans des circonstances appropriées, la [doctrine des *laches*] peut être invoquée à l'encontre de réclamations présentées par des bandes indiennes : *L'Hirondelle c. The King* (1916), 16 R.C. de l'É. 193; *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), p. 447 (conf. pour d'autres motifs par (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 570); *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). On trouve également des affirmations à ce sujet dans deux arrêts de notre Cour, où celle-ci a examiné, sans les rejeter, des arguments portant que la [doctrine] peut faire obstacle à la revendication du titre aborigène : *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 570; *Guerin*, précité, p. 390.

[299] Comme je le dis précédemment du délai de prescription, le moyen de défense fondé sur la doctrine des *laches* s'applique dans l'intérêt du système de justice et de la société en général. La raison d'être de ce moyen vaut autant pour le litige qui oppose des parties privées que pour celui auquel est partie la Couronne.

(5) Application de la doctrine des laches aux demandes fondées sur l'honneur de la Couronne

[300] Les juges majoritaires concluent que la doctrine des *laches* ne saurait être opposable à la demande qui vise l'obtention d'un jugement selon lequel une disposition de la Constitution n'a pas été exécutée conformément à l'honneur de la Couronne. C'est s'avancer beaucoup, surtout que, dans *Wewaykum*, notre Cour conclut que la doctrine peut être invoquée à l'encontre d'une allégation de manquement à l'obligation fiduciaire; or, l'obligation fiduciaire découle de l'honneur de la Couronne. Il est foncièrement illogique de permettre que certaines demandes prenant appui sur l'honneur de la Couronne (p. ex. celles fondées sur un « engagement solennel » contenu dans un document constitutionnel) et pas d'autres (p. ex. celles fondées sur la notion, mieux établie et plus strictement définie, d'obligation fiduciaire) échappent à l'application de la doctrine des *laches*. Sans

generous exception to the doctrine of laches, which — particularly in light of the ambiguities associated with the new duty — creates uncertainty in the law.

[301] My colleagues rely on the holding in *Ontario Hydro v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1993] 3 S.C.R. 327, to support their position. In my view, reference to that case is inapposite. Division of powers claims, such as the one considered in *Ontario Hydro*, are based on ongoing legal boundaries between federal and provincial jurisdiction. This claim based on the honour of the Crown is grounded in factual circumstances that occurred over 100 years ago. Just as *Kingstreet* and *Ravndahl* distinguish claims based on factual circumstances from those based on ongoing statutory issues in the context of limitations statutes, so too should this case be distinguished from *Ontario Hydro*.

(6) Conclusion on Laches

[302] In my view, both branches of laches are satisfied. The Crown is entitled to the benefit of this equitable defence generally and specifically in relation to claims arising from the honour of the Crown in implementing constitutional provisions. As La Forest J. stated in *M. (K.) v. M. (H.)*, at p. 78, “[u]ltimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties”. Both the Métis and the government are entitled to justice. As a matter of justice, laches applies and precludes granting the equitable remedy sought here.

IV. Conclusion

[303] I would dismiss the appeal with costs.

compter que cela incitera les parties à formuler leurs demandes de façon à bénéficier de cette exception nouvelle et plus généreuse, ce qui, compte tenu notamment de l’ambiguïté de la nouvelle obligation, sera source d’incertitude juridique.

[301] Mes collègues citent à l’appui de leur position l’arrêt *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327, où la Cour se prononce sur le partage des pouvoirs. Ils le font à tort, selon moi, car la délimitation des compétences fédérales et provinciales confère à tout moment un droit d’action. La demande visée en l’espèce relève de l’honneur de la Couronne et s’origine de faits qui se sont produits il y a plus de 100 ans. Tout comme les arrêts *Kingstreet* et *Ravndahl* établissent une distinction entre les allégations ayant un fondement factuel et celles ayant pour assise une disposition législative dans le contexte de l’application d’un délai de prescription, les secondes étant à tout moment susceptibles d’être formulées, la présente affaire devrait être distinguée d’avec *Ontario Hydro*.

(6) Conclusion sur la doctrine des laches

[302] À mon avis, la doctrine peut être invoquée pour les deux motifs reconnus. La Couronne peut invoquer ce moyen de défense fondé sur l’équité dans toute instance et, plus particulièrement, lorsqu’on lui reproche d’avoir manqué à son honneur dans la mise en œuvre d’une disposition constitutionnelle. Comme le dit le juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*, p. 78, « [e]n fin de compte, [la question de l’application de la doctrine] doit être réglé[e] comme une question de justice entre les parties ». Tant les Métis que l’État ont droit à la justice et, au regard du droit, la doctrine des *laches* s’applique en l’espèce et fait obstacle au recours fondé sur l’équité.

IV. Conclusion

[303] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal allowed in part with costs throughout, ROTHSTEIN and MOLDAVER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Métis National Council: Métis National Council, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Métis Nation of Alberta: JTM Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Métis Nation of Ontario: Pape Salter Teillet, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Treaty One First Nations: Rath & Company, Priddis, Alberta.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Arvay Finlay, Vancouver; Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens devant toutes les cours, les juges ROTHSTEIN et MOLDAVER sont dissidents.

Procureurs des appelants : Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.

Procureur de l'intimé le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le Ralliement national des Métis : Ralliement national des Métis, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Métis Nation of Alberta : JTM Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Métis Nation of Ontario : Pape Salter Teillet, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante les Premières Nations du Traité n° 1 : Rath & Company, Priddis, Alberta.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Arvay Finlay, Vancouver; Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Hoang Anh Pham *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Canadian Association of Refugee Lawyers,
Criminal Lawyers' Association of Ontario,
British Columbia Civil Liberties Association,
Canadian Council for Refugees and
Canadian Civil Liberties
Association** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PHAM

2013 SCC 15

File No.: 34897.

Hearing and judgment: January 18, 2013.

Reasons delivered: March 14, 2013.

Present: LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Sentencing — Considerations — Collateral consequences of sentence — Accused sentenced to two years' imprisonment — Sentencing judge not made aware that sentence would result in loss of right to appeal removal order under Immigration and Refugee Protection Act — Court of Appeal refusing to vary sentence to two years less a day — What weight should be attributed to collateral consequences in sentencing? — Whether sentence can be varied by appellate court on basis that accused would face collateral consequences — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.1, 718.2.

The accused, a non-citizen, was convicted of two drug-related offences. In light of a joint submission by the Crown and defence counsel, the sentencing judge imposed a sentence of two years' imprisonment. Under

Hoang Anh Pham *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Association canadienne des avocats et
avocates en droit des réfugiés,
Criminal Lawyers' Association of Ontario,
Association des libertés civiles de la
Colombie-Britannique,
Conseil canadien pour les réfugiés et
Association canadienne des libertés
civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. PHAM

2013 CSC 15

N° du greffe : 34897.

Audition et jugement : 18 janvier 2013.

Motifs déposés : 14 mars 2013.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein,
Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Conséquences indirectes de la peine — Condamnation de l'accusé à deux ans d'emprisonnement — Omission d'informer le juge que par l'effet de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés cette peine entraînerait la perte du droit d'appel de l'ordonnance d'expulsion — Refus de la Cour d'appel de réduire la peine à deux ans moins un jour — Quel poids doit être accordé aux conséquences indirectes lors de la détermination de la peine? — Une peine peut-elle être modifiée par une cour d'appel au motif que l'accusé subirait des conséquences indirectes si cette peine lui était infligée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.1, 718.2.

L'accusé, un non-citoyen, a été déclaré coupable de deux infractions liées à la drogue. À la lumière d'observations conjointes présentées par le ministère public et par l'avocat de l'accusé, le juge chargé de

the *Immigration and Refugee Protection Act*, a non-citizen sentenced to a term of imprisonment of at least two years loses the right to appeal a removal order against him or her. In the present case, neither party had raised the issue of the collateral consequences of a two-year sentence on the accused's immigration status before the sentencing judge. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal and refused to vary the sentence.

Held: The appeal should be allowed and the sentence of imprisonment reduced to two years less a day.

A sentencing judge may exercise his or her discretion to take collateral immigration consequences into account, provided that the sentence ultimately imposed is proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. The significance of collateral immigration consequences will depend on the facts of the case. However, it remains that they are but one of the relevant factors that a sentencing judge may take into account in determining an appropriate sentence. Those consequences must not be allowed to skew the process either in favour of or against deportation. Further, it remains open to the sentencing judge to conclude that even a minimal reduction of a sentence would render it inappropriate in light of the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

An appellate court has the authority to vary a sentence if the sentencing judge was not aware of the collateral immigration consequences, or if counsel had failed to advise the judge on this issue. Where the matter was not raised before the sentencing judge and where the Crown does not give its consent to the appeal, some evidence should be adduced for consideration by the Court of Appeal. In the case at bar, the sentencing judge was unaware of the sentence's collateral immigration consequences and the Crown had conceded that sentence should be reduced by one day. It was wrong for the Court of Appeal to refuse the sentence reduction based solely on the fact that the accused had a prior criminal record or on its belief that the accused had abused the hospitality that had been afforded to him by Canada. It is therefore appropriate to grant the variation of the sentence from two years to two years less a day.

déterminer la peine a infligé une peine d'emprisonnement de deux ans. Selon la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, un non-citoyen condamné à un emprisonnement d'au moins deux ans perd le droit de faire appel d'une mesure d'expulsion dont il fait l'objet. En l'espèce, ni l'une ni l'autre des parties n'ont soulevé devant le juge qui a déterminé la peine la question des conséquences indirectes qu'aurait une peine d'emprisonnement de deux ans sur le statut d'immigrant de l'accusé. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel et refusé de modifier la peine.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la peine d'emprisonnement est réduite à deux ans moins un jour.

Le juge qui détermine la peine peut exercer son pouvoir discrétionnaire et tenir compte des conséquences indirectes en matière d'immigration, pourvu que la peine qui est infligée en définitive reste proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. L'importance des conséquences indirectes en matière d'immigration dépend des faits de chaque affaire. Toutefois, ces conséquences ne sont que l'un des divers facteurs pertinents que peut prendre en compte le juge pour déterminer la peine appropriée. Il ne faut pas permettre que ces conséquences aient pour effet de dénaturer le processus de détermination de la peine, et ce, que ce soit en faveur ou à l'encontre de l'expulsion. Qui plus est, il demeure loisible au juge de conclure que même une réduction minimale aurait pour effet de rendre la peine inappropriée eu égard à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

Les cours d'appel disposent du pouvoir de modifier une peine lorsque le juge chargé de déterminer la peine n'était pas au fait des conséquences indirectes en matière d'immigration ou que l'avocat a omis de l'informer à ce sujet. Si cette question n'a pas été soulevée devant le juge et que le ministère public refuse son consentement, des éléments de preuve devraient être présentés à la Cour d'appel pour examen. En l'espèce, le juge chargé de déterminer la peine n'était pas au fait des conséquences indirectes de la peine en matière d'immigration et le ministère public avait concédé que la peine d'emprisonnement devait être réduite d'un jour. La Cour d'appel a eu tort de refuser la réduction de peine d'un jour uniquement parce que l'accusé possède un casier judiciaire ou parce qu'elle estimait qu'il avait abusé de l'hospitalité du Canada. Il convient donc d'accorder la modification de peine demandée et de réduire celle-ci de deux ans à deux ans moins un jour.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Badhwar*, 2011 ONCA 266, 9 M.V.R. (6th) 163; *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. v. Guzman*, 2011 QCCA 136 (CanLII).

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 7(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718, 718.1, 718.2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 64.

Authors Cited

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto: Irwin Law, 2001.
 Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin, Watson and McDonald JJ.A.), 2012 ABCA 203, 288 C.C.C. (3d) 305, 533 A.R. 192, 557 W.A.C. 192, 11 Imm. L.R. (4th) 1, [2012] A.J. No. 672 (QL), 2012 CarswellAlta 1109, affirming a sentence imposed by Barley J. Appeal allowed.

Erika Chozik and Alias Sanders, for the appellant.

Ronald C. Reimer and Donna Spaner, for the respondent.

John Norris and Melinda Gayda, for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers.

P. Andras Schreck and Apple Newton-Smith, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Lorne Waldman, Clare Crummey and Tamara Morgenthau, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Badhwar*, 2011 ONCA 266, 9 M.V.R. (6th) 163; *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1; *R. c. Guzman*, 2011 QCCA 136, 84 C.R. (6th) 102.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718, 718.1, 718.2.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 7(1).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 64.

Doctrine et autres documents cités

Manson, Allan. *The Law of Sentencing*. Toronto : Irwin Law, 2001.
 Ruby, Clayton C., Gerald J. Chan and Nader R. Hasan. *Sentencing*, 8th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Martin, Watson et McDonald), 2012 ABCA 203, 288 C.C.C. (3d) 305, 533 A.R. 192, 557 W.A.C. 192, 11 Imm. L.R. (4th) 1, [2012] A.J. No. 672 (QL), 2012 CarswellAlta 1109, qui a confirmé la peine infligée par le juge Barley. Pourvoi accueilli.

Erika Chozik et Alias Sanders, pour l'appelant.

Ronald C. Reimer et Donna Spaner, pour l'intimé.

John Norris et Melinda Gayda, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

P. Andras Schreck et Apple Newton-Smith, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Lorne Waldman, Clare Crummey et Tamara Morgenthau, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Barbara Jackman and Carole Simone Dahan, for the intervener the Canadian Council for Refugees.

Matthew S. Estabrooks and D. Lynne Watt, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] The central issue in this appeal is whether a sentence otherwise falling within the range of fit sentences can be varied by an appellate court on the basis that the offender would face collateral consequences under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), s. 64, that were not taken into account by the sentencing judge.

[2] Since the Crown conceded that, had it been aware of the collateral consequences at the time of the sentencing hearing, it would have agreed to a sentence of two years less a day, this Court decided at the conclusion of oral argument to allow the appeal and reduce the sentence from two years to two years less a day. The following are the reasons for that decision.

II. Background

[3] Hoang Anh Pham was convicted on charges of producing marihuana and possessing it for the purpose of trafficking contrary to ss. 7(1) and 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. In light of a joint submission by the Crown and counsel for the appellant, the Provincial Court of Alberta imposed a sentence of two years’ imprisonment.

[4] Mr. Pham appealed the sentence, seeking to have it reduced by one day. He argued that the

Barbara Jackman et Carole Simone Dahan, pour l’intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Matthew S. Estabrooks et D. Lynne Watt, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] La question centrale dans le présent pourvoi consiste à se demander si une peine — qui figure par ailleurs dans la fourchette des peines justes et appropriées — peut être modifiée par une cour d’appel, pour le motif que les conséquences indirectes résultant de cette peine pour le délinquant, en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »), art. 64, n’ont pas été prises en compte par le juge chargé de la déterminer.

[2] Comme le ministère public a concédé que, s’il avait été au fait de ces conséquences indirectes lors de la détermination de la peine, il ne se serait pas opposé à une peine de deux ans moins un jour, notre Cour a décidé, au terme des plaidoiries, d’accueillir le pourvoi et de réduire de deux ans à deux ans moins un jour la peine d’emprisonnement infligée à l’appelant. Voici les motifs de cette décision.

II. Contexte factuel

[3] Hoang Anh Pham a été déclaré coupable de production et de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic, infractions prévues aux par. 7(1) et 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. À la lumière d’observations conjointes présentées par le ministère public et par l’avocat de l’appelant, la Cour provinciale de l’Alberta a infligé une peine d’emprisonnement de deux ans.

[4] M. Pham a interjeté appel contre cette peine, demandant qu’elle soit réduite d’un jour. Il a fait

sentencing judge was not aware of and, for this reason, did not consider the collateral consequences of a sentence of two years' imprisonment on his immigration status. Under the *IRPA*, a non-citizen sentenced in Canada to a term of imprisonment of at least two years loses the right to appeal a removal order against him or her. Considering that a sentence of two years less a day, like the imposed sentence of two years, remained within the range of appropriate sentences, the Crown conceded that the sentence should be reduced by one day. It must be noted that neither the appellant's counsel nor the Crown had raised these issues before the sentencing judge, who apparently was not aware of the collateral consequences.

[5] Despite the Crown's concession, the majority of the Court of Appeal of Alberta refused to vary the appellant's sentence by one day, holding that, in the circumstances, allowing the appeal from a sentence situated within the range of otherwise fit sentences would inappropriately undermine the provisions of the *IRPA* (2012 ABCA 203, 533 A.R. 192, at paras. 24-25). The dissenting judge would have allowed the variation, noting that, had the appellant's counsel been aware of the collateral consequences of a two-year sentence in this case, a joint submission for a sentence of two years less a day would have been agreed upon (para. 33).

III. Analysis

[6] Proportionality is a fundamental principle of sentencing. Section 718.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides that a sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

[7] LeBel J. explained proportionality as follows in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37:

valoir que le juge chargé de déterminer la peine n'était pas au fait des conséquences indirectes qu'aurait une peine d'emprisonnement de deux ans sur son statut d'immigrant et que, pour cette raison, il ne les avait pas prises en compte. Selon la *LIPR*, un non-citoyen condamné au Canada à un emprisonnement d'au moins deux ans perd le droit de faire appel d'une mesure d'expulsion dont il fait l'objet. Considérant que, tout comme la peine de deux ans qui avait été infligée, une peine de deux ans moins un jour respectait elle aussi la fourchette des peines appropriées, le ministère public a concédé que la peine devait être réduite d'un jour. Il convient de souligner que ni l'avocat de l'appellant ni le ministère public n'ont soulevé ces questions devant le juge qui a déterminé la peine et qui, apparemment, n'était pas au fait de ces conséquences indirectes.

[5] Malgré la concession du ministère public, les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont refusé de modifier d'un jour la peine infligée à l'appellant, concluant que, dans les circonstances, faire droit à l'appel d'une peine figurant dans la fourchette des peines par ailleurs justes entraverait indûment l'application des dispositions de la *LIPR* (2012 ABCA 203, 533 A.R. 192, par. 24-25). Pour sa part, le juge dissident aurait autorisé la modification demandée. Il a fait remarquer que, dans ce cas particulier, si l'avocat de l'appellant avait connu les conséquences indirectes d'une peine de deux ans d'emprisonnement en l'espèce, une peine de deux ans moins un jour aurait été proposée dans les observations conjointes (par. 33).

III. Analyse

[6] La proportionnalité constitue un principe fondamental de la détermination de la peine. Aux termes de l'art. 718.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

[7] Le juge LeBel a expliqué ainsi le principe de la proportionnalité dans *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 37 :

Proportionality is the *sine qua non* of a just sanction. First, the principle ensures that a sentence reflects the gravity of the offence. This is closely tied to the objective of denunciation. It promotes justice for victims and ensures public confidence in the justice system. . . . Second, the principle of proportionality ensures that a sentence does not exceed what is appropriate, given the moral blameworthiness of the offender. In this sense, the principle serves a limiting or restraining function and ensures justice for the offender. In the Canadian criminal justice system, a just sanction is one that reflects both perspectives on proportionality and does not elevate one at the expense of the other.

[8] In addition to proportionality, the principle of parity and the correctional imperative of sentence individualization also inform the sentencing process. This Court has repeatedly emphasized the value of individualization in sentencing: *Ipeelee*, at para. 39; *R. v. Wust*, 2000 SCC 18, [2000] 1 S.C.R. 455, at para. 21; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92. Consequently, in determining what a fit sentence is, the sentencing judge should take into account any relevant aggravating or mitigating circumstances (s. 718.2(a) of the *Criminal Code*), as well as objective and subjective factors related to the offender's personal circumstances.

[9] As a corollary to sentence individualization, the parity principle requires that a sentence be similar to those imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances (s. 718.2(b) of the *Criminal Code*). In other words, "if the personal circumstances of the offender are different, different sentences will be justified" (C. C. Ruby, G. J. Chan and N. R. Hasan, *Sentencing* (8th ed. 2012), at §2.41).

[10] Ultimately, the sentence that is imposed must be consistent with the fundamental purpose of sentencing, which is to contribute to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society. The sentence must have one or more of the objectives of denunciation, general and specific deterrence, separation of offenders from society

La proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste. Premièrement, la reconnaissance de ce principe garantit que la peine reflète la gravité de l'infraction et crée ainsi un lien étroit avec l'objectif de dénonciation. La proportionnalité favorise ainsi la justice envers les victimes et assure la confiance du public dans le système de justice. [. . .] Deuxièmement, le principe de proportionnalité garantit que la peine n'excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant. En ce sens, il joue un rôle restrictif et assure la justice de la peine envers le délinquant. En droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre.

[8] Outre la proportionnalité, le principe de la parité et l'impératif correctionnel de l'individualisation de la peine jouent aussi un rôle dans le processus de détermination de la peine. Notre Cour a maintes fois souligné la valeur accordée à l'individualisation de la peine : *Ipeelee*, par. 39; *R. c. Wust*, 2000 CSC 18, [2000] 1 R.C.S. 455, par. 21; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 92. En conséquence, lorsqu'il détermine quelle est la peine juste dans l'espèce dont il est saisi, le juge doit tenir compte des circonstances aggravantes ou atténuantes (al. 718.2a) du *Code criminel*), ainsi que des facteurs objectifs et subjectifs liés à la situation personnelle du délinquant.

[9] Corollairement à l'individualisation de la peine, le principe de la parité requiert l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables (al. 718.2b) du *Code criminel*). En d'autres mots, [TRADUCTION] « si la situation personnelle du délinquant est différente, l'infliction d'une peine différente sera justifiée » (C. C. Ruby, G. J. Chan et N. R. Hasan, *Sentencing* (8^e éd. 2012), §2.41).

[10] En définitive, la peine infligée doit être compatible avec l'objectif essentiel du prononcé des peines, à savoir contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre. La peine doit tendre à la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs suivants : la dénonciation, la dissuasion générale et individuelle, l'isolement, au

if need be, rehabilitation, reparations to victims for harm done to them, promotion of a sense of responsibility in offenders and acknowledgment of the harm done to victims and to the community (s. 718 of the *Criminal Code*).

[11] In light of these principles, the collateral consequences of a sentence are any consequences for the impact of the sentence on the particular offender. They may be taken into account in sentencing as personal circumstances of the offender. However, they are not, strictly speaking, aggravating or mitigating factors, since such factors are by definition related only to the gravity of the offence or to the degree of responsibility of the offender (s. 718.2(a) of the *Criminal Code*). Their relevance flows from the application of the principles of individualization and parity. The relevance of collateral consequences may also flow from the sentencing objective of assisting in rehabilitating offenders (s. 718(d) of the *Criminal Code*). Thus, when two possible sentences are both appropriate as regards the gravity of the offence and the responsibility of the offenders, the most suitable one may be the one that better contributes to the offender's rehabilitation.

[12] However, the weight to be given to collateral consequences varies from case to case and should be determined having regard to the type and seriousness of the offence. Professor Manson explains this as follows:

As a result of the commission of an offence, the offender may suffer physical, emotional, social, or financial consequences. While not punishment in the true sense of pains or burdens imposed by the state after a finding of guilt, they are often considered in mitigation. . . .

besoin, des délinquants du reste de la société, leur réinsertion sociale, la réparation des torts causés aux victimes, la prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité (art. 718 du *Code criminel*).

[11] À la lumière de ces principes, les conséquences indirectes découlant d'une peine s'entendent de tout effet qu'a celle-ci sur le délinquant concerné. Elles peuvent être prises en compte dans la détermination de la peine en tant que facteurs liés à la situation personnelle du délinquant. Cependant, ces conséquences ne constituent pas, à proprement parler, des facteurs atténuants ou aggravants, puisque, par définition, de tels facteurs se rattachent uniquement à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant (al. 718.2a) du *Code criminel*). Leur pertinence découle de l'application des principes d'individualisation et de parité. Les conséquences indirectes pourraient également être pertinentes à l'égard de l'objectif de la détermination de la peine qui consiste à favoriser la réinsertion sociale des délinquants (al. 718d) du *Code criminel*). En conséquence, lorsque deux peines sont appropriées eu égard à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, la peine qui convient le mieux pourrait être celle qui favorise le plus la réinsertion sociale de ce dernier.

[12] Toutefois, le poids devant être accordé aux conséquences indirectes varie d'une affaire à l'autre et il doit être déterminé en tenant compte de la nature de l'infraction et de sa gravité. Le professeur Manson a donné les explications suivantes à cet égard :

[TRADUCTION] Par suite de la perpétration d'une infraction, le délinquant peut subir des conséquences physiques, émotives, sociales ou financières. Bien que ces conséquences ne constituent pas vraiment des punitions au sens de peines ou de fardeaux imposés par l'État à la suite d'une déclaration de culpabilité, elles sont souvent prises en compte aux fins d'atténuation de la peine. . .

The mitigating effect of indirect consequences must be considered in relation both to future re-integration and to the nature of the offence. Burdens and hardships flowing from a conviction are relevant if they make the rehabilitative path harder to travel. Here, one can include loss of financial or social support. People lose jobs; families are disrupted; sources of assistance disappear. Notwithstanding a need for denunciation, indirect consequences which arise from stigmatization cannot be isolated from the sentencing matrix if they will have bearing on the offender's ability to live productively in the community. The mitigation will depend on weighing these obstacles against the degree of denunciation appropriate to the offence. [Emphasis added.]

(*The Law of Sentencing* (2001), at pp. 136-37)

[13] Therefore, collateral consequences related to immigration may be relevant in tailoring the sentence, but their significance depends on and has to be determined in accordance with the facts of the particular case.

[14] The general rule continues to be that a sentence must be fit having regard to the particular crime and the particular offender. In other words, a sentencing judge may exercise his or her discretion to take collateral immigration consequences into account, provided that the sentence that is ultimately imposed is proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

[15] The flexibility of our sentencing process should not be misused by imposing inappropriate and artificial sentences in order to avoid collateral consequences which may flow from a statutory scheme or from other legislation, thus circumventing Parliament's will.

[16] These consequences must not be allowed to dominate the exercise or skew the process either in favour of or against deportation. Moreover, it must not lead to a separate sentencing scheme with a *de*

L'effet atténuant des conséquences indirectes doit être examiné au regard de la réinsertion future du délinquant et de la nature de l'infraction. Les difficultés et fardeaux découlant d'une condamnation sont pertinents s'ils rendent plus ardu le chemin vers la réinsertion sociale. Parmi ces situations difficiles, mentionnons la perte de mesures de soutien financier ou social. En effet, les gens perdent leur emploi, les familles sont divisées, les sources d'aide se volatilisent. Malgré le besoin de dénonciation, les conséquences indirectes découlant de la stigmatisation ne peuvent être dissociées du processus de détermination de la peine si elles ont une incidence sur la capacité du délinquant de mener une vie productive dans la collectivité. L'atténuation de la peine dépendra de l'appréciation de ces obstacles par rapport au degré approprié de dénonciation requis par l'infraction. [Je souligne.]

(*The Law of Sentencing* (2001), p. 136-137)

[13] Pour ces raisons, les conséquences indirectes en matière d'immigration peuvent être pertinentes pour fixer adéquatement la peine, mais leur importance dépend des faits particuliers de chaque affaire et doit être déterminée en fonction de ceux-ci.

[14] La règle générale demeure : la peine doit être juste eu égard au crime commis et au délinquant concerné. Autrement dit, le juge qui détermine la peine peut exercer son pouvoir discrétionnaire et tenir compte des conséquences indirectes en matière d'immigration, pourvu que la peine qui est infligée en définitive reste proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

[15] La souplesse que permet notre processus de détermination de la peine ne doit pas donner lieu à l'infliction de peines inappropriées et artificielles dans le but d'éviter les conséquences indirectes susceptibles de découler d'un régime législatif ou autre texte de loi donné et, ainsi, d'éluder la volonté du législateur.

[16] Il ne faut pas permettre que ces conséquences dominant dans la détermination de la peine ou encore aient pour effet de dénaturer ce processus, et ce, que ce soit en faveur ou à l'encontre

facto if not a *de jure* special range of sentencing options where deportation is a risk.

[17] In *R. v. Badhwar*, 2011 ONCA 266, 9 M.V.R. (6th) 163, the offender was convicted of criminal negligence causing death while street racing and failure to stop at the scene of an accident. He was sentenced to 30 months (less 5 months for pre-trial custody) on the first count and 12 months consecutive on the second. On appeal, he did not seek a reduction of his global sentence of 37 months; rather, he asked the court to adjust his sentence to 23 months and 19 months consecutive in order to avoid the collateral consequences of a sentence of 24 months or more, namely the loss of his immigration appeal rights. I agree with Moldaver J.A. (as he then was), who, in refusing to grant the adjustment, wrote the following, at paras. 42-45:

In seeking to have his sentence adjusted, the appellant does not suggest that the trial judge erred in imposing a penitentiary sentence on the charge of criminal negligence causing death — nor could he. This court . . . upheld a 30 month sentence for [the offence of criminal negligence causing death while street racing] in respect of Mr. Multani (2010), 261 O.A.C. 107 (Ont. C.A.).

Significantly, in Multani’s case, the court refused to give effect to Mr. Multani’s submission that the sentence of 30 months should be reduced to 23 months for reasons relating to his immigration status. At para. 3 of the decision, the court noted that “while the deportation consequences of the sentence may be a proper factor to consider in determining the appropriate sentence in certain cases, immigration consequences cannot take a sentence out of the appropriate range.”

de l’expulsion. Qui plus est, elles ne doivent pas conduire à l’établissement d’un régime distinct de détermination de la peine qui serait assorti, dans les faits sinon en droit, d’une fourchette spéciale de décisions applicables dans les cas où l’expulsion constitue un risque.

[17] Dans l’arrêt *R. c. Badhwar*, 2011 ONCA 266, 9 M.V.R. (6th) 163, le délinquant a été déclaré coupable d’avoir causé la mort par négligence criminelle à l’occasion d’une course de rue et d’avoir omis d’arrêter lors d’un accident. Il a été condamné à une peine d’emprisonnement de 30 mois (réduite de 5 mois pour tenir compte de la période passée en détention avant le procès) pour le premier chef et à une peine d’emprisonnement de 12 mois, à purger consécutivement, pour le second. En appel, il n’a pas sollicité la réduction de sa peine globale de 37 mois; il a plutôt demandé que soient rajustées à 23 mois et 19 mois respectivement les peines qui lui avaient été infligées, lesquelles demeuraient à purger consécutivement, et ce, afin d’éviter les conséquences indirectes d’une peine de 24 mois et plus, à savoir la perte de ses droits d’appel en matière d’immigration. Je souscris aux propos qu’a formulés le juge d’appel Moldaver (maintenant juge de notre Cour) lorsqu’il a refusé d’accorder le rajustement demandé dans cette affaire, aux par. 42-45 :

[TRADUCTION] En demandant le rajustement de sa peine, l’appelant ne soutient pas que le juge du procès a fait erreur en infligeant une peine de pénitencier relativement à l’accusation d’avoir causé la mort par négligence criminelle — il ne le pouvait d’ailleurs pas. Notre cour [. . .] a confirmé la peine d’emprisonnement de 30 mois [pour l’infraction d’avoir causé la mort par négligence criminelle à l’occasion d’une course de rue] infligée à M. Multani (2010), 261 O.A.C. 107 (C.A. Ont.).

Fait important, dans cette affaire, la cour a refusé de retenir l’argument de M. Multani selon lequel la peine de 30 mois devait être réduite à 23 mois pour des raisons liées à son statut d’immigrant. Au par. 3 de sa décision, la cour a souligné que « bien que les conséquences de la peine à l’égard de l’expulsion puissent dans certains cas constituer un facteur à considérer dans la détermination de la peine à infliger, les conséquences en matière d’immigration ne sauraient avoir pour effet d’écarter une peine de la fourchette des peines appropriées ».

That principle applies equally to the appellant. In his case, somewhat ironically, he seeks to benefit from the fact that he was convicted of two offences and therefore can seek the adjustments he is requesting without interfering with the overall length of his sentence — something Mr. Multani could not do given that he was only convicted of the single offence of criminal negligence causing death.

No matter how one chooses to come at the issue, the bottom line remains the same. Courts ought not to be imposing inadequate or artificial sentences at all, let alone for the purpose of circumventing Parliament's will on matters of immigration.

[18] It follows that where a sentence is varied to avoid collateral consequences, the further the varied sentence is from the range of otherwise appropriate sentences, the less likely it is that it will remain proportionate to the gravity of the offence and the responsibility of the offender. Conversely, the closer the varied sentence is to the range of otherwise appropriate sentences, the more probable it is that the reduced sentence will remain proportionate, and thus reasonable and appropriate.

[19] I adopt the position asserted by Doherty J.A. in *R. v. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), at paras. 156 and 158:

... the risk of deportation cannot justify a sentence which is inconsistent with the fundamental purpose and the principles of sentencing identified in the *Criminal Code*. The sentencing process cannot be used to circumvent the provisions and policies of the *Immigration and Refugee Act*. As indicated above, however, there is seldom only one correct sentencing response. The risk of deportation can be a factor to be taken into consideration in choosing among the appropriate sentencing responses and tailoring the sentence to best fit the crime and the offender . . .

... If a trial judge were to decide that a sentence at or near two years was the appropriate sentence in all of the circumstances for [the offender], the trial judge could look at the deportation consequences for [the offender] of imposing a sentence of two years less a day

Ce principe s'applique tout autant au présent appellant. En l'espèce, celui-ci cherche, assez ironiquement, à profiter du fait qu'il a été déclaré coupable de deux infractions et qu'il peut donc demander les rajustements en question sans que cela influe sur la durée totale de sa peine — ce que M. Multani ne pouvait pas faire, puisqu'il avait été déclaré coupable d'une seule infraction, soit avoir causé la mort par négligence criminelle.

Quel que soit l'angle sous lequel on examine la question, le résultat demeure le même. Les tribunaux ne devraient jamais infliger de peines inadéquates ou artificielles, encore moins pour contourner la volonté exprimée par le législateur en matière d'immigration.

[18] Il s'ensuit que, lorsqu'une peine est modifiée afin d'éviter des conséquences indirectes, plus cette peine s'écarte de la fourchette des peines par ailleurs appropriées, moins elle est susceptible de demeurer proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. En revanche, plus la peine modifiée se rapproche des peines par ailleurs appropriées, plus il est probable qu'elle reste proportionnelle et, de ce fait, raisonnable et juste.

[19] Je fais mien le point de vue exprimé par le juge Doherty dans *R. c. Hamilton* (2004), 72 O.R. (3d) 1 (C.A.), par. 156 et 158 :

[TRADUCTION] . . . le risque d'expulsion ne saurait justifier une peine incompatible avec l'objectif essentiel ainsi que les principes de la détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*. Le processus de détermination de la peine ne peut être utilisé pour contourner les dispositions et les principes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Toutefois, comme il a été indiqué plus tôt, il est rare qu'il n'y ait qu'une seule peine convenable. Le risque d'expulsion peut constituer un facteur à prendre en considération lorsqu'il s'agit de choisir parmi les peines appropriées et d'adapter le mieux possible la peine au crime et au délinquant . . .

... Si le juge du procès décide que, eu égard à toutes les circonstances, une peine d'emprisonnement de deux ans ou moins est la peine appropriée [pour le délinquant], il peut tenir compte des conséquences [pour celui-ci], au titre de l'expulsion, d'une peine de deux ans moins un

as opposed to a sentence of two years. I see this as an example of the human face of the sentencing process. If the future prospects of an offender . . . can be assisted or improved by imposing a sentence of two years less a day rather than two years, it is entirely in keeping with the principles and objectives of sentencing to impose the shorter sentence. While the assistance afforded to [the offender] by the imposition of a sentence of two years less a day rather than two years may be relatively small, there is no countervailing negative impact on broader societal interests occasioned by the imposition of that sentence . . . [Citations omitted.]

[20] Accordingly, the sentencing judge is not compelled in all circumstances to adjust a sentence in order to avoid the impact of collateral immigration consequences on the offender. It remains open to the judge to conclude that even a minimal reduction, i.e. from two years' imprisonment to two years less a day, would render the sentence inappropriate for the particular offence and the particular offender. Collateral immigration consequences are but one relevant factor amongst many others related to the nature and the gravity of the offence, the degree of responsibility of the offender and the offender's personal circumstances.

[21] The reasons of Doyon J.A. in *R. v. Guzman*, 2011 QCCA 136 (CanLII), provide an illustration of this approach to the treatment of collateral immigration consequences in sentencing. In that case, the Quebec Court of Appeal was asked to grant a minimal variation of a sentence to ensure that the sentence would not have adverse consequences for the offender's immigration status. Doyon J.A. declined to acquiesce in this request, stating that, in light of the facts of the case, a reduction of the sentence, even a modest reduction of one day, would be both unfit and inconsistent with the principles of sentencing. He held as follows, at paras. 102-3:

[TRANSLATION] In summary, the status of the appellants and the impact of the prison sentences on their

jour par rapport à une peine de deux ans. Cette possibilité constitue à mes yeux un exemple du côté humain du processus de détermination de la peine. S'il est possible de favoriser ou d'améliorer les perspectives d'avenir d'un délinquant [. . .], en lui infligeant une peine de deux ans moins un jour plutôt qu'une peine de deux ans, il est alors entièrement conforme aux principes et aux objectifs de la détermination d'infliger la peine la plus courte. Bien que l'avantage offert [au délinquant] par l'infliction d'une peine de deux ans moins un jour plutôt que d'une peine de deux ans soit relativement faible, cette décision n'occasionne par ailleurs pas d'effet négatif sur de grands intérêts sociétaux . . . [Renvois omis.]

[20] En conséquence, le juge chargé de déterminer la peine n'est pas tenu, dans tous les cas, de rajuster une peine afin d'éviter l'effet des conséquences indirectes de celle-ci sur le statut d'immigrant du délinquant. En effet, il demeure loisible au juge de conclure que même une réduction minimale, c.-à-d. la modification d'une peine de deux ans à une peine de deux ans moins un jour, a pour effet de rendre la peine inappropriée eu égard à l'infraction commise et au délinquant concerné. Les conséquences indirectes en matière d'immigration ne sont que l'un des nombreux facteurs pertinents se rapportant à la nature et à la gravité de l'infraction, au degré de responsabilité du délinquant et à la situation personnelle de ce dernier.

[21] Les motifs exposés par le juge Doyon dans *R. c. Guzman*, 2011 QCCA 136, 84 C.R. (6th) 102, constituent une bonne illustration de cette façon de considérer les conséquences indirectes en matière d'immigration lors de la détermination de la peine. Dans cette affaire, les appelants demandaient à la Cour d'appel du Québec d'apporter une modification mineure à leur peine afin d'éviter les conséquences négatives de celle-ci sur leur statut d'immigrant. Le juge Doyon a refusé de faire droit à cette demande, affirmant que, au regard des faits particuliers de l'espèce, le fait de réduire la peine, même aussi peu que d'un jour, serait à la fois inapproprié et incompatible avec les principes régissant la détermination de la peine. Il a tiré les conclusions suivantes, par. 102-103 :

Pour résumer, le statut des appelants et l'impact des peines d'emprisonnement sur leur droit d'interjeter

right to appeal to the Immigration Appeal Division are relevant circumstances and must be taken into consideration. However, given the circumstances in which the offences were committed, their seriousness, the profile of the appellants, and the objectives and principles of sentencing set out in the *Criminal Code*, I am of the view that the sentences inflicted on the appellants are fit even if they are not reduced by one day, as the appellants seek.

. . . the near total lack of factors suggesting a real possibility of rehabilitation and change of behaviour on the part of the appellants convinces me that, even if the judges had been aware of all of the relevant facts, they would not have imposed sentences of less than two years' imprisonment solely to allow the appellants to preserve their right of appeal. [Emphasis added.]

[22] In sum, collateral immigration consequences may be just as relevant in sentencing as the collateral consequences of other legislation or of circumstances specific to the offender.

[23] Where the issue of immigration consequences is brought to the trial judge's attention and the trial judge applies the proper sentencing principles but nonetheless decides on a two-year sentence, then, absent fresh evidence, deference is owed to that decision. Where this issue has not been raised before the trial judge and the Crown does not give its consent, an affidavit or some other type of evidence should then be adduced for consideration by the Court of Appeal.

[24] An appellate court has the authority to intervene if the sentencing judge was not aware of the collateral immigration consequences of the sentence for the offender, or if counsel had failed to advise the judge on this issue. In such circumstances, the court's intervention is justified because the sentencing judge decided on the fitness of the sentence without considering a relevant factor: *M. (C.A.)*, at para. 90. As I explained above, however, the aim of such an intervention is to determine the appropriate

appel devant la Section d'appel de l'immigration sont des circonstances qui sont pertinentes et qui doivent être prises en considération. Par contre, vu les circonstances de la perpétration des infractions, leur gravité, le profil des appelants ainsi que les objectifs et principes retenus par le *Code criminel*, je suis d'avis que les peines infligées aux appelants demeurent raisonnables même si elles ne sont pas réduites d'une journée, comme ils le demandent.

. . . l'absence presque complète de facteurs pouvant laisser croire à une véritable possibilité de réhabilitation et de changement de comportement de la part des appelants me convainc que, même s'ils avaient eu connaissance de tous les faits pertinents, les juges de première instance n'auraient pas infligé des peines d'emprisonnement de moins de deux ans dans le seul but de permettre aux appelants de conserver leur droit d'appel. [Je souligne.]

[22] Bref, les conséquences indirectes en matière d'immigration peuvent s'avérer tout aussi pertinentes pour la détermination de la peine que les conséquences indirectes susceptibles de découler d'autres textes de loi ou de la situation particulière du délinquant.

[23] Lorsque la question des conséquences en matière d'immigration est portée à l'attention du juge du procès et que ce dernier, après avoir appliqué les bons principes de détermination de la peine, inflige néanmoins une peine de deux ans, il y a alors lieu de faire montre de déférence envers sa décision en l'absence d'éléments de preuve nouveaux. Par ailleurs, si cette question n'a pas été soulevée devant le juge et que le ministère public refuse son consentement, un affidavit ou un autre type d'élément de preuve devrait alors être présenté à la Cour d'appel pour examen.

[24] Les cours d'appel disposent du pouvoir d'intervenir lorsque le juge chargé de déterminer la peine n'était pas au fait des conséquences indirectes en matière d'immigration de la peine pour le délinquant concerné ou que l'avocat a omis de l'informer à ce sujet. Dans de telles circonstances, l'intervention de la cour d'appel est justifiée, étant donné que le juge qui a déterminé la peine a décidé de la justesse de celle-ci sans considérer un facteur pertinent : *M. (C.A.)*, par. 90. Cependant, comme

sentence in light of the facts of the particular case while taking all the relevant factors into account. Although there will be cases in which it is appropriate to reduce the sentence to ensure that it does not have adverse consequences for the offender's immigration status, there will be other cases in which it is not appropriate to do so.

[25] In the case at bar, the sentencing judge was not aware of the sentence's collateral immigration consequences, and the appellate court accordingly had the authority to intervene. The Crown conceded both in the Court of Appeal and at the hearing in this Court that a reduced sentence of two years less a day remains within the range of otherwise fit sentences and that the imposed sentence of two years' imprisonment should be reduced by one day. The Crown also agreed that the reduced sentence is the one that the sentencing judge would have imposed in the case at bar had he been aware of the collateral immigration consequences (R.F., at para. 69). It was wrong for the Court of Appeal to refuse the one-day reduction solely on the basis that the appellant had a prior criminal record or that it felt that he had "abused the hospitality that [had] been afforded to him by Canada" (para. 24). It is therefore appropriate to grant the variation of the sentence sought by the appellant.

IV. Conclusion

[26] For these reasons, the Court allowed the appeal at the conclusion of the hearing and reduced the sentence of imprisonment from two years to two years less a day.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Chozik Law, Toronto; Alias Sanders, Calgary.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

je l'ai expliqué plus tôt, une telle intervention a pour objet de fixer la peine appropriée eu égard aux faits d'une espèce donnée, en tenant compte de l'ensemble des facteurs pertinents. Il se présentera certes des cas où il conviendra de réduire la peine d'un délinquant afin d'éviter qu'elle n'entraîne des conséquences négatives sur son statut d'immigrant, mais dans d'autres, il ne sera pas justifié de le faire.

[25] En l'espèce, le juge chargé de déterminer la peine n'était pas au fait des conséquences indirectes de la peine sur le statut d'immigrant du délinquant et, pour cette raison, la Cour d'appel avait le pouvoir d'intervenir. Tant devant la Cour d'appel qu'à l'audience devant notre Cour, le ministère public a concédé qu'une peine réduite à deux ans moins un jour demeure dans la fourchette des peines par ailleurs justes et appropriées et que, en conséquence, la peine d'emprisonnement de deux ans infligée initialement devait être réduite d'un jour. En outre, le ministère public a reconnu que la peine réduite est celle que le juge qui a déterminé la peine aurait infligée en l'espèce s'il avait été au fait de la possibilité de conséquences indirectes sur le statut d'immigrant (m.i., par. 69). La Cour d'appel a eu tort de refuser la réduction de peine d'un jour uniquement parce que l'appelant possède un casier judiciaire ou parce qu'elle estimait que ce dernier avait [TRADUCTION] « abusé de l'hospitalité du Canada » (par. 24). Il convient donc d'accorder la modification de peine sollicitée par l'appelant.

IV. Conclusion

[26] Pour les motifs qui précèdent, notre Cour a, au terme de l'audience, accueilli le pourvoi et réduit de deux ans à deux ans moins un jour la peine d'emprisonnement infligée initialement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Chozik Law, Toronto; Alias Sanders, Calgary.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Simcoe Chambers, Toronto; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Schreck Presser, Toronto; Berkes Newton-Smith, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: Jackman Nazami & Associates, Toronto; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Simcoe Chambers, Toronto; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Schreck Presser, Toronto; Berkes Newton-Smith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : Jackman Nazami & Associates, Toronto; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

INDEX

ABORIGINAL LAW

1. Métis — Crown law — Honour of the Crown — Canadian government agreeing in 1870 to grant Métis children shares of 1.4 million acres of land and to recognize existing Métis landholdings — Promises set out in ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870, a constitutional document — Errors and delays interfering with division and granting of land among eligible recipients — Whether Canada failing to comply with the honour of the Crown in the implementation of ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870.

MANITOBA METIS FEDERATION INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 623.

2. Métis — Fiduciary duty — Canadian government agreeing in 1870 to grant Métis children shares of 1.4 million acres of land and to recognize existing Métis landholdings — Promises set out in ss. 31 and 32 of the Manitoba Act, 1870, a constitutional document — Errors and delays interfering with division and granting of land among eligible recipients — Whether Canada in breach of fiduciary duty to Métis.

MANITOBA METIS FEDERATION INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 623.

ADMINISTRATIVE LAW

Appeals — Standard of review — Human rights tribunal finding that hate publications infringe provincial human rights legislation and that provincial human rights legislation prohibiting hate publications is constitutional — Whether decision reviewable on standard of correctness or reasonableness — Whether tribunal made reviewable error.

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. WHATCOTT, 467.

CIVIL PROCEDURE

1. Costs — Appeals — Standard of review — Whether Court of Appeal erred in costs endorsement concerning one party.

SUN INDALEX FINANCE, LLC v. UNITED STEELWORKERS, 271.

2. Parties — Standing — Public interest standing — Manitoba Act, 1870, providing for individual land entitlements — Whether federation advancing collective claim on behalf of Métis people should be granted public interest standing.

MANITOBA METIS FEDERATION INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 623.

CONSTITUTIONAL LAW

1. 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.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. A, 61.

2. Charter of rights — Right to equality — Discrimination based on marital status — 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.

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

1991, c. 64, arts. 401 to 430, 432, 433, 448 to 484, 585 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1).

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. A, 61.

3. Charter of Rights — Freedom of expression — Hate publications — Whether provincial human rights legislation prohibiting publications that expose or tend to expose to hatred, ridicule, belittle or otherwise affront dignity of persons on basis of prohibited ground infringes guaranteed freedom of expression — If so, whether infringement justified — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. WHATCOTT, 467.

4. Charter of Rights — Freedom of religion — Hate publications — Whether provincial human rights legislation prohibiting publications that expose or tend to expose to hatred, ridicule, belittle or otherwise affront dignity of persons on basis of prohibited ground infringes guaranteed freedom of religion — If so, whether infringement justified — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14(1)(b) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a).

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. WHATCOTT, 467.

CRIMINAL LAW

1. Forfeiture orders — Accused who had previously been convicted for multiple alcohol-related driving offences and breaches of probation orders and undertakings pleading guilty to the charge of driving a motor vehicle while impaired by drugs or alcohol — Crown requesting order of forfeiture of motor vehicle — Whether trial judge erred in refusing to issue order.

R. v. MANNING, 3.

2. Offences — Uttering threats — Elements of offence — Mens rea — Respondent repeatedly telling ex-girlfriend that he would kill her — Ex-girlfriend testifying that words uttered by accused did not intimidate her or cause her fear as accused frequently talked in that manner — Whether trial judge erred in law in determining that accused did not have

CRIMINAL LAW — (Continued)

requisite mens rea — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 264.1(1)(a).

R. v. O'BRIEN, 7.

3. Defences — Duress — Abused wife paying “hit man” to murder husband who has threatened her life — Whether duress is available in law as a defence where the threats made against the accused were not made for the purpose of compelling the commission of an offence — Statutory and common law parameters of defence of duress — Whether stay of proceedings is appropriate in circumstances of case.

R. v. RYAN, 14.

4. Appeals — Trial judge convicting accused of several charges involving physical and sexual abuse — Court of Appeal setting aside convictions and ordering new trial — Whether appeal raises question of law — Whether Court of Appeal erred in setting aside convictions and ordering new trial.

R. v. SANICHAR, 54.

5. Offences — Dangerous driving — Elements of offence — Trial judge taking all relevant factors into account and making no error in finding accused guilty.

R. v. BÉLANGER, 401.

6. Procedure — Application to sever counts — Charges arising from two separate incidents involving different complainants — Crown charging the counts relating to both incidents on same indictment — Trial judge dismissing application to sever counts — Majority of Court of Appeal ordering new trial on basis that denial of severance resulted in injustice — Trial judge did not act unjudicially in denying severance application — Denial of severance application not resulting in injustice.

R. v. BLACKLAWS, 403.

7. Evidence — Informer privilege — Individual with informer privilege with one police force providing information relating to himself and others to second police force — Whether individual has status of police informer with second police force — Whether implicit promise of confidentiality by second police force exists as result of nexus between two police forces.

R. v. NAMED PERSON B, 405.

8. Evidence — Assessment — Accused convicted of sexually assaulting and forcibly confining a minor —

CRIMINAL LAW — (Concluded)

Accused's son testifying for defense at trial — Trial judge rejecting evidence of son as being fabrication — Court of Appeal quashing convictions and ordering new trial — Majority of Court of Appeal holding that trial judge erred in rejecting evidence provided by accused's son and in misapprehending trial evidence as a whole — Trial judge not erring in rejecting evidence or in assessment of evidence as a whole.

R. v. TAYLOR, 465.

9. Offences — Conspiracy — Parties to offences — Whether a person can be a party to the offence of conspiracy — Whether party liability attaches to someone who knows of conspiracy and does something for the purpose of furthering unlawful object — Whether trial judge erred in instructions to jury pertaining to conspiracy — Whether curative proviso should be applied to uphold conviction — Co-conspirators' exception to the hearsay rule — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1), 465(1), 686(1)(b)(iii).

R. v. J.F., 565.

10. Sentencing — Considerations — Collateral consequences of sentence — Accused sentenced to two years' imprisonment — Sentencing judge not made aware that sentence would result in loss of right to appeal removal order under Immigration and Refugee Protection Act — Court of Appeal refusing to vary sentence to two years less a day — What weight should be attributed to collateral consequences in sentencing? — Whether sentence can be varied by appellate court on basis that accused would face collateral consequences — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 718.1, 718.2.

R. v. PHAM, 739.

EXPROPRIATION

Injurious affection — Nuisance — Compensation — Construction of new highway diverting traffic away from appellant's truck stop business — Ontario Municipal Board awarding appellant compensation for injurious affection for business loss and loss of market value of property — Court of Appeal dismissing claim on basis that Board failed to balance competing rights adequately — Whether interference with private enjoyment of land was unreasonable when resulting from construction serving important public purpose — Whether Court of Appeal erred

EXPROPRIATION — (Concluded)

in finding that Board's application of law of nuisance was unreasonable — Expropriation Act, R.S.O. 1990, c. E.26.

ANTRIM TRUCK CENTRE LTD. v. ONTARIO (TRANSPORTATION), 594.

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.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. A, 61.

LIMITATION OF ACTIONS

Declaration — Appellants seeking declaration in the courts that Canada breached obligations to implement promises made to the Métis people in the Manitoba Act, 1870 — Whether statute of limitations can prevent courts from issuing declarations on the constitutionality of Crown conduct — Whether claim for declaration barred by laches.

MANITOBA METIS FEDERATION INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 623.

PENSIONS

1. Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under Companies' Creditors Arrangement Act ("CCAA") — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Company entering into debtor in possession ("DIP") financing allowing it to continue to operate — CCAA court granting priority to DIP lenders — Proceeds of sale of business insufficient to pay back DIP

PENSIONS — (Concluded)

lenders — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — If so, whether deemed trust superseded by CCAA priority by virtue of doctrine of federal paramountcy — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 57(3), (4), 75(1)(a), (b) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

SUN INDALEX FINANCE, LLC v. UNITED STEELWORKERS, 271.

2. Trusts — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under CCAA — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — Whether company as plan administrator breached fiduciary duties — Whether pension plan members are entitled to constructive trust.

SUN INDALEX FINANCE, LLC v. UNITED STEELWORKERS, 271.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

Appels — Norme de contrôle — Conclusion d'un tribunal des droits de la personne que les publications haineuses enfreignent la loi provinciale sur les droits de la personne et que cette loi, qui interdit les publications haineuses, est constitutionnelle — La décision est-elle susceptible de révision selon la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Le tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de révision?

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) C. WHATCOTT, 467.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. 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?

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. A, 61.

2. Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'état matrimonial — 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).

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. A, 61.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

3. Charte des droits — Liberté d'expression — Publications haineuses — Une loi provinciale sur les droits de la personne interdisant toute publication qui, pour un motif illicite, expose ou tend à exposer des personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité enfreint-elle la liberté d'expression garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) C. WHATCOTT, 467.

4. Charte des droits — Liberté de religion — Publications haineuses — Une loi provinciale sur les droits de la personne interdisant toute publication qui, pour un motif illicite, expose ou tend à exposer des personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité enfreint-elle la liberté de religion garantie par la Charte? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14(1)(b) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a).

SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) C. WHATCOTT, 467.

DROIT CRIMINEL

1. Ordonnances de confiscation — Plaidoyer de culpabilité présenté à l'égard d'une accusation de conduite avec les facultés affaiblies par l'alcool ou une drogue par un accusé ayant déjà été déclaré coupable de multiples infractions relatives à la conduite sous l'effet de l'alcool et manquements à des ordonnances de probation et à des engagements — Demande de confiscation d'un véhicule automobile présentée par le ministère public — Le juge du procès a-t-il fait erreur en refusant de rendre l'ordonnance demandée?

R. C. MANNING, 3.

DROIT CRIMINEL — (Suite)

2. Infractions — Menaces — Éléments de l'infraction — Mens rea — Intimé ayant dit à plusieurs reprises à son ex-petite amie qu'il la tuerait — Ex-petite amie témoignant ne pas avoir été intimidée ni effrayée par les paroles de l'accusé parce qu'il lui parlait souvent ainsi — Le juge du procès a-t-il commis une erreur de droit en concluant que l'accusé n'avait pas la mens rea requise? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 264.1(1)a).

R. C. O'BRIEN, 7.

3. Moyens de défense — Contrainte — « Tueur à gages » payé par une femme battue dont la vie est menacée par son mari pour assassiner ce dernier — Le moyen de défense fondé sur la contrainte peut-il être invoqué en droit lorsque les menaces à l'endroit de l'accusée n'ont pas été proférées dans le but de la forcer à commettre une infraction? — Paramètres législatifs et de common law du moyen de défense fondé sur la contrainte — L'arrêt des procédures est-il approprié en l'espèce?

R. C. RYAN, 14.

4. Appels — Accusé déclaré coupable au procès relativement à plusieurs chefs d'accusation liés à des sévices corporels et des agressions sexuelles — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Le pourvoi soulève-t-il une question de droit? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les déclarations de culpabilité et en ordonnant un nouveau procès?

R. C. SANICHAR, 54.

5. Infractions — Conduite dangereuse — Éléments de l'infraction — La juge de première instance a tenu compte de tous les facteurs pertinents et n'a commis aucune erreur en concluant à la culpabilité de l'accusé.

R. C. BÉLANGER, 401.

6. Procédure — Demande de séparation de chefs d'accusation — Accusations découlant de deux événements distincts concernant deux plaignantes différentes — Réunion par la Couronne dans un même acte d'accusation de chefs se rapportant aux deux événements — Rejet par le juge du procès de la demande de séparation des chefs d'accusation — Arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel et ordonnant la tenue d'un nouveau procès au motif que le refus de séparer les chefs d'accusation avait entraîné une injustice — Le juge du procès n'a pas agi de manière non judiciaire en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation — Le rejet de cette demande n'a pas causé d'injustice.

R. C. BLACKLAWS, 403.

DROIT CRIMINEL — (Suite)

7. Preuve — Privilège de l'indicateur — Révélations relatives à elle et à autrui faites par une personne bénéficiant du privilège de l'indicateur auprès d'un corps policier à un second corps policier — Cette personne bénéficie-t-elle du privilège de l'indicateur auprès du second corps policier? — Une promesse implicite de confidentialité par le second corps policier a-t-elle découlé du lien entre les deux corps policiers?

R. C. PERSONNE DÉSIGNÉE B, 405.

8. Preuve — Appréciation — Accusé déclaré coupable d'avoir séquestré et agressé sexuellement une mineure — Fils de l'accusé témoignant en faveur de la défense au procès — Rejet de ce témoignage par le juge du procès au motif qu'il constituait de la fabrication — Annulation des déclarations de culpabilité par la Cour d'appel et nouveau procès ordonné par celle-ci — Arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel et concluant que le juge du procès a erronément rejeté le témoignage du fils de l'accusé et a mal apprécié l'ensemble de la preuve présentée au procès — Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant le témoignage ou en appréciant l'ensemble de la preuve.

R. C. TAYLOR, 465.

9. Infractions — Complot — Participants aux infractions — Est-ce qu'une personne peut être un participant à l'infraction de complot? — Est-ce que la responsabilité comme participant peut être imputée à une personne qui a connaissance du complot et qui accomplit quelque chose en vue de la poursuite de la fin illégale visée par celui-ci? — La juge du procès a-t-elle fait erreur dans ses directives au jury au sujet de la notion de complot? — La disposition réparatrice devrait-elle être appliquée pour confirmer la déclaration de culpabilité? — Exception à la règle du oui-dire relative aux coconspirateurs — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 21(1), 465(1), 686(1b)(iii).

R. C. J.F., 565.

10. Détermination de la peine — Facteurs devant être pris en considération — Conséquences indirectes de la peine — Condamnation de l'accusé à deux ans d'emprisonnement — Omission d'informer le juge que par l'effet de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés cette peine entraînerait la perte du droit d'appel de l'ordonnance d'expulsion — Refus de la Cour d'appel de réduire la peine à deux ans moins un jour — Quel poids doit être accordé aux conséquences indirectes lors de la détermination de la peine? — Une peine peut-elle être modifiée par une cour d'appel au motif que l'accusé subirait des conséquences

DROIT CRIMINEL — (Fin)

indirectes si cette peine lui était infligée? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 718.1, 718.2.

R. c. PHAM, 739.

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.

QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. A, 61.

DROIT DES AUTOCHTONES

1. Métis — Droit de la Couronne — Honneur de la Couronne — Gouvernement canadien ayant convenu en 1870 de concéder aux enfants des Métis 1,4 million d'acres de terre et de reconnaître la propriété foncière existante des Métis — Promesses figurant aux art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, un document constitutionnel — Division des terres et concession aux bénéficiaires admissibles entravées par des erreurs et des retards — Le Canada a-t-il omis de respecter le principe de l'honneur de la Couronne dans la mise en œuvre des art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba?

MANITOBA METIS FEDERATION INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 623.

2. Métis — Obligation fiduciaire — Gouvernement canadien ayant convenu en 1870 de concéder aux enfants des Métis 1,4 million d'acres de terre et de reconnaître la propriété foncière existante des Métis — Promesses figurant aux art. 31 et 32 de la Loi de 1870 sur le Manitoba, un document constitutionnel — Division des terres et concession aux bénéficiaires admissibles entravées par des

DROIT DES AUTOCHTONES — (Fin)

erreurs et des retards — Le Canada a-t-il manqué à une obligation fiduciaire envers les Métis?

MANITOBA METIS FEDERATION INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 623.

EXPROPRIATION

Effet préjudiciable — Nuisance — Indemnisation — Achalandage du relais routier de l'appelante détourné par la construction d'une autoroute — Commission des affaires municipales de l'Ontario accordant à l'appelante une indemnisation pour effet préjudiciable pour perte commerciale et diminution de la valeur marchande du bien-fonds — Demande rejetée par la Cour d'appel parce que la Commission n'a pas mis correctement en balance les droits opposés — L'atteinte à la jouissance privée du bien-fonds est-elle déraisonnable si elle résulte de la construction d'un ouvrage répondant à un objectif public important? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que l'application, par la Commission, du droit relatif à la nuisance était déraisonnable? — Loi sur l'expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26.

ANTRIM TRUCK CENTRE LTD. C. ONTARIO (TRANSPORTS), 594.

PENSIONS

1. Faillite et insolvabilité — Priorités — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC ») — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Financement obtenu par la société à titre de débiteur-exploitant (« DE ») lui ayant permis de poursuivre ses activités — Tribunal chargé d'appliquer la LACC ayant accordé priorité aux prêteurs DE — Insuffisance du produit de la vente pour rembourser les prêteurs DE — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — Dans l'affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte

PENSIONS — (Fin)

que la priorité issue de l'application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 57(3), (4), 75(1)a, b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.

SUN INDALEX FINANCE, LLC C. SYNDICAT DES MÉTALLOS, 271.

2. Fiducies — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — La société a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes? — Les participants des régimes de retraite ont-ils droit à une fiducie par interprétation?

SUN INDALEX FINANCE, LLC C. SYNDICAT DES MÉTALLOS, 271.

PRESCRIPTION

Jugement déclaratoire — Pourvoi visant l'obtention d'un jugement qui déclare que le Canada a manqué à son obligation de mettre en œuvre les promesses faites au peuple métis contenues dans la Loi de 1870 sur le Manitoba — Les lois sur la prescription peuvent-elles faire obstacle au prononcé d'un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la conduite de la Couronne? — La doctrine des « laches » (un principe d'equity souvent appelé « doctrine du manque de diligence ») rend-elle irrecevable la demande de jugement déclaratoire?

MANITOBA METIS FEDERATION INC. C. CANADA (PRO-CUREUR GÉNÉRAL), 623.

PROCÉDURE CIVILE

1. Dépens — Appels — Norme de contrôle — La décision de la Cour d'appel sur les dépens d'une partie est-elle erronée?

SUN INDALEX FINANCE, LLC C. SYNDICAT DES MÉTALLOS, 271.

2. Parties — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Loi de 1870 sur le Manitoba autorisant l'octroi de droits fonciers individuels — La fédération qui présente la demande collective au nom du peuple métis devrait-elle se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public?

MANITOBA METIS FEDERATION INC. C. CANADA (PRO-CUREUR GÉNÉRAL), 623.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:

Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :

Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>