



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2020 Vol. 3

1^{er} cahier, 2020 Vol. 3

Cited as [2020] 3 S.C.R. 3-245

Renvoi [2020] 3 R.C.S. 3-245

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

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registrataire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI
ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN
LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
EMILY K. MOREAU
CRAIG MRACEK
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE
AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH
ANTHONY DELISLE
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS
ANNE-MARIE GAULIN

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoints administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ
KATHIA SÉGUIN

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2020

3^e volume, 2020

CONTENTS

Chandos Construction Ltd. v. Deloitte Restructuring Inc. 3

Bankruptcy and insolvency — Anti-deprivation rule — Priority of claims — Clause in subcontract awarding fee to general contractor in the event of subcontractor's bankruptcy — Subcontractor filing assignment in bankruptcy prior to completing subcontract — Whether general contractor entitled to set fee off against amount owing to subcontractor — Whether anti-deprivation rule exists at common law — If so, whether clause invalid by virtue of anti-deprivation rule.

Matthews v. Ocean Nutrition Canada Ltd. 64

Employment law — Constructive dismissal — Duty to provide reasonable notice — Damages — Employee working for employer for approximately 14 years — Employer providing long term incentive plan according to which employee would receive bonus payment if company sold — Company sold soon after employee constructively dismissed — Whether damages for breach of duty to provide reasonable notice include incentive bonus.

R. v. Reilly 109

Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Systemic breach — Accused arrested and detained longer than 24 hours before being taken before justice for bail hearing, contrary to s. 503(1)(a) of Criminal Code — Crown conceding that accused's Charter rights breached by detention — Trial judge finding that accused held for more than 24 hours because of systemic and ongoing problem in province and staying proceedings — Court of Appeal holding that stay inappropriate as individual remedy for systemic Charter breaches and setting it aside — No basis for Court of Appeal to interfere with trial judge's decision — Stay restored.

Fraser v. Canada (Attorney General) 113

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on sex — Adverse impact discrimination — Systemic discrimination — RCMP allowing members to job share — Job sharing members not allowed under pension plan to buy back pension credits — Job sharers are mostly women — Retired members

Continued on next page

SOMMAIRE

Chandos Construction Ltd. c. Restructuration Deloitte Inc. 3

Faillite et insolvabilité — Règle anti-privation — Priorité des créances — Clause d'un contrat de sous-traitance prévoyant l'octroi de frais à l'entrepreneur général en cas de faillite du sous-traitant — Dépôt d'une cession de biens par le sous-traitant avant l'achèvement des travaux — L'entrepreneur général a-t-il le droit de compenser les frais et de les soustraire du montant qu'il doit au sous-traitant? — La règle anti-privation existe-t-elle en common law? — Si oui, la clause est-elle invalide en raison de la règle anti-privation?

Matthews c. Ocean Nutrition Canada Ltd. 64

Droit de l'emploi — Congédiement déguisé — Obligation de donner un préavis raisonnable — Dommages-intérêts — Employé au service de l'employeur pendant environ 14 ans — Régime d'intéressement à long terme créé par l'employeur prévoyant le versement d'une prime à l'employé en cas de vente de l'entreprise — Entreprise vendue peu de temps après le congédiement déguisé de l'employé — Est-ce que les dommages-intérêts accordés à l'égard du manquement à l'obligation de donner un préavis raisonnable doivent inclure la prime d'intéressement?

R. c. Reilly 109

Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Violation systémique — Accusé arrêté et détenu pendant plus de 24 heures avant d'être conduit devant un juge de paix pour une enquête sur le cautionnement, en violation de l'art. 503(1)(a) du Code criminel — Couronne concédant que la détention a porté atteinte aux droits garantis par la Charte à l'accusé — Juge de première instance concluant que l'accusé a été détenu pendant plus de 24 heures en raison d'un problème systémique et persistant dans la province et ordonnant l'arrêt des procédures — Cour d'appel statuant que l'arrêt des procédures ne constituait pas une réparation individuelle convenable à l'égard de violations systémiques de la Charte et annulant la réparation — Rien ne justifiait l'intervention de la Cour d'appel quant à la décision de la juge de première instance — Arrêt des procédures rétabli.

Fraser c. Canada (Procureur général) 113

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Discrimination systémique — Membres autorisés par la GRC à partager un poste — Membres partageant un poste non autorisés par le régime de pension à racheter du service ouvrant droit à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

claiming that pension consequences of job sharing have discriminatory impact on women and violate their constitutional right to equality — Whether limitation on job sharers' ability to buy back pension credits discriminates on basis of sex — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. R 11 — Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations, C.R.C., c. 1393.

SOMMAIRE (Fin)

pension — Femmes représentant la majorité des membres qui partagent un poste — Membres retraitées prétendant que les conséquences du partage de poste sur leur pension sont discriminatoires envers les femmes et violent leur droit constitutionnel à l'égalité — La restriction de la faculté des membres qui partagent un poste de racheter du service ouvrant droit à pension constitue-t-elle de la discrimination fondée sur le sexe? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, c. R-11 — Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, C.R.C., c. 1393.

Chandos Construction Ltd. *Appellant*

v.

Deloitte Restructuring Inc. in its capacity as Trustee in Bankruptcy of Capital Steel Inc., a bankrupt *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals and
Insolvency Institute of Canada** *Interveners*

**INDEXED AS: CHANDOS CONSTRUCTION LTD. v.
DELOITTE RESTRUCTURING INC.**

2020 SCC 25

File No.: 38571.

2020: January 20; 2020: October 2.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Bankruptcy and insolvency — Anti-deprivation rule — Priority of claims — Clause in subcontract awarding fee to general contractor in the event of subcontractor’s bankruptcy — Subcontractor filing assignment in bankruptcy prior to completing subcontract — Whether general contractor entitled to set fee off against amount owing to subcontractor — Whether anti-deprivation rule exists at common law — If so, whether clause invalid by virtue of anti-deprivation rule.

Chandos Construction Ltd. (“Chandos”), a general construction contractor, entered into a construction subcontract with Capital Steel Inc. (“Capital Steel”). Clause VII Q(d) of the subcontract provides that Capital Steel will pay Chandos 10 percent of the subcontract price as a fee for the inconvenience or for monitoring the work in the event of Capital Steel’s bankruptcy. When Capital Steel filed an assignment in bankruptcy prior to completing its

Chandos Construction Ltd. *Appelante*

c.

Restructuration Deloitte Inc. en sa qualité de syndic de faillite de Capital Steel Inc., une faillie *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
Association canadienne des professionnels
de l’insolvabilité et de la réorganisation et
Institut d’insolvabilité du Canada**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : CHANDOS CONSTRUCTION LTD.
c. RESTRUCTURATION DELOITTE INC.**

2020 CSC 25

N° du greffe : 38571.

2020 : 20 janvier; 2020 : 2 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE
L’ALBERTA

Faillite et insolvabilité — Règle anti-privation — Priorité des créances — Clause d’un contrat de sous-traitance prévoyant l’octroi de frais à l’entrepreneur général en cas de faillite du sous-traitant — Dépôt d’une cession de biens par le sous-traitant avant l’achèvement des travaux — L’entrepreneur général a-t-il le droit de compenser les frais et de les soustraire du montant qu’il doit au sous-traitant? — La règle anti-privation existe-t-elle en common law? — Si oui, la clause est-elle invalide en raison de la règle anti-privation?

Chandos Construction Ltd. (« Chandos »), un entrepreneur général en construction, a conclu un contrat de sous-traitance en construction avec Capital Steel Inc. (« Capital Steel »). La clause VII Q(d) du contrat de sous-traitance prévoit que Capital Steel doit payer à Chandos 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance à titre de frais pour les dérangements ou pour la surveillance des travaux advenant la faillite de Capital Steel. Lorsque cette dernière a procédé

subcontract with Chandos, Chandos argued it was entitled to set off the costs it had incurred to complete Capital Steel's work and to set off 10 percent of the subcontract price, as provided for by clause VII Q(d). Capital Steel's trustee in bankruptcy applied for advice and directions as to whether clause VII Q(d) was valid. The application judge found the provision to be a valid liquidated damages clause, but the Court of Appeal reversed the decision.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Clause VII Q(d) is invalid by virtue of the anti-deprivation rule. This rule renders void any provision in an agreement which provides that upon an insolvency (or bankruptcy), value is removed from the reach of the insolvent person's creditors which would otherwise have been available to them, and places that value in the hands of others.

The anti-deprivation rule has existed in Canadian common law since before federal bankruptcy legislation existed, and has not been eliminated by any decision of the Court or by Parliament. Parliament's actions are better understood as gradually codifying limited parts of the common law rather than seeking to oust all related common law. The anti-deprivation rule prevents contractual provisions from frustrating the scheme of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA") as it renders void contractual provisions that would prevent property from passing to the trustee. This helps maximize the global recovery for all creditors in accordance with the priorities set out in the BIA.

The test under the anti-deprivation rule has two parts: the relevant clause is triggered by an event of insolvency or bankruptcy, and the effect of the clause is to remove value from the insolvent's estate. This is an effects-based test. What should be considered is whether the effect of the contractual provision was to deprive the estate of assets upon bankruptcy, not whether the intention of the contracting parties was commercially reasonable. Adopting a purpose-based test would create new and greater difficulties. It would require courts to determine the intention of contracting parties long after the fact, detract from the efficient administration of corporate bankruptcies, and encourage parties who can plausibly pretend to have *bona fide* intentions to create a preference over other creditors by inserting such clauses. It would also be inconsistent

à une cession de ses biens avant de terminer son contrat de sous-traitance avec Chandos, celle-ci a soutenu qu'elle avait le droit de compenser les coûts qu'elle avait engagés pour terminer les travaux commencés par Capital Steel et de déduire 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance, comme le prévoit la clause VII Q(d). Le syndic de faillite de Capital Steel a demandé des conseils et des directives quant à la validité de la clause VII Q(d). Le juge de première instance a conclu que la stipulation est une clause de dommages-intérêts liquidés valide, mais la Cour d'appel a infirmé la décision.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : La clause VII Q(d) est invalide en raison de la règle anti-privation. Cette règle rend nulle toute stipulation d'un contrat qui prévoit qu'en cas d'insolvabilité (ou de faillite), la valeur des actifs à laquelle les créanciers de la personne insolvable auraient autrement accès est réduite, et place cette valeur entre les mains d'autres personnes.

La règle anti-privation existait déjà dans la common law canadienne avant qu'il n'existe de loi fédérale en matière de faillite, et elle n'a été éliminée, ni par une décision de la Cour, ni par le Parlement. Les interventions du Parlement doivent être considérées comme codifiant graduellement certains aspects de la common law, plutôt que comme cherchant à écarter tous les principes de common law connexes. La règle anti-privation empêche de contourner, au moyen de stipulations contractuelles, le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »), puisqu'elle rend nulles les stipulations qui empêchent que des biens soient dévolus au syndic. Cela contribue à maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers en conformité avec les priorités énoncées dans la LFI.

Le test applicable à la règle anti-privation comporte deux volets : l'application de la clause pertinente est déclenchée par une insolvabilité ou une faillite, et la clause a pour effet de réduire la valeur de l'actif de la personne insolvable. Ce test est fondé sur les effets. La question sur laquelle il faut se pencher est celle de savoir si l'effet de la stipulation était de réduire la valeur de l'actif en cas de faillite, et non celle de savoir si l'intention des parties contractantes était raisonnable sur le plan commercial. L'adoption d'un test fondé sur l'objet aurait pour effet de créer des difficultés nouvelles plus grandes. Cela obligerait les tribunaux à déterminer l'intention des parties contractantes bien après les faits, nuirait à l'administration efficace des faillites d'entreprise et encouragerait les parties qui peuvent plausiblement prétendre être de bonne foi à

with the general principles of contractual freedom — parties do not negotiate with a view to protecting the interests of their creditors in the event of their bankruptcy. Finally, under a purpose-based rule, unsecured creditors would receive even less than they do now. An effects-based approach provides parties with the confidence that contractual agreements, absent a provision providing for the withdrawal of assets upon bankruptcy or insolvency, will generally be upheld.

Clause VII Q(d) violates the anti-deprivation rule and is thus void. It provides that, in the event Capital Steel commits any act of bankruptcy, Capital Steel shall forfeit 10 percent of the subcontract price — this is a direct and blatant violation of the rule. It cannot be rescued by the law of set-off, as set-off only applies to enforceable debts or claims. It applies to debts owed by the bankrupt that were not triggered by the bankruptcy, since the anti-deprivation rule only makes deprivations triggered by insolvency unenforceable.

Per Côté J. (dissenting): There is agreement with the majority that the anti-deprivation rule has a longstanding and strong jurisprudential footing in Canadian law and that it has not been eliminated by the Court or through legislation. However, this rule should not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. As clause VII Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose, it is enforceable and does not offend the anti-deprivation rule. Accordingly, the application judge's order should be restored.

The anti-deprivation rule should not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose for three reasons. First, courts applying the anti-deprivation rule in Canada have not been content to rest their reasons for decision merely on a finding that the effect of a transaction or contractual provision was to deprive a bankrupt's estate of value — the golden thread weaving its way through the jurisprudence is the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose behind the deprivation. In the minority of cases where *bona fide* commercial purpose has not been discussed, its absence has been readily inferable from the circumstances.

Second, there is a principled legal basis for retaining a *bona fide* commercial purpose test. The anti-deprivation rule is based on the common law public policy against agreements entered into for the unlawful purpose of

s'accorder une préférence à l'encontre des autres créanciers en insérant de telles clauses dans leurs contrats. Cela serait en outre incompatible avec les principes généraux de liberté contractuelle — les parties ne négociant pas dans le but de protéger les intérêts de leurs créanciers en cas de faillite. Enfin, suivant une règle fondée sur l'objet, les créanciers non garantis recevraient encore moins que ce qu'ils reçoivent à l'heure actuelle. Une approche fondée sur les effets assure aux parties que les ententes contractuelles, en l'absence d'une stipulation prévoyant le retrait d'actifs en cas de faillite ou d'insolvabilité, seront généralement maintenues.

La clause VII Q(d) enfreint la règle anti-privation et est donc nulle. Elle prévoit que, dans le cas où Capital Steel fait faillite, elle renonce à 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance — ce qui constitue une violation directe et évidente de la règle anti-privation. La clause ne peut être sauvegardée par les règles de la compensation, car celle-ci ne s'applique qu'aux dettes ou aux réclamations exigibles. Elle s'applique aux dettes du failli qui n'ont pas été provoquées par la faillite, puisque la règle anti-privation rend seulement inexigibles les réclamations fondées sur des privations déclenchées par une insolvabilité.

La juge Côté (dissidente) : Il y a accord avec les juges majoritaires que la règle anti-privation est bien ancrée depuis longtemps dans la jurisprudence canadienne et qu'elle n'a été éliminée ni par la Cour ni par une loi. Toutefois, cette règle ne devrait pas s'appliquer aux transactions ou aux stipulations qui poursuivent un objectif commercial véritable. Comme la clause VII Q(d) poursuit un objectif commercial véritable, elle est exécutoire et n'enfreint pas la règle anti-privation. L'ordonnance du juge de première instance devrait donc être rétablie.

La règle anti-privation ne devrait pas s'appliquer aux transactions ou aux stipulations qui poursuivent un objectif commercial véritable, et ce, pour trois motifs. Premièrement, les tribunaux qui appliquent la règle anti-privation au Canada ne se sont pas contentés de fonder leurs décisions sur une simple conclusion voulant qu'une transaction ou une stipulation ait pour effet de réduire la valeur de l'actif du failli — le lien qui relie la jurisprudence est la présence ou l'absence d'une finalité commerciale objective qui sous-tend la privation. Dans les rares cas où l'examen de la question de l'objectif commercial véritable n'a pas été réalisé, il était facile d'en inférer l'absence des circonstances.

Deuxièmement, le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable repose sur un fondement juridique valable. La règle anti-privation s'appuie sur le principe de common law voulant que les accords conclus dans le but

defrauding or otherwise injuring third parties. It thus requires an objective assessment of the parties' intentions. In contrast, the *pari passu* rule has an effects-based test because it is based on an implied prohibition in the *BIA* that operates regardless of the parties' intentions. The *pari passu* provision in the *BIA* establishes a very clear bright line rule that all claims proved in a bankruptcy shall be paid rateably. This clear and straightforward statutory language readily supports a conclusion that Parliament intended to prohibit a debtor from contracting with creditors for a different distribution of the debtor's assets in bankruptcy than that provided in s. 141 of the *BIA*.

The anti-deprivation rule does not derive from a strained interpretation of s. 71 of the *BIA*. But even if the anti-deprivation rule was an implied prohibition in the *BIA*, it is a well-established principle that the *BIA* does not grant a trustee any greater interest in a bankrupt's property than that enjoyed by the bankrupt prior to the bankruptcy. Holding that s. 71 of the *BIA* converts the bankrupt's qualified interest in an asset into an absolute or unqualified interest in the hands of the trustee breaks with this principle. The statutory context includes numerous provisions indicating that arm's-length *bona fide* commercial transactions are valid as against the trustee of a bankrupt's estate.

Third, as a matter of public policy, the considerations cited in support of an effects-based test are not sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts. Despite being a judicially-derived public policy, it is still prudent for courts to take into account the policies embodied in legislation as a reflection of society's public policy concerns. Therefore, anti-deprivation rule's common law character does not preclude a court from taking into account Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors, when considering how to formulate the anti-deprivation rule. However, Parliament's objectives must be weighed against the other policy interests protected by the common law when considering how to best formulate the rule. The common law places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest, and the public policy considerations which have been cited in support of an effects-based test are not sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts.

illégal de commettre une fraude ou de causer un préjudice à un tiers soient contraires à l'intérêt public. Par conséquent, il requiert une évaluation objective de l'intention des parties. En revanche, la règle du *pari passu* entraîne le recours à un test fondé sur les effets, car elle est fondée sur une prohibition implicite contenue dans la *LFI* qui s'applique indépendamment de l'intention des parties. La disposition de la *LFI* qui énonce la règle *pari passu* établit une règle de démarcation très nette selon laquelle toutes les réclamations établies dans la faillite sont acquittées au prorata. Ce libellé clair et précis de la loi appuie d'emblée la conclusion selon laquelle le législateur avait pour intention d'interdire à un débiteur de conclure un contrat avec des créanciers en vue de distribuer ses biens en cas de faillite d'une manière autre que celle prévue à l'art. 141 de la *LFI*.

La règle anti-privation n'émane pas d'une interprétation forcée de l'art. 71 de la *LFI*. Or, même si la règle anti-privation était une prohibition implicite contenue dans la *LFI*, il est un principe bien établi que la *LFI* n'accorde pas au syndic, à l'égard d'un bien du failli, un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli avant la faillite. Conclure que l'art. 71 de la *LFI* convertit l'intérêt relatif du failli à l'égard d'un bien en intérêt absolu pour le syndic s'écarte de ce principe. Le contexte statutaire comprend de nombreuses dispositions prévoyant que les transactions commerciales de bonne foi sans lien de dépendance sont valides contre le syndic de l'actif du failli.

Troisièmement, en ce qui concerne l'intérêt public, les considérations qui ont été citées en appui au test fondé sur les effets ne suffisent pas à transcender l'importance de l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats. Même si la règle d'intérêt public émane des tribunaux, ceux-ci doivent néanmoins faire preuve de prudence et tenir compte des préoccupations de la société en matière d'intérêt public. Par conséquent, le fait que la règle anti-privation soit issue de la common law n'empêche pas un tribunal de tenir compte de l'objectif du Parlement qui est de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers lorsqu'il se penche sur la façon de formuler la règle anti-privation. Toutefois, les objectifs du Parlement doivent être évalués par rapport aux autres intérêts publics protégés par la common law au moment de décider de la meilleure façon de formuler la règle. La common law accorde beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel, et les considérations d'intérêt public qui ont été citées en appui au test fondé sur les effets ne suffisent pas à transcender l'importance de l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats.

A purely effects-based test gives too little weight to freedom of contract, party autonomy, and the elbow-room which the common law traditionally accords for the aggressive pursuit of self-interest. It may also create significant uncertainty by introducing a vague standard which unduly restricts the scope of the anti-deprivation rule. By contrast, a subjective purpose test would place too little weight on Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors. The middle path — the objective *bona fide* commercial purpose test — is the best way to balance freedom of contract, the interests of third party creditors, and commercial certainty. Certainty in commercial affairs is typically better served by giving effect to contracts which were freely entered into, particularly when they serve commercial purposes and are not directed at an unlawful objective.

In addition, applying a *bona fide* commercial purpose test would not require a significantly more onerous analysis into the parties' intentions than that entailed by an effects-based test. Moreover, while debtors are not properly incentivized to protect their creditors' interests when dealing with third parties, creditors can access a full range of options to protect their rights: the oppression remedy, the directors' duty of care, the various anti-avoidance provisions in the *BIA* and in provincial statutes, as well as the ability of creditors to bargain for contractual protections. Parliament has also occupied much of the ground formerly covered by the common law such that there is a reduced need for a general anti-deprivation rule. Indeed, the many statutory protections already in place to safeguard the interests of creditors undermine any perceived policy need to expand the reach of the anti-deprivation rule. These provisions reflect Parliament's policy preference for upholding the validity of *bona fide* commercial arrangements, even when they have the effect of reducing the pool of assets available to a debtor's creditors in bankruptcy.

In the instant case, clause VII Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose. A general contractor's role is essentially to oversee and coordinate the construction of a project by various subcontractors according to a set schedule. It is evident that a subcontractor's bankruptcy during the construction of the project would require the general contractor to redirect significant administrative and management resources. The general contractor would also incur administrative and management costs from mitigating the fallout up and down the construction pyramid.

Un test fondé purement sur les effets accorde trop peu de poids à la liberté contractuelle, à l'autonomie des parties et à la liberté d'action traditionnellement conférée par la common law en vue de la poursuite agressive d'intérêts personnels. Il pourrait également entraîner une incertitude considérable, car on introduirait une norme vague qui restreindrait indûment la portée de la règle anti-privation. En revanche, un test subjectif fondé sur la finalité accorderait trop peu de poids à l'objectif du Parlement de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers. Un moyen terme, soit l'adoption d'un test objectif fondé sur la finalité commerciale véritable, est la meilleure solution pour respecter l'équilibre entre la liberté contractuelle, les intérêts des créanciers tiers et la certitude commerciale. La certitude dans les affaires commerciales est habituellement mieux servie en donnant effet aux contrats conclus librement, surtout lorsque les ententes en question poursuivent des fins commerciales et non un objectif illégal.

Par ailleurs, le fait d'appliquer un test fondé sur la finalité ou l'objectif commercial véritable n'exigerait pas une analyse considérablement plus détaillée des intentions des parties que celle associée au test fondé sur les effets. Qui plus est, même si les débiteurs ne sont pas motivés à protéger les intérêts de leurs créanciers lorsqu'ils traitent avec des tiers, un ensemble d'options s'offrent aux créanciers pour protéger leurs droits : le redressement en cas d'abus de droit, l'obligation de diligence des administrateurs, les diverses dispositions anti-évitement de la *LFI* et des lois provinciales ainsi que la capacité des créanciers de négocier des protections contractuelles. Le Parlement occupe en outre aujourd'hui une grande partie du terrain qui relevait autrefois de la common law, ce qui diminue la nécessité d'avoir une règle anti-privation générale. En effet, les nombreuses protections déjà prévues par les lois destinées à protéger les intérêts des créanciers remettent en question le besoin d'élargir la portée de la règle anti-privation. Ces dispositions reflètent une préférence du Parlement pour le maintien de la validité des transactions commerciales de bonne foi, même lorsque celles-ci ont pour effet de réduire l'ensemble de biens accessibles aux créanciers en cas de faillite.

En l'espèce, la clause VII Q(d) vise un objectif commercial véritable. Le rôle d'un entrepreneur général consiste essentiellement à superviser et à coordonner la construction d'un projet par différents sous-traitants conformément au calendrier fixé. Il est évident que la faillite d'un sous-traitant durant la construction du projet oblige l'entrepreneur général à réaffecter beaucoup de ressources administratives et de gestion. L'entrepreneur général a également à assumer des coûts administratifs et de gestion pour atténuer les répercussions dans toute la

Costly delays would ensue as well. Thus, a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means is legitimate. Clause VII Q(d) does not demonstrate any intent on the part of Chandos or Capital Steel to avoid the operation on bankruptcy laws or to prejudice Capital Steel's creditors.

Cases Cited

By Rowe J.

Distinguished: *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900; **referred to:** *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383; *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev'd 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *HGC v. IESO*, 2019 ONSC 259; *1183882 Alberta Ltd. v. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285; *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193.

By Côté J. (dissenting)

A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd., 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082; *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C.

pyramide de ceux qui participent à la construction. Cela entraîne en outre des retards coûteux. Par conséquent, il est légitime de prévoir des frais pour les dérangements qu'il subit lorsque les travaux sont achevés par d'autres moyens. La clause VII Q(d) ne démontre aucune intention de la part de Chandos ou de Capital Steel d'éviter l'application des lois en matière de faillite ou de nuire aux créanciers de Capital Steel.

Jurisprudence

Citée par le juge Rowe

Distinction d'avec l'arrêt : *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900; **arrêts mentionnés :** *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383; *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. par 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *HGC c. IESO*, 2019 ONSC 259; *1183882 Alberta Ltd. c. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285; *Watson c. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Hobbs c. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Borland's Trustee c. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193.

Citée par la juge Côté (dissidente)

A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd., 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082; *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C.

383; *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483; *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442; *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138; *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900; *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475; *British Eagle International Airlines Ltd. v. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44; *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev'd 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249; *Higinbotham v. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451; *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638; *Whitmore v. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031; *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643; *Elford v. Elford* (1922), 64 S.C.R. 125; *Campbell River Lumber Co. v. McKinnon* (1922), 64 S.C.R. 396; *Zimmermann v. Letkeman*, [1978] 1 S.C.R. 1097; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91; *Lefebvre (Trustee of)*, 2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631; *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327; *St. John Shipping Corp. v. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267; *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1; *Fender v. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1; *Lomas v. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, aff'd [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R.

383; *Hobbs c. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483; *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442; *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138; *Coopérants (Les), Société mutuelle d'assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900; *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475; *British Eagle International Airlines Ltd. c. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758; *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379; *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44; *Watson c. Mason* (1876), 22 Gr. 574; *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61; *Borland's Trustee c. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692; *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276; *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. par 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249; *Higinbotham c. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451; *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638; *Whitmore c. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031; *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643; *Elford c. Elford* (1922), 64 R.C.S. 125; *Campbell River Lumber Co. c. McKinnon* (1922), 64 R.C.S. 396; *Zimmermann c. Letkeman*, [1978] 1 R.C.S. 1097; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91; *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326; *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631; *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327; *St. John Shipping Corp. c. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267; *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1; *Fender c. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1; *Lomas c. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, conf. par [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S.

751; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 112.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 65.1, 66.34, 71, 84.2, 95(1), 96(1), 97(1), (3), 99(1), 141.
Canadian Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241.
Companies Act, 1948 (U.K.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, s. 302.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

Authors Cited

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, 2003.
 Goode, Roy. "Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions" (2011), 127 *Law Q. Rev.* 1.
 Grottenthaler, Margaret, and Elizabeth Pillon. "Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle" (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139.
 Ho, Adrienne. "The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada" (2015), 61 *McGill L.J.* 139.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
 Westeinde, John. "Construction is 'Risky Business'" (1988), 29 *C.L.R.* 119.
 Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
 Wood, Roderick J. "Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle: *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)*" (2014), 52 *Alta. L.R.* 171.
 Worthington, Sarah. "Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule" (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Veldhuis and Wakeling JJ.A.), 2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, 70 C.B.R. (6th) 1, 91 B.L.R. (5th) 1, [2019] A.J. No. 99 (QL), 2019 CarswellAlta 125 (WL Can.), setting aside a decision of Nielsen J., Alta. Q.B., Edmonton,

751; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888.

Lois et règlements cités

Companies Act, 1948 (R.-U.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, art. 302.
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241.
Loi sur la faillite, L.R.C. 1970, c. B-3, art. 112.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 65.1, 66.34, 71, 84.2, 95(1), 96(1), 97(1), (3), 99(1), 141.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.

Doctrine et autres documents cités

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, 2003.
 Goode, Roy. « Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions » (2011), 127 *Law Q. Rev.* 1.
 Grottenthaler, Margaret, and Elizabeth Pillon. « Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle » (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139.
 Ho, Adrienne. « The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada » (2015), 61 *R.D. McGill* 139.
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 7th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
 Westeinde, John. « Construction is "Risky Business" » (1988), 29 *C.L.R.* 119.
 Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
 Wood, Roderick J. « Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle : *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)* » (2014), 52 *Alta. L.R.* 171.
 Worthington, Sarah. « Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Rowbotham, Veldhuis et Wakeling), 2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, 70 C.B.R. (6th) 1, 91 B.L.R. (5th) 1, [2019] A.J. No. 99 (QL), 2019 CarswellAlta 125 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Nielsen, Cour

No. 24-2169632, March 17, 2017. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Darren Bieganek, Q.C., and Ryan Quinlan, for the appellant.

Shauna N. Finlay and Victoria Merritt, for the respondent.

Zoe Oxaal, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ashley Taylor and Sinziana R. Hennig, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

Sean F. Collins, Brandon Kain and Cassidy Thomson, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ. was delivered by

[1] ROWE J. — This case concerns a common law rule (“anti-deprivation rule”) that operates to prevent contracts from frustrating statutory insolvency schemes. Chandos Construction Ltd. (“Chandos”) entered into a construction contract (“Subcontract”) with Capital Steel Inc. (“Capital Steel”). A provision of the Subcontract would award Chandos a sum of money in the event of Capital Steel’s bankruptcy, which later occurred. This case deals with whether that provision was invalid by virtue of the anti-deprivation rule.

[2] I conclude that it is, essentially for the reasons of the majority of the Court of Appeal of Alberta. Accordingly, the appeal is dismissed.

I. Facts

[3] Chandos, a general construction contractor, entered into the Subcontract with Capital Steel, a subcontractor. The value of the Subcontract

du Banc de la Reine d’Alberta, Edmonton, No. 24-2169632, 17 mars 2017. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Darren Bieganek, c.r., et Ryan Quinlan, pour l’appelante.

Shauna N. Finlay et Victoria Merritt, pour l’intimée.

Zoe Oxaal, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Ashley Taylor et Sinziana R. Hennig, pour l’intervenante l’Association canadienne des professionnels de l’insolvabilité et de la réorganisation.

Sean F. Collins, Brandon Kain et Cassidy Thomson, pour l’intervenant l’Institut d’insolvabilité du Canada.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LE JUGE ROWE — La présente cause porte sur une règle de common law (« règle anti-privation ») qui a pour effet d’empêcher de contourner les régimes législatifs d’insolvabilité par voie contractuelle. Chandos Construction Ltd. (« Chandos ») a conclu un contrat de construction (« contrat de sous-traitance ») avec Capital Steel Inc. (« Capital Steel »). Une stipulation du contrat de sous-traitance prévoit que Chandos recevrait une somme d’argent advenant la faillite de Capital Steel, ce qui est arrivé. Il s’agit pour la Cour de déterminer si cette stipulation est invalide en raison de la règle anti-privation.

[2] Je conclus que c’est le cas, essentiellement pour les motifs exprimés par les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

I. Faits

[3] Chandos, un entrepreneur général en construction, a conclu un contrat de sous-traitance avec Capital Steel, un sous-traitant. La valeur de ce

was \$1,373,300.47. The provision at issue is in clause VII Q, one of the “Conditions” of the sub-contract:

Q Subcontractor Ceases Operation

In the event the Subcontractor commits any act of insolvency, bankruptcy, winding up or other distribution of assets, or permits a receiver of the Subcontractor’s business to be appointed, or ceases to carry on business or closes down its operations, then in any of such events:

(a) this Subcontract Agreement shall be suspended but may be reinstated and continued if the Contractor, the liquidator or Trustee of the Subcontractor and the surety, if any, so agree. If no agreement is reached, the Subcontractor shall be considered to be in default and the Contractor may give written notice of default to the Subcontractor and immediately proceed to complete the Work by other means as deemed appropriate by the Contractor, and

(b) any cost to the Contractor arising from the suspension of this Subcontract Agreement or the completion of the Work by the Contractor, plus a reasonable allowance for overhead and profit, will be payable by the Subcontractor and or his sureties, and

(c) the Contractor is entitled to withhold up to 20% of the within Subcontract Agreement price until such time as all warranty and or guarantee periods which are the responsibility of the Subcontractor have expired and,

(d) the Subcontractor shall forfeit 10% of the within Subcontract Agreement price to the Contractor as a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means and/or for monitoring the work during the warranty period.

(A. R., at p. 157)

[4] This clause provides four consequences that follow from the insolvency, bankruptcy, or cease of business of Capital Steel. First, clause VII Q(a) provides that the Subcontract will be suspended and can only be continued if the Trustee in bankruptcy and

contrat de sous-traitance s’élevait à 1 373 300,47 \$. La stipulation en litige est la clause VII Q, l’une des « Conditions » du contrat de sous-traitance :

[TRADUCTION]

Q Cessation des activités du sous-traitant

Dans le cas où le sous-traitant devient insolvable, fait faillite, liquide ou distribue autrement ses actifs, permet la nomination d’un séquestre pour son entreprise, cesse d’exercer ses activités ou ferme ses chantiers :

(a) le présent contrat de sous-traitance est suspendu, mais peut être rétabli et maintenu si l’entrepreneur, le liquidateur ou le syndic de faillite du sous-traitant et la caution, le cas échéant, s’entendent. Si aucune entente n’est conclue, le sous-traitant est considéré comme ayant manqué à ses obligations et l’entrepreneur peut lui remettre un avis de défaut par écrit et procéder immédiatement à l’achèvement des travaux par d’autres moyens qu’il juge appropriés;

(b) tous les coûts engagés par l’entrepreneur découlant de la suspension du présent contrat de sous-traitance ou de l’achèvement des travaux par l’entrepreneur, plus une indemnisation raisonnable pour les frais généraux et le profit, sont payables par le sous-traitant et/ou ses cautions;

(c) l’entrepreneur peut retenir jusqu’à 20 % du prix du présent contrat de sous-traitance jusqu’à ce que toutes les garanties et/ou toutes les périodes de garantie qui relèvent de la responsabilité du sous-traitant soient expirées;

(d) le sous-traitant renonce à 10 % du prix du présent contrat de sous-traitance en faveur de l’entrepreneur à titre de frais pour les dérangements liés à l’achèvement des travaux par d’autres moyens et/ou pour la surveillance des travaux durant la période de garantie.

(d.a., p. 157)

[4] Cette stipulation prévoit quatre conséquences en cas d’insolvabilité, de faillite ou de cessation des activités de Capital Steel. Premièrement, la clause VII Q(a) prévoit que le contrat de sous-traitance est suspendu et ne peut être rétabli que

Chandos agree. Second, clause VII Q(b) provides that Capital Steel will pay Chandos “any cost . . . arising from the suspension” of the Subcontract or from Chandos having to complete the work, plus a “reasonable allowance for overhead and profit”. Third, clause VII Q(c) allows Chandos to withhold certain funds from Capital Steel until the warranty and guarantee periods run out. Fourth, clause VII Q(d) provides that Capital Steel will pay Chandos 10 percent of the Subcontract price “as a fee for the inconvenience . . . and/or for monitoring the work”.

[5] When Capital Steel filed an assignment in bankruptcy prior to completing its Subcontract with Chandos, Deloitte Restructuring Inc. was appointed as its Trustee in bankruptcy. At the time, Chandos owed Capital Steel \$149,618.39 under the Subcontract. Chandos argued that it was entitled to set off \$22,800 — the costs it had incurred to complete Capital Steel’s work — such that it would owe Capital Steel only \$126,818.39 (\$149,618.39 less \$22,800). In so arguing, Chandos did not have to rely on clause VII Q as it could rely on the ordinary common law rules relating to damages for breach of contract and the law of set-off, which persists in bankruptcy under s. 97(3) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”).

[6] Chandos argued that it was also entitled to set off the amount triggered by the bankruptcy according to clause VII Q(d), under which Capital Steel forfeits 10 percent of the Subcontract price in the event of insolvency. The Subcontract price was \$1,373,300.47, so, by its terms, clause VII Q(d) created a debt owed by Capital Steel to Chandos of \$137,330.05. If clause VII Q(d) applied, it would mean Chandos had a \$10,511.66 claim provable in bankruptcy proceedings rather than a debt to Capital Steel of \$126,818.39.

si le syndic de faillite et Chandos s’entendent. Deuxièmement, la clause VII Q(b) prévoit que Capital Steel doit payer à Chandos [TRADUCTION] « tous les coûts [. . .] découlant de la suspension » du contrat de sous-traitance ou de l’achèvement des travaux par Chandos, plus une « indemnisation raisonnable pour les frais généraux et le profit ». Troisièmement, la clause VII Q(c) permet à Chandos de retenir certains fonds destinés à Capital Steel jusqu’à l’expiration de la garantie ou des périodes de garantie. Quatrièmement, la clause VII Q(d) prévoit que Capital Steel doit payer à Chandos 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance à titre de « frais pour les dérangements [. . .] et/ou pour la surveillance des travaux ».

[5] Lorsque Capital Steel a procédé à une cession de ses biens avant de terminer son contrat de sous-traitance avec Chandos, Restructuration Deloitte Inc. a été nommée syndic de la faillite. À ce moment-là, Chandos devait une somme de 149 618,39 \$ à Capital Steel en application du contrat de sous-traitance. Chandos a soutenu qu’elle avait le droit de déduire la somme de 22 800 \$ — soit les coûts qu’elle avait engagés pour terminer les travaux commencés par Capital Steel —, de sorte qu’elle ne devait plus à celle-ci que 126 818,39 \$ (149 618,39 \$ moins 22 800 \$). Pour faire valoir cet argument, Chandos n’avait pas besoin de recourir à la clause VII Q puisqu’elle pouvait simplement invoquer les règles ordinaires de common law relatives aux dommages-intérêts pour rupture de contrat et à la compensation, qui s’appliquent en matière de faillite aux termes du par. 97(3) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« LFI »).

[6] Chandos a fait valoir qu’elle avait également le droit de déduire le montant qui lui était dû en cas de faillite suivant la clause VII Q(d), qui prévoit que Capital Steel doit renoncer à 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance en cas d’insolvabilité. Le prix du contrat de sous-traitance étant de 1 373 300,47 \$, la clause VII Q(d) crée une dette de 137 330,05 \$ payable par Capital Steel à Chandos. Si la clause VII Q(d) s’applique, cela veut dire que Chandos a une réclamation prouvable de 10 511,66 \$ dans le cadre de la faillite plutôt qu’une dette de 126 818,39 \$ envers Capital Steel.

[7] Faced with these arguments, the Trustee applied for advice and directions from the Court of Queen’s Bench as to whether clause VII Q(d) was valid.

II. Judgments Below

[8] The application judge found the provision to be valid (Alta. Q.B., Edmonton, No. 24-2169632, March 17, 2017). He concluded that, so long as the provision was not an attempt to avoid the effect of bankruptcy laws, the anti-deprivation rule does not prevent contracting parties from agreeing that upon the insolvency of one party, the other party can make a liquidated damages claim. He found that, in this case, Chandos had not attempted to avoid the effect of bankruptcy laws. He also found that the provision was a (valid) liquidated damages clause, not an (invalid) penalty clause.

[9] On appeal, the majority of the Court of Appeal reversed the decision, finding the provision invalid (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195).

[10] As Rowbotham J.A., for the majority, explained, whether a provision is a liquidated damages clause or a penalty clause is a separate and distinct analysis from whether the provision violates the anti-deprivation rule. A provision can be invalid if it violates either the anti-deprivation rule or the penalty clause rule.

[11] Justice Rowbotham’s reasons proceeded in three stages. First, she identified the long history of the anti-deprivation rule in Canadian jurisprudence. Second, she found that the rule has not been eliminated by either subsequent decisions or by statutory amendments. Finally, she determined that the content of the rule should remain as articulated in the Canadian jurisprudence rather than adopt the approach taken by the United Kingdom Supreme Court in *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38,

[7] Face à ces arguments, le syndic a demandé des conseils et des directives à la Cour du Banc de la Reine quant à la validité de la clause VII Q(d).

II. Jugements des juridictions d’instances inférieures

[8] Le juge de première instance a conclu que la stipulation est valide (B.R. Alb., Edmonton, n° 24-2169632, 17 mars 2017). Selon lui, tant que celle-ci ne vise pas à éviter l’effet des lois en matière de faillite, la règle anti-privation n’empêche pas les parties contractantes de convenir que, en cas d’insolvabilité de l’une d’entre elles, l’autre peut réclamer des dommages-intérêts liquidés. À son avis, en l’espèce, Chandos n’avait pas tenté d’éviter l’effet des lois en matière de faillite, et la stipulation était une clause de dommages-intérêts liquidés (valide) et non une clause pénale (invalide).

[9] En appel, ayant conclu que la stipulation était invalide, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont infirmé la décision (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195).

[10] La juge Rowbotham, écrivant au nom des juges majoritaires, a expliqué que la question de savoir si une stipulation est une clause établissant des dommages-intérêts liquidés ou une clause pénale commande une analyse distincte de celle visant à savoir si la stipulation viole la règle anti-privation. Une stipulation peut être invalide si elle viole la règle anti-privation ou si il s’agit d’une clause pénale inexécutoire.

[11] Dans ses motifs, la juge Rowbotham a procédé en trois étapes. D’abord, elle a fait l’historique de l’existence de longue date de la règle anti-privation dans la jurisprudence canadienne. Ensuite, elle a conclu que la règle n’a été éliminée ni par des décisions subséquentes ni par des modifications législatives. Enfin, elle a jugé que le contenu de la règle doit rester tel qu’il est énoncé dans la jurisprudence canadienne, et qu’on doit s’abstenir d’adopter l’approche utilisée par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l’arrêt *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY*

[2012] 1 A.C. 383 (“*Belmont Park*”, earlier know as “*Perpetual Trustee*”).

[12] As Rowbotham J.A. explained, the common law has two distinct rules that both invalidate contracts that affect the distribution of proceeds in bankruptcy, although they had earlier been combined under the moniker of a “fraud upon the bankruptcy law”. The rules do not stand on their own, but rather exist to give effect to an implicit prohibition in bankruptcy legislation. First, the *pari passu* rule forbids contractual provisions that would allow certain creditors to receive more than their fair share. It does not matter whether the provision is triggered by insolvency or bankruptcy, so long as it would alter the scheme of distribution after proceedings begin. Second, the anti-deprivation rule prevents parties from agreeing to remove property from a bankrupt’s estate that would otherwise have vested in the trustee. It invalidates provisions that are “engaged by a debtor’s insolvency and remove value from the debtor’s estate to the prejudice of creditors” (para. 32). Put another way, although both rules concern creditors receiving an appropriately-sized slice of the proverbial pie, the anti-deprivation rule relates to the size of the pie and the *pari passu* rule relates to the slicing of the pie, whatever size it may be (see R. Goode, “Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions” (2011), 127 *Law. Q. Rev.* 1, at p. 4).

[13] Justice Rowbotham concluded that both rules have been applied in Canadian jurisprudence. She cited *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475, at para. 23, as an application of the *pari passu* rule, and the following cases as examples of the application of the anti-deprivation rule: *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Gen. Div.)) (“*Bramalea*”); *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379 (C.A.); *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66 (N.B.S.C. (App. Div.)); *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev’d on other grounds 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (Ont.

Corporate Trustee Services Ltd., [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383 (« *Belmont Park* », autrefois connu sous le nom « *Perpetual Trustee* »).

[12] Comme la juge Rowbotham l’a expliqué, il existe en common law deux règles distinctes qui invalident chacune les contrats touchant la distribution de l’actif en cas de faillite, même si on parlait autrefois dans les deux cas du « principe de fraude contre les lois en matière de faillite ». Ces règles ne sont pas autonomes; elles existent plutôt pour donner effet à une interdiction implicite dans les lois en matière de faillite. Premièrement, la règle du *pari passu* interdit les stipulations qui permettent à certains créanciers de recevoir plus que leur juste part. Il n’importe pas que l’application de la stipulation soit déclenchée par une insolvabilité ou une faillite, tant qu’elle modifie le plan de distribution après le début des procédures. Deuxièmement, la règle anti-privation empêche des parties de s’entendre pour retirer de l’actif d’un failli certains biens qui auraient autrement été dévolus au syndic. Elle invalide les stipulations dont l’application [TRADUCTION] « est déclenchée par l’insolvabilité d’un débiteur et qui réduisent la valeur de son actif au détriment des créanciers » (par. 32). Autrement dit, même si les deux règles concernent l’obtention par les créanciers d’une part adéquate du gâteau, la règle anti-privation porte sur la taille du gâteau tandis que la règle du *pari passu* porte sur la répartition de celui-ci, peu importe sa taille (voir R. Goode, « Perpetual Trustee and Flip Clauses in Swap Transactions » (2011), 127 *Law. Q. Rev.* 1, p. 4).

[13] La juge Rowbotham a conclu que les deux règles ont été appliquées dans la jurisprudence canadienne. Elle a cité l’arrêt *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475, par. 23, à titre d’application de la règle du *pari passu*, et les décisions suivantes à titre d’exemples d’application de la règle anti-privation : *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Div. gén.)) (« *Bramalea* »); *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379 (C.A.); *Re Wetmore*, [1924] 4 D.L.R. 66 (C.S.N.-B. (Div. app.)); *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. pour d’autres motifs 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114; *Re Knechtel Furniture*

S.C.); *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (Que. Sup. Ct.); *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276, at paras. 10-12; *HGC v. IESO*, 2019 ONSC 259, at para. 100 (CanLII); *1183882 Alberta Ltd. v. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285, per McDonald J.A., dissenting.

[14] Justice Rowbotham identified no cases where the anti-deprivation rule had been eliminated. She considered *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900 (“*Coopérants*”), because, even though it involved a contractual provision triggered by liquidation, this Court did not discuss the anti-deprivation rule. She noted, however, that there was no evidence the provision at issue prejudiced creditors, so the anti-deprivation rule would not have been engaged.

[15] Justice Rowbotham also found that no statutory changes had eliminated the anti-deprivation rule, either explicitly or by negative implication, as when Parliament occupies the field. The only changes that might arguably be relevant were to the *BIA*. They, however, addressed a different problem than that addressed by the anti-deprivation rule: whereas the anti-deprivation rule protects creditors, the changes in question protect debtors.

[16] One such change came when Parliament enacted ss. 65.1 and 66.34 of the *BIA*. These sections invalidate contractual provisions triggered by insolvency in both commercial and consumer restructurings. Parliament’s focus was on ensuring that debtors have time necessary to restructure their affairs. There was no suggestion that these sections were meant to affect the anti-deprivation rule, which is aimed at protecting the interest of creditors.

[17] Similarly, when Parliament enacted s. 84.2 of the *BIA*, it intended to protect consumer debtors

Ltd. (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (C.S. Ont.); *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (C.S. Qc); *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276, par. 10-12; *HGC c. IESO*, 2019 ONSC 259, par. 100 (CanLII); *1183882 Alberta Ltd. c. Valin Industrial Mill Installations Ltd.*, 2012 ABCA 62, 522 A.R. 285, le juge McDonald, dissident.

[14] La juge Rowbotham n’a trouvé aucune affaire dans laquelle la règle anti-privation a été éliminée. Elle a examiné l’arrêt *Coopérants (Les), Société mutuelle d’assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900 (« *Coopérants* »), parce que, même s’il porte sur une stipulation dont l’application a été déclenchée par une liquidation, la Cour n’y a pas traité de la règle anti-privation. Cela dit, elle a noté que rien n’indiquait que la stipulation en cause avait porté préjudice aux créanciers, de sorte que la règle anti-privation ne se serait pas appliquée.

[15] La juge Rowbotham a également conclu qu’aucune modification législative n’a éliminé la règle anti-privation, ni explicitement ni implicitement, comme c’est le cas lorsque le Parlement occupe le terrain quant à une question. Les seules modifications qui pourraient être pertinentes sont celles apportées à la *LFI*. Or, elles concernent un problème différent de celui visé par la règle anti-privation : en effet, alors que cette dernière protège les créanciers, les modifications en question protègent les débiteurs.

[16] Une de ces modifications a été apportée lorsque le Parlement a adopté les art. 65.1 et 66.34 de la *LFI*. Ces dispositions invalident les stipulations dont l’application est déclenchée par une insolvabilité dans le contexte de la restructuration d’un débiteur commercial ou d’un débiteur consommateur. Le Parlement visait principalement à garantir que les débiteurs disposaient du temps nécessaire pour restructurer leurs affaires. Rien n’indique que ces dispositions législatives visaient à modifier la règle anti-privation, qui a pour but de protéger les intérêts des créanciers.

[17] De même, lorsque le Parlement a adopté l’art. 84.2 de la *LFI*, il souhaitait protéger les débiteurs

from the deleterious consequences of provisions that trigger upon bankruptcy, not to protect one creditor from a debtor's contract with another creditor.

[18] Justice Rowbotham concluded that in none of these instances did Parliament intend to occupy the field and eliminate the anti-deprivation.

[19] Next, Rowbotham J.A. considered whether to follow the U.K. Supreme Court's approach to the anti-deprivation rule in *Belmont*. In *Belmont*, the U.K. Supreme Court concluded that the anti-deprivation rule does not apply to "bona fide commercial transactions which do not have as their predominant purpose, or one of their main purposes, the deprivation of the property of one of the parties on bankruptcy" (para. 104).

[20] Justice Rowbotham declined to follow *Belmont*. She noted that this purpose-based test was contrary to the effects-based test applied by Canadian courts, and that this new test had been criticized by British legal scholars as defeating the purpose of the anti-deprivation rule. She further noted that a party who might become insolvent has no incentive to resist a clause that directs property out of its estate upon insolvency, since, upon that event, the insolvent party will no longer have an interest in that property.

[21] Finally, Rowbotham J.A. applied the common law anti-deprivation rule to clause VII Q(d). She determined that this clause triggered upon insolvency and that giving effect to it would remove value from the debtor's estate to the prejudice of creditors. The clause was therefore invalid.

[22] Justice Wakeling dissented. In his view, the anti-deprivation rule has never existed in Canadian common law or, if it did, it ceased to exist after amendments to the *BIA* and the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, in 2009. Even if it did exist, he would have adopted the

consommateurs contre les conséquences néfastes des stipulations dont l'application est déclenchée par une faillite et non à protéger des créanciers des effets d'un contrat entre le débiteur et un autre créancier.

[18] La juge Rowbotham a conclu que dans aucun de ces cas le Parlement n'a eu l'intention d'occuper le terrain relatif à la question en cause et d'éliminer la règle anti-privation.

[19] Ensuite, la juge Rowbotham a examiné s'il y avait lieu de suivre l'approche adoptée par la Cour suprême du Royaume-Uni relativement à la règle anti-privation dans l'arrêt *Belmont*. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Royaume-Uni a conclu que la règle ne s'applique pas aux [TRADUCTION] « opérations commerciales de bonne foi dont l'objectif prédominant ou l'un des objectifs principaux n'est pas de priver certains acteurs concernés des biens d'une des parties en cas de faillite » (par. 104).

[20] La juge Rowbotham a refusé de suivre l'arrêt *Belmont*. Elle a mentionné que le test fondé sur l'objet du contrat était contraire à celui fondé sur les effets appliqué par les tribunaux canadiens et que ce nouveau test avait été critiqué par des juristes britanniques, qui estiment qu'il contrecarre l'objet de la règle anti-privation. La juge Rowbotham a ajouté qu'une partie susceptible de devenir insolvable n'a pas d'intérêt à s'opposer à une clause qui réduit la valeur de son actif en cas d'insolvabilité, car, dans une telle situation, la partie insolvable n'a plus d'intérêt à l'égard de cet actif.

[21] Enfin, la juge Rowbotham a appliqué la règle anti-privation de common law à la clause VII Q(d). Elle a déterminé que l'application de cette clause est déclenchée en cas d'insolvabilité et que, en lui donnant effet, on réduit la valeur de l'actif du débiteur au détriment des créanciers. À son avis, la clause est donc invalide.

[22] Le juge Wakeling a rédigé des motifs dissidents. À son avis, la règle anti-privation n'a jamais existé dans la common law canadienne ou, subsidiairement, elle a cessé d'exister après les modifications apportées à la *LFI* et à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985,

purpose-based test from *Belmont*. These conclusions were advanced by Chandos before this court. Justice Wakeling also would have reformulated the penalty rule. Given my conclusions as to the anti-deprivation rule, I do not address the penalty rule.

III. Issues on appeal

[23] On appeal before us, Chandos alleges the majority at the Court of Appeal made five errors, by:

- (a) emphasizing bankruptcy law over contract law;
- (b) failing to abandon the classic penalty rule of contract law;
- (c) finding an anti-deprivation rule exists at common law;
- (d) applying an effects-based anti-deprivation rule; and
- (e) failing to consider the effect of set off.

[24] The first issue is readily dealt with: contract law and bankruptcy law work together, in this instance through the operation of the anti-deprivation rule. The second issue can also be disposed of summarily: if the provision is invalid for one reason (the anti-deprivation rule in bankruptcy law), it does not matter whether it is or is not invalid for another (the penalty rule in contract law). I will discuss the other issues below.

IV. The Existence of the Common Law Anti-Deprivation Rule

[25] As to the existence of the anti-deprivation rule, I see no error in Rowbotham J.A.'s consideration of this issue, in that the rule has existed in Canadian common law and has not been eliminated by either this Court or Parliament.

[26] Justice Rowbotham correctly found that there has been support for the anti-deprivation rule in the

c. C-36, en 2009. Même si la règle existait, il aurait adopté le test fondé sur l'objet établi dans l'arrêt *Belmont*. Chandos a repris ses conclusions devant la Cour. Le juge Wakeling aurait reformulé aussi la règle relative à la clause pénale. Étant donné mes conclusions concernant la règle anti-privation, je n'aborderai pas la règle relative à la clause pénale.

III. Questions en litige

[23] Dans le pourvoi dont nous sommes saisis, Chandos allègue que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis cinq erreurs :

- a) ils ont mis l'accent sur le droit de la faillite plutôt que sur le droit contractuel;
- b) ils n'ont pas abandonné la règle classique relative à la pénalité du droit contractuel;
- c) ils ont conclu que la règle anti-privation existe en common law;
- d) ils ont appliqué une règle anti-privation fondée sur les effets;
- e) ils n'ont pas examiné l'effet de la compensation.

[24] La première question se tranche facilement : le droit contractuel et le droit de la faillite s'appliquent conjointement, en l'occurrence par l'application de la règle anti-privation. On peut également répondre à la deuxième question sommairement : si la stipulation est invalide pour une raison (la règle anti-privation en droit de la faillite), il importe peu de savoir si elle est invalide pour d'autres raisons (la règle relative à la clause pénale en droit contractuel). J'examinerai les autres questions ci-après.

IV. L'existence de la règle anti-privation en common law

[25] Je ne vois pas d'erreur dans la façon dont la juge Rowbotham a examiné la question de l'existence de la règle anti-privation, puisque cette règle existe dans la common law canadienne et n'a été éliminée, ni par la Cour, ni par le Parlement.

[26] La juge Rowbotham a conclu à bon droit que les décisions qu'elle a citées appuyaient la règle

decisions to which she referred; I would add *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.), and *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483, at p. 502, per Strong J., even if *Hobbs* is from a period in Canadian history where no federal bankruptcy legislation existed (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 33-35).

[27] No decision of this Court has eliminated the anti-deprivation rule. *Coopérants*, as Rowbotham J.A. stated, was not an anti-deprivation case as there was no deprivation (*Coopérants*, at paras. 43-44).

[28] Nor has Parliament eliminated the anti-deprivation rule. As Rowbotham J.A. observed, Parliament did not implement ss. 65.1, 66.34, or 84.2 of the *BIA* so as to eliminate the anti-deprivation rule: the anti-deprivation rule protects third party creditors, whereas Parliament's changes were directed toward protecting debtors (see *Bill C-22: Clause by clause Analysis*, cl. 87, s. 65.1 and cl. 89, s. 66.34, reproduced in the Attorney General of Canada's book of authorities, at Tab 4; 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* (2003), at pp. 74-75). This goal of protecting the debtor is relevant only where the debtor persists after the proceedings conclude. It is common for the debtor to persist after a restructuring or after the bankruptcy of a natural person. It is uncommon for the debtor to persist after a corporate bankruptcy as, typically, no assets remain for the corporation after all creditors are paid.

[29] Moreover, as the intervenor Attorney General of Canada submitted, Parliament's actions are better understood as gradually codifying limited parts of the common law rather than seeking to oust all related common law. As this Court has repeatedly observed, Parliament is presumed to intend not to change the existing common law unless it does so clearly and unambiguously (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U.*,

anti-privation. J'ajouterais les décisions *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.), et *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483, p. 502, le juge Strong, même si cette dernière date d'une période de l'histoire canadienne où il n'existait aucune loi fédérale en matière de faillite (R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 33-35).

[27] Aucune décision de notre Cour n'a éliminé la règle anti-privation. L'arrêt *Coopérants*, comme la juge Rowbotham l'a indiqué, n'était pas une affaire portant sur la règle anti-privation, car il n'y avait eu aucune privation (*Coopérants*, par. 43-44).

[28] Le Parlement n'a pas non plus éliminé la règle anti-privation. Comme la juge Rowbotham l'a observé, le Parlement n'a pas mis en œuvre les art. 65.1, 66.34 ou 84.2 de la *LFI* afin d'éliminer la règle anti-privation : en effet, cette règle protège les tiers créanciers, tandis que les modifications apportées par le Parlement visent à protéger les débiteurs (voir la *Bill C-22: Clause by clause Analysis*, cl. 87, art. 65.1 et cl. 89, art. 66.34, reproduite dans le recueil de sources du procureur général du Canada, onglet 4; 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* (2003), p. 74-75). Cet objectif de protection des débiteurs n'est pertinent que lorsqu'il existe encore un débiteur après la fin de la procédure. Cela est fréquent dans les situations de restructuration et après la faillite d'un particulier, mais toutefois rare dans les situations de faillite d'une société, puisque, typiquement, il ne reste plus d'actifs de la société une fois que tous les créanciers ont été payés.

[29] De plus, comme l'intervenant le procureur général du Canada l'a fait valoir, les interventions du Parlement doivent être considérées comme codifiant graduellement certains aspects de la common law, plutôt que comme cherchant à écarter tous les principes de common law connexes. Comme la Cour l'a noté à maintes reprises, il est présumé que le législateur n'a pas l'intention de modifier la common law existante à moins qu'il ne l'exprime clairement et

Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 29-30).

[30] Indeed, the most relevant statutory provision in the *BIA* is not s. 65.1, s. 66.34, or s. 84.2, but rather s. 71. As this Court recognized in *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325, s. 71 provides that the property of a bankrupt “passes to and vests in the trustee” (para. 44). This helps maximize the “global recovery for all creditors” in accordance with the priorities set out in the *BIA* (*Alberta (Attorney General) v. Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 33; see also *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at paras. 7-9). The anti-deprivation rule renders void contractual provisions that would prevent property from passing to the trustee and thus frustrate s. 71 and the scheme of the *BIA*. This maximizes the assets that are available for the trustee to pass to creditors.

V. The Content of the Anti-Deprivation Rule

[31] As *Bramalea* described, the anti-deprivation rule renders void contractual provisions that, upon insolvency, remove value that would otherwise have been available to an insolvent person’s creditors from their reach. This test has two parts: first, the relevant clause must be triggered by an event of insolvency or bankruptcy; and second, the effect of the clause must be to remove value from the insolvent’s estate. This has been rightly called an effects-based test.

[32] Chandos submits that this Court should change the anti-deprivation rule to follow *Belmont* and adopt a purpose-based test. As noted above, *Belmont* held that the English anti-deprivation rule does not invalidate provisions of “bona fide commercial transactions which do not have as their predominant purpose, or one of their main purposes,

sans ambiguïté (*Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 29-30).

[30] Effectivement, la disposition la plus pertinente de la *LFI* n’est pas l’art. 65.1, l’art. 66.34 ou l’art. 84.2, mais plutôt l’art. 71. Comme la Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d’assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325, cette disposition prévoit que les biens du failli « passent et sont dévolus au syndic » (par. 44). Cela contribue à maximiser le « recouvrement global pour tous les créanciers », en conformité avec les priorités énoncées dans la *LFI* (*Alberta (Procureur général) c. Moloney*, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 33; voir aussi *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 7-9). La règle anti-privation rend nulles les stipulations qui empêchent de faire passer des biens au syndic et qui contrecarrent ainsi l’objectif de l’art. 71 et le régime de la *LFI*. Cela permet de maximiser la valeur des actifs que le syndic peut remettre aux créanciers.

V. Le contenu de la règle anti-privation

[31] Comme le décrit la décision *Bramalea*, la règle anti-privation rend nulle les stipulations qui, en cas d’insolvabilité, réduisent la valeur des actifs à laquelle les créanciers de la personne insolvable aurait autrement accès. Ce test comporte deux volets : premièrement, l’application de la clause pertinente doit être déclenchée par une insolvabilité ou une faillite; et, deuxièmement, la clause doit avoir pour effet de réduire la valeur de l’actif de la personne insolvable. C’est ce qu’on appelle à juste titre un test fondé sur les effets.

[32] Chandos soutient que la Cour devrait modifier la règle anti-privation afin de suivre l’arrêt *Belmont* et adopter un test fondé sur l’objet. Comme je l’ai mentionné, dans l’arrêt *Belmont*, il a été conclu que la règle anti-privation anglaise n’invalide pas les stipulations des « opérations commerciales de bonne foi dont l’objectif prédominant ou l’un des

the deprivation of the property of one of the parties on bankruptcy”. Chandos says we should follow this reasoning because upholding *bona fide* commercial agreements would strike the best balance of public policy considerations and contribute to commercial certainty. It also submits that the side-effects of such a rule would not be so deleterious, as unsecured creditors tend to receive little in bankruptcy; as well, courts would be able to tell who had inserted provisions that remove value from the debtor’s estate for *bona fide* commercial reasons. None of these reasons holds water.

[33] The goal of public policy, in this instance, is not decided by the common law; rather, that policy has been established in the legislation. What is left to the common law is the choice of means that best gives effect to the statutory scheme adopted by Parliament. Thus, once a court ascertains that Parliament intended, by virtue of s. 71, that all of the bankrupt’s property is to be collected in the trustee, it is not for the court to substitute a competing goal that would give rise to a different result. In this, I agree with Professor Worthington that “[a]ny avoidance, whether intentional or inevitable, is surely a fraud on the statute” (“Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule” (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112, at p. 121).

[34] In addition, I would disagree that adopting a purpose-based test would create commercial certainty. To the contrary, applying such a test would require courts to determine the intention of contracting parties long after the fact and it would detract from the efficient administration of corporate bankruptcies. Parties cannot know at the time of contracting whether a court, possibly years later, will find their contract had been entered into for *bona fide* commercial reasons. This will give rise to uncertainty at the time of contracting.

objectifs principaux n’est pas de priver certains acteurs concernés des biens d’une des parties en cas de faillite ». Selon Chandos, nous devrions suivre ce raisonnement, car c’est le maintien des ententes commerciales conclues de bonne foi qui permettrait le mieux d’établir le juste équilibre entre les considérations d’intérêt public et de contribuer à la stabilité commerciale. Elle soutient également que les effets secondaires d’une telle règle ne seraient pas si néfastes, car les créanciers non garantis ont tendance à recevoir peu dans les cas de faillite; en outre, les tribunaux seraient en mesure de déterminer qui a convenu d’une stipulation réduisant la valeur des actifs du débiteur de bonne foi pour des motifs commerciaux véritables. Aucun de ces arguments ne tient la route.

[33] L’objectif d’intérêt public en l’espèce n’est pas établi par la common law. Il a plutôt été établi par les lois. Dans ce contexte, le rôle de la common law se limite à choisir le moyen qui permet le mieux de mettre en œuvre le régime législatif adopté par le législateur. Par conséquent, lorsqu’un tribunal conclut que, en adoptant l’art. 71, le législateur avait l’intention que l’ensemble des biens d’un failli soit dévolu au syndic, il ne lui appartient pas de substituer à cette intention un objectif concurrent qui donnerait lieu à un résultat différent. À cet égard, je suis d’accord avec la professeure Worthington, lorsqu’elle écrit que [TRADUCTION] « [t]out évitement, qu’il soit intentionnel ou inéluctable, est assurément une fraude envers la loi » (« Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule » (2012), 75 *Mod. L. Rev.* 112, p. 121).

[34] En outre, je ne suis pas d’accord pour dire qu’adopter un test fondé sur l’objet créerait une stabilité commerciale. Au contraire, l’application d’un tel test obligerait les tribunaux à déterminer l’intention des parties contractantes bien après les faits, ce qui nuirait à l’administration efficace des faillites d’entreprise. Les parties ne peuvent pas savoir au moment de la conclusion d’un contrat si un tribunal, possiblement des années plus tard, jugera que leur contrat a été conclu de bonne foi pour des motifs commerciaux véritables. Cela entraînerait de l’incertitude au moment de la conclusion des contrats.

[35] The effects-based rule, as it stands, is clear. Courts (and commercial parties) do not need to look to anything other than the trigger for the clause and its effect. The effect of a clause can be far more readily determined in the event of bankruptcy than the intention of contracting parties. An effects-based approach also provides parties with the confidence that contractual agreements, absent a provision providing for the withdrawal of assets upon bankruptcy or insolvency, will generally be upheld. Maintaining an effects-based test is also consistent with the existing effects-based test recognized in *Gingras*, at p. 487, for the *pari passu* rule founded on s. 141 of the *BIA* (previously s. 112 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3), as well as the effects-based test set out in ss. 65.1, 66.34 and 84.2 of the *BIA*. These tests should remain consistent to prevent duplicative proceedings and avoid arcane disputes over whether the *pari passu* rule or the anti-deprivation rule is engaged by a particular provision. Although it is often easy to tell that a provision would affect the amount a creditor will receive, determining whether this is because it deprives the estate of value (thus violating the anti-deprivation rule) or because it reallocates the estate among creditors (thus violating the *pari passu* rule) depends on the precise machinery of law, disputes over such intricacies can be avoided if both rules apply an effects-based test.

[36] Moreover, an intention-based test would encourage parties who can plausibly pretend to have *bona fide* intentions to create a preference over other creditors by inserting such clauses. Parties will often be able to state some commercial rationale for provisions altering contractual rights in the event of a counterparty's insolvency, such as guarding against the risk of the counterparty's non-performance. An intention-based test would render the rule ineffectual, save in the most flagrant cases of deliberate circumvention of insolvency law. This would threaten to undermine the statutory scheme of the *BIA*.

[35] La règle fondée sur les effets, telle qu'elle existe actuellement, est claire. Les tribunaux (et les parties commerciales) n'ont qu'à déterminer ce qui déclenche l'application de la clause et ses effets. Il est bien plus facile de déterminer l'effet d'une clause en cas de faillite que l'intention des parties contractantes. Une approche fondée sur les effets assure également aux parties que les ententes contractuelles, en l'absence d'une stipulation prévoyant le retrait d'actifs en cas de faillite ou d'insolvabilité, seront généralement maintenues. Le maintien d'un test fondé sur les effets est également compatible avec le test existant fondé sur les effets, reconnu dans l'arrêt *Gingras*, p. 487, applicable à la règle du *pari passu* fondée sur l'art. 141 de la *LFI* (anciennement l'art. 112 de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1970, c. B-3), ainsi qu'avec le test fondé sur les effets établi aux art. 65.1, 66.34 et 84.2 de la *LFI*. Ces tests devraient rester cohérents afin d'éviter un dédoublement de procédures et des litiges complexes sur la question de savoir si la règle du *pari passu* ou la règle anti-privation est déclenchée par une stipulation en particulier. Bien qu'il soit souvent facile de dire qu'une stipulation aura un effet sur le montant que touchera un créancier, la question de savoir si c'est parce qu'elle réduit la valeur de l'actif (violant ainsi la règle anti-privation) ou parce qu'elle réattribue l'actif parmi les créanciers (violant ainsi la règle du *pari passu*) dépend de subtilités juridiques précises, et les litiges concernant de telles complexités peuvent être évités si les deux règles sont appliquées à la lumière d'un test fondé sur les effets.

[36] En outre, un test fondé sur l'intention encouragerait les parties qui peuvent plausiblement prétendre être de bonne foi à s'accorder une préférence à l'encontre des autres créanciers en insérant de telles clauses dans leurs contrats. Les parties seront souvent en mesure de fournir une justification commerciale pour expliquer l'existence des stipulations qui modifient les droits contractuels en cas d'insolvabilité de l'une d'entre elles, comme la protection contre le risque d'inexécution par un cocontractant. Un test fondé sur l'intention rendrait la règle inefficace, sauf dans les cas les plus évidents de contournement délibéré des lois en matière de faillite. Cela risquerait de nuire au régime législatif de la *LFI*.

[37] Reliance on general principles of contractual freedom to support an intention-based test is no less misplaced. As noted in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 70, the common law of contract “generally places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest” but, by definition, an assignment in bankruptcy strips the insolvent party of their interest. As Rowbotham J.A. observed, a party who might become insolvent has no incentive to resist a clause that deprives their estate of value upon bankruptcy. Parties do not negotiate with a view to protecting the interests of their creditors in the event of their bankruptcy. The costs of accepting the clause are borne solely by the unsecured creditors of the insolvent company (who are without a seat at the bargaining table) while the benefits are enjoyed only by the company while it is solvent.

[38] Finally, while it may be true that unsecured creditors tend to receive relatively little now, the effect of a purpose-based rule is that they would receive less.

[39] Overall, Chandos has not shown us good reason to adopt a purpose-based test. In my view, adopting the purpose-based test would create “new and greater difficulties” of the sort cautioned against in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 762. As recognized in *Bhasin*, at para. 40, although a change to the Canadian common law may be appropriate when it creates greater certainty and coherence, it is not when the change would foster uncertainty and incoherence.

[40] All that said, we should recognize that there are nuances with the anti-deprivation rule as it stands. For example, contractual provisions that eliminate property from the estate, but do not eliminate value, may not offend the anti-deprivation rule (see *Belmont*, at para. 160, per Lord Mance; *Borland’s Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901]

[37] Il serait tout aussi mal avisé de se fonder sur des principes généraux de liberté contractuelle pour appuyer un test fondé sur l’intention. Certes, comme la Cour l’a noté dans l’arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 70, le droit des contrats en common law « accorde généralement beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel », or, par définition, après une cession de biens la partie insolvable n’a plus aucun intérêt. Comme la juge Rowbotham l’a mentionné, une partie susceptible de devenir insolvable n’a aucune raison de s’opposer à une clause qui réduit la valeur de son actif en cas de faillite. Les parties ne négocient pas dans le but de protéger les intérêts de leurs créanciers en cas de faillite. Les coûts de l’acceptation d’une telle clause ne sont assumés que par les créanciers non garantis de l’entreprise insolvable (lesquels n’ont pas de place à la table de négociation), tandis que les avantages ne reviennent qu’à l’entreprise pendant qu’elle est solvable.

[38] Enfin, bien qu’il puisse être vrai que les créanciers non garantis ont tendance à recevoir bien peu de nos jours, l’application d’une règle fondée sur l’objet aurait pour effet de leur en faire recevoir encore moins.

[39] En somme, Chandos n’a fait valoir aucune raison valable justifiant l’adoption d’un test fondé sur l’objet. À mon avis, adopter un tel test aurait pour effet de créer « des difficultés nouvelles plus grandes » comme celles contre lesquelles l’arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 762, nous met en garde. Comme l’a reconnu l’arrêt *Bhasin*, par. 40, même s’il peut être approprié de modifier la common law canadienne afin d’apporter une plus grande certitude et une meilleure cohérence, ce n’est pas le cas lorsqu’une telle modification entraînerait de l’incertitude et de l’incohérence.

[40] Cela étant dit, nous devons reconnaître que la règle anti-privation actuelle comporte des nuances. Par exemple, les stipulations contractuelles qui retirent certains biens de l’actif, sans pour autant réduire la valeur de ce dernier, peuvent ne pas violer la règle anti-privation (voir l’arrêt *Belmont*, par. 160, motifs de lord Mance; *Borland’s Trustee c. Steel*

1 Ch. 279; see also *Coopérants*). Nor do provisions whose effect is triggered by an event other than insolvency or bankruptcy. Moreover, the anti-deprivation rule is not offended when commercial parties protect themselves against a contracting counterparty's insolvency by taking security, acquiring insurance, or requiring a third-party guarantee.

[41] In sum, the Court of Appeal was correct to consider whether the effect of the contractual provision was to deprive the estate of assets upon bankruptcy rather than whether the intention of the contracting parties was commercially reasonable.

VI. Application and the Effect of Set-Off

[42] This brings us to Chandos' final argument concerning the effect of set-off on the application of the anti-deprivation rule in this case. Set-off is given statutory approval in s. 97(3) of the *BIA*:

(3) The law of set-off or compensation applies to all claims made against the estate of the bankrupt and also to all actions instituted by the trustee for the recovery of debts due to the bankrupt in the same manner and to the same extent as if the bankrupt were plaintiff or defendant, as the case may be, except in so far as any claim for set-off or compensation is affected by the provisions of this Act respecting frauds or fraudulent preferences.

As this Court described in *Husky Oil*, at para. 3, s. 97(3) incorporates the provincial law of set-off (and the related civil law concept of compensation) into the federal bankruptcy regime. Set-off is a defence to the payment of a debt. The effect of set-off is to allow a creditor who happens to be also a debtor to recover ahead of their priority.

[43] The *BIA*'s affirmation of set-off and the anti-deprivation rule are not incompatible. While set-off reduces the value of assets that are transferred to the Trustee for redistribution, it is applicable only to enforceable debts or claims (see, e.g., *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193, at pp. 204-6). The

Brothers & Co., Limited, [1901] 1 Ch. 279; voir aussi l'arrêt *Coopérants*). Il en va de même pour les stipulations dont l'effet est déclenché par autre chose qu'une insolvabilité ou une faillite. De plus, il n'y a pas de violation de la règle anti-privation lorsque des parties commerciales se protègent contre l'insolvabilité d'un cocontractant en obtenant une garantie ou une assurance ou en exigeant une garantie d'un tiers.

[41] En somme, la Cour d'appel s'est penchée à juste titre sur la question de savoir si l'effet de la stipulation était de réduire la valeur de l'actif en cas de faillite plutôt que sur celle de savoir si l'intention des parties contractantes était raisonnable sur le plan commercial.

VI. Application et effet de la compensation

[42] Cela nous amène à l'argument final de Chandos concernant l'effet de la compensation sur l'application de la règle anti-privation en l'espèce. La compensation est autorisée par le par. 97(3) de la *LFI* :

(3) Les règles de la compensation s'appliquent à toutes les réclamations produites contre l'actif du failli, et aussi à toutes les actions intentées par le syndic pour le recouvrement des créances dues au failli, de la même manière et dans la même mesure que si le failli était demandeur ou défendeur, selon le cas, sauf en tant que toute réclamation pour compensation est atteinte par les dispositions de la présente loi concernant les fraudes ou préférences frauduleuses.

Comme la Cour l'a décrit au par. 3 de l'arrêt *Husky Oil*, le par. 97(3) incorpore les règles provinciales de la compensation (issues de la common law et du droit civil) au régime fédéral en matière de faillite. La compensation est un moyen de défense opposable au paiement d'une créance. Elle a pour effet d'autoriser un créancier qui se trouve être également un débiteur à être colloqué plus favorablement qu'il ne le serait suivant l'ordre de priorité établi par la loi.

[43] La reconnaissance de la compensation par la *LFI* et la règle anti-privation ne sont pas incompatibles. S'il est vrai que la compensation réduit la valeur des biens qui sont transférés au syndic pour redistribution, elle ne s'applique qu'aux dettes ou aux réclamations exigibles (voir, p. ex., *Holt c. Telford*,

anti-deprivation rule makes deprivations triggered by insolvency unenforceable. The combination means that set-off applies to debts owed by the bankrupt that were not triggered by the bankruptcy.

[44] The case at bar is quite different. The chapeau of clause VII Q provides that the clause triggers “[i]n the event [Capital Steel] commits any act of insolvency, bankruptcy, winding up or other distribution of assets”. Since, here, the clause was triggered by bankruptcy, the threshold for considering the anti-deprivation rule had been met.¹ Clause VII Q(d) itself provides the deprivation: “[Capital Steel] shall forfeit 10% of the within Subcontract Agreement price to [Chandos] as a fee”. The effect of this provision is to create a debt from Capital Steel to Chandos that would not exist but for the insolvency. It is this “debt” created by Clause VII Q(d) because of the insolvency that Chandos seeks to “set off” against the amount it owed to Capital Steel. One can hardly imagine a more direct and blatant violation of the anti-deprivation rule.

[45] Accordingly, I conclude that clause VII Q(d) violates the anti-deprivation rule and is thus void.

VII. Conclusion

[46] I would dismiss the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[47] I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Rowe J., and there is much

¹ Whether clause VII Q(d) would have been enforceable if Capital Steel had stopped operations in other circumstances is not before us and not relevant here (*Aircell*, at para. 12).

[1987] 2 R.C.S. 193, p. 204-206). La règle anti-privation rend inexigibles les réclamations fondées sur des privations déclenchées par une insolvabilité. La combinaison des deux fait en sorte que la compensation s’applique aux dettes du failli qui n’ont pas été provoquées par la faillite.

[44] En l’espèce, la situation est très différente. Le texte introductif de la clause VII Q prévoit que son application est déclenchée [TRADUCTION] « [d]ans le cas où [Capital Steel] devient insolvable, fait faillite, liquide ou distribue autrement ses actifs ». Comme l’application de la clause a été déclenchée par une faillite, il y a ouverture à l’examen de la règle anti-privation¹. La clause VII Q(d) en soi prévoit une privation : « [Capital Steel] renonce à 10 % du prix du présent contrat de sous-traitance en faveur de [Chandos] à titre de frais ». La stipulation a pour effet de créer une dette pour Capital Steel en faveur de Chandos, dette qui n’aurait pas existé, n’eût été l’insolvabilité. C’est cette « dette » créée par la clause VII Q(d) en raison de l’insolvabilité que Chandos cherche à « compenser » en la déduisant du montant qu’elle doit à Capital Steel. On peut difficilement imaginer une violation plus directe et évidente de la règle anti-privation.

[45] En conséquence, je conclus que la clause VII Q(d) viole la règle anti-privation et est donc nulle.

VII. Conclusion

[46] Je rejetterais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[47] J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Rowe et j’y souscris en bonne partie.

¹ La question de savoir si la clause VII Q(d) aurait été exécutoire si Capital Steel avait cessé ses activités dans d’autres circonstances n’est pas celle dont nous sommes saisis et n’est pas pertinente en l’espèce (*Aircell*, par. 12).

with which I agree in them. In particular, I agree that the anti-deprivation rule has a longstanding and strong jurisprudential footing in Canadian law and that it has not been eliminated by this Court or through legislation. However, I write to express a different view on a point of law which is central to the outcome of this appeal. In short, my view is that the anti-deprivation rule should not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. I reach this conclusion essentially for three reasons.

[48] First, my reading of the jurisprudence is that courts applying the anti-deprivation rule in Canada have not been content to rest their reasons for decision merely on a finding that the effect of a transaction or contractual provision was to deprive a bankrupt's estate of value. As I explain below, Canadian courts have looked past the effects of the arrangement and inquired into the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose behind the deprivation.

[49] Second, there is a principled legal basis for retaining a *bona fide* commercial purpose test. The anti-deprivation rule has its origins in the common law public policy against agreements entered into for the unlawful purpose of defrauding or otherwise injuring third parties. Unlike the related *pari passu* rule, the anti-deprivation rule should not be regarded as arising from an implied prohibition in the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). Thus, the different legal bases of the two rules explain why the *pari passu* rule operates regardless of the parties' intentions while the anti-deprivation rule takes into account the parties' *bona fide* commercial purposes.

[50] Third, as a matter of public policy, the considerations cited in support of an effects-based test are not sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts. A purely effects-based test gives too little weight to freedom of contract, party autonomy,

Plus particulièrement, je conviens que la règle anti-privation est bien ancrée depuis longtemps dans la jurisprudence canadienne et qu'elle n'a été éliminée ni par la Cour ni par une loi. Cependant, je souhaite exprimer une opinion différente sur un point de droit central pour l'issue du présent pourvoi. En bref, je suis d'avis que la règle anti-privation ne devrait pas s'appliquer aux transactions ou aux stipulations qui poursuivent un objectif commercial véritable. Ma conclusion repose essentiellement sur trois motifs.

[48] Premièrement, d'après ma lecture de la jurisprudence, les tribunaux qui appliquent la règle anti-privation au Canada ne se sont pas contentés de fonder leurs décisions sur une simple conclusion voulant qu'une transaction ou une stipulation ait pour effet de réduire la valeur de l'actif du failli. Comme je l'explique ci-après, les tribunaux canadiens regardent au-delà des effets de l'arrangement et vérifient si la privation poursuit un objectif commercial véritable.

[49] Deuxièmement, le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable repose sur un fondement juridique valable. La règle anti-privation tire son origine du principe de common law voulant que les accords conclus dans le but illégal de commettre une fraude ou de causer un préjudice à un tiers soient contraires à l'intérêt public. À l'inverse de la règle du *pari passu*, la règle anti-privation ne devrait pas être considérée comme découlant d'une prohibition implicite contenue dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3 (« *LFI* »). Les différents fondements juridiques qui sous-tendent la règle anti-privation et la règle du *pari passu* expliquent donc pourquoi cette dernière s'applique indépendamment de l'intention des parties, tandis que la première tient compte des objectifs commerciaux véritables des parties.

[50] Troisièmement, en ce qui concerne l'intérêt public, les considérations qui ont été citées en appui au test fondé sur les effets ne suffisent pas à transcender l'importance de l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats. Un test fondé purement sur les effets accorde trop peu de poids à la

and the “elbow-room” which the common law traditionally accords for the aggressive pursuit of self-interest: see *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 31. In addition, Parliament has occupied much of the ground formerly covered by the common law such that there is a reduced need for a general anti-deprivation rule. Indeed, the many statutory protections already in place to safeguard the interests of creditors undermine any perceived policy need to expand the reach of the anti-deprivation rule for that purpose.

[51] Therefore, like Wakeling J.A., dissenting in the Court of Appeal below, I would hold that the anti-deprivation rule does not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. As the chambers judge (Alta. Q.B., Edmonton, No. 24-2169632, March 17, 2017; A.R., at pp. 9-10) and the Court of Appeal (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, at paras. 55 and 394-97) were unanimous in finding a *bona fide* commercial purpose behind the contractual provision at issue, I would allow the appeal and restore the order made at first instance.

II. Background

[52] My colleague provides a helpful summary of the essential facts in his reasons, and I am content to rely on it. I will therefore only highlight a few important aspects of the contractual relationships in this case.

[53] The appellant, Chandos Construction Ltd., hired Capital Steel Inc. to perform important structural steel subcontract work on a condominium project in St. Albert, Alberta (“Subcontract”). The appeal revolves around whether clause VII Q(d) (“clause Q(d)”) of the Subcontract offends the anti-deprivation rule. Clause Q(d) is reproduced in my colleague’s reasons. Capital Steel also provided a guarantee by which it agreed to repair and make good any defect in its work and all resulting damages that might appear as a result of any improper work: clause III, “Guarantee”, A.R., at p. 155. In addition,

liberté contractuelle, à l’autonomie des parties et à la « liberté d’action » traditionnellement conférée par la common law en vue de la poursuite agressive d’intérêts personnels : voir *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 31. En outre, le Parlement occupe aujourd’hui une grande partie du terrain qui relevait autrefois de la common law, ce qui diminue la nécessité d’avoir une règle anti-privation générale. En effet, les nombreuses protections déjà prévues par les lois destinées à protéger les intérêts des créanciers remettent en question le besoin d’élargir la portée de la règle anti-privation à cette même fin.

[51] Par conséquent, à l’instar du juge Wakeling, dissident en Cour d’appel, je suis d’avis que la règle anti-privation ne s’applique pas aux transactions ou aux stipulations qui visent un objectif commercial véritable. Puisque le juge siégeant en cabinet (B.R. Alb., Edmonton, n° 24-2169632, 17 mars 2017; d.a., p. 9-10) et la Cour d’appel (2019 ABCA 32, 438 D.L.R. (4th) 195, par. 55 et 394-397) ont conclu à l’unanimité que la stipulation en litige poursuivait un objectif commercial véritable, j’accueillerais le pourvoi et je rétablirais l’ordonnance rendue en première instance.

II. Contexte

[52] Mon collègue fournit dans ses motifs un résumé utile des faits essentiels, auquel je trouve peu à redire. Je me contenterai de souligner quelques aspects importants des relations contractuelles en l’espèce.

[53] L’appelante, Chandos Construction Ltd., a retenu les services de la sous-traitante Capital Steel Inc. pour construire une importante structure en acier dans le cadre d’un projet de copropriétés à St. Albert, en Alberta (« contrat de sous-traitance »). Le pourvoi porte sur la question de savoir si la clause VII Q(d) (« clause Q(d) ») du contrat de sous-traitance — reproduite dans les motifs de mon collègue — enfreint la règle anti-privation. Capital Steel a fourni une garantie selon laquelle elle s’engageait à réparer tout défaut dans ses travaux et tout dommage découlant d’un travail mal fait : clause III

Clause VII G of the Subcontract required Capital Steel to indemnify Chandos and hold it harmless “from any and all claims, costs, liabilities and causes of action” and for “any loss or damage” caused to Chandos or the owner of the condominium project by Capital Steel or any of Capital Steel’s subcontractors, employees, agents, licensees, and permittees in carrying out the Subcontract. The same indemnity also applied between Capital Steel and the owner.

[54] The Stipulated Price Contract between Chandos and the owner-developer, Boudreau Developments Ltd., required Chandos to be “as fully responsible to the *Owner* for acts and omissions” of its subcontractors as it was for “acts and omissions of persons directly employed by” it: clause GC 3.7.1.3 (emphasis in original). Chandos also agreed that it would promptly correct defects or deficiencies in the work which appeared during the warranty period at its own expense: clause GC 12.3.4. As well, Chandos was obliged to correct or pay for damage resulting from such corrections: clause GC 12.3.5.

III. Issues

[55] The focus of these reasons is whether the anti-deprivation rule applies regardless of the parties’ *bona fide* commercial purposes.

[56] Another issue raised by the parties is whether clause Q(d) is a valid liquidated damages provision or an unenforceable penalty clause. The chambers judge, Justice Nielsen, concluded that the clause was a valid liquidated damages provision. That finding was not disturbed on appeal, and I do not see any extricable error of law which would justify appellate interference with it. I therefore decline to address this issue further.

[TRANSCRIPTION] « Garantie », d.a., p. 155. De plus, selon la clause VII G du contrat de sous-traitance, Capital Steel s’est engagée à indemniser Chandos et à la dégager de toute responsabilité « relativement à toute réclamation, dépense, dette et cause d’action » et pour « toute perte ou tout dommage » causé, dans l’exécution du contrat de sous-traitance, à Chandos ou au promoteur du projet immobilier par Capital Steel ou par un de ses sous-traitants, employés, mandataires et titulaires de licences et de permis. Capital Steel assumait la même obligation d’indemniser à l’égard du promoteur.

[54] Le contrat à forfait conclu entre Chandos et le propriétaire-promoteur, Boudreau Developments Ltd., prévoyait que Chandos serait [TRANSCRIPTION] « aussi pleinement responsable à l’égard du *propriétaire* pour les actes et omissions » de ses sous-traitants qu’elle l’était pour les « actes et omissions des personnes qu’elle emploie directement » : clause GC 3.7.1.3 (en italique dans l’original). Chandos a également convenu qu’elle corrigerait rapidement, et à ses frais, les défauts apparaissant dans les travaux durant la période de garantie : clause GC 12.3.4. En outre, Chandos était tenue de corriger ou de payer les dommages découlant des corrections : clause GC 12.3.5.

III. Questions en litige

[55] Les présents motifs visent à déterminer si la règle anti-privation s’applique indépendamment des objectifs commerciaux véritables des parties.

[56] Les parties soulèvent par ailleurs la question de savoir si la clause Q(d) constitue une stipulation valide relative aux dommages-intérêts liquidés ou une clause pénale non exécutoire. Le juge Nielsen, siégeant en son cabinet, a conclu qu’il s’agissait d’une disposition valide relative aux dommages-intérêts liquidés. Cette conclusion n’a pas été infirmée en appel et je ne vois aucune erreur de droit identifiable qui justifierait une intervention en appel. Je m’abstiendrai donc d’examiner cette question plus attentivement.

IV. AnalysisA. *The Anti-Deprivation Rule Does Not Apply Where a Transaction or Contractual Provision Serves a Bona Fide Commercial Purpose*

[57] Before embarking upon an analysis of whether the jurisprudence on the anti-deprivation rule has traditionally included a purpose element, I find it useful to clearly state what I mean by a “*bona fide commercial purpose*”.

[58] The inquiry I propose is primarily objective and centres around the presence or absence of a legitimate commercial basis for a transaction or contractual provision. An objective approach dovetails with the approach taken in another important and related area of commercial law, the interpretation of contracts, where “the goal of the exercise is to ascertain the objective intent of the parties”: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 49. It also parallels this Court’s approach to ascertaining the purpose behind commercial transactions in tax characterization cases. As this Court stated in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 736:

As in other areas of law where purpose or intention behind actions is to be ascertained, it must not be supposed that in responding to this question, courts will be guided only by a taxpayer’s statements, *ex post facto* or otherwise, as to the subjective purpose of a particular expenditure. Courts will, instead, look for objective manifestations of purpose, and purpose is ultimately a question of fact to be decided with due regard for all of the circumstances.

(See also *Ludco Enterprises Ltd. v. Canada*, 2001 SCC 62, [2001] 2 S.C.R. 1082, at para. 54.)

[59] Obviously, evidence of a lack of subjective good faith is relevant to such an inquiry; however, positive assertions of good faith, while relevant, are not determinative. Courts applying the anti-deprivation rule should (and do) have due regard to the parties’ objective manifestations of purpose.

IV. AnalyseA. *La règle anti-privation ne s’applique pas lorsque la transaction ou la stipulation vise un objectif commercial véritable*

[57] Avant de débiter l’analyse de la question de savoir si la jurisprudence concernant la règle anti-privation a toujours inclus une notion d’objectif, je crois qu’il est utile d’énoncer clairement ce que je veux dire par « objectif commercial véritable ».

[58] L’examen que je propose est principalement objectif et est centré sur la présence ou l’absence d’un fondement commercial légitime pour justifier une transaction ou une stipulation. Une approche objective concorde bien avec l’approche adoptée dans un autre domaine du droit commercial important et connexe, soit l’interprétation contractuelle, où « le but de l’exercice consiste à déterminer l’intention objective des parties » : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 49. Elle concorde également avec l’approche adoptée par la Cour pour déterminer l’objectif des transactions commerciales dans les affaires de qualification fiscale. Comme la Cour l’a déclaré dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 736 :

Comme dans d’autres domaines du droit, lorsqu’il faut établir l’objet ou l’intention des actes, on ne doit pas supposer que les tribunaux se fonderont seulement, en répondant à cette question, sur les déclarations du contribuable, *ex post facto* ou autrement, quant à l’objet subjectif d’une dépense donnée. Ils examineront plutôt comment l’objet se manifeste objectivement, et l’objet est en définitive une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances.

(Voir aussi *Entreprises Ludco Ltée c. Canada*, 2001 CSC 62, [2001] 2 R.C.S. 1082, par. 54.)

[59] Évidemment, une preuve démontrant l’absence de bonne foi subjective est pertinente dans un tel examen, mais les affirmations positives de bonne foi, bien qu’elles soient pertinentes, ne sont pas déterminantes. Les tribunaux qui appliquent la règle anti-privation devraient tenir dûment compte (et ils

In the case of the anti-deprivation rule, the primary means by which the parties objectively manifest their intentions is through the terms of the contractual agreements by which they bind themselves. Therefore, careful regard should be had to the terms of the contractual arrangements which are said to offend the anti-deprivation rule.

[60] I add that the leading English authority on the anti-deprivation rule also employs a similar approach to determining the purpose behind the transaction or contractual provision at issue: *Belmont Park Investments Pty. Ltd. v. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383, at paras. 74-79, per Lord Collins; and para. 151, per Lord Mance.

[61] With this understanding in hand, I now turn to consider, as an empirical question, whether courts applying the anti-deprivation rule inquire into the presence or absence of such a purpose.

(1) Courts Applying the Anti-Deprivation Rule Inquire into the Existence of a *Bona Fide* Commercial Purpose

[62] As Canadian courts considering the anti-deprivation rule have often had recourse to English jurisprudence on the rule, I begin by briefly looking at whether the English jurisprudence has traditionally included a *bona fide* commercial purpose test. I then turn to a more thorough consideration of the Canadian jurisprudence to determine whether Canadian courts inquire into the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose when applying the anti-deprivation rule.

(a) *English Jurisprudence*

[63] I do not intend to undertake an extended review of the English anti-deprivation rule in these reasons. The United Kingdom Supreme Court recently did so in *Belmont*, and I cannot hope to add much of value to the thorough analysis offered in that decision. I will therefore confine my general comments on the English jurisprudence to *Belmont*.

le font) des manifestations objectives de l'intention des parties. Dans le cas de la règle anti-privation, les termes des contrats qui les lient sont le principal moyen par lequel les parties manifestent objectivement leurs intentions. Par conséquent, on doit examiner attentivement les termes des contrats qui contreviendraient à la règle anti-privation.

[60] J'ajoute que l'arrêt de principe anglais sur la règle anti-privation adopte une approche similaire pour déterminer l'objectif de la transaction ou de la stipulation en litige : *Belmont Park Investments Pty. Ltd. c. BNY Corporate Trustee Services Ltd.*, [2011] UKSC 38, [2012] 1 A.C. 383, par. 74-79, le lord Collins; et par. 151, le lord Mance.

[61] Ayant ces considérations à l'esprit, je me tourne maintenant vers la question empirique de savoir si les tribunaux s'enquière de la présence ou de l'absence d'un tel objectif lorsqu'ils appliquent la règle anti-privation.

(1) Les tribunaux s'enquière de l'existence d'un objectif commercial véritable lorsqu'ils appliquent la règle anti-privation

[62] Comme les tribunaux canadiens qui se sont penchés sur la règle anti-privation ont souvent eu recours à la jurisprudence anglaise portant sur cette règle, je vérifierai d'abord si la jurisprudence anglaise a traditionnellement eu recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable. J'examinerai ensuite plus attentivement la jurisprudence canadienne afin de déterminer si les tribunaux canadiens se penchent sur la présence ou l'absence d'un objectif commercial véritable lorsqu'ils appliquent la règle anti-privation.

(a) *La jurisprudence anglaise*

[63] Je n'ai pas l'intention d'entreprendre un examen exhaustif de la règle anti-privation anglaise dans les présents motifs. La Cour suprême du Royaume-Uni s'est prêtée à un tel exercice dans le récent arrêt *Belmont*, et je ne peux espérer ajouter à son analyse exhaustive. Mes observations générales concernant la jurisprudence anglaise ne porteront donc que sur cet arrêt.

[64] The respondent, Deloitte Restructuring Inc., argues that *Belmont* “shifted” the English common law from an effects-based test to a purpose-based test for the anti-deprivation rule: R.F., at para. 115. However, in my view, *Belmont* recognized that a purpose requirement has always been an element of the English anti-deprivation rule. Lord Collins undertook an extensive review of the English jurisprudence on the anti-deprivation rule: paras. 58-73. He found that, “where the rule has been applied, it has been an almost invariably expressed element that the party seeking to take advantage of the deprivation was intending to evade the bankruptcy rules”: para. 75. Further, in the English authorities “where the either . . . or anti-deprivation rule was held not to apply, good faith and the commercial sense of the transaction have been important factors”: para. 77. Lord Collins was thus able to conclude that the English jurisprudence reflected “an impressive body of opinion from some of the most distinguished judges that, in the case of the anti-deprivation rule, a deliberate intention to evade the insolvency laws is required”: para. 78; see also paras. 152-53, per Lord Mance.

[65] I find Lord Collins’s review of the English jurisprudence, as well as the conclusions of law he drew from it, to be authoritative characterizations of the English position on the anti-deprivation rule. I therefore cannot accept that *Belmont*’s recognition of a purpose requirement for the anti-deprivation rule was as novel as Deloitte suggests. Further, as I demonstrate below, the Canadian jurisprudence on the anti-deprivation rule also supports the conclusion that a purpose requirement is not a novel feature of the anti-deprivation rule.

(b) *Canadian Jurisprudence*

(i) Supreme Court of Canada Jurisprudence

[66] While this appeal gives this Court its first opportunity to fully consider and apply the anti-deprivation rule, in three previous decisions the Court either commented in *obiter* on this area of the

[64] L’intimée, Restructuration Deloitte Inc., a plaidé que l’arrêt *Belmont* a [TRADUCTION] « fait passer » la règle anti-privation anglaise d’un test fondé sur l’effet à un test fondé sur l’objectif : m.i., par. 115. Selon moi, l’arrêt *Belmont* a plutôt reconnu que l’objectif a toujours été un élément constitutif de la règle anti-privation anglaise. Lord Collins a effectué un examen exhaustif de la jurisprudence anglaise sur la règle anti-privation : par. 58-73. Il a constaté que, [TRADUCTION] « dans les cas où la règle a été appliquée, on relevait presque toujours le fait que la partie cherchant à profiter de la privation tentait d’éviter les règles en matière de faillite » : par. 75. En outre, dans les précédents anglais faisant autorité [TRADUCTION] « où il a été jugé que la règle anti-privation ne s’appliquait pas, la bonne foi et l’objectif commercial de la transaction ont été des facteurs importants » : par. 77. Lord Collins a donc pu conclure que la jurisprudence anglaise représentait [TRADUCTION] « un corpus impressionnant relatant l’opinion de certains des juges les plus éminents selon qui, dans le cas de la règle anti-privation, il devait y avoir une intention délibérée de contourner les lois en matière d’insolvabilité » : par. 78; voir aussi par. 152-153, le lord Mance.

[65] Je considère que l’examen de la jurisprudence anglaise par lord Collins ainsi que les conclusions de droit qu’il en a tirées font autorité quant à la position du droit anglais sur la règle anti-privation. Je ne saurais donc accepter que la reconnaissance, exprimée dans l’arrêt *Belmont*, de l’objectif comme élément constitutif de la règle anti-privation soit aussi nouvelle que Deloitte le laisse entendre. En outre, comme je le démontre ci-après, la jurisprudence canadienne relative à la règle anti-privation appuie elle aussi la conclusion selon laquelle une exigence relative à l’objectif n’est pas une caractéristique nouvelle de la règle anti-privation.

b) *La jurisprudence canadienne*

(i) Jurisprudence de la Cour suprême du Canada

[66] Bien que le présent pourvoi soit la première occasion qu’a la Cour d’examiner pleinement et d’appliquer la règle anti-privation, elle a déjà, à trois reprises, soit formulé des commentaires incidents

law or considered contractual arrangements which would have been subject to the anti-deprivation rule or the *pari passu* rule had the contracts in question been governed by the common law. On my reading, this Court's jurisprudence favours a *bona fide* commercial purpose test for the anti-deprivation rule.

[67] This Court had an opportunity to comment in *obiter* on the fraud upon the bankruptcy laws principle in *Hobbs v. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 S.C.R. 483. A mortgage provided that the mortgagees leased the mortgaged property to the mortgagor and that the rent was equal to the principal payments under the mortgage. The issue was whether the rights created by the lease were enforceable as against a third party execution creditor.

[68] Chief Justice Ritchie (Taschereau J., as he then was, concurring) concluded that a sham lease in a mortgage which is not intended to create a *bona fide* landlord-tenant relationship is void as against assignees in bankruptcy: pp. 486-89. Justice Strong, as he then was (Fournier J., concurring) agreed: pp. 502-3 and 507. However, they disagreed as to the result. Chief Justice Ritchie found that there was a *bona fide* arrangement because there was no bankruptcy law in force, whereas Strong J. found that there was not such an arrangement because the principle has wider application outside of bankruptcy: pp. 485-87 and 508-9.

[69] The authorities on which Ritchie C.J. and Strong J. relied were based on the English fraud upon the bankruptcy laws principle. Chief Justice Ritchie relied heavily upon the decision of the English Court of Appeal in *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442 (C.A.), quoting the reasons of Lord Brett, at pp. 459 and 461:

sur ce domaine du droit, soit examiné des ententes contractuelles qui auraient été assujetties à la règle anti-privation ou à la règle du *pari passu* si les contrats en question avaient été régis par la common law. D'après ma lecture, la jurisprudence de la Cour favorise le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle anti-privation.

[67] La Cour a eu l'occasion de formuler des commentaires incidents sur le principe de fraude contre les lois en matière de faillite dans l'arrêt *Hobbs c. Ontario Loan and Debenture Company* (1890), 18 R.C.S. 483. Un contrat hypothécaire prévoyait que le créancier hypothécaire louait la propriété hypothéquée au débiteur hypothécaire et que le loyer équivalait aux paiements du capital prévus par le contrat. Il s'agissait de savoir si les droits créés par le bail étaient exécutoires contre un tiers créancier saisissant.

[68] Le juge en chef Ritchie (le juge Taschereau, plus tard juge en chef, souscrivant à ses motifs) a conclu qu'un faux bail prévu dans un contrat hypothécaire qui n'a pas pour but de créer une relation propriétaire-locataire véritable est nul à l'égard des cessionnaires dans le cadre d'une faillite : p. 486-489. Le juge Strong, plus tard juge en chef, a souscrit à cette position (avec l'appui du juge Fournier) : p. 502-503 et 507. Ils n'étaient toutefois pas d'accord quant à l'issue de l'appel. Le juge en chef Ritchie a conclu à un arrangement de bonne foi, car aucune loi en matière de faillite n'était en vigueur. Le juge Strong a plutôt conclu à l'absence d'un tel arrangement, car le principe avait un vaste champ d'application qui allait au-delà de la faillite : p. 485-487 et 508-509.

[69] La jurisprudence sur laquelle le juge en chef Ritchie et le juge Strong se sont fondés reposait sur le principe anglais de fraude contre les lois en matière de faillite. Le juge en chef Ritchie s'est appuyé fortement sur la décision rendue par la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'arrêt *Ex parte Voisey* (1882), 21 Ch. D. 442 (C.A.), citant les motifs de lord Brett, qui a déclaré ce qui suit, aux p. 459 et 461 :

The only way in which it can cease to be a *bona fide* contract is if it was not intended to be acted upon between the parties at all, and was only a device to evade the bankruptcy laws. That would not be what is ordinarily called a fraud, but it would be what is called a fraud upon the bankruptcy laws, that is, an attempt to evade the bankruptcy laws in case of a bankruptcy. Now that attempted evasion, that want of *bona fides* with regard to the bankruptcy laws, must exist, if at all, at the moment when the contract is made. . . .

...

. . . the question is whether there was a real honest stipulation between the parties, intended to be acted upon whether there should be a bankruptcy or not, or whether it was a stipulation which they intended to be acted upon only for the purpose of defeating the bankruptcy law.

[70] Justice Strong also relied on *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138 (C.A.), the *ratio decidendi* of which he described as being that “any provision by a debtor that in the event of his becoming bankrupt or insolvent there shall be a different distribution of his effects from that which the law provides is void”: p. 502. While noting that *Williams* was of limited value due to the lack of bankruptcy legislation in Canada, Strong J. went on to comment favourably upon the English cases which followed it, including *Voisey*. He described the law established by those authorities as being that, if it appears that the tenancy for which a mortgage provides is not intended by the parties to be a *bona fide* agreement, and is instead a sham or pretence, then such a lease is “void . . . as against the assignees in bankruptcy”: p. 503. Justice Strong adopted these principles, adding that they must have a wider application beyond the bankruptcy context in order to protect third parties more generally.

[71] The separate opinion of Patterson J. is also noteworthy because he stated that the enforceability of the tenancy between the mortgagor and a third party depended in part on the “*bona fides* of the transaction”: p. 543. He noted that the *bona fides* of a transaction “has usually been tested in England in the light of the bankruptcy law”, and, while Canada did not have a bankruptcy law at that time, it did “not

[TRADUCTION] Un contrat ne peut cesser d’être un contrat de bonne foi que si les parties n’avaient aucune intention de l’exécuter et s’il n’était qu’un moyen de contourner les lois en matière de faillite. Il ne s’agirait pas de ce que l’on appelle généralement une fraude, mais plutôt d’une fraude contre les lois en matière de faillite, c’est-à-dire une tentative de contourner ces lois en cas de faillite. Cela étant, cette tentative de contournement ou ce défaut de bonne foi à l’égard des lois en matière de faillite doit exister, à tout le moins, au moment de la conclusion du contrat . . .

...

. . . la question est de savoir si les parties ont véritablement et honnêtement conclu un contrat qu’elles avaient l’intention d’exécuter, qu’il y ait faillite ou non, ou s’il s’agit plutôt d’un contrat qu’elles avaient l’intention d’exécuter seulement afin de contourner les lois en matière de faillite.

[70] Le juge Strong s’est également fondé sur l’arrêt *Ex parte Williams* (1877), 7 Ch. D. 138 (C.A.), dont il a décrit la *ratio decidendi* comme établissant que [TRADUCTION] « toute disposition par laquelle un débiteur prévoit que ses biens seront distribués différemment de ce que prévoit la loi en cas de faillite ou d’insolvabilité est nulle » : p. 502. Bien qu’il ait noté que l’arrêt *Williams* avait peu de valeur en raison de l’absence de lois sur la faillite au Canada, le juge Strong a commenté favorablement les décisions anglaises qui ont suivi cet arrêt, y compris l’arrêt *Voisey*. D’après sa description du droit établi par ces précédents, s’il semble que la location prévue par le contrat hypothécaire n’est pas considérée comme un contrat de bonne foi par les parties et s’il s’agit plutôt d’un leurre ou d’une escroquerie, alors le bail est [TRADUCTION] « nul [. . .] à l’égard des cessionnaires dans le cadre d’une faillite » : p. 503. Le juge Strong a adopté ces principes, ajoutant qu’ils doivent s’appliquer bien au-delà du contexte de la faillite afin de protéger les tiers plus généralement.

[71] L’opinion du juge Patterson est également digne de mention, car il a déclaré que le caractère exécutoire d’un bail entre le créancier hypothécaire et un tiers dépendait en partie de [TRADUCTION] « l’authenticité de la transaction » : p. 543. Il a mentionné que cette authenticité de la transaction [TRADUCTION] « a habituellement été examinée en Angleterre dans le contexte du droit de la faillite » et,

therefore follow that the intention with which the lease is made is to be disregarded”: p. 543.

[72] In my view, the reasons of Ritchie C.J. and Strong and Patterson JJ. indicate this Court’s nearly unanimous *obiter* approval both of the existence of a general fraud upon the bankruptcy laws principle, even if it could not be applied at the time, and of a *bona fide* commercial purpose test corresponding to that principle.

[73] This Court addressed a set of circumstances resembling those governed by the common law anti-deprivation rule in *Coopérants, Mutual Life Insurance Society (Liquidator of) v. Dubois*, [1996] 1 S.C.R. 900. Mr. Dubois and Coopérants were the undivided co-owners of two immovables situated in Laval, Quebec. Their interests in the immovables were governed by two agreements in which they waived the right to demand a partition of the immovables for 35 years. Each agreement also provided that, in the event that one of the parties applied to a court for the appointment of a liquidator for the party’s property, that party’s interest in the immovable in question had to be sold to the counterparty. If the parties did not agree on the price, the defaulting party’s interest would be sold to the counterparty at 75 percent of its fair market value, which was to be determined without regard to the fact that the immovable was held in undivided co-ownership. Subsequently, Coopérants applied to a court for the appointment of a liquidator due to insolvency, and Mr. Dubois sought to rely on the forced sale clause in their agreements.

[74] This Court held that the liquidator was bound by the clause because there was no evidence that the contractual method for determining the sale price resulted in a price which was less than fair market value, nor was there any evidence that the clause gave Mr. Dubois an “unjust preference”: para. 41.

[75] I caution against overreliance on *Coopérants* for the purposes of ascertaining the content of a common law rule. The agreements at issue were governed by the *Civil Code of Lower Canada*, not

bien que le Canada n’ait pas eu de loi sur la faillite à cette époque, cela « ne voulait pas dire que l’intention derrière le bail devait être négligée » : p. 543.

[72] À mon avis, les motifs du juge en chef Ritchie et des juges Strong et Patterson indiquent que la Cour a approuvé, dans un *obiter* presque unanime, tant l’existence d’un principe général de fraude contre les lois en matière de faillite, même s’il s’avérait inapplicable à cette époque, que le test fondé sur l’objectif commercial véritable correspondant à ce principe.

[73] La Cour a examiné un ensemble de circonstances qui ressemblent à celles régies par la règle anti-privation de common law dans l’arrêt *Coopérants (Les), Société mutuelle d’assurance-vie (Liquidateur de) c. Dubois*, [1996] 1 R.C.S. 900. M. Dubois et Les Coopérants étaient les copropriétaires indivis de deux immeubles situés à Laval, au Québec. Leurs intérêts dans les immeubles étaient régis par deux conventions qui prévoyaient une renonciation au droit de demander le partage des biens immeubles pour une période de 35 ans. Chaque convention prévoyait également que si l’une des parties présentait une demande judiciaire pour la nomination d’un liquidateur de ses biens, l’intérêt de cette partie dans l’immeuble devait être vendu à l’autre. Si les parties ne s’entendaient pas sur le prix, l’intérêt de la partie défaillante devait être vendu à l’autre partie à 75 p. 100 de la juste valeur marchande, laquelle devait être établie sans égard au fait que l’immeuble était détenu en indivision. Subséquemment, Les Coopérants a présenté une demande judiciaire pour la nomination d’un liquidateur pour motif d’insolvabilité et M. Dubois a cherché à faire exécuter la clause de vente forcée prévue par leurs conventions.

[74] La Cour a conclu que le liquidateur était tenu de respecter la clause de vente forcée, car rien ne prouvait que la méthode prévue au contrat pour déterminer le prix de vente résultait en un prix inférieur à la juste valeur marchande et que la clause accordait à M. Dubois une « préférence injuste » : par. 41.

[75] Je conseille d’éviter un recours immodéré à l’arrêt *Coopérants* pour déterminer le contenu d’une règle de common law. Les contrats en cause étaient régis par le *Code civil du Bas-Canada* et

the common law, and the Court's comments regarding the enforceability of the clause in question were directed at how a court should exercise its discretion under what is now the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11. Nonetheless, *Coopérants* is significant for having recognized the importance of enforcing arrangements which reflect a *bona fide* commercial purpose. The Court noted that the clause at issue created an obligation to sell a unique, non-fungible and indivisible property in which Mr. Dubois, as co-owner, had a specific interest. The Court also observed that the agreements in which the clause was found included reciprocal obligations between the co-owners, which called for ongoing performance. This Court stated that "[i]t is advisable to respect such contracts and ensure that they are as stable as possible": para. 38. Thus, this Court acknowledged that the clause at issue served a *bona fide* commercial purpose which the law should strive to uphold, even if doing so granted a degree of preference over other creditors.

[76] Finally, this Court addressed a set of circumstances resembling those governed by the *pari passu* rule in *A.N. Bail Co. v. Gingras*, [1982] 2 S.C.R. 475. A contract between a general contractor and a subcontractor authorized the general contractor to pay the subcontractor's suppliers directly in order to discharge obligations arising out of a construction project. The subcontractor entered into bankruptcy proceedings and the general contractor made use of the provision in question to pay one of the subcontractor's suppliers, which was a creditor of the subcontractor. This Court held that in the bankruptcy context such arrangements could not be used to supplant the *pari passu* distribution scheme in the *BIA*. This was so notwithstanding the general contractor's good faith.

[77] *Gingras* is consistent with the English approach to the *pari passu* rule. The House of Lords held in *British Eagle International Airlines Ltd. v. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758 (H.L.), that the *pari passu* rule applies where the effect of a contract is that a bankrupt's assets would

non par la common law, et les commentaires de la Cour concernant l'applicabilité de la clause portaient sur la façon dont un tribunal doit exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est aujourd'hui conféré par la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11. L'arrêt *Coopérants* est néanmoins crucial puisqu'il a reconnu l'importance d'exécuter les conventions qui reflètent un objectif commercial véritable. La Cour a noté que la clause dont il était question créait l'obligation de vendre un bien unique, non fongible et indivisible à l'égard duquel M. Dubois, en tant que copropriétaire, avait un intérêt particulier. Elle a également observé que les conventions dans lesquelles se trouvait la clause comportaient des obligations réciproques pour les deux copropriétaires qui nécessitaient une continuité dans le temps. Elle a indiqué qu'« [i]l y a intérêt à respecter de tels contrats et à assurer leur stabilité dans la mesure du possible » : par. 38. Par conséquent, la Cour a reconnu que la clause en litige visait un objectif commercial véritable que les tribunaux doivent s'efforcer de respecter, même si cela accorde une préférence à certains créanciers plutôt qu'à d'autres.

[76] Enfin, la Cour a examiné un ensemble de circonstances ressemblant à celles régies par la règle du *pari passu* dans l'arrêt *A.N. Bail Co. c. Gingras*, [1982] 2 R.C.S. 475. Un contrat conclu entre un entrepreneur général et un sous-entrepreneur autorisait l'entrepreneur général à payer directement les fournisseurs du sous-entrepreneur pour les obligations liées au projet de construction. Le sous-entrepreneur a entamé une procédure de faillite et l'entrepreneur général s'est prévalu de la disposition contractuelle pour payer un des fournisseurs du sous-entrepreneur, qui était un créancier de ce dernier. La Cour a conclu que, dans le contexte d'une faillite, de tels contrats ne peuvent être utilisés pour supplanter le régime de distribution *pari passu* prévu par la *LFI*. Et cela, malgré la bonne foi de l'entrepreneur général.

[77] L'arrêt *Gingras* est compatible avec l'approche anglaise de la règle du *pari passu*. La Chambre des lords a conclu, dans l'arrêt *British Eagle International Airlines Ltd. c. Cie Nationale Air France*, [1975] 1 W.L.R. 758 (H.L.), que la règle du *pari passu* s'applique lorsque l'effet d'un contrat

be distributed to the bankrupt's creditors otherwise than in accordance with the bankruptcy laws, notwithstanding the parties' legitimate commercial purposes. However, as I explain in detail below, it does not follow that the anti-deprivation rule must adopt a similar effects-based test. Certainly, the United Kingdom Supreme Court did not regard *British Eagle* as precluding it from holding that the English anti-deprivation rule includes a *bona fide* commercial purpose element: *Belmont*. Therefore, I do not view *Gingras* as undermining the existence of a *bona fide* commercial purpose test for the anti-deprivation rule.

[78] In summary, *Hobbs* and *Coopérants* include significant *obiter dicta* which are suggestive of a *bona fide* commercial purpose test for the common law anti-deprivation rule. *Gingras* neither contradicts those *obiter dicta* nor departs from the law of England as stated in *Belmont* and *British Eagle*. Therefore, I am of the view that this Court's jurisprudence favours a *bona fide* commercial purpose test for the anti-deprivation rule — though, to be clear, this Court has not previously bound itself as a matter of *stare decisis* in this regard. My empirical inquiry must, therefore, live or die on the jurisprudence of the courts that have actually applied the common law anti-deprivation rule.

(ii) Superior Court and Appellate Jurisprudence

[79] On my reading of the jurisprudence, courts applying the anti-deprivation rule in Canada have not been content to rest their reasons for decision merely on a finding that the effect of a transaction or contractual provision was to deprive a bankrupt's estate of value. As I explain below, courts have looked past the effects of the arrangement and inquired into the presence or absence of a *bona fide* commercial purpose behind the deprivation. In the minority of cases where this discussion has not occurred, the absence of a *bona fide* commercial purpose has been readily inferable from the circumstances. These observations

sera d'entraîner une distribution des biens d'un failli à ses créanciers différente de celle prévue par les lois en matière de faillite, et ce, en dépit des objectifs commerciaux légitimes des parties. Cependant, comme je l'explique en détail, cela ne veut pas dire que la règle anti-privation doit entraîner le recours à un test similaire fondé sur les effets. Clairement, la Cour suprême du Royaume-Uni n'a pas considéré que l'affaire *British Eagle* l'empêchait de conclure que la règle anti-privation anglaise comprend une notion d'objectif commercial véritable : *Belmont*. Par conséquent, je considère que l'affaire *Gingras* ne nie pas l'existence d'un test fondé sur l'objectif commercial véritable auquel il faut recourir pour l'application de la règle anti-privation.

[78] En résumé, les arrêts *Hobbs* et *Coopérants* énoncent des *obiter dicta* importants qui évoquent un test fondé sur l'objectif commercial véritable auquel il faut recourir pour l'application de la règle anti-privation de common law. L'arrêt *Gingras* ne contredit pas ces *obiter dicta* ni ne s'écarte du droit anglais, tel qu'il a été énoncé dans les affaires *Belmont* et *British Eagle*. Je suis donc d'avis que la jurisprudence de la Cour favorise le recours à un test fondé sur l'objectif commercial véritable des parties pour l'application de la règle anti-privation — quoique, je le précise, la Cour ne se soit pas liée par le principe de *stare decisis* à cet égard. Mon examen empirique doit donc reposer sur la jurisprudence des tribunaux qui ont appliqué la règle anti-privation de common law.

(ii) Jurisprudence de la Cour supérieure et de la Cour d'appel

[79] D'après ma lecture de la jurisprudence, les tribunaux qui ont appliqué la règle anti-privation au Canada ne se sont pas contentés de fonder leurs décisions sur une simple conclusion voulant qu'une transaction ou une stipulation ait pour effet de réduire la valeur de l'actif du failli. Comme je l'explique ci-après, les tribunaux ont regardé au-delà des effets du contrat et ont vérifié si la privation poursuivait un objectif commercial véritable. Dans les rares cas où cet examen n'a pas été réalisé, il était facile d'inférer des circonstances l'absence d'un objectif commercial véritable. Ces observations me mènent

lead me to conclude that a *bona fide* commercial purpose element has a strong jurisprudential footing in Canadian law.

[80] The Ontario Court of Appeal, in *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379, applied the anti-deprivation rule to a lease which provided that upon the insolvency of the tenant, the current year's rent and the succeeding year's rent would be due and payable. The landlord argued that the additional year's rent was intended as compensation for his loss of a tenant. If the test the Court of Appeal applied had been focused solely on the effects of the provision, it would not have had to address this argument. Nonetheless, it did. The court rejected the landlord's argument, noting that it was "discredited by the circumstance that a surrender by a tenant, who had become insolvent, imports advantage rather than loss" for the landlord: p. 384. At p. 385, the court quoted with approval the decision of Lord Chancellor Redesdale in *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44, at p. 49, which has often been cited in Canada:

The question is, whether a person can be admitted to prove as a creditor, on the foundation of an instrument contrived for the purpose of defeating the effect of the bankrupt laws; where the only ground of the claim is an instrument executed for the purpose of giving a right against creditors, which would not exist against the bankrupt if he were solvent. All the cases in England have held this to be a fraud upon the bankrupt laws, which cannot be supported [Emphasis added.]

[81] Applying *Murphy*, the Court of Appeal concluded that the provision stipulating the payment of an additional year's rent to the landlord was invalid. In essence, the court found that there was no legitimate commercial purpose for the landlord to receive what would effectively be a gratuitous payment of an additional year's worth of rent long after the tenancy had come to an end.

[82] The same Court of Appeal applied the anti-deprivation rule to void an agreement in *Watson v. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.). A partnership and the creditors of an insolvent business entered into

à conclure que la notion d'objectif commercial véritable est bien ancrée dans le droit canadien.

[80] Dans l'arrêt *In Re Hoskins and Hawkey, Insolvents* (1877), 1 O.A.R. 379, la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la règle anti-privation à un bail qui prévoyait que si le locataire devenait insolvable, le loyer de l'année en cours de même que celui de l'année suivante devait tout de même être payé. Le propriétaire a soutenu que le loyer de l'année additionnelle servait d'indemnisation pour sa perte de locataire. Si le test que la cour a appliqué n'avait été axé que sur les effets de la stipulation, elle n'aurait pas eu à aborder cet argument. Or, elle l'a fait. La cour a rejeté l'argument du propriétaire, mentionnant qu'il était [TRADUCTION] « infirmé par le fait que le départ d'un locataire devenu insolvable entraîne un avantage plutôt qu'une perte » pour le propriétaire : p. 384. À la p. 385, la Cour d'appel a cité avec approbation la décision rendue par le lord chancelier Redesdale dans l'arrêt *Murphy, a Bankrupt* (1803), 1 Ch. 44, p. 49, qui est souvent cité au Canada :

[TRADUCTION] La question est de savoir si une personne peut être autorisée à prouver sa réclamation à titre de créancier en se fondant sur un instrument créé aux fins d'annuler l'effet des lois en matière de faillite lorsque le seul fondement de la réclamation est un instrument conclu dans le but d'accorder un droit contre les créanciers, qui n'existerait pas contre le failli s'il était solvable. Dans toutes les affaires examinées en Angleterre, il a été conclu qu'il s'agissait d'une fraude contre les lois en matière de faillite qu'il est impossible d'appuyer . . . [Je souligne.]

[81] Appliquant l'arrêt *Murphy*, la Cour d'appel a conclu que la stipulation prévoyant le paiement au propriétaire d'un loyer pour une année additionnelle était invalide. Essentiellement, elle a jugé qu'il n'existait pas d'objectif commercial légitime pouvant justifier que le propriétaire reçoive ce qui serait en réalité le paiement à titre gratuit d'une année supplémentaire de loyer après la fin du bail.

[82] La même Cour d'appel a appliqué la règle anti-privation pour annuler une entente dans l'arrêt *Watson c. Mason* (1876), 22 Gr. 574 (U.C. Ch.). Une société de personnes et les créanciers d'une

an arrangement which permitted the partnership to purchase the assets of the business, with the stipulation that, upon the insolvency of the partnership, the partnership would then owe the creditors the balance of the business's unpaid debt. Justice Burton (as he then was) held that there was no authority to support the validity of an agreement "where the only ground of the claim is an instrument executed for the purpose of giving a right against creditors": p. 588 (emphasis added). Justice Patterson (then a member of the Court of Appeal) noted there was no evidence that the partnership had paid a discounted price on the assets in exchange for this *quid pro quo* and Burton J.A. was of the view that the partnership had paid the full value of the assets, rendering the contingent debt obligation essentially gratuitous. When I consider these comments in conjunction with the various judges' approving citations of English authorities referring to intention or purpose (pp. 583-84, for example), I take the court to have found that there was no legitimate commercial interest in conjuring the insolvent business's debt into existence upon the insolvency of the partnership after the partnership had already agreed to pay the creditors the full value of the goods which had belonged to the business.

[83] The anti-deprivation rule was also applied by Meyer J. in *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (Que. Sup. Ct.). The bankrupt was a shareholder in a private company. The shareholders' agreement provided for a right of first refusal should a shareholder voluntarily wish to dispose of his shares to a third party, and also included a right to purchase the shares of any shareholder who became bankrupt. The agreement further provided that the price to be paid on the forced sale of a bankrupt's shares was to be 80 percent of the price which would otherwise be paid if the shares were sold voluntarily through the right of first refusal.

[84] Justice Meyer concluded that the provision requiring the sale of a bankrupt shareholder's shares for 80 percent of their value was contrary to public policy because it granted the shareholders a special reduction in the price to be paid for those shares. If the standard he was applying had looked only to

entreprise insolvable ont conclu une entente qui permettait à la société de personnes d'acheter les actifs de l'entreprise, et qui prévoyait qu'en cas d'insolvabilité, la société devrait aux créanciers le reste des dettes impayées de l'entreprise. Le juge Burton (plus tard juge en chef) a conclu qu'aucun précédent n'appuyait la validité d'une entente [TRADUCTION] « alors que l'unique fondement de la réclamation est un instrument conçu dans le but d'accorder un droit contre les créanciers » : p. 588 (je souligne). Le juge Patterson (alors membre de la Cour d'appel) a mentionné que rien ne prouvait que la société de personnes avait payé un prix réduit pour les actifs en échange de cette contrepartie, et le juge Burton était d'avis que la société de personnes avait payé la valeur complète des actifs, ce qui transformait le paiement éventuel des dettes en un avantage concédé essentiellement à titre gratuit. Si je combine ces commentaires avec l'approbation par plusieurs juges de citations de décisions anglaises faisant référence à l'intention ou à l'objectif (p. 583-584, p. ex.), je comprends que la cour a conclu qu'il n'y avait aucun intérêt commercial légitime à faire assumer la dette d'une autre entreprise par la société de personnes, devenue insolvable, alors que cette société avait déjà convenu de payer aux créanciers la pleine valeur des biens de l'entreprise.

[83] Le juge Meyer a aussi appliqué la règle anti-deprivation dans la décision *Re Frechette* (1982), 138 D.L.R. (3d) 61 (C.S. Qc). Le failli était un actionnaire d'une société privée. La convention entre actionnaires prévoyait un droit de premier refus si l'un des actionnaires décidait de céder volontairement ses parts à un tiers, ainsi qu'un droit d'acheter la part de tout actionnaire ayant fait faillite. Cette entente prévoyait également que le prix à payer pour les parts d'un failli obtenues lors d'une vente forcée devait être de 80 p. 100 du prix qui serait autrement payé si les parts étaient vendues volontairement au moyen du droit de premier refus.

[84] Le juge Meyer a conclu que la stipulation exigeant la vente des parts du failli pour 80 p. 100 de leur valeur était contraire à l'intérêt public. Il est parvenu à cette conclusion parce qu'il a jugé que la stipulation accordait aux actionnaires une réduction spéciale du prix à payer pour les parts

the effects of the provision on bankruptcy, he could have ended his analysis there. However, he went on to consider the shareholders' purpose in entering into the arrangement.

[85] While Meyer J. accepted that the discount of 20 percent might have been agreed upon in good faith, he considered that it was essentially a gratuitous benefit granted by the shareholders to one another. Indeed, he analogized it to a "gift": p. 69. He observed that there "was no evidence before the court as to the existence of any consideration for such a reduction, other than a desire to confer a benefit on one's fellow shareholders in the event of one's bankruptcy": p. 69. In effect, this was a finding that there was no objectively ascertainable *commercial* interest behind the provision. A desire to give gifts to friends is plainly not a legitimate commercial interest which the law should protect over the interests of third party creditors in bankruptcy. Finally, I note that Meyer J. quoted and followed an English decision, *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279, the significance of which I examine below when discussing another Canadian decision.

[86] Justice Saunders considered the anti-deprivation rule in *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (Ont. S.C.). The bankrupt, Knechtel Furniture, had an employee pension plan that had been wound up on the company's bankruptcy with a surplus of \$471,300, after all the beneficiaries had been fully paid in accordance with the terms of the plan. The plan stated that in the event of its termination, any surplus would be paid over to the company, provided, however, that, in the event that the company had become bankrupt or insolvent, the surplus would be allocated to the beneficiaries. The company's trustee in bankruptcy argued that the provision entitling the beneficiaries to the funds was contrary to public policy.

[87] The beneficiaries argued that the provision had not been inserted to defeat the bankrupt's creditors. They submitted that its purpose was to provide additional benefits to employees who would probably suffer great hardship if the plan were to be wound up

de l'actionnaire failli. Si la règle qu'il a appliquée ne s'intéressait qu'aux effets de la stipulation sur la faillite, il aurait pu terminer son analyse à cette étape. Mais il a poursuivi en examinant la raison pour laquelle les actionnaires avaient conclu l'entente.

[85] Bien que le juge Meyer ait accepté que le rabais de 20 p. 100 puisse avoir été convenu de bonne foi, il a jugé qu'il s'agissait essentiellement d'un avantage gratuit accordé par les associés les uns aux autres. En effet, il a comparé cet avantage à un [TRADUCTION] « cadeau » : p. 69. Il a observé que « la cour ne disposait d'aucune preuve démontrant l'existence d'une contrepartie pour ce rabais, à part le désir d'accorder un avantage à un autre actionnaire en cas de faillite » : p. 69. Cette conclusion revient à dire que la stipulation ne reposait sur aucun intérêt *commercial* objectivement vérifiable. Le désir de faire des cadeaux à des amis n'est tout simplement pas un intérêt commercial légitime que le droit devrait protéger au détriment des intérêts des créanciers tiers en cas de faillite. Enfin, je constate que le juge Meyer a cité et invoqué la décision anglaise *Borland's Trustee c. Steel Brothers & Co., Limited*, [1901] 1 Ch. 279, dont j'examinerai l'importance ci-après en analysant une autre décision canadienne.

[86] Le juge Saunders a examiné la règle anti-deprivation dans la décision *Re Knechtel Furniture Ltd.* (1985), 56 C.B.R. (N.S.) 258 (C.S. Ont.). La faillie, Knechtel Furniture, avait un régime de retraite pour ses employés. Celui-ci a été liquidé, avec un surplus de 471 300 \$ après que tous les bénéficiaires eurent été totalement payés conformément aux modalités du régime, lorsque la compagnie a fait faillite. Selon le régime, en cas de cessation, tout surplus devait être payé à la compagnie, mais si celle-ci avait fait faillite ou était devenue insolvable, il devait être distribué aux bénéficiaires. Le syndic de faillite de la compagnie a fait valoir que la clause qui accordait aux bénéficiaires un droit au surplus était contraire à l'intérêt public.

[87] Les bénéficiaires ont soutenu que la stipulation n'avait pas été incluse dans le but de contrecarrer le droit des créanciers de la faillie. Ils ont fait valoir qu'elle visait à accorder des avantages supplémentaires aux employés qui subiraient probablement de

after the company became bankrupt. In other words, they argued that the provision had a *bona fide* commercial purpose. Justice Saunders rejected this argument, not because he regarded it as irrelevant to his analysis, but rather because he found it “difficult to see why the hardship would necessarily be any less if the plan had been terminated when Knechtel was solvent”: p. 264. In other words, he did not accept that there was a legitimate commercial interest in giving the beneficiaries what would amount to gratuitous pension benefits. He observed that the beneficiaries had already been paid their benefits in full under the plan, and that, if the plan had been terminated while the company was solvent, the beneficiaries would have had no entitlement to the surplus. As enforcing the provision would redirect funds which would otherwise have gone into the bankrupt’s estate, the provision was contrary to public policy.

[88] The anti-deprivation rule was also considered by Blair J. (as he then was) in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Gen. Div.)). Bramalea and the Canadian Imperial Bank of Commerce were in a partnership formed to develop and operate a shopping mall. A clause in their partnership agreement provided that, in the event of the insolvency of one of the partners, the solvent partner could purchase the insolvent partner’s interest at the lesser of book value or fair market value. Bramalea entered into bankruptcy proceedings, and the bank sought to exercise its right under the partnership agreement. The book value of Bramalea’s interest was estimated at \$200,000, and the evidence suggested that the fair market value might exceed the book value by as much as \$2 million to \$3 million. Thus, the clause would have given the bank a rather staggering discount on the value of Bramalea’s partnership interest. Justice Blair neither expressly accepted nor rejected these figures for the fair market valuation, but he did find that the difference in price was “more than minimal”: p. 694.

grandes difficultés si le régime était liquidé après la faillite de l’entreprise. Autrement dit, ils ont prétendu que la stipulation visait un objectif commercial véritable. Le juge Saunders a rejeté cet argument, non pas parce qu’il l’a jugé non pertinent pour son analyse, mais parce qu’il a estimé qu’il était [TRADUCTION] « difficile de voir pourquoi les difficultés auraient nécessairement été moindres si le régime avait été liquidé lorsque Knechtel était solvable » : p. 264. Autrement dit, il n’a pas accepté l’argument selon lequel il y avait un intérêt commercial légitime à accorder aux bénéficiaires ce qui équivaldrait à des prestations gratuites. Il a observé que les bénéficiaires avaient déjà reçu la totalité des prestations auxquelles ils avaient droit en vertu du régime et que, si celui-ci avait été liquidé alors que l’entreprise était solvable, les bénéficiaires n’auraient pas eu droit au surplus. Puisque l’application de la stipulation aurait pour effet de réaffecter les fonds qui auraient autrement fait partie de l’actif de la faillie, la stipulation était contraire à l’intérêt public.

[88] La règle anti-privation a aussi été examinée par le juge Blair (plus tard juge de la Cour d’appel) dans la décision *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Bramalea Inc.* (1995), 33 O.R. (3d) 692 (C.J. (Div. gén.)). Bramalea et la CIBC étaient parties à un contrat de société conclu dans le but de construire et d’exploiter un centre commercial. Une des stipulations de l’entente prévoyait qu’en cas d’insolvabilité de l’un des associés, l’associé solvable pouvait acheter la participation de l’associé insolvable au prix le moins élevé entre la valeur comptable et la juste valeur marchande. Bramalea a entamé une procédure de faillite, et la banque a tenté d’exercer son droit prévu au contrat de société. La valeur comptable de la participation de Bramalea était évaluée à 200 000 \$ et la preuve tendait à démontrer que la juste valeur marchande pouvait dépasser la valeur comptable d’un montant aussi élevé que 2 000 000 à 3 000 000 de dollars. La clause aurait donc accordé à la banque un rabais plutôt ahurissant sur la valeur de la participation de Bramalea dans la société. Le juge Blair n’a expressément ni accepté ni rejeté les montants invoqués pour la juste valeur marchande, mais a conclu que la différence de prix était [TRADUCTION] « plus que minime » : p. 694.

[89] Justice Blair stated that it was “clear from the provisions of the partnership agreement itself that the parties had contemplated a transfer to one of the partners of the other partner’s partnership interest, solely in the event of insolvency of the latter, at a price which was less than what could be obtained for that interest on the market”: p. 695 (emphasis deleted). Although he was at pains to point out that there was no suggestion of a fraudulent or dishonest intent in this case, he also observed that the parties had intended to sell an asset at an undervalue. As a result, he found that the clause was contrary to public policy. Thus, while Blair J. did not expressly discuss whether there was an absence of an objective commercial purpose, he clearly did engage in a search for an objective purpose.

[90] In addition, I take Blair J.’s statement that the rule encompasses “fraud in the effect” as meaning no more than that a subjective intent to defraud the bankrupt’s creditors does not have to be shown in order for the anti-deprivation rule to apply: p. 694. In *Belmont*, Lord Mance explained that references in the jurisprudence to “fraud” of the bankruptcy law are not references to fraud “in a strict sense” or to “morally opprobrious” conduct: para. 151. Lord Brett also made this point clear at p. 459 of *Voisey*. Thus, a showing of subjective dishonesty or deceit is unnecessary. However, Lord Mance, at para. 151 of *Belmont*, and Lord Brett, at p. 461 of *Voisey*, both held that the anti-deprivation rule requires an assessment of whether there was a legitimate purpose behind a transaction. I see nothing contradictory in holding that deceit, dishonesty, or impropriety need not be shown, while also holding that the anti-deprivation rule does not apply to transactions or contractual provisions which serve a *bona fide* commercial purpose. I therefore do not see Blair J.’s comments regarding “fraud in the effect” as inconsistent with the view I put forward.

[89] Le juge Blair a déclaré qu’il [TRADUCTION] « ressortait clairement des clauses du contrat de société elles-mêmes que les parties envisageaient un transfert de la participation dans la société de l’un des associés à l’autre uniquement en cas d’insolvabilité du premier, à un prix moins élevé que ce que l’on aurait obtenu pour cette participation sur le marché » : p. 695 (italique omis). Ainsi, bien qu’il se soit efforcé de souligner que rien n’indiquait la présence d’une intention frauduleuse ou malhonnête dans cette affaire, il a observé que les parties voulaient vendre un actif à un prix sous-évalué. Par conséquent, il a conclu que la clause était contraire à l’intérêt public. Donc, bien que le juge Blair ne se soit pas expressément penché sur la question de savoir si la stipulation avait une finalité commerciale objective, il a manifestement tenté de trouver une finalité objective.

[90] De plus, je considère que la déclaration du juge Blair selon laquelle la règle englobe [TRADUCTION] l’« effet frauduleux » veut seulement dire qu’il n’est pas nécessaire de démontrer une intention subjective de commettre une fraude contre les créanciers du failli pour que la règle anti-privation s’applique : p. 694. Dans l’arrêt *Belmont*, lord Mance a expliqué que les mentions dans la jurisprudence de [TRADUCTION] « fraude » contre les lois en matière de faillite ne visent pas la fraude « au sens strict » ni les conduites « moralement scandaleuses » : par. 151. Lord Brett s’est également prononcé clairement en ce sens à la p. 459 de l’arrêt *Voisey*. En conséquence, il n’est pas nécessaire de démontrer une intention malhonnête subjective ou une tromperie. Toutefois, lord Mance, au par. 151 de l’arrêt *Belmont*, et lord Brett, à la p. 461 de l’arrêt *Voisey*, ont tous les deux conclu que la règle anti-privation exigeait d’évaluer si la transaction poursuivait un objectif légitime. Je ne vois rien de contradictoire à décider que la preuve d’une tromperie ou d’un acte malhonnête ou répréhensible n’est pas nécessaire, tout en concluant que la règle anti-privation ne s’applique pas aux transactions ou aux stipulations qui visent un objectif commercial véritable. Je ne considère donc pas les commentaires du juge Blair concernant la [TRADUCTION] « effet frauduleux » comme étant incompatibles avec le point de vue que j’avance.

[91] Further, Blair J., at p. 695, like Meyer J. in *Frechette*, at p. 68, quoted directly from the English case of *Borland*, in which Farwell J. stated the following in the context of a share purchase agreement:

If I came to the conclusion that there was any provision in these articles compelling persons to sell their shares in the event of bankruptcy at something less than the price that they would otherwise obtain, such a provision would be repugnant to the bankruptcy law [p. 291]

This leaves open the question, however, of whether the repugnancy would arise because the provision would amount to a deprivation “in effect”, notwithstanding the parties’ *bona fide* intentions, or whether the sale at an undervalue would undermine the parties’ claim that they had drafted the provision so as to serve legitimate commercial interests. I think the latter view reflects the better reading of Farwell J.’s reasons in *Borland*, to which I now turn.

[92] Mr. Borland was a shareholder in a private company which carried on business in Burma. The company’s articles of association provided that each of the shareholders was “entitled to continue to hold the shares then held by him or any of them until he should die or voluntarily transfer the same or become bankrupt”: p. 281. Mr. Borland was adjudicated bankrupt, the company attempted to force the sale of his shares, and the trustee of his estate resisted the sale, arguing that the provision was a fraud upon the bankruptcy laws.

[93] Justice Farwell found that the forced sale provision in the articles of association was not contrary to public policy. He found that the provision had been inserted *bona fide* and constituted a “fair agreement for the purpose of the business of the company”: p. 291. Justice Farwell observed that the shares were difficult to value because they came with a number of restrictive clauses that made it “impossible to find a market value”. He added that the price offered by the company likely represented the fair value of the shares, given that they were essentially incapable

[91] En outre, le juge Blair, à la p. 695, comme le juge Meyer dans l’affaire *Frechette*, p. 68, a cité directement la décision anglaise *Borland* où le juge Farwell a déclaré ce qui suit dans le contexte d’une convention d’achat d’actions :

[TRADUCTION] Si j’en arrivais à la conclusion que l’une de ces stipulations obligeait quiconque à vendre ses parts en cas de faillite à un prix moins élevé que celui qu’il ou elle aurait autrement obtenu, cette disposition serait incompatible avec le droit de la faillite . . . [p. 291]

Toutefois, on peut se demander si cette incompatibilité découlerait du fait que la disposition constituerait une privation « compte tenu de ses effets », malgré la bonne foi des parties, ou si la vente à un prix sous-évalué nuirait à la prétention des parties voulant qu’elles aient rédigé la stipulation de façon à servir des intérêts commerciaux légitimes. Je crois que la dernière supposition constitue une meilleure interprétation des motifs du juge Farwell dans la décision *Borland*, que j’examinerai sans plus tarder.

[92] Monsieur Borland était actionnaire d’une entreprise privée qui conduisait ses activités en Birmanie. Les statuts constitutifs de l’entreprise prévoyaient que chaque actionnaire [TRADUCTION] « avait le droit de continuer à détenir ses actions ou celles des autres actionnaires jusqu’à sa mort, ou jusqu’à ce qu’il les transfère volontairement ou jusqu’à ce qu’il fasse faillite » : p. 281. Monsieur Borland ayant été déclaré failli, l’entreprise a tenté de l’obliger à vendre ses actions. Le syndic de faillite de M. Borland s’est opposé à la vente, faisant valoir que la stipulation constituait une fraude contre les lois en matière de faillite.

[93] Le juge Farwell a conclu que la disposition des statuts constitutifs relative à la vente forcée n’était pas contraire à l’intérêt public. Il a jugé qu’elle y avait été ajoutée [TRADUCTION] « de bonne foi » et constituait une « entente équitable aux fins des activités de l’entreprise » : p. 291. Il a constaté qu’il était difficile d’évaluer les actions parce qu’elles étaient assorties de plusieurs clauses restrictives qui « empêchaient d’en établir la valeur marchande ». Le juge Farwell a ajouté que le prix offert par l’entreprise représentait vraisemblablement la juste valeur

of valuation. The same share price applied to all shareholders and applied for sales of shares outside of bankruptcy as well as in bankruptcy.

[94] It was in this context that Farwell J. made the statement quoted by Blair J. in *Bramalea*. However, given Farwell J.'s observation that the shares were essentially impossible to value, his conclusion that the anti-deprivation rule did not apply depended more on his view that the arrangement was a *bona fide* commercial agreement than it did on establishing a fixed principle that the absence of evidence of a deprivation was determinative of the rule's application: see A. Ho, "The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada" (2015), 61 *McGill L.J.* 139, at p. 161. Therefore, to the extent that the courts in *Bramalea* and *Frechette* followed *Borland*, either they did so on a mistaken view of what it stands for, or (and I prefer this view) implicit in their reasons is the notion that the anti-deprivation rule does not apply to *bona fide* commercial agreements.

[95] The Ontario Court of Appeal relied on *Bramalea* to invalidate a contractual provision in *Aircell Communications Inc. (Trustee of) v. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276. Aircell and Bell were parties to an independent dealer agreement which provided that Bell could terminate the agreement on notice if Aircell defaulted on its payments to Bell for purchases of inventory. It further provided that, should the agreement be terminated for specified reasons, Bell's obligations to pay commissions "shall cease immediately": para. 8. Owing to financial difficulties, Aircell defaulted on its payments and then entered into bankruptcy proceedings. It owed Bell \$64,000 for inventory, and Bell retained \$188,981 worth of commissions it owed to Aircell. As Bell was entitled to set-off under the *BIA*, Aircell's trustee brought an action against Bell to recover only the difference between the commissions retained by Bell and the amounts which Aircell owed to Bell. The Court of Appeal found that the clause at issue provided "a windfall to . . . Bell": para. 12. Applying *Bramalea*,

des actions étant donné qu'il était essentiellement impossible de les évaluer. Le même prix s'appliquait à tous les actionnaires ainsi qu'à la vente des actions dans le cadre d'une faillite et en dehors de celle-ci.

[94] C'est dans ce contexte que le juge Farwell a formulé le commentaire qu'a cité le juge Blair dans la décision *Bramalea*. Cependant, étant donné l'observation du juge Farwell selon laquelle il était essentiellement impossible d'établir la valeur des actions, sa conclusion quant à l'inapplicabilité de la règle anti-privation reposait davantage sur son impression que l'entente visait un objectif commercial véritable que sur l'établissement d'un principe fixe selon lequel l'absence de preuve démontrant une privation est déterminante eu égard à l'application de la règle : voir A. Ho, « The Treatment of *Ipsa Facto* Clauses in Canada » (2015), 61 *R.D. McGill* 139, p. 161. Par conséquent, dans la mesure où les décisions *Bramalea* et *Frechette* ont suivi la décision *Borland*, elles l'ont fait soit sur la base d'une mauvaise interprétation, soit, et c'est l'interprétation que je privilégie, parce qu'il est implicite dans les motifs de ces jugements que la règle anti-privation ne s'applique pas aux ententes commerciales véritables.

[95] La Cour d'appel de l'Ontario s'est fondée sur la décision *Bramalea* pour invalider une stipulation dans l'arrêt *Aircell Communications Inc. (Trustee of) c. Bell Mobility Cellular Inc.*, 2013 ONCA 95, 14 C.B.R. (6th) 276. Aircell et Bell étaient parties à un contrat de concessionnaire indépendant qui prévoyait que Bell pouvait résilier le contrat moyennant un préavis si Aircell ne payait pas à Bell ses achats d'inventaire. Ce contrat prévoyait également qu'en cas de résiliation du contrat pour des motifs précisés, les obligations de Bell relatives au paiement de commissions [TRADUCTION] « pren[draient] fin immédiatement » : par. 8. En raison de difficultés financières, Aircell n'a pas fait certains paiements et a entamé des procédures de faillite. Elle devait à Bell 64 000 \$ pour des articles en inventaire, tandis que Bell a retenu des commissions s'élevant à 188 981 \$ qu'elle devait à Aircell. Comme Bell avait droit à une compensation en application de la *LFI*, le syndic d'Aircell a intenté un recours contre Bell afin de recouvrer seulement la différence entre les commissions retenues par Bell et les sommes qu'Aircell devait à cette dernière. La

it held that the clause was unenforceable as contrary to public policy.

[96] The Court of Appeal described the test from *Bramalea* as being essentially effects-based. However, as indicated by my analysis of *Bramalea* above, that is an oversimplification of Blair J.'s reasons. Further, and I admit that the court did not discuss the case on this basis, it is implicit in the court's description of the effect of the clause as a "windfall" that the clause was offensive not only because it deprived Aircell's estate of value, but also because there was no legitimate commercial basis in bankruptcy for Bell to withhold payments which were in excess of the debt it was owed by Aircell. I therefore do not view *Aircell* as inconsistent with my approach.

[97] The anti-deprivation rule was considered by Registrar Quinn in *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, rev'd on other grounds, 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114. The bankrupt was a party to a partnership agreement which provided that a bankrupt partner could be expelled from the partnership and the partnership would then be obliged to pay that partner only 50 percent of his capital account. Registrar Quinn found that allowing the partnership to take 50 percent of the bankrupt's capital account would grant it an unjust preference, as any losses incurred by the partnership as a result of the expulsion of the bankrupt partner were "purely speculative". He therefore concluded that the partnership was not entitled to retain the funds. As Registrar Quinn did not address the commercial purpose behind the provision, it does not appear that any commercial purpose was offered. As the provision was to the effect that the partner's capital account could be settled at a 50 percent discount in the event of bankruptcy, an objective commercial purpose is not readily apparent. I therefore do not view *Westerman* as authority against my reading of the jurisprudence.

Cour d'appel a conclu que la clause prévoyait un [TRADUCTION] « profit inattendu [. . .] pour Bell » : par. 12. Appliquant la décision *Bramalea*, la Cour d'appel a conclu que la clause était non exécutoire parce qu'elle était contraire à l'intérêt public.

[96] La Cour d'appel a décrit le test établi dans la décision *Bramalea* comme étant essentiellement fondé sur les effets. Cependant, comme l'indique mon analyse de cette décision, il s'agit d'une simplification à outrance des motifs du juge Blair. De plus, et j'admets que la Cour d'appel n'a pas examiné cette affaire sur ce fondement, le fait qu'elle décrive l'effet de la clause comme un [TRADUCTION] « profit inattendu » indique implicitement que cette clause était offensante non seulement parce qu'elle réduisait l'actif d'Aircell, mais aussi parce qu'aucun fondement commercial légitime en matière de faillite ne permettait à Bell de retenir les paiements qui dépassaient la dette d'Aircell envers elle. Selon moi, l'arrêt *Aircell* n'est donc pas incompatible avec mon approche.

[97] La règle anti-privation a été examinée par le registraire des faillites Quinn dans la décision *Westerman (Bankrupt), Re*, 1998 ABQB 946, 234 A.R. 371, inf. pour d'autres motifs, 1999 ABQB 708, 275 A.R. 114. Le failli était partie à un contrat de société qui prévoyait qu'un associé failli pouvait être exclu de la société de personnes et que cette dernière ne serait alors tenue de verser à l'associé failli que 50 p. 100 de son compte de capital. Le registraire Quinn a conclu que le fait de permettre à la société de personnes de s'attribuer 50 p. 100 du compte de capital du failli conférerait une préférence injuste à la société, car toutes les pertes subies par celle-ci à la suite de la faillite étaient [TRADUCTION] « purement spéculatives ». Il a donc conclu que la société de personnes n'avait pas le droit de retenir les fonds. Puisque le registraire Quinn n'a pas abordé l'objectif commercial qui sous-tendait la stipulation, il semble qu'aucun objectif commercial n'ait été porté à son attention. Comme la stipulation avait pour effet de priver le compte de capital de l'associé de 50 p. 100 de sa valeur en cas de faillite, aucune finalité commerciale objective n'était manifeste. Je considère donc que l'arrêt *Westerman* n'est pas un précédent qui réfute ma lecture de la jurisprudence.

[98] In his reasons, Registrar Quinn expressed the view that *Coopérants* was at odds with *Bramalea*, *Knetchel*, and *Frechette*. However, as the preceding analysis demonstrates, the golden thread weaving its way through the tapestry of the Canadian jurisprudence is the presence or absence of an objective commercial purpose behind the agreements under review. In *Coopérants*, there was such a purpose, whereas in *Bramalea*, *Knetchel*, and *Frechette*, there was not. Moreover, the analyses in *Coopérants*, *Bramalea*, *Knetchel*, and *Frechette* went past the question of whether the provisions in question had the effect of removing assets from the debtors' estates and extended to the legitimacy of the intentions behind them. This is also true of *Hoskins* and, arguably, of *Watson*, as well. Meanwhile, the more recent authorities applying the rule in which the parties' purposes are not expressly discussed — *Westerman* and *Aircell* — do not detract from my reading of the jurisprudence because they do not show any intent to break with past precedent and because an absence of a legitimate commercial purpose is discernable on the facts of those cases.

[99] In the weight of lower court cases in which the anti-deprivation rule was addressed, the rule has been found not to apply where the provision in question has a *bona fide* commercial purpose. When I consider this jurisprudence in light of *Hobbs* and *Coopérants*, I am led to the conclusion that a *bona fide* commercial purpose element has a strong jurisprudential footing in Canadian law. I therefore cannot accept my colleague's position that a *bona fide* commercial purpose test would amount to a change to the existing law: Rowe J.'s reasons, at paras. 32 and 39. With respect, it is my colleague's adoption of a purely effects-based test which represents a break with the past. To declare that an absence of a *bona fide* commercial purpose is required in order to apply the anti-deprivation rule is to discover the law as it has always been — as it has been handed down to us in the reasoned opinions of the jurists who preceded us.

[100] Of course, the law could be incrementally developed away from this position. Courts may adapt

[98] Dans ses motifs, le registraire Quinn a exprimé l'opinion selon laquelle l'arrêt *Coopérants* était incompatible avec les décisions *Bramalea*, *Knetchel* et *Frechette*. Toutefois, comme l'analyse qui précède le démontre, le lien qui relie les affaires canadiennes est la présence ou l'absence d'une finalité commerciale objective qui sous-tend les contrats examinés. Il y avait une telle finalité dans l'affaire *Coopérants*, mais non dans les affaires *Bramalea*, *Knetchel* et *Frechette*. En outre, il ressort des analyses menées dans ces quatre décisions que les juges, au lieu de s'en tenir à la question de savoir si les stipulations en litige avaient pour effet de retirer des biens de l'actif des débiteurs, se sont enquis de la légitimité des intentions exprimées par ces stipulations. C'est aussi le cas de l'arrêt *Hoskins*, et sans doute de l'arrêt *Watson*. Par ailleurs, les précédents plus récents qui ont appliqué la règle et qui n'ont pas abordé expressément la question de l'intention des parties — *Westerman* et *Aircell* — ne s'opposent pas à ma lecture de la jurisprudence, car ils n'expriment aucune intention de s'éloigner des précédents et les faits en cause démontraient une absence d'objectif commercial légitime.

[99] Dans les décisions des tribunaux d'instances inférieures qui en ont traité, il a été jugé que la règle anti-privation ne s'appliquait pas lorsque la stipulation en cause poursuivait un objectif commercial véritable. Lorsque j'examine cette jurisprudence à la lumière des arrêts *Hobbs* et *Coopérants*, j'arrive à la conclusion que la notion d'objectif commercial véritable est bien ancrée dans le droit canadien. Je ne peux donc accepter la position de mon collègue selon laquelle l'adoption d'un test fondé sur l'objectif commercial véritable constituerait une modification du droit existant : motifs du juge Rowe, par. 32 et 39. Avec égards, c'est l'adoption par mon collègue d'un test uniquement fondé sur les effets qui représente une rupture par rapport au passé. Déclarer la règle anti-privation inapplicable en l'absence d'un objectif commercial véritable reviendrait à reconnaître le droit tel qu'il a toujours été, tel qu'il nous a été légué par les opinions raisonnées des juristes qui nous ont précédés.

[100] Bien entendu, les règles de droit pourraient être progressivement modifiées pour s'éloigner de

the common law where they deem it necessary to keep the law in step with the dynamic and evolving fabric of society: see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. In my view, when courts consider whether to introduce such innovations to the common law, they should base their decision making on sound legal principles and compelling considerations of public policy. Thus, I now turn to consider whether there is a principled legal basis for distinguishing between the *pari passu* rule, with its effects-based test, and the anti-deprivation rule, with its traditionally purpose-based test.

(2) There Is a Principled Legal Basis for Distinguishing Between the Anti-Deprivation Rule and the *Pari Passu* Rule

[101] One of the reasons my colleague cites in favour of an effects-based test for the anti-deprivation rule is that it would be consistent with the test for the *pari passu* rule: Rowe J.'s reasons, at para. 35. In my view, however, there is a principled legal basis upon which to distinguish the two rules: the anti-deprivation rule is based on a common law public policy, whereas the *pari passu* rule is based on an implied statutory prohibition in the *BIA*.

[102] The anti-deprivation rule and the *pari passu* rule form part of a more general and longstanding doctrine in the common law to the effect that an agreement that is contrary to public policy may be struck down as unenforceable: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7th ed. 2017), at para. 562. This public policy doctrine has at least two branches: (1) common law public policy; and (2) statutory public policy: Waddams, at para. 566. The common law branch concerns agreements struck down on the basis of a judicial apprehension of a public policy interest which outweighs the general public interest in the enforcement of contracts: e.g., *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at paras. 15-20. The statutory branch concerns agreements struck down because they are expressly or impliedly prohibited by statute: *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1

cette position. Les tribunaux peuvent adapter la common law lorsqu'ils le jugent nécessaire pour l'ajuster à la dynamique et à l'évolution du tissu social : voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. À mon avis, lorsque les tribunaux envisagent d'introduire de telles innovations dans la common law, ils doivent fonder leur décision sur des principes juridiques solides et des considérations d'ordre public impératives. Ainsi, j'examinerai maintenant s'il existe un fondement juridique valable pour établir une distinction entre la règle du *pari passu*, avec son test fondé sur les effets, et la règle anti-privation, avec son test traditionnellement fondé sur l'objectif.

(2) Il existe un fondement juridique valable pour établir une distinction entre la règle anti-privation et la règle du *pari passu*

[101] Mon collègue justifie le choix d'un test fondé sur les effets pour l'application de la règle anti-privation notamment parce qu'il s'harmoniserait avec le test applicable à la règle du *pari passu* : motifs du juge Rowe, par. 35. Or, à mon avis, il existe un fondement juridique valable pour établir une distinction entre les deux règles : la règle anti-privation repose sur un principe d'intérêt public de common law, tandis que la règle du *pari passu* repose sur une prohibition implicite contenue dans la *LFI*.

[102] La règle anti-privation et la règle du *pari passu* font partie d'une doctrine de common law plus générale établie depuis longtemps selon laquelle une entente contraire à l'intérêt public peut être jugée inexécutoire et annulée en conséquence : S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (7^e éd. 2017), par. 562. Cette doctrine de l'intérêt public comprend au moins deux volets : 1) l'intérêt public issu de la common law; 2) l'intérêt public d'origine statutaire : Waddams, par. 566. Le volet de common law vise les ententes annulées parce que les tribunaux craignent qu'une considération d'intérêt public l'emporte sur l'intérêt public général à l'égard de l'exécution des contrats : p. ex., *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 15-20. Le volet statutaire vise les ententes annulées parce qu'elles sont expressément ou implicitement interdites par une loi : *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial*

S.C.R. 249, at paras. 20-26. On my reading of the jurisprudence, the anti-deprivation rule falls under the common law branch of the public policy doctrine, which includes a policy against agreements entered into for the purpose of defrauding or otherwise injuring third parties. I rest this conclusion on the following two observations about the jurisprudence.

[103] My first observation relates to the rule's origins. The early English authorities which underpin the Canadian anti-deprivation rule routinely described the agreements at issue as fraudulent, dishonest or evasive: see *Belmont*, at paras. 74-79, per Lord Collins; Ho, at pp. 151-52; R. J. Wood, "Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle: *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)*" (2014), 52 *Alta. L.R.* 171, at p. 175. Lord Chancellor Eldon held that a term "adopted with the express object of taking the case out of reach of the Bankrupt Laws" was "a direct fraud upon the Bankrupt Laws" in *Higinbotham v. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451, at p. 453. Justice Vaughan Williams held that an agreement that a debtor's interest in property would determine upon their bankruptcy was "evidence of an intention to defraud [their] creditors" in *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638, at p. 640. Vice Chancellor Wood stated that "no one can be allowed to derive benefit from a contract that is in fraud of the bankrupt laws" in *Whitmore v. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031, at p. 1035. Lord James described the contractual arrangement which he found void as "a clear attempt to evade the operation of the bankruptcy laws" in *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643, p. 647: see also *Voisey*, per Brett L.J. and *Murphy*, per Redesdale L.C., both quoted above. The earliest Canadian decisions, *Hobbs*, *Hoskins*, and *Watson*, are to similar effect.

[104] The reasoning employed by these courts appears to have turned on their apprehension that the arrangements at issue were aimed at an unlawful

Corp., 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249, par. 20-26. D'après ma lecture de la jurisprudence, la règle anti-privation relève du volet de common law de la doctrine de l'intérêt public qui interdit les ententes conclues dans le but de commettre une fraude ou de causer autrement un préjudice à un tiers. Ma conclusion repose sur les deux observations suivantes à propos de la jurisprudence.

[103] Ma première observation concerne les origines de la règle. Les vieux précédents anglais qui sous-tendent la règle anti-privation canadienne décrivaient systématiquement les ententes en cause comme étant frauduleuses, malhonnêtes ou évasives : voir *Belmont*, par. 74-79, le lord Collins; Ho, p. 151-152; R. J. Wood, « Direct Payment Clauses and the Fraud Upon the Bankruptcy Law Principle : *Re Horizon Earthworks Ltd. (Bankrupt)* » (2014), 52 *Alta. L.R.* 171, p. 175. Dans la décision *Higinbotham c. Holme* (1812), 19 Ves. Jr. 88, 34 E.R. 451, p. 453, le lord chancelier Eldon a conclu qu'une stipulation [TRADUCTION] « adoptée dans le but exprès de soustraire l'affaire à l'application des lois en matière de faillite » constitue « une fraude directe contre les lois en matière de faillite ». Le juge Vaughan Williams a conclu pour sa part, dans la décision *In re Stephenson*, [1897] 1 Q.B. 638, p. 640, qu'une entente selon laquelle l'intérêt d'un débiteur à l'égard d'un bien serait établi au moment de sa faillite est [TRADUCTION] « la preuve d'une intention de commettre une fraude contre [ses] créanciers ». Dans le jugement *Whitmore c. Mason* (1861), 2 J. & H. 204, 70 E.R. 1031, p. 1035, le vice-chancelier Wood a déclaré que [TRADUCTION] « personne ne peut être autorisé à retirer un avantage d'un contrat qui constitue une fraude contre les lois en matière de faillite ». Dans le jugement *Ex parte Mackay* (1873), L.R. 8 Ch. App. 643, p. 647, lord James a décrit le contrat qu'il a annulé comme étant [TRADUCTION] « une tentative évidente d'éviter l'application des lois en matière de faillite » : voir aussi *Voisey*, le lord Brett et *Murphy*, le lord chancelier Redesdale, tous les deux précitées. Les plus vieux précédents canadiens *Hobbs*, *Hoskins* et *Watson* vont dans le même sens.

[104] Le raisonnement adopté par ces tribunaux semble avoir reposé sur une crainte que les ententes en cause aient visé un objectif illégal s'apparentant

purpose which approximated fraud, not on a finding that they were impliedly prohibited by statute. The early common law courts applying the rule needed to analogize the public policy ground upon which they based their decisions to an established category, and the comparatively less sophisticated insolvency legislation in force at the time did not provide a basis for invalidating such contracts. In my view, this is why the jurisprudence is replete with references to “fraud” and similar terminology.

[105] My next observation relates to the mode of reasoning in anti-deprivation rule decisions. If the anti-deprivation rule were based on an implied prohibition in the relevant bankruptcy statute, one would expect both the English and the Canadian authorities to turn on an appreciation of Parliament’s legislative intent as embodied in the wording of the relevant statute: see J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 457 and 486. However, on my reading of those authorities, courts considering the application of the anti-deprivation rule have routinely recited the principles and policies articulated in prior authorities with little or no regard for the wording of the relevant statute in force. Thus, the rule is more in the nature of a judicially-apprehended public policy than an implied prohibition in the various insolvency statutes which have been enacted and revised throughout the centuries of the rule’s trans-Atlantic existence. In this regard, it should be recalled that this Court adopted the early English authorities and then extended their reach to cases outside of the bankruptcy context in *Hobbs*, notwithstanding the fact that there was no bankruptcy legislation in force in Canada at the time. To me, this suggests that the public policy is judicially derived.

[106] My view, based on these two observations, is that the anti-deprivation rule falls under the common law branch of the public policy doctrine, which includes a policy against agreements entered into for the purpose of defrauding or otherwise injuring third parties: see McCamus, at p. 456; *Elford v. Elford* (1922), 64 S.C.R. 125; *Campbell River Lumber Co.*

à de la fraude, et non sur une conclusion qu’elles étaient implicitement interdites par une loi. Les premiers tribunaux de common law ayant appliqué la règle devaient faire une analogie entre l’intérêt public sur lequel ils fondaient leur décision et une catégorie établie, et les lois moins sophistiquées en matière d’insolvabilité en vigueur à l’époque n’offraient pas de fondement permettant d’invalider de tels contrats. À mon avis, c’est pour cette raison que la jurisprudence est empreinte de références à la « fraude » et à des notions similaires.

[105] Ma prochaine observation concerne le mode de raisonnement dans les décisions relatives à la règle anti-privation. Si cette règle était fondée sur une prohibition implicite contenue dans la loi sur la faillite pertinente, on pourrait s’attendre à ce que tant la jurisprudence anglaise que la jurisprudence canadienne examinent l’intention législative du Parlement tel qu’elle ressort du libellé de la loi en cause : voir J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 457 et 486. Or, ma revue des décisions en question illustre que les tribunaux qui ont envisagé l’application de la règle anti-privation ont toujours cité les principes et les politiques exposés dans la jurisprudence en accordant peu ou pas d’importance au libellé de la loi pertinente en vigueur. Par conséquent, la règle relève davantage de la nature d’un intérêt public envisagé par les tribunaux que d’une prohibition implicite contenue dans les diverses lois sur l’insolvabilité qui ont été adoptées et révisées à travers les siècles au cours desquels cette règle a existé de part et d’autre de l’Atlantique. À cet égard, il faut se rappeler que la Cour a adopté les vieux précédents anglais et en a ensuite élargi la portée aux affaires ne relevant pas du domaine de la faillite dans l’arrêt *Hobbs*, et ce, malgré le fait qu’à cette époque, il n’existait aucune loi sur la faillite au Canada. À mon avis, cela donne à penser que l’intérêt public émane des tribunaux.

[106] Compte tenu de ces deux observations, je suis d’avis que la règle anti-privation relève du volet de common law de la doctrine de l’intérêt public, qui interdit les ententes conclues dans le but de commettre une fraude ou de causer autrement un préjudice à un tiers : voir McCamus, p. 456; *Elford v. Elford* (1922), 64 R.C.S. 125; *Campbell River*

v. McKinnon (1922), 64 S.C.R. 396; *Zimmermann v. Letkeman*, [1978] 1 S.C.R. 1097.

[107] My colleague appears to take the view that the anti-deprivation rule falls under the statutory branch of the public policy doctrine: Rowe J.'s reasons, at para. 30. With respect, however, the provision on which my colleague relies, s. 71 of the *BIA*, is far from clear in this regard. Under s. 71, a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with their property only when a bankruptcy order is made or an assignment into bankruptcy is filed. It is not clear from its wording that this provision has any effect on the validity of an agreement entered into before that time. This ambiguity is particularly apparent in relation to agreements which qualify the bankrupt's interest in an asset from the outset, as is the case with Condition Q of the Subcontract. It is a well-established principle that the *BIA* does not grant a trustee any greater interest in a bankrupt's property than that enjoyed by the bankrupt prior to bankruptcy: *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, at para. 50; *Lefebvre (Trustee of)*, 2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326, at para. 37; *Flintoft v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 631, at p. 634. The trustee "steps into the shoes" of the bankrupt and takes the bankrupt's property "warts and all": *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, at para. 50. With respect, my colleague breaks with this principle by, in effect, holding that s. 71 converts the bankrupt's qualified interest in an asset into an absolute or unqualified interest in the hands of the trustee. Although the common law may restrict parties' freedom to qualify a party's interest in the event of insolvency, there is nothing in the wording of s. 71 which purports to do so.

[108] Nor is the picture made any clearer when one considers the statutory context, which includes numerous provisions indicating that arm's length *bona fide* commercial transactions — even transfers of assets at an undervalue — are valid as against the trustee of the bankrupt's estate: *BIA*, ss. 95(1), 96(1), 97(1) and 99(1). Thus, it would appear that Parliament's objective of maximizing "global recovery for all creditors" was not intended to be achieved at the expense of all *bona fide* agreements which may stand in the way of that goal: *Alberta (Attorney*

Lumber Co. c. McKinnon (1922), 64 R.C.S. 396; *Zimmermann c. Letkeman*, [1978] 1 R.C.S. 1097.

[107] Mon collègue semble être d'avis que la règle anti-privation relève du volet statutaire de la doctrine de l'intérêt public : motifs du juge Rowe, par. 30. Avec égards, la disposition sur laquelle il se fonde, soit l'art. 71 de la *LFI*, est toutefois loin d'être claire à cet égard. Aux termes de l'art. 71, le failli cesse d'être habile à céder ou à aliéner ses biens uniquement au moment où l'ordonnance de faillite est rendue ou lorsqu'une cession est produite. Il ne ressort pas clairement de ce libellé que cette disposition a un effet quelconque sur la validité d'une entente conclue avant ce moment. Cette ambiguïté est particulièrement apparente pour ce qui est des ententes qui ont qualifié l'intérêt du failli à l'égard d'un bien dès le début, comme c'est le cas de la condition Q du contrat de sous-traitance. Il est un principe bien établi que la *LFI* n'accorde pas au syndic, à l'égard d'un bien du failli, un intérêt supérieur à celui qu'avait le failli avant la faillite : *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, par. 50; *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326, par. 37; *Flintoft c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 631, p. 634. Le syndic « prend simplement la place » du failli et prend possession de l'actif « avec tous ses défauts » : *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, par. 50. Avec égards, l'approche adoptée par mon collègue s'écarte de ce principe, car, dans les faits, elle conclut que l'art. 71 convertit l'intérêt relatif du failli à l'égard d'un bien en intérêt absolu pour le syndic. Même si la common law peut restreindre la liberté des parties de qualifier l'intérêt d'une partie en cas d'insolvabilité, rien dans le libellé de l'art. 71 ne reflète une telle intention.

[108] Le portrait de la situation n'est pas plus clair si l'on considère le contexte statutaire, qui comprend de nombreuses dispositions prévoyant que les transactions commerciales de bonne foi — même les transferts de biens à un prix sous-évalué — sont valides contre un syndic de faillite : *LFI*, par. 95(1), 96(1), 97(1) et 99(1). Ainsi, il semblerait que l'objectif du Parlement de maximiser « le recouvrement global pour tous les créanciers » n'avait pas pour but d'être réalisé aux dépens de toutes les ententes conclues de bonne foi qui font obstacle à cet objectif :

General) v. *Moloney*, 2015 SCC 51, [2015] 3 S.C.R. 327, at para. 33. At the very least, then, s. 71 is ambiguous.

[109] Courts applying the statutory branch of the public policy doctrine “should be slow to imply the statutory prohibition of contracts, and should do so only when the implication is quite clear”: *St. John Shipping Corp. v. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267, at p. 289. To approach the matter otherwise would introduce significant uncertainty into commercial affairs given the enormous body of statute law in force in modern times. Indeed, the modern approach to the statutory branch of the public policy doctrine has been to relax the rigidity of the classical doctrine by permitting the enforcement of contracts in appropriate cases even where they contravene the provisions of a statute: *Still v. M.N.R.*, [1998] 1 F.C. 549 (C.A.), at para. 37; *Transport North American*, at paras. 19-26. Therefore, the better approach, in my opinion, is to treat the anti-deprivation rule as falling under the common law branch of the public policy doctrine rather than adopting a strained interpretation of s. 71 of the *BIA*.

[110] In contrast with s. 71, the *pari passu* provision in the *BIA*, s. 141, establishes a very clear bright-line rule that “all claims proved in a bankruptcy shall be paid rateably”: s. 141. This was the provision on which this Court rested its decision in *Gingras*, and it is substantially similar to s. 302 of the *Companies Act, 1948* (U.K.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, on which Lord Cross relied in *British Eagle*. This clear and straightforward statutory language readily supports a conclusion that Parliament intended to prohibit a debtor from contracting with creditors for a different distribution of the debtor’s assets in bankruptcy than that provided for in s. 141. Thus, the *pari passu* rule falls under the statutory branch of the public policy doctrine.

[111] In sum, the reason behind the different tests for the *pari passu* rule and the anti-deprivation rule lies in the difference in the juridical character of the

Alberta (Procureur général) c. Moloney, 2015 CSC 51, [2015] 3 R.C.S. 327, par. 33. Donc, à tout le moins, l’art. 71 est ambigu.

[109] Les tribunaux qui appliquent le volet statutaire de la doctrine de l’intérêt public [TRADUCTION] « ne devraient pas s’empresse de considérer qu’un contrat va à l’encontre de la loi, et ne devraient le faire que lorsque l’intention en ce sens est passablement évidente » : *St. John Shipping Corp. c. Joseph Rank Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 267, p. 289. Examiner la question sous un autre angle entraînerait une incertitude considérable dans les affaires commerciales étant donné l’énorme quantité de lois en vigueur de nos jours. En effet, l’approche moderne relative au volet statutaire de la doctrine de l’intérêt public consiste à assouplir la doctrine classique en permettant l’exécution de contrats dans les cas appropriés, même lorsqu’ils contreviennent aux dispositions d’une loi : *Still c. M.R.N.*, [1998] 1 C.F. 549 (C.A.), par. 37; *Transport North American*, par. 19-26. Par conséquent, la meilleure approche, à mon avis, consiste à traiter la règle anti-privation comme relevant du volet de common law de la doctrine de l’intérêt public plutôt que d’adopter une interprétation forcée de l’art. 71 de la *LFI*.

[110] Par contraste avec l’art. 71, la disposition *pari passu* de la *LFI*, l’art. 141, établit une règle de démarcation très nette selon laquelle « toutes les réclamations établies dans la faillite sont acquittées au prorata » : art. 141. Il s’agit de la disposition sur laquelle la Cour a fondé sa décision dans l’arrêt *Gingras* et elle est essentiellement semblable à l’art. 302 de la *Companies Act, 1948* (R.-U.), 11 & 12 Geo. 6, c. 38, sur laquelle lord Cross s’est fondé dans l’arrêt *British Eagle*. Ce libellé clair et précis de la loi appuie d’emblée la conclusion selon laquelle le législateur avait pour intention d’interdire à un débiteur de conclure un contrat avec des créanciers en vue de distribuer ses biens en cas de faillite d’une manière autre que celle prévue à l’art. 141. La règle du *pari passu* relève donc du volet statutaire de la doctrine de l’intérêt public.

[111] En somme, la différence entre les tests applicables à la règle du *pari passu* et à la règle anti-privation s’explique par la nature juridique

two rules. The *pari passu* rule is based on an implied prohibition in the *BIA* that operates regardless of the parties' intentions, whereas the anti-deprivation rule has its origins in the common law public policy against agreements entered into for an unlawful purpose: see *Still*, at para. 22. There is therefore a principled legal basis for maintaining different tests for the two rules.

[112] It remains to be considered, however, whether sufficient policy considerations can be mustered to justify departing from the anti-deprivation rule's objective purpose test.

(3) The Weight of Public Policy Considerations Favours the *Bona Fide* Commercial Purpose Test Over the Effects-Based Test

[113] The anti-deprivation rule's common law character does not preclude it from operating in tandem with the *BIA* in support of Parliament's statutory objectives. Although the common law and statutory branches of the public policy doctrine are distinct, they are not watertight compartments. It is prudent for courts applying the common law branch to take into account the policies embodied in legislation as a reflection of society's public policy concerns: Waddams, at para. 566. Therefore, the anti-deprivation rule's common law character does not preclude a court from taking into account Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors when considering how to formulate the anti-deprivation rule. What it does mean, however, is that Parliament's objectives must be weighed against the other policy interests protected by the common law when considering how best to formulate the rule.

[114] It may appear that my colleague and I differ on this point. However, in my view, our differences in approach flow from our disagreement about the legal nature of the anti-deprivation rule: Rowe J.'s reasons, at para. 33. If I shared my colleague's view that the anti-deprivation rule should be understood as

différente des deux règles. La première est fondée sur une prohibition implicite contenue dans la *LFI* qui s'applique indépendamment de l'intention des parties, tandis que la seconde tire son origine du principe d'intérêt public de common law qui interdit les ententes conclues à des fins illégales : voir *Still*, par. 22. Par conséquent, il existe un fondement juridique valable qui justifie le recours à des tests différents pour l'application des deux règles.

[112] Il reste toutefois à examiner s'il existe suffisamment de considérations d'intérêt public pour justifier que l'on s'écarte du test de la finalité commerciale objective applicable à la règle anti-privation.

(3) Le poids des considérations d'intérêt public fait pencher la balance vers le test fondé sur l'objectif commercial véritable plutôt que vers le test fondé sur les effets

[113] Le fait que la règle anti-privation découle de la common law ne l'empêche pas de s'appliquer en même temps que la *LFI* ni de concourir à l'atteinte des objectifs législatifs du Parlement. Bien que le volet de common law et le volet statutaire de la doctrine de l'intérêt public soient distincts, ils ne constituent pas des compartiments étanches. Les tribunaux qui appliquent le volet de common law font preuve de prudence en tenant compte des politiques intégrées dans les lois comme le reflet des préoccupations de la société en matière d'intérêt public : Waddams, par. 566. Par conséquent, le fait que la règle anti-privation soit issue de la common law n'empêche pas un tribunal de tenir compte de l'objectif du Parlement qui est de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers lorsqu'il se penche sur la façon de formuler la règle anti-privation. Cela veut tout-fois dire que les objectifs du Parlement doivent être évalués par rapport aux autres intérêts publics protégés par la common law au moment de décider de la meilleure façon de formuler la règle.

[114] Il peut sembler que mon collègue et moi ne soyons pas d'accord sur ce point. Or, à mon avis, les différences dans nos approches découlent de notre désaccord sur la nature juridique de la règle anti-privation : motifs du juge Rowe, par. 33. Si je partageais l'avis de mon collègue selon lequel la

an implied statutory prohibition, then I would have no hesitation in agreeing that the inquiry should be more narrowly focused on selecting the test that best gives effect to Parliament’s legislative intent. However, I see the anti-deprivation rule as a judicially derived public policy and, as a result, my approach is informed by Parliament’s policy objectives as well as by the other interests and values protected by the common law.

[115] Freedom of contract is the general rule, and it can be displaced only by an “overriding public policy . . . that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts”: *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 123, per Binnie J., dissenting, but not on this point. Therefore, I see the policy issue as being whether the effects-based test put forward by my colleague or the *bona fide* commercial purpose test confirmed, in my view, by the existing jurisprudence most accurately reflects the point at which the public policy furthered by the anti-deprivation rule outweighs the public interest in the enforcement of contracts. In my judgment, that point is reached only where there is no legitimate and objectively ascertainable commercial purpose for the deprivation in bankruptcy.

[116] The common law “places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest”: *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 70. The common law even accepts that “a party may sometimes cause loss to another . . . in the legitimate pursuit of economic self-interest”: para. 70. In my view, a purely effects-based test gives too little weight to freedom of contract, party autonomy, and the “elbow-room” which the common law traditionally accords for the aggressive pursuit of self-interest: see *A.I. Enterprises*, at para. 31, quoting C. Sappideen and P. Vines, eds., *Fleming’s The Law of Torts* (10th ed. 2011), at para. 30.120. On the other hand, adopting a purely subjective test may create significant uncertainty by introducing a vague standard which unduly restricts the scope of the anti-deprivation

règle anti-privation devrait être comprise comme une prohibition statutaire implicite, je n’aurais aucune hésitation à convenir que l’enquête devrait être plus étroitement axée sur la sélection du test qui donne le mieux effet à l’intention législative du Parlement. Toutefois, je considère la règle anti-privation comme une règle d’intérêt public émanant des tribunaux et, par conséquent, mon approche est éclairée tant par les objectifs politiques du Parlement que par les autres intérêts et valeurs protégés par la common law.

[115] La règle générale est celle de la liberté contractuelle et elle ne peut être écartée que par « une considération d’ordre public prépondérante [. . .] qui l’emporte sur le très grand intérêt public lié à l’application des contrats » : *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 123, le juge Binnie, dissident, mais pas sur ce point. Par conséquent, j’aborde la question de l’intérêt public comme celle de savoir lequel entre le test fondé sur les effets préconisé par mon collègue et le test fondé sur l’objectif commercial véritable confirmé à mon avis par la jurisprudence reflète le mieux le point où l’intérêt public visé par la règle anti-privation l’emporte sur l’intérêt public à l’égard de l’exécution des contrats. J’estime que ce point est atteint dans les cas où la privation touchant l’actif de la faillite ne répond à aucune finalité commerciale légitime et objectivement vérifiable.

[116] La common law « accorde [. . .] beaucoup de poids à la liberté des parties contractantes dans la poursuite de leur intérêt personnel » : *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 70. Elle accepte même qu’« une partie [puisse] parfois causer une perte à une autre partie [. . .] dans la poursuite légitime d’intérêts économiques personnels » : par. 70. À mon avis, un test fondé uniquement sur les effets accorde trop peu de poids à la liberté contractuelle, à l’autonomie des parties et à la liberté d’action que la common law confère traditionnellement en vue de la poursuite agressive d’intérêts personnels : voir *A.I. Enterprises*, par. 31, citant C. Sappideen et P. Vines, dir., *Fleming’s The Law of Torts* (10^e éd. 2011), par. 30.120. Par contre, l’adoption d’un test purement subjectif pourrait entraîner une incertitude considérable, car on introduirait une

rule. A subjective purpose test would place too little weight on Parliament's objective of maximizing global recovery for all creditors. That is why, in my opinion, the middle path of following the objective *bona fide* commercial purpose test is the best way to balance freedom of contract, the interests of third party creditors, and commercial certainty.

[117] My colleague fears that a purpose-based test would render the anti-deprivation rule ineffective because the rule would apply only in the clearest of cases: Rowe J.'s reasons, at para. 36. However, as I demonstrated in my discussion of the Canadian jurisprudence, there is not a single Canadian decision applying the anti-deprivation rule in which an absence of a *bona fide* commercial purpose could not be discerned from the objective circumstances in the record. Indeed, the majority of the courts applying the rule have, in fact, inquired into the objective purpose behind the transaction or contractual provision in question rather than simply resting their decision on its effects. I therefore do not agree that retaining the objective purpose element would "threaten to undermine the statutory scheme of the *BIA*": Rowe J.'s reasons, at para. 36. Further, this Court's jurisprudence establishes that the public policy doctrine "should be invoked only in clear cases": *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] S.C.R. 1, at p. 7, quoting *Fender v. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1, at p. 12. A more restricted scope for the anti-deprivation rule is therefore in keeping with this Court's jurisprudence on the public policy doctrine. It is also in line with the modern trend in the English cases, which has been to restrict rather than to broaden the scope of the anti-deprivation rule: *Lomas v. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, at para. 96, aff'd [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076.

[118] My colleague also argues that an effects-based test is consistent with the American-style *ipso facto* provisions in the *BIA*: Rowe J.'s reasons, at para. 35. These *ipso facto* provisions state that no one may terminate or amend, or claim an accelerated payment or forfeiture of the term under, any

norme vague qui restreindrait indûment la portée de la règle anti-privation. Un test subjectif fondé sur la finalité accorderait trop peu de poids à l'objectif du Parlement de maximiser le recouvrement global pour tous les créanciers. C'est pourquoi, à mon avis, la meilleure solution pour respecter l'équilibre entre la liberté contractuelle, les intérêts des créanciers tiers et la certitude commerciale consisterait à adopter un test objectif fondé sur la finalité commerciale véritable.

[117] Mon collègue craint qu'un test fondé sur l'objectif ou la finalité rende la règle anti-privation inefficace parce qu'elle ne s'appliquerait que dans les cas les plus évidents : motifs du juge Rowe, par. 36. Pourtant, comme je l'ai démontré dans mon examen de la jurisprudence canadienne, il n'existe aucune décision appliquant la règle anti-privation dans laquelle l'absence d'un objectif commercial véritable n'a pu être dégagée des circonstances objectives du dossier. En effet, la majorité des tribunaux qui ont appliqué la règle ont examiné les fins objectives de la stipulation plutôt que de simplement fonder leur décision sur ses effets. Je ne suis donc pas d'accord pour dire que le fait de retenir la notion de fins objectives « risquerait de nuire au régime législatif de la *LFI* » : motifs du juge Rowe, par. 36. En outre, la jurisprudence de la Cour établit que la doctrine de l'intérêt public [TRADUCTION] « ne doit être invoquée que dans les cas clairs » : *In re Estate of Charles Millar, Deceased*, [1938] R.C.S. 1, p. 7, citant *Fender c. St. John-Mildmay*, [1938] A.C. 1, p. 12. Une portée plus restreinte pour la règle anti-privation est donc compatible avec la jurisprudence de la Cour sur la doctrine de l'intérêt public. Elle va également dans le même sens que la tendance moderne observée dans la jurisprudence anglaise qui consiste à restreindre plutôt qu'à élargir la portée de la règle : *Lomas c. JFB Firth Rixson Inc.*, [2010] EWHC 3372 (Ch.), [2011] 2 B.C.L.C. 120, par. 96, conf. par [2012] EWCA Civ. 419, [2012] 2 All E.R. (Comm.) 1076.

[118] Mon collègue soutient également que le test fondé sur les effets est compatible avec les dispositions *ipso facto* de style américain de la *LFI* : motifs du juge Rowe, par. 35. Ces dispositions *ipso facto* établissent que nul ne peut, au seul motif de l'insolvabilité d'une personne, résilier ou modifier un contrat,

agreement by reason only of a person's insolvency: *BIA*, ss. 84.2 (individual bankruptcies), 65.1 (corporate proposals) and 66.34 (consumer proposals). I do not regard these *ipso facto* provisions as analogous to an effects-based test because they apply to contractual terms that are triggered on insolvency, regardless of the terms' effects. The test applied by these provisions is more aptly characterized as trigger-based, not effects-based. In addition, as Rowe J. observes, the statutory *ipso facto* provisions were enacted for a purpose different than that served by the anti-deprivation rule: Rowe J.'s reasons, at para. 28. The *ipso facto* provisions are aimed at protecting debtors; the anti-deprivation rule, by contrast, protects creditors. I therefore do not view the statutory *ipso facto* provisions as relevant statements of public policy on the matter at hand.

[119] If regard is to be had to Parliament's policies enacted in the *BIA*, then this Court should take notice of Parliament's policy of upholding the validity of arm's length *bona fide* commercial transactions that have the effect of giving one creditor a preference over another or of depriving the bankrupt's estate of value: ss. 95(1)(a), 96(1) and 97(3). In addition, "good faith" continues to play a role in upholding the validity of protected transactions, which occur after the date of the initial bankruptcy event: ss. 97(1) and 99(1). In my view, these provisions reflect Parliament's policy preference for upholding the validity of *bona fide* commercial arrangements, even when they have the effect of reducing the pool of assets available to a debtor's creditors in bankruptcy. Indeed, it would be a "significant departure from [the] bankruptcy principle to void transactions with a valid commercial purpose based on a mechanical application of a broad principle", such as the effects-based test favoured by my colleague: M. Grotenthaler and E. Pilon, "Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle" (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139, at p. 159. In this regard, I agree with my colleague that courts should pay close attention to the policies which Parliament has enacted through legislation and should not develop the common law in a way that would create "new and greater

ni se prévaloir d'une clause de déchéance du terme : *LFI*, art. 84.2 (faillites de personnes physiques), 65.1 (propositions d'entreprises), 66.34 (propositions de débiteurs consommateurs). Je ne considère pas ces dispositions *ipso facto* comme étant analogues à un test fondé sur les effets parce qu'elles s'appliquent aux stipulations dont l'application est déclenchée par l'insolvabilité, quels que soient les effets de ces stipulations. Il est plus exact de décrire le test appliqué par ces dispositions comme un test fondé sur les éléments déclencheurs plutôt qu'un test fondé sur les effets. De plus, comme le juge Rowe l'observe, les dispositions législatives *ipso facto* ont été adoptées à une fin différente de celles visées par la règle anti-privation : motifs du juge Rowe, par. 28. Les dispositions *ipso facto* visent à protéger les débiteurs; la règle anti-privation, à l'inverse, protège les créanciers. Je considère donc que ces dispositions ne sont pas des énoncés d'intérêt public pertinents pour la question en cause en l'espèce.

[119] S'il faut tenir compte des politiques énoncées dans la *LFI*, la Cour devrait aussi tenir compte de la politique du Parlement favorable à la validité des transactions commerciales de bonne foi faites en l'absence d'un lien de dépendance même lorsque celles-ci ont pour effet de procurer à un créancier une préférence sur un autre créancier ou de réduire la valeur de l'actif du failli : al. 95(1)a) et par. 96(1) et 97(3). En outre, la « bonne foi » continue de jouer un rôle dans le maintien de la validité des transactions protégées qui surviennent après l'ouverture de la faillite : par. 97(1) et 99(1). À mon avis, ces dispositions reflètent une préférence du Parlement pour le maintien de la validité des ententes commerciales de bonne foi, même lorsque celles-ci ont pour effet de réduire l'ensemble de biens accessibles aux créanciers en cas de faillite. Effectivement, ce serait [TRADUCTION] « une dérogation importante au principe du droit de la faillite que d'annuler les transactions visant un objectif commercial valide par application mécanique d'un principe général », comme le test fondé sur les effets favorisé par mon collègue : M. Grotenthaler et E. Pilon, « Financial Products and the Anti-Forfeiture Principle » (2012), 1 *J. Insolvency Inst. Can.* 139, p. 159. À cet égard, je conviens avec mon collègue que les tribunaux devraient être très attentifs aux politiques que le

difficulties”: Rowe J.’s reasons, at paras. 33 and 39, quoting *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 762. However, it is the adoption of an effects-based test in lieu of the traditional purpose-based test that offends these principles in this appeal.

[120] My colleague also states that a purpose-based test gives rise to uncertainty at the time of contracting because parties cannot know if a court will accept their *bona fide* commercial reasons: Rowe J.’s reasons, at para. 34. However, given that the *bona fide* commercial purpose test is objective, purpose is discernable from the objective circumstances at the time of contract formation and can thus be determined just as readily as effects can under the effects-based test. Therefore, either standard provides the same measure of clarity. In addition, certainty in commercial affairs is typically better served by giving effect to, rather than invalidating, contracts which were freely entered into, particularly when they serve commercial purposes and are not directed at an unlawful objective.

[121] I also do not share my colleague’s view that applying a *bona fide* commercial purpose test would require a significantly more onerous analysis of the parties’ intentions than that entailed by an effects-based test: Rowe J.’s reasons, at para. 34. An objective assessment of purpose is inescapable on either standard. Like the purpose-based test, ascertaining the effects of a provision when applying an effects-based test would require an interpretation of the impugned contractual arrangement. The interpretation of a contract requires an objective assessment of the parties’ intentions: *Sattva*, at para. 49. In addition, a test which requires a court to assess the parties’ *bona fides* is not new in the realm of commercial law, especially in light of this Court’s recognition of a general organizing principle of good faith performance in the common law of contract: *Bhasin*, at para. 33.

Parlement a adoptées par voie législative et s’abstenir de faire évoluer la common law d’une manière qui créerait « des difficultés nouvelles plus grandes » : motifs du juge Rowe, par. 33 et 39, citant *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 762. Toutefois, c’est l’adoption d’un test fondé sur les effets plutôt que le test traditionnel fondé sur l’objectif ou la finalité qui porte atteinte à ces principes dans le présent pourvoi.

[120] Mon collègue est également d’avis qu’un test fondé sur l’objectif ou la finalité crée une incertitude au moment de conclure le contrat, car les parties ne peuvent pas savoir si un tribunal acceptera leurs motifs commerciaux de bonne foi : motifs du juge Rowe, par. 34. Or, comme le test fondé sur la finalité commerciale véritable est un test objectif, la finalité ressort des circonstances objectives qui prévalaient au moment de la conclusion du contrat et peut donc être déterminée aussi facilement que des effets peuvent l’être lors de l’application du test fondé sur les effets. Les deux normes procurent donc le même degré de clarté. Par ailleurs, la certitude dans les affaires commerciales est habituellement mieux servie en donnant effet aux contrats conclus librement plutôt qu’en les invalidant, surtout lorsque les ententes en question poursuivent des fins commerciales et non un objectif illégal.

[121] Je ne suis pas non plus d’accord avec le point de vue de mon collègue selon lequel le fait d’appliquer un test fondé sur la finalité ou l’objectif commercial véritable exigerait une analyse considérablement plus détaillée des intentions des parties que celle associée au test fondé sur les effets : motifs du juge Rowe, par. 34. Une évaluation objective de la finalité est inévitable dans les deux cas. Tout comme c’est le cas en appliquant le test fondé sur l’objectif, l’examen des effets d’une stipulation lors de l’application du test fondé sur les effets exigerait une interprétation de l’entente contractuelle contestée. L’interprétation d’un contrat requiert une évaluation objective de l’intention des parties : *Sattva*, par. 49. De plus, un test qui oblige un tribunal à évaluer la bonne foi des parties n’a rien de nouveau dans le domaine du droit commercial, particulièrement à la lumière de la reconnaissance par la Cour d’un principe directeur général d’exécution de bonne foi des contrats en common law : *Bhasin*, par. 33.

[122] Finally, my colleague argues that the anti-deprivation rule should involve an effects-based test in order to better protect the interests of creditors, because debtors are not properly incentivized to protect their creditors' interests when dealing with third parties: Rowe J.'s reasons, at para. 37. However, one must take into account the full range of options available to creditors to protect their rights. For example, the *Canadian Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, includes in s. 241 what this Court has described as a "broad oppression remedy" which provides a "mechanism for creditors to protect their interests from the prejudicial conduct of directors": *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461, at para. 51; see also paras. 48-50. I view the oppression remedy, the directors' duty of care, the various anti-avoidance provisions in the *BIA* and in provincial statutes and the ability of creditors to bargain for contractual protections as alleviating any perceived need to extend the reach of the anti-deprivation rule.

[123] In conclusion, I am not persuaded that the policy considerations raised by my colleague are sufficient to override the otherwise strong countervailing public interest in the enforcement of contracts. There is a strong jurisprudential basis for concluding that the anti-deprivation rule has always included a *bona fide* commercial purpose element in Canada, and there is a principled legal basis for maintaining this distinct feature of the anti-deprivation rule as compared to the *pari passu* rule. I would therefore hold that the anti-deprivation rule does not apply to transactions or contractual provisions which serve a legitimate and objectively ascertainable commercial purpose.

B. Paragraph (d) of Condition Q Furthers a Bona Fide Commercial Purpose

[124] Nielsen J. found that clause Q(d) was a genuine pre-estimate of damages. He noted that Chandos would incur administration and management costs as a result of Capital Steel's bankruptcy and that it was

[122] Enfin, mon collègue fait valoir que la règle anti-privation devrait entraîner le recours à un test fondé sur les effets afin de mieux protéger les intérêts des créanciers, car les débiteurs ne sont pas motivés à protéger les intérêts de leurs créanciers lorsqu'ils traitent avec des tiers : motifs du juge Rowe, par. 37. Il faut cependant tenir compte de l'ensemble des options qui s'offrent aux créanciers pour protéger leurs droits. Par exemple, la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, incorpore à l'art. 241 ce que la Cour décrit comme « un recours aussi général en cas d'abus de droit » prévoyant un « mécanisme qui permet aux créanciers d'obtenir la protection de leurs intérêts en cas de conduite préjudiciable des administrateurs » : *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461, par. 51; voir aussi par. 48-50. Je suis d'avis que le redressement en cas d'abus de droit, l'obligation de diligence des administrateurs, les diverses dispositions anti-évitement de la *LFI* et des lois provinciales ainsi que la capacité des créanciers de négocier des protections contractuelles sont des moyens qui permettent d'atténuer la perception qu'il soit nécessaire d'élargir la portée de la règle anti-privation.

[123] En conclusion, je ne suis pas convaincue que les considérations d'intérêt public soulevées par mon collègue surpassent en importance l'intérêt public opposé dans l'exécution des contrats. Il existe un fondement jurisprudenciel solide pour conclure que la règle anti-privation a toujours compris une notion d'objectif commercial véritable au Canada de même qu'un fondement juridique valable pour maintenir cette caractéristique distincte de la règle anti-privation que ne comporte pas la règle du *pari passu*. Je conclurais donc que la règle anti-privation ne s'applique pas aux transactions ou aux stipulations ayant une finalité commerciale légitime et objectivement vérifiable.

B. Le paragraphe (d) de la condition Q vise un objectif commercial véritable

[124] Le juge Nielsen a conclu que la clause Q(d) constituait une véritable estimation anticipée des dommages-intérêts. Il a noté que Chandos aurait à assumer des coûts administratifs et de gestion

at risk for future liabilities of Capital Steel. He added that the clause was not an attempt to contract out of the bankruptcy laws. He thus found that clause Q(d) served a *bona fide* commercial purpose. That finding was not disturbed on appeal, as the Court of Appeal was unanimous in its view that clause Q(d) serves “legitimate commercial interests”: paras. 55 and 394-97. The application of the anti-deprivation rule in this appeal could therefore be dealt with on the basis of the standard of review.

[125] However, Deloitte urges a different interpretation of the Subcontract, which, if persuasive, may call into question Nielsen J.’s finding of fact. Deloitte argues that clause Q(d) grants Chandos a sum which is essentially gratuitous or duplicative because clause Q(b) completely covers all costs to Chandos arising from Capital Steel’s bankruptcy. Thus, it argues, the 10 percent fee arising from clause Q(d) is in addition to the full indemnity of Chandos arising from clause Q(b).

[126] One problem Deloitte faces is that the interpretation of a contract is generally considered to be a question of mixed fact and law reviewable on the palpable and overriding error standard: *Sattva*, at para. 50; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 21-24. There is an exception which permits correctness review where the contract at issue is “a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix . . . to assist in the interpretation process”: *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at para. 24. While we are told that the Subcontract is a standard form contract, it is not suggested that it is widely used throughout the construction industry or that the interpretation of clause VII Q is of precedential value. It is therefore unclear that the interpretation of the Subcontract falls within the *Ledcor* exception. I express no firm conclusion

en raison de la faillite de Capital Steel et qu’elle courrait des risques en lien avec les dettes futures de Capital Steel. Il a ajouté que la stipulation ne constituait pas une tentative par les parties de se soustraire aux lois en matière de faillite. Il a donc conclu que la clause Q(d) visait un objectif commercial véritable. Cette conclusion n’a pas été infirmée en appel, car la Cour d’appel a jugé à l’unanimité que la clause Q(d) visait bel et bien des [TRADUCTION] « intérêts commerciaux légitimes » : par. 55 et 394-397. L’application de la règle anti-privation dans cet appel pouvait donc être abordée selon la norme de contrôle.

[125] Cependant, Deloitte demande instamment une interprétation différente du contrat de sous-traitance qui, si elle est convaincante, pourrait remettre en question la conclusion de fait du juge Nielsen. Deloitte soutient que la clause Q(d) accorde à Chandos une somme offerte essentiellement à titre gratuit ou qui fait du moins double emploi, puisque la clause Q(b) vise tous les coûts qui incombent à Chandos en raison de la faillite de Capital Steel. En conséquence, Deloitte fait valoir que les frais de 10 p. 100 prévus à la clause Q(d) s’ajoutent à l’indemnisation complète de Chandos prévue à la clause Q(b).

[126] Un des problèmes auxquels Deloitte fait face est que l’interprétation d’un contrat constitue généralement une question mixte de fait et de droit susceptible de contrôle selon la norme de l’erreur manifeste et déterminante : *Sattva*, par. 50; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 21-24. Il existe une exception qui permet d’appliquer la norme de la décision correcte lorsqu’il est question d’un « contrat type, que l’interprétation en litige a valeur de précédent et que l’exercice d’interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées » : *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 24. Bien que l’on nous ait dit que le contrat de sous-traitance est un contrat type, rien ne donne à penser qu’il soit largement utilisé dans l’industrie de la construction ou que l’interprétation de la clause VII Q ait valeur de précédent. Il n’est donc pas évident que

on the matter, however, because assuming, without deciding, that the interpretation of the Subcontract could be reviewed on the correctness standard, I am not persuaded by the interpretation of clause VII Q urged upon this Court by Deloitte.

(1) Clause VII Q Does Not Permit Double Recovery

[127] The overriding concern when interpreting a contract is to determine the objective intent of the parties and the scope of their understanding. The court must “read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract”: *Sattva*, at para. 47.

[128] Clause Q(b) provides that Chandos may recover from Capital Steel “any cost . . . arising from the suspension of this Subcontract Agreement or the completion of the Work by the Contractor, plus a reasonable allowance for overhead and profit”. On its face, this appears to be a very broad basis for recovery. However, clause Q(d), the clause at issue, adds some ambiguity, because it provides that Capital Steel “shall forfeit 10% of the within Subcontract Agreement price to the Contractor as a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means and/or for monitoring the work during the warranty period.” It might be assumed that the specific matters mentioned in clause Q(d) would also fall under the general term in clause Q(b). Does Condition Q, then, permit Chandos to, in effect, double recover against Capital Steel? I answer this question in the negative, for three reasons.

[129] First, it is apparent from the ordinary and grammatical meaning of the words that clause Q(b) applies to different matters than clause Q(d). The focus of clause Q(b) is on the cost to Chandos of

l’interprétation du contrat de sous-traitance relève de l’exception *Ledcor*. Je ne tire cependant aucune conclusion ferme sur la question, car, même si je tiens pour acquis, sans en décider, que l’interprétation du contrat de sous-traitance peut être assujettie à la norme de la décision correcte, je ne suis pas convaincue par l’interprétation de la clause VII Q proposée par Deloitte.

(1) La clause VII Q ne permet pas un double recouvrement

[127] La question prédominante en ce qui concerne l’interprétation d’un contrat est de discerner l’intention objective des parties et la portée de leur entente. Le tribunal doit « interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » : *Sattva*, par. 47.

[128] La clause Q(b) prévoit que Chandos peut recouvrer auprès de Capital Steel [TRADUCTION] « tous les coûts [. . .] découlant de la suspension du présent contrat de sous-traitance ou de l’achèvement des travaux par l’entrepreneur, plus une indemnisation raisonnable pour les frais généraux et le profit ». À première vue, cela semble établir un cadre très général pour le recouvrement. La clause Q(d) ajoute cependant une certaine ambiguïté parce qu’elle prévoit que Capital Steel « renonce à 10 % du prix du présent contrat de sous-traitance en faveur de l’entrepreneur à titre de frais pour les dérangements liés à l’achèvement des travaux par d’autres moyens et/ou pour la surveillance des travaux durant la période de garantie. » On pourrait présumer que les éléments précis mentionnés à la clause Q(d) relèvent également de la condition générale énoncée à la clause Q(b). La condition Q, alors, permet-elle à Chandos le double recouvrement des sommes auprès de Capital Steel? Je réponds par la négative, et ce, pour trois raisons.

[129] Premièrement, il est évident d’après le sens ordinaire et grammatical des mots utilisés à la clause Q(b) que les sujets visés sont différents de ceux visés à la clause Q(d). La clause Q(b) est

completing Capital Steel’s unfinished structural steel work. By contrast, clause Q(d) applies after the work is completed as a fee for, among other things, Chandos having to monitor Capital Steel’s work during the warranty period. As well, clause Q(b) applies to the cost to Chandos arising from the suspension of the Subcontract, whereas clause Q(d) covers the inconvenience to Chandos specifically of completing the work using alternate means, which would require the reallocation by Chandos of significant administrative and managerial resources as well as the reallocation of the risks assumed under the Subcontract (e.g. Condition G, “Indemnity”). Thus, the matters covered by clause Q(d) may be difficult to quantify in monetary terms, and so the parties agreed beforehand on a figure for them, while leaving clause Q(b) to cover the more direct and quantifiable costs.

[130] Second, if the grammatical and ordinary meaning does not resolve the matter, then there is an apparent conflict between clause Q(b) and clause Q(d). “[W]here there is apparent conflict between a general term and a specific term, the terms may be reconciled by taking the parties to have intended the scope of the general term to not extend to the subject-matter of the specific term”: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 24; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751, at para. 46. Thus, the general grounds for recovery listed in clause Q(b) should not be read as extending to the specific matters in clause Q(d), that is, “the inconvenience of completing the work using alternate means” and “monitoring the work during the warranty period”.

[131] Third, a court may deviate from the plain meaning of the words if a literal interpretation of the contractual language would lead to a commercially unrealistic or absurd result: *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 901. In my view, permitting double recovery under clause Q(b)

axée sur ce qu’il en coûte à Chandos pour terminer la structure en acier commencée par Capital Steel. En revanche, la clause Q(d) s’applique une fois les travaux achevés, et concerne notamment les frais découlant de l’obligation qu’a Chandos de surveiller les travaux de Capital Steel durant la période de garantie. De plus, la clause Q(b) s’applique aux coûts engagés par Chandos à la suite de la suspension du contrat de sous-traitance, tandis que la clause Q(d) vise les dérangements subis par elle lorsque les travaux sont achevés par d’autres moyens, ce qui l’oblige à réaffecter des ressources administratives et de gestion considérables en plus de réattribuer les risques qui étaient assumés dans le cadre du contrat de sous-traitance (p. ex., la condition G, [TRADUCTION] « Indemnisation »). Par conséquent, les sujets visés par la clause Q(d) se quantifient difficilement en termes pécuniaires et les parties se sont donc entendues au préalable sur une évaluation des dommages-intérêts, en laissant la clause Q(b) prévoir les coûts plus directs et quantifiables.

[130] Deuxièmement, si le sens ordinaire et grammatical ne règle pas la question, il y a un conflit apparent entre la clause Q(b) et la clause Q(d). « [L]orsqu’il y a apparence de conflit entre une condition générale et une condition explicite, elles peuvent être conciliées si l’on considère que les parties ont voulu que la condition générale ne s’applique pas à l’objet de la condition spécifique » : *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, p. 24; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751, par. 46. Ainsi, les motifs généraux du recouvrement prévu à la clause Q(b) ne doivent pas être interprétés comme s’appliquant aux questions spécifiques que sont les [TRADUCTION] « dérangements liés à l’achèvement des travaux par d’autres moyens » et la « surveillance des travaux durant la période de garantie » prévues à la clause Q(d).

[131] Troisièmement, un tribunal peut s’écarter du sens ordinaire des mots si une interprétation littérale entraînerait un résultat irréaliste ou absurde sur le plan commercial : *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 901. À mon avis, permettre un double recouvrement par l’application de

would be commercially impractical and unrealistic. Therefore, clause Q(b) should be read so as to avoid such an absurdity.

[132] For these reasons, I disagree with the interpretation of Condition Q advanced by Deloitte. The 10 percent fee arising under clause Q(d) is not duplicative of the amounts which may accrue under clause Q(b). Nielsen J.'s finding that clause Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose is, as a result, left unimpeached. Nonetheless, it is worth briefly exploring the objective commercial basis for the provision to show why it is important that the law give effect to such a clause.

(2) Paragraph (d) of Condition Q Advances a Legitimate and Objectively Ascertainable Commercial Interest

[133] In my view, it is significant that the Subcontract included ongoing obligations on the part of Capital Steel that were unperformed at the time of its bankruptcy. The bankruptcy of a party with an unperformed or ongoing obligation under a contract is likely to necessitate a commercial rearrangement of rights in order to protect the legitimate interests of the counterparty because the party's bankruptcy is likely to undermine the counterparty's assurance of ongoing performance or to change the risk allocation under the contract: Grottenthaler and Pillon; see also *Lomas* (2010), at paras. 108-10; *Lomas* (2012), at paras. 88-91. There are therefore ample legitimate commercial reasons for rearranging contractual rights in such circumstances.

[134] An important element of the Subcontract is that it created a general contractor-subcontractor relationship between two parties in the construction industry. The construction industry generally operates in a pyramid-like structure, with the owner or developer at the top of the pyramid, a general contractor or contractors one level down, subcontractors under them, and possibly further sub-subcontractors: J. Westeinde, "Construction is 'Risky Business'" (1988), 29 *C.L.R.* 119. Generally, payment flows down the pyramid once the work has been completed.

la clause Q(b) serait irréaliste et impraticable sur le plan commercial. Par conséquent, la clause Q(b) doit être interprétée de manière à éviter une telle absurdité.

[132] Pour ces motifs, je ne partage pas l'interprétation que Deloitte propose pour la condition Q. Les frais de 10 p. 100 prévus à la clause Q(d) ne constituent pas un dédoublement des montants qui peuvent découler de l'application de la clause Q(b). La conclusion du juge Nielsen selon laquelle la clause Q(d) vise un objectif commercial véritable n'est donc pas contestée. Néanmoins, il vaut la peine d'explorer brièvement le fondement commercial objectif de la stipulation afin de démontrer pourquoi il est important que la loi donne effet à une telle clause.

(2) Le paragraphe (d) de la condition Q favorise un intérêt commercial légitime et objectivement vérifiable

[133] À mon avis, le fait que le contrat de sous-traitance prévoyait des obligations continues incombant à Capital Steel qui n'avaient pas été exécutées au moment de sa faillite est important. La faillite d'une partie ayant une obligation non exécutée ou continue au titre d'un contrat est susceptible d'entraîner par la force des choses une réorganisation commerciale des droits afin de protéger les intérêts légitimes de l'autre partie, car la faillite est susceptible de nuire à la garantie dont bénéficie cette dernière quant à la poursuite des travaux, ou encore de modifier la répartition des risques prévue au contrat : Grottenthaler et Pillon; voir aussi *Lomas* (2010), par. 108-110; *Lomas* (2012), par. 88-91. Il y a donc amplement de motifs commerciaux légitimes pour réorganiser les droits contractuels dans de telles circonstances.

[134] Le contrat de sous-traitance a ceci d'important qu'il a créé une relation générale entrepreneur-sous-traitant entre deux parties qui travaillent dans l'industrie de la construction. Cette industrie fonctionne habituellement selon une structure pyramidale où le propriétaire ou promoteur se trouve en haut de la pyramide, l'entrepreneur général ou les entrepreneurs à l'échelon d'en dessous, les sous-traitants encore plus bas et ainsi de suite si les sous-traitants ont eux-mêmes des sous-traitants : J. Westeinde, « Construction is "Risky Business" » (1988), 29

Thus, the insolvency of a subcontractor during the construction of a project can have major ramifications up and down the pyramid structure, causing costly delays and fundamentally altering the allocation of risk created by the web of contractual relationships involved.

[135] Capital Steel had significant unperformed obligations under the Subcontract at the time of its bankruptcy. It had agreed to “repair and make good any defect in its work and all resulting damages that might appear as the result of any improper work or defective materials” it furnished: clause III. The operative period for this guarantee corresponded to the period specified in the Stipulated Price Contract, which was one year from the date of substantial performance: clause GC 12.3.1. However, Capital Steel’s bankruptcy occurred before it had even completed its own work under the Subcontract, let alone before the date of substantial performance of the entirety of the project. Therefore, the Subcontract was still executory at the time of its bankruptcy.

[136] In this case, Capital Steel’s bankruptcy exposed Chandos to significant risks under the Stipulated Price Contract. In it, Chandos had agreed to be “as fully responsible to the *Owner* for acts and omissions” of Capital Steel, or a replacement subcontractor, as it was for “acts and omissions of persons directly employed by” it: clause GC 3.7.1.3 (emphasis in original). Chandos had also agreed that it would promptly correct defects or deficiencies in the work which appeared during the warranty period at its own expense: clause GC 12.3.4. As well, Chandos was required to correct or pay for damage resulting from such corrections: clause GC 12.3.5. Owing to its bankruptcy, Capital Steel was not available to monitor or correct its work during the warranty period. Chandos therefore had to do so or face liability to the owner under the Stipulated Price Contract. Thus, a fee for monitoring the work during the warranty period is legitimate.

C.L.R. 119. Habituellement, les paiements se font du haut vers le bas de la pyramide une fois que les travaux ont été exécutés. Ainsi, l’insolvabilité d’un sous-traitant durant la construction du projet peut avoir des répercussions importantes dans l’ensemble de la structure, entraîner des retards coûteux et modifier fondamentalement la répartition des risques créés par le réseau de relations contractuelles nécessaires à la réalisation du projet.

[135] Capital Steel avait des obligations importantes en vertu du contrat de sous-traitance qui n’étaient pas encore exécutées au moment de sa faillite. Elle avait accepté de [TRADUCTION] « réparer tout défaut dans ses travaux et tout dommage découlant d’un travail mal fait ou d’un équipement défectueux » qu’elle fournissait : clause III. La durée de cette garantie correspondait à la période mentionnée dans le contrat à forfait, soit un an à compter de la date de l’achèvement substantiel : clause GC 12.3.1. Cependant, Capital Steel a fait faillite avant même d’avoir terminé les travaux qu’elle devait exécuter selon le contrat de sous-traitance, et donc bien avant la date de l’achèvement substantiel de l’ensemble du projet. Le contrat de sous-traitance était donc toujours exécutoire au moment de la faillite de Capital Steel.

[136] En l’espèce, la faillite de Capital Steel exposait Chandos à des risques importants dans le cadre du contrat à forfait. Dans ce dernier, Chandos avait accepté d’être [TRADUCTION] « aussi pleinement responsable à l’égard du *Propriétaire* pour les actes et omissions » de Capital Steel, ou d’un sous-traitant qui remplacerait cette dernière, qu’elle l’était pour les « actes et omissions des personnes qu’elle employait directement » : clause GC 3.7.1.3 (en italique dans l’original). Chandos avait également accepté de corriger rapidement, et à ses frais, les défauts apparaissant dans les travaux durant la période de garantie : clause GC 12.3.4. En outre, elle devait corriger ou payer les dommages découlant de ces corrections : clause GC 12.3.5. En raison de sa faillite, Capital Steel n’a pu surveiller ou corriger ses travaux durant la période de garantie. Chandos a donc dû le faire ou assumer la responsabilité à l’égard du propriétaire conformément au contrat à forfait. Par conséquent, l’imposition de frais pour la surveillance des travaux durant la période de garantie est légitime.

[137] A general contractor's role is essentially to oversee and coordinate the construction of a project by various subcontractors according to a set schedule. It is evident that a subcontractor's bankruptcy during the construction of the project would require the general contractor to redirect significant administrative and management resources in order to respond, for example by seeking a substitute subcontractor willing to complete a job already partially performed by another company. The general contractor would also incur administrative and management costs from mitigating the fallout up and down the pyramid. Undoubtedly, costly delays would ensue as well. Thus, a fee for the inconvenience of completing the work using alternate means is also legitimate.

[138] As to the quantum of the fee, 10 percent of the Subcontract price, Nielsen J. found as a fact that this was a genuine pre-estimate of damages, and I am content to rely on this finding: A.R., at pp. 9-10. In my view, this amount is not extravagant in light of the importance of the structural steel work to the project, the Stipulated Price Contract's total value of \$56,852,453.45, and the fact that the risks reallocated to Chandos by Capital Steel's bankruptcy were likely difficult to state in monetary terms. I do not see in clause Q(d) any intent on the part of Chandos or Capital Steel to avoid the operation of bankruptcy laws or to prejudice Capital Steel's creditors. There is, therefore, a *bona fide* commercial purpose behind clause Q(d).

V. Conclusion

[139] As clause Q(d) furthers a *bona fide* commercial purpose, I would dispose of this appeal by holding that provisions of this kind do not offend the anti-deprivation rule. I therefore conclude that clause Q(d) is enforceable against the trustee of Capital Steel's estate in bankruptcy. As a result, I would allow the appeal and restore the original order made at first instance.

[137] Le rôle d'un entrepreneur général consiste essentiellement à superviser et à coordonner la construction d'un projet par différents sous-traitants conformément au calendrier fixé. Il est évident que la faillite d'un sous-traitant durant la construction du projet oblige l'entrepreneur général à réaffecter beaucoup de ressources administratives et de gestion pour réagir à la situation, par exemple en cherchant un autre sous-traitant qui est prêt à terminer les travaux déjà partiellement exécutés par une autre entreprise. L'entrepreneur général a également à assumer des coûts administratifs et de gestion pour atténuer les répercussions dans toute la pyramide. Sans aucun doute, cela entraîne des retards coûteux. Par conséquent, il est aussi légitime de prévoir des frais pour les dérangements liés à l'achèvement des travaux par d'autres moyens.

[138] Quant au montant de ces frais, qui représente 10 p. 100 du prix du contrat de sous-traitance, le juge Nielsen a tiré la conclusion de fait qu'il s'agissait d'une véritable estimation anticipée des dommages-intérêts et je me contenterai de souscrire à sa conclusion : d.a., p. 9-10. À mon avis, il ne s'agit pas d'un montant extravagant compte tenu de l'importance de la charpente d'acier requise pour le projet, de la valeur totale du contrat à forfait qui s'élève à 56 852 453,45 \$ et du fait que les risques réattribués à Chandos en raison de la faillite de Capital Steel étaient susceptibles d'être difficiles à définir en termes pécuniaires. Je ne vois dans la clause Q(d) aucune intention de la part de Chandos ou de Capital Steel d'éviter l'application des lois en matière de faillite ou de nuire aux créanciers de Capital Steel. La clause Q(d) poursuit donc un objectif commercial véritable.

V. Conclusion

[139] Comme la clause Q(d) poursuit un objectif commercial véritable, je disposerais du pourvoi en concluant que de telles stipulations n'enfreignent pas la règle anti-privation. Je conclus donc que la clause Q(d) est exécutoire contre le syndic de faillite de Capital Steel. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais l'ordonnance originale rendue en première instance.

Appeal dismissed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Duncan Craig, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: McCarthy Tétrault, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelante : Duncan Craig, Edmonton.

Procureurs de l'intimée : Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

David Matthews *Appellant*

v.

Ocean Nutrition Canada Limited *Respondent*

and

**Canadian Association for
Non-Organized Employees,
Don Valley Community Legal Services,
Law Students' Legal Advice Program,
Canadian Association of
Counsel to Employers and
Parkdale Community Legal Services**

Interveners

**INDEXED AS: MATTHEWS v. OCEAN NUTRITION
CANADA LTD.**

2020 SCC 26

File No.: 38252.

2019: October 8; 2020: October 9.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown, Rowe,
Martin and Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA**

Employment law — Constructive dismissal — Duty to provide reasonable notice — Damages — Employee working for employer for approximately 14 years — Employer providing long term incentive plan according to which employee would receive bonus payment if company sold — Company sold soon after employee constructively dismissed — Whether damages for breach of duty to provide reasonable notice include incentive bonus.

Beginning in 1997, M, an experienced chemist, occupied several senior management positions with Ocean Nutrition Canada Limited (“Ocean”). As a senior executive, M was part of Ocean’s long term incentive plan (“LTIP”), a contractual arrangement designed to reward employees for their previous contributions and to provide

David Matthews *Appellant*

c.

Ocean Nutrition Canada Limited *Intimée*

et

**Canadian Association for
Non-Organized Employees,
Don Valley Community Legal Services,
Law Students' Legal Advice Program,
Association canadienne des
avocats d'employeurs et
Parkdale Community Legal Services**

Intervenants

**RÉPERTORIÉ : MATTHEWS c. OCEAN
NUTRITION CANADA LTD.**

2020 CSC 26

N° du greffe : 38252.

2019 : 8 octobre; 2020 : 9 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver,
Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
NOUVELLE-ÉCOSSE**

Droit de l'emploi — Congédiement déguisé — Obligation de donner un préavis raisonnable — Dommages-intérêts — Employé au service de l'employeur pendant environ 14 ans — Régime d'intéressement à long terme créé par l'employeur prévoyant le versement d'une prime à l'employé en cas de vente de l'entreprise — Entreprise vendue peu de temps après le congédiement déguisé de l'employé — Est-ce que les dommages-intérêts accordés à l'égard du manquement à l'obligation de donner un préavis raisonnable doivent inclure la prime d'intéressement?

À partir de 1997, M, un chimiste expérimenté, a occupé plusieurs postes de direction chez Ocean Nutrition Canada Limited (« Ocean »). En tant que cadre supérieur, M participait au régime d'intéressement à long terme (« RILT ») d'Ocean, un arrangement contractuel visant à récompenser les employés pour leurs contributions antérieures au

an incentive to continue contributing to the company's success. Under the LTIP, a "Realization Event", such as the sale of the company, would trigger payments to employees who qualified under the plan. In 2007, Ocean hired a new Chief Operating Officer, who began a campaign to marginalize M in the company, limiting M's responsibilities and lying to M about his status and prospects with Ocean. Despite his problems with senior management, the LTIP was a key reason for which M wanted to stay with Ocean, anticipating Ocean would soon be sold. However, M eventually left Ocean in June 2011, taking a position with a new employer.

About 13 months after M's departure, Ocean was sold for \$540 million. The sale constituted a Realization Event for the purposes of the LTIP. Since M was not actively employed on that date, Ocean took the position that M did not satisfy the terms of the plan, and he did not receive a payment. M filed an application against Ocean alleging that he was constructively dismissed, and that the constructive dismissal was carried out in bad faith and in breach of Ocean's duty of good faith. The trial judge concluded that Ocean constructively dismissed M, and that M was owed a reasonable notice period of 15 months. The trial judge also held that M would have been a full-time employee when the Realization Event occurred had he not been constructively dismissed, and that, because the terms of the LTIP did not unambiguously limit or remove his common law right to damages, M was entitled to damages equivalent to what he would have received under the LTIP. The Court of Appeal unanimously upheld the decision that M had been constructively dismissed and that the appropriate reasonable notice period was 15 months. However, a majority of the court found that M was not entitled to damages on account of the lost LTIP payment.

Held: The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and the trial judgment restored.

At common law, an employer has the right to prompt an employee to choose to leave their job in circumstances that amount to a dismissal subject to the duty to provide

succès de l'entreprise et à les inciter à continuer de le faire. Conformément au RILT, un « événement déclencheur », par exemple la vente de l'entreprise, entraînerait le versement des paiements prévus aux employés admissibles aux termes du régime. En 2007, Ocean a embauché un nouveau directeur de l'exploitation, qui a entamé une campagne de marginalisation de M au sein de l'entreprise, en limitant ses responsabilités et en lui mentant au sujet de son statut et de son avenir au sein d'Ocean. Malgré les problèmes que connaissait M avec la haute direction, le RILT était une raison déterminante pour laquelle il voulait continuer de travailler pour Ocean, car il s'attendait à ce que l'entreprise soit bientôt vendue. Cependant, M a finalement quitté Ocean en juin 2011, acceptant un poste chez un nouvel employeur.

Environ 13 mois après le départ de M, Ocean a été vendue pour la somme de 540 millions de dollars. Cette vente constituait, pour les besoins du RILT, l'événement déclencheur. Comme M ne travaillait plus activement pour l'entreprise au moment de la vente, Ocean a soutenu que M ne satisfaisait pas aux conditions du régime, et il n'a pas reçu de prime. M a présenté contre Ocean une requête dans laquelle il alléguait qu'il avait été congédié de façon déguisée, et que ce congédiement avait été effectué de mauvaise foi et en contravention à l'obligation d'Ocean d'agir de bonne foi. Le juge de première instance a conclu qu'Ocean avait congédié M de manière déguisée et que ce dernier avait droit à un préavis raisonnable de 15 mois. Le juge de première instance a également conclu que M aurait été un employé à temps plein de l'entreprise lorsque l'événement déclencheur s'est produit s'il n'avait pas fait l'objet d'un congédiement déguisé, et que, comme les modalités du RILT n'avaient pas pour effet de limiter ou de supprimer clairement son droit à des dommages-intérêts en vertu de la common law, M avait droit à des dommages-intérêts d'un montant équivalant au paiement qu'il aurait reçu en vertu du RILT. La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité la décision portant que M avait fait l'objet d'un congédiement déguisé et que le préavis raisonnable approprié était de 15 mois. Toutefois, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que M n'avait pas droit à des dommages-intérêts pour la perte du paiement prévu par le RILT.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est écarté et le jugement de première instance est rétabli.

Suivant la common law, un employeur a le droit de pousser un employé à quitter son emploi dans des circonstances qui équivalent à un congédiement, pourvu

reasonable notice. The obligation to provide reasonable notice does not, in theory, turn on the presence or absence of good faith. The contractual breach that arises from the employer's choice is simply the failure to provide reasonable notice, which leads to an award of damages in lieu thereof. A breach of the duty to exercise good faith in the manner of dismissal is a distinct contractual breach and is independent of any failure to provide reasonable notice. It can serve as a basis to answer for foreseeable injury that results from callous or insensitive conduct in the manner of dismissal. Damages arising out of the same dismissal are calculated differently depending on the breach invoked. The nature of the contractual breach of good faith is of a different order than that associated with the failure to provide reasonable notice.

Courts should ask two questions when determining whether the appropriate quantum of damages for breach of an implied term to provide reasonable notice includes bonus payments. First, courts should consider the employee's common law rights and examine whether, but for the termination, the employee would have been entitled to the bonus or benefit as part of their compensation during the reasonable notice period. Second, if so, courts should determine whether the terms of the employment contract or bonus plan unambiguously take away or limit that common law right. This approach accords with basic principles of damages for constructive dismissal, anchoring the analysis around reasonable notice. When an employee sues for damages for constructive dismissal, they are claiming for damages as compensation for the income, benefits, and bonuses they would have received had the employer not breached the implied term to provide reasonable notice. This approach respects the well-established understanding that the contract effectively remains alive for the purposes of assessing the employee's damages, in order to determine what compensation the employee would have been entitled to but for the dismissal. Damages for wrongful dismissal are designed to compensate the employee for the breach by the employer of the implied term in the employment contract to provide reasonable notice of termination. There is no such implied term of the contract to provide payment in lieu. The payment in lieu is not damages for a breach of the contract, but rather one component of the compensation provided for in the contract. If an employer

que cet employeur s'acquitte de son obligation de donner un préavis raisonnable. L'obligation de donner un préavis raisonnable ne dépend pas, en théorie, de la question de savoir s'il y a eu ou non bonne foi. Le manquement au contrat découlant de la décision de l'employeur est simplement le défaut de donner un préavis raisonnable, situation qui entraîne le paiement de dommages-intérêts tenant lieu de préavis. Un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi dans la façon de congédier l'employé constitue une violation contractuelle distincte et est indépendant de tout manquement à l'obligation de donner un préavis raisonnable. Il peut servir de fondement permettant d'exiger réparation à l'égard d'un préjudice prévisible résultant d'un traitement brutal ou implacable de la part de l'employeur dans la façon dont il a congédié l'employé. Les dommages-intérêts découlant d'un même congédiement sont calculés différemment selon la violation reprochée. La nature du manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi n'est pas du même ordre que dans le cas du défaut de donner un préavis raisonnable.

Les tribunaux devraient se poser deux questions lorsqu'ils sont appelés à décider si le montant des dommages-intérêts qu'il convient d'accorder pour manquement à l'obligation tacite de donner un préavis raisonnable doit inclure les primes. Premièrement, les tribunaux devraient considérer les droits dont dispose l'employé en vertu de la common law et se demander si, n'eût été son congédiement, l'employé aurait eu droit à la prime ou à l'avantage dans le cadre de ses conditions de rémunération pendant la période de préavis raisonnable. Deuxièmement, dans l'affirmative, les tribunaux devraient déterminer si les modalités du contrat de travail ou du régime de primes ont pour effet de supprimer ou de limiter clairement ce droit que confère la common law. Cette démarche est conforme aux principes fondamentaux applicables aux dommages-intérêts pour congédiement déguisé, l'analyse s'attachant à la question du préavis raisonnable. Lorsqu'un employé intente une action en dommages-intérêts pour congédiement déguisé, il sollicite des dommages-intérêts à titre de dédommagement pour le revenu, les prestations et les primes qu'il aurait touchés si l'employeur n'avait pas manqué à son obligation tacite de donner un préavis raisonnable. Cette démarche est compatible avec l'interprétation bien établie selon laquelle le contrat demeure effectivement en vigueur pour les besoins de l'évaluation du préjudice de l'employé en vue de calculer le montant de l'indemnité à laquelle ce dernier aurait eu droit n'eût été son congédiement. Les dommages-intérêts versés pour congédiement injustifié visent à indemniser l'employé à

fails to give proper notice or pay in lieu, the breach is in the failure to pay, not in the termination.

In the present case, in determining whether M's damages include an amount to compensate him for his lost LTIP payment, the focus should be on what damages were appropriately due for Ocean's failure to provide M with reasonable notice and not on whether the terms of the LTIP were plain and unambiguous. The issue is not whether M is entitled to the LTIP in itself, but rather what damages he is entitled to and, specifically, whether he was entitled to compensation for bonuses he would have earned had Ocean not breached the employment contract. It is uncontested that the Realization Event occurred during the notice period and therefore, but for M's dismissal, he would have received an LTIP payment during that period. In such circumstances, there is no need to ask whether the LTIP payment was integral to his compensation. On the first question, M is *prima facie* entitled to receive damages as compensation for the lost bonus. On the second question, the LTIP does not unambiguously limit or remove M's common law right. Had M been given proper notice, he would have been full-time or actively employed throughout the reasonable notice period. For the purpose of calculating wrongful dismissal damages, the employment contract is not treated as terminated until after the reasonable notice period expires. M should therefore be awarded the amount of the LTIP as part of his common law damages for breach of the implied term to provide reasonable notice. On the issue of good faith, it suffices to say that a contractual breach of good faith rests on a wholly distinct basis from that relating to the failure to provide reasonable notice.

l'égard de la violation par l'employeur de la condition implicite du contrat d'emploi selon laquelle ce dernier doit donner à l'employé un préavis raisonnable de cessation d'emploi. Le contrat ne comporte aucune condition implicite portant que l'employeur doit verser une indemnité tenant lieu de préavis. L'indemnité tenant lieu de préavis raisonnable ne constitue pas des dommages-intérêts pour violation du contrat, mais plutôt une portion de l'indemnité prévue au contrat. Si un employeur ne donne pas un préavis adéquat ou une indemnité en tenant lieu, la violation réside dans le non-paiement d'une indemnité et non dans le congédiement.

En l'espèce, afin de déterminer si les dommages-intérêts accordés à M doivent inclure une somme l'indemnissant pour la perte du paiement prévu par le RILT, il faut mettre l'accent sur le montant des dommages-intérêts qu'il convenait d'accorder à M parce qu'Ocean ne lui a pas donné un préavis raisonnable, et non sur la question de savoir si les modalités du RILT étaient claires et non ambiguës. Il ne s'agit pas de décider si M est admissible au RILT, mais plutôt de déterminer le montant des dommages-intérêts auquel il a droit et, plus précisément, s'il a droit d'être indemnisé pour les primes qu'il aurait touchées si Ocean n'avait pas contrevenu au contrat de travail. Il n'est pas contesté que l'événement déclencheur s'est produit pendant la période de préavis et que, par conséquent, n'eût été son congédiement, M aurait reçu le paiement prévu par le RILT durant cette période. Dans ces circonstances, il est inutile de se demander si ce paiement faisait partie intégrante de sa rémunération. En ce qui concerne la première question, M a droit, à première vue, de recevoir des dommages-intérêts à titre de dédommagement pour la prime qu'il a perdue. En ce qui a trait à la deuxième question, le RILT n'a pas pour effet de limiter ou de supprimer clairement le droit que confère la common law à M. Si un préavis adéquat avait été donné à M, ce dernier aurait été un employé à temps plein ou un employé actif de l'entreprise pendant la période de préavis raisonnable. Pour les besoins du calcul du montant des dommages-intérêts à verser en cas de congédiement injustifié, le contrat de travail est considéré comme étant résilié uniquement après l'expiration de la période de préavis raisonnable. Par conséquent, le montant de la prime prévue par le RILT doit être inclus dans les dommages-intérêts accordés à M, en vertu de la common law, pour le manquement à l'obligation tacite de lui donner un préavis raisonnable. Relativement à la question de bonne foi, qu'il suffise de dire qu'un manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi repose sur des fondements entièrement distincts de ceux liés à l'omission de donner un préavis raisonnable.

Cases Cited

Approved: *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*, 2016 ONCA 618, 352 O.A.C. 1; *Lin v. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, 2016 ONCA 619, 352 O.A.C. 10; *Taggart v. Canada Life Assurance Co.* (2006), 50 C.C.P.B. 163; **distinguished:** *Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; **referred to:** *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Commission*, 2015 SCC 10, [2015] 1 S.C.R. 500; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Iacobucci v. WIC Radio Ltd.*, 1999 BCCA 753, 72 B.C.L.R. (3d) 234; *Gillies v. Goldman Sachs Canada Inc.*, 2001 BCCA 683, 95 B.C.L.R. (3d) 260; *Nygaard Int. Ltd. v. Robinson* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 103; *Singer v. Nordstrong Equipment Limited*, 2018 ONCA 364, 47 C.C.E.L. (4th) 218; *Brock v. Matthews Group Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 110, aff'd (1991), 34 C.C.E.L. 50; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Schumacher v. Toronto-Dominion Bank* (1997), 147 D.L.R. (4th) 128; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *Veer v. Dover Corp. (Canada) Ltd.* (1999), 120 O.A.C. 394; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2015 ABQB 621, [2016] 4 W.W.R. 593; *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Love v. Acuity Investment Management Inc.*, 2011 ONCA 130, 277 O.A.C. 15; *Dunlop v. B.C. Hydro & Power Authority* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 334; *Poole v. Whirlpool Corp.*, 2011 ONCA 808, 97 C.C.E.L. (3d) 20; *Doyle v. Zochem Inc.*, 2017 ONCA 130, 31 C.C.P.B. (2nd) 200; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

Statutes and Regulations Cited

Canada Business Corporation Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 241(1).

Jurisprudence

Arrêts approuvés : *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*, 2016 ONCA 618, 352 O.A.C. 1; *Lin c. Ontario Teachers' Pension Plan Board*, 2016 ONCA 619, 352 O.A.C. 10; *Taggart c. Canada Life Assurance Co.* (2006), 50 C.C.P.B. 163; **distinction d'avec l'arrêt :** *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214; **arrêts mentionnés :** *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick*, 2015 CSC 10, [2015] 1 R.C.S. 500; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3; *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Iacobucci c. WIC Radio Ltd.*, 1999 BCCA 753, 72 B.C.L.R. (3d) 234; *Gillies c. Goldman Sachs Canada Inc.*, 2001 BCCA 683, 95 B.C.L.R. (3d) 260; *Nygaard Int. Ltd. c. Robinson* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 103; *Singer c. Nordstrong Equipment Limited*, 2018 ONCA 364, 47 C.C.E.L. (4th) 218; *Brock c. Matthews Group Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 110, conf. par (1991), 34 C.C.E.L. 50; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Schumacher c. Toronto-Dominion Bank* (1997), 147 D.L.R. (4th) 128; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *Veer c. Dover Corp. (Canada) Ltd.* (1999), 120 O.A.C. 394; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2015 ABQB 621, [2016] 4 W.W.R. 593; *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Love c. Acuity Investment Management Inc.*, 2011 ONCA 130, 277 O.A.C. 15; *Dunlop c. B.C. Hydro & Power Authority* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 334; *Poole c. Whirlpool Corp.*, 2011 ONCA 808, 97 C.C.E.L. (3d) 20; *Doyle c. Zochem Inc.*, 2017 ONCA 130, 31 C.C.P.B. (2nd) 200; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Lois et règlements cités

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 241(1).

Authors Cited

- Anderson, Gordon, Douglas Brodie and Joellen Riley. *The Common Law Employment Relationship: A Comparative Study*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar Publishing, 2017.
- Banks, Kevin. “Progress and Paradox: The Remarkable yet Limited Advance of Employer Good Faith Duties in Canadian Common Law” (2011), 32 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 547.
- Buchanan, Dennis D. “Defining Wrongful Dismissal: The Alberta Schism” (2019), 57 *Alta. L. Rev.* 95.
- England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Fudge, Judy. “The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From *Addis to Vorvis to Wallace* and Back Again?” (2007), 32 *Queen’s L.J.* 529.
- Mummé, Claire. “*Bhasin v. Hrynew*: A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins?” (2016), 32 *Int’l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 117.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Farrar, Bryson and Scanlan JJ.A.), 2018 NSCA 44, 2018 C.L.L.C. ¶210-053, 48 C.C.E.L. (4th) 171, [2018] N.S.J. No. 200 (QL), 2018 CarswellNS 393 (WL Can.), setting aside in part a decision of LeBlanc J., 2017 NSSC 16, [2017] N.S.J. No. 32 (QL), 2017 CarswellNS 55 (WL Can.), with supplementary reasons, 2017 NSSC 123, [2017] N.S.J. No. 161 (QL), 2017 CarswellNS 325 (WL Can.). Appeal allowed.

Howard Levitt, Allyson Lee, Blair Mitchell and Saba Khan, for the appellant.

Nancy F. Barteaux, Q.C., Mary B. Rolf and Kate E. Ross, for the respondent.

Stacey Reginald Ball, Nadine Côté and Sean O’Donnell, for the intervener the Canadian Association for Non-Organized Employees.

Andrew Monkhouse and Alexandra Monkhouse, for the intervener Don Valley Community Legal Services.

Martin Sheard and David McWhinnie, for the intervener the Law Students’ Legal Advice Program.

Doctrine et autres documents cités

- Anderson, Gordon, Douglas Brodie and Joellen Riley. *The Common Law Employment Relationship : A Comparative Study*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar Publishing, 2017.
- Banks, Kevin. « Progress and Paradox : The Remarkable yet Limited Advance of Employer Good Faith Duties in Canadian Common Law » (2011), 32 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 547.
- Buchanan, Dennis D. « Defining Wrongful Dismissal : The Alberta Schism » (2019), 57 *Alta. L. Rev.* 95.
- England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.
- Fudge, Judy. « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment : From *Addis to Vorvis to Wallace* and Back Again? » (2007), 32 *Queen’s L.J.* 529.
- Mummé, Claire. « *Bhasin v. Hrynew* : A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins? » (2016), 32 *Int’l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Farrar, Bryson et Scanlan), 2018 NSCA 44, 2018 C.L.L.C. ¶210-053, 48 C.C.E.L. (4th) 171, [2018] N.S.J. No. 200 (QL), 2018 CarswellNS 393 (WL Can.), qui a écarté en partie une décision du juge LeBlanc, 2017 NSSC 16, [2017] N.S.J. No. 32 (QL), 2017 CarswellNS 55 (WL Can.), avec motifs supplémentaires, 2017 NSSC 123, [2017] N.S.J. No. 161 (QL), 2017 CarswellNS 325 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Howard Levitt, Allyson Lee, Blair Mitchell et Saba Khan, pour l’appelant.

Nancy F. Barteaux, c.r., Mary B. Rolf et Kate E. Ross, pour l’intimée.

Stacey Reginald Ball, Nadine Côté et Sean O’Donnell, pour l’intervenante Canadian Association for Non-Organized Employees.

Andrew Monkhouse et Alexandra Monkhouse, pour l’intervenant Don Valley Community Legal Services.

Martin Sheard et David McWhinnie, pour l’intervenant Law Students’ Legal Advice Program.

Tim Lawson, Brandon Kain and Adam Goldenberg, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

Christopher Rootham, Andrew Montague-Reinholdt and John No, for the intervener Parkdale Community Legal Services.

The judgment of the Court was delivered by

KASIRER J. —

I. Overview

[1] This appeal bears on the redress available to an employee who, by reason of the circumstances of his departure from a job he had held for many years, is treated in law as if he were dismissed. By extension, it concerns some of the proper contours of an employer’s common law right to determine the composition of its workforce.

[2] Different complaints are often made by employees who sue for wrongful dismissal. This case is no exception: in his original application, the employee alleged he was dismissed “without notice” and that this dismissal was in breach of the employer’s “duty of good faith”. He asked for damages reflecting his entitlement to reasonable notice, including an incentive bonus that fell due during the period, as well as damages for the employer’s dishonest conduct, including punitive damages and damages in the amount of the lost bonus should it be excluded by a contractual term.

[3] The fact that the employee was constructively dismissed and is entitled to notice is no longer in dispute. The parties continue to disagree, however, as to the remedies that should be afforded to the employee at common law. Specifically, the parties dispute whether the failure to provide damages

Tim Lawson, Brandon Kain et Adam Goldenberg, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats d’employeurs.

Christopher Rootham, Andrew Montague-Reinholdt et John No, pour l’intervenant Parkdale Community Legal Services.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur les voies de recours qui s’offrent à un employé qui, en raison des circonstances de son départ d’un emploi qu’il a occupé pendant de nombreuses années, est considéré par le droit comme ayant été congédié. Par extension, le pourvoi porte également sur les paramètres applicables au droit des employeurs de déterminer la composition de leurs effectifs en common law.

[2] Divers griefs sont souvent soulevés lorsqu’un employé intente une action pour congédiement injustifié. La présente affaire ne fait pas exception : dans sa demande initiale, l’employé alléguait qu’il avait été congédié [TRADUCTION] « sans préavis » et que ce congédiement constituait un manquement à l’« obligation d’agir de bonne foi » qui incombait à son employeur. Il sollicitait des dommages-intérêts reflétant son droit à un délai de préavis raisonnable, y compris une prime d’intéressement devenue exigible pendant ce délai. Il demandait aussi des dommages-intérêts en raison de la conduite malhonnête de son employeur, y compris des dommages-intérêts punitifs et des dommages-intérêts correspondant à la prime qu’il perdrait si celle-ci était exclue par application d’une disposition contractuelle.

[3] Le fait que l’employé concerné a fait l’objet d’un congédiement déguisé et a droit à un préavis n’est plus en litige. Les parties continuent toutefois d’être en désaccord en ce qui concerne les réparations qui devraient lui être accordées en vertu de la common law. Plus précisément, les parties ne s’entendent

for reasonable notice includes the disputed bonus. Moreover, they are at odds as to the existence of the employer's alleged dishonest conduct and its eventual impact. The employee points this Court to the duty to act honestly in the performance of the contract, which, as this Court has recalled, "was a key component of the good faith requirements which have been recognized in relation to termination of employment contracts" (*Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 73, referencing *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 98; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362, at para. 58).

[4] The parties' disagreement provides an occasion to clarify the duty to provide reasonable notice and to state clearly that a violation of a duty of good faith is a distinct contractual breach, with each alleged breach reflecting different considerations in respect of an employer's common law right of dismissal without cause in employment contracts having an indeterminate term. In making their respective cases, the employee and employer in this case call for significant changes to the law — respectively for an extension of good faith and a narrowing of the duty to provide reasonable notice — changes that, if existing principles are properly understood, are ultimately unnecessary to the disposition of the appeal.

[5] While I see the law as largely settled for the purpose of answering the employee's claim, the manner in which these complaints have been conflated in this case invites the Court to state plainly the different character of these paths of redress for breach of contract in employment. As in this instance, the complaints are sometimes intertwined at the expense of a proper understanding of the law of wrongful dismissal. In fairness to the parties here, this confusion is not altogether uncommon, since courts — even

pas sur la question de savoir si les dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable devraient inclure la prime litigieuse. Elles sont également en désaccord quant à l'existence de la conduite malhonnête reprochée à l'employeur et aux répercussions éventuelles de celle-ci. L'employé attire l'attention de notre Cour sur l'obligation qu'ont les parties à un contrat d'agir avec honnêteté dans l'exécution de celui-ci, obligation qui, comme notre Cour l'a rappelé, « constitu[e] un élément clef des exigences de bonne foi qui ont été reconnues en lien avec la résiliation des contrats de travail » (*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 73, se référant à *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 98; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, par. 58).

[4] Ce désaccord donne à la Cour l'occasion d'apporter des précisions sur l'obligation de donner un préavis raisonnable et d'énoncer clairement que la violation d'une obligation d'agir de bonne foi constitue une violation contractuelle distincte, l'un et l'autre de ces manquements soulevant des considérations différentes en ce qui a trait au droit dont dispose un employeur, en vertu de la common law, de congédier sans motif un employé dans le cadre d'un contrat de travail à durée indéterminée. Lors de la présentation de leurs arguments, l'employé et l'employeur en l'espèce ont réclamé des changements importants au droit en la matière — respectivement l'élargissement de l'application de l'obligation d'agir de bonne foi et la restriction de la portée de l'obligation de donner un préavis raisonnable — changements qui, si les principes existants sont interprétés correctement, sont en définitive inutiles pour trancher le pourvoi.

[5] Bien que je considère que le droit applicable pour statuer sur les prétentions de l'employé est dans une large mesure déjà bien établi, la manière dont les griefs soulevés ont été enchevêtrés en l'espèce incite notre Cour à exposer clairement le caractère distinct de ces voies de recours en cas de violations de contrats de travail. Comme c'est le cas dans le présent pourvoi, les griefs sont parfois intimement liés, de telle sorte que les règles de droit applicables au congédiement injustifié ne sont pas interprétées

this Court — have at times conflated them when determining remedies for wrongful dismissal.

[6] For the reasons that follow, as a simple matter of the breach of the duty to provide reasonable notice, I respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal’s conclusion that the employee’s damages do not include the incentive bonus. Given this conclusion, on the employee’s own theory of the case, we need not provide a full answer to his allegations of dishonesty; this appeal can be resolved on settled employment law principles, despite the clear dishonest behaviour exhibited by the employer over a protracted period. But beyond clarification as to how courts should analyze claims for financial redress upon dismissal, the employee’s complaint that he was mistreated nevertheless deserves some modest comments. In his notice of application, the employee sought a declaration that his termination was wrongful in that his employer’s associated conduct was “oppressive”, “unfair”, and “carried out in bad faith” (A.R., at pp. 144-45). While he has made no detailed pleading on appeal for his original claim for punitive damages and, surprisingly perhaps, made no specific claim for damages for mental distress when he instituted proceedings that can flow when an employer fails to exercise good faith in the manner of dismissal, he remains insistent that the employer breached its obligations of good faith when he was lied to in the run up to the constructive dismissal.

correctement. En toute justice pour les parties au présent pourvoi, une telle confusion n’est pas rare, puisque des tribunaux — même notre Cour — les ont parfois amalgamés dans la détermination des réparations qu’il convenait d’accorder en cas de congédiement injustifié.

[6] Pour les motifs qui suivent, en ce qui concerne la simple question du manquement à l’obligation de donner un préavis raisonnable, je ne puis, avec égards, souscrire à la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle les dommages-intérêts accordés à l’employé ne doivent pas inclure la prime d’intéressement. Compte tenu de cette conclusion, au vu de la position de l’employé quant aux événements en cause, il ne nous est pas nécessaire de répondre exhaustivement aux prétentions relatives à la malhonnêteté qu’il a formulées. Le présent pourvoi peut être tranché suivant les principes bien établis du droit de l’emploi, malgré la conduite malhonnête évidente manifestée par l’employeur sur une période prolongée. Toutefois, outre les précisions qui s’imposent quant à la manière dont les tribunaux doivent analyser les demandes de réparations pécuniaires formulées à la suite d’un congédiement, le grief de l’employé reprochant à l’employeur de l’avoir traité incorrectement mérite quelques brefs commentaires. Dans son avis de requête, l’employé sollicitait une déclaration portant que son congédiement était injustifié parce que son employeur avait eu à son endroit une conduite [TRANSDUCTION] « abusive », « injuste » et « entachée de mauvaise foi » (d.a., p. 144-145). Bien qu’il n’ait présenté aucun argument détaillé en appel à l’égard de sa demande initiale de dommages-intérêts punitifs et, fait surprenant peut-être, qu’il n’ait pas, lorsqu’il a intenté son action, sollicité précisément des dommages-intérêts au titre des souffrances morales susceptibles de découler du défaut d’un employeur d’agir de bonne foi lorsqu’il congédie un employé, il continue d’affirmer avec insistance que son employeur a manqué à son obligation d’agir de bonne foi lorsqu’il lui a menti durant la période précédant son congédiement déguisé.

[7] Some of this doggedness on appeal is explained by the fact that the employee asked not just for money but also sued his employer for non-financial reasons. The trial judge explicitly noted that the employee's sense of self-worth was particularly tied up in his job. This Court has been resolute in asserting that employment is a source of personal fulfilment — that brand of human dignity that comes from work — and this often comes into sharpest focus when a job is unfairly taken away (see, e.g., *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 991). Recently in *Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Commission*, 2015 SCC 10, [2015] 1 S.C.R. 500, at para. 84, my colleague Wagner J., prior to his appointment as Chief Justice, identified these considerations as rooted in the “non-monetary benefit all workers may in fact derive from the performance of their work”.

[8] Some comment on this aspect of the employee's claim is in my view appropriate. Recognition that an employer has acted dishonestly, independent of any failure to provide notice or other financial loss, can vindicate an employee whose sense of dignity is unfairly shaken when a valued job is lost.

II. Background

[9] David Matthews, an experienced chemist, is one of a handful of individuals in the world with the skills needed to run a large-scale omega-3 facility. Beginning in 1997, Mr. Matthews occupied several senior management positions with Ocean Nutrition Canada Limited (“Ocean”). His expertise proved extremely valuable to the success of Ocean in the manufacture of omega-3 products. Sometime company President and Chief Executive Officer, Robert Orr, testified that “[e]veryone who has gotten any value created out of Ocean in large part owes that in

[7] La persistance avec laquelle l'employé est revenu sur ce point en appel s'explique en partie par le fait qu'il ne poursuit pas son employeur uniquement pour être indemnisé financièrement, mais également pour des raisons non financières. Le juge de première instance a expressément fait remarquer que l'estime de soi de l'employé était particulièrement liée à son travail. Notre Cour a déclaré sans ambages que l'emploi constitue pour les gens une source d'épanouissement personnel — à savoir cette forme de dignité humaine qui découle du travail — et que ce phénomène se manifeste souvent avec encore plus d'acuité lorsqu'une personne perd injustement son emploi (voir, p. ex., *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 991). Récemment, dans l'arrêt *Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick*, 2015 CSC 10, [2015] 1 R.C.S. 500, par. 84, mon collègue le juge Wagner, avant d'être nommé juge en chef, a indiqué que ces considérations sont enracinées dans « l'avantage non pécuniaire que tout salarié tire de l'exécution de son travail ».

[8] À mon sens, il convient de formuler quelques commentaires à l'égard de cet aspect de l'argumentation de l'employé. Reconnaître qu'un employeur a agi de façon malhonnête, indépendamment de l'existence de toute omission d'accorder un préavis raisonnable ou autre perte financière, peut permettre de restituer à un employé son sens de la dignité, qui a été injustement ébranlé lorsque celui-ci a perdu un emploi qui lui était cher.

II. Contexte

[9] David Matthews, un chimiste expérimenté, est l'une des rares personnes dans le monde qui possèdent les compétences nécessaires pour gérer une installation de fabrication de produits oméga-3 de grande envergure. À partir de 1997, M. Matthews a occupé plusieurs postes de direction chez Ocean Nutrition Canada Limited (« Ocean »). Son expertise s'est avérée extrêmement précieuse à Ocean, lui permettant de connaître du succès dans le domaine de la fabrication de produits oméga-3. L'ancien président-directeur général de l'entreprise, M. Robert

some measure to [Mr. Matthews]” (see 2017 NSSC 16, at para. 66 (CanLII)).

[10] Mr. Matthews was deeply invested in his job. The trial judge wrote: “I find that Matthews is an individual whose sense of identity and self-worth is highly connected to his work. He is a person who values honesty and integrity, and is willing to work hard in exchange for fair treatment and respect” (para. 292).

[11] Mr. Matthews’ fortunes took a turn for the worse in 2007, when Ocean hired a new Chief Operating Officer, Daniel Emond. Frictions quickly developed between the two men. For whatever reason, the senior manager did not like Mr. Matthews, and did not consider him to be a valuable asset to Ocean. Mr. Emond was responsible for assigning responsibilities to Mr. Matthews, and he soon began what the trial judge characterized as a “campaign” to marginalize Mr. Matthews in the company (para. 296). This course of conduct went beyond decisions limiting Mr. Matthews’ responsibilities, and included instances in which Mr. Emond “lied” to Mr. Matthews and Mr. Orr about his status and prospects with Ocean, “went behind [Mr. Matthews] back”, and “ignored Matthews’ request to speak with him” relating to his role within the company (paras. 296-99). Indeed, the extensive findings of facts that the trial judge set out included repeated incidents of dishonesty attributed to senior management toward Mr. Matthews (paras. 291-326). While I will not repeat every detail, the following examples illustrate how Mr. Matthews was treated in the final years of his employment.

[12] The “first step in a campaign to push Matthews out of operations and minimize his influence” began in 2007, when Mr. Emond drastically reduced the number of people reporting to Mr. Matthews

Orr, a déclaré que [TRADUCTION] « [t]ous ceux qui ont tiré des bénéfices de l’existence d’Ocean le doivent pour la plupart dans une certaine mesure à [M. Matthews] » (voir 2017 NSSC 16, par. 66 (CanLII)).

[10] Monsieur Matthews était très investi dans son travail. En effet, le juge de première instance a écrit : [TRADUCTION] « Je suis d’avis que le sens de l’identité et l’estime de soi de M. Matthews sont étroitement liés à son travail. Il accorde une grande importance à l’honnêteté et à l’intégrité, et il est prêt à travailler fort pourvu qu’on le traite de façon équitable et avec respect » (par. 292).

[11] La situation de M. Matthews s’est détériorée en 2007 lorsque Ocean a embauché un nouveau directeur de l’exploitation, M. Daniel Emond. Il y a rapidement eu des frictions entre les deux hommes. Pour une raison quelconque, le directeur de l’exploitation n’aimait pas M. Matthews et ne le considérait pas comme un atout pour Ocean. Monsieur Emond, qui était chargé d’assigner à M. Matthews ses responsabilités, a rapidement entamé ce que le juge de première instance a qualifié de [TRADUCTION] « campagne » de marginalisation de M. Matthews au sein de l’entreprise (par. 296). Dans le cadre de cette campagne, M. Emond a non seulement pris des décisions limitant les responsabilités de M. Matthews, mais il a en outre [TRADUCTION] « menti » à quelques reprises à ce dernier et à M. Orr au sujet du statut et de l’avenir de M. Matthews au sein de l’entreprise, il « a agi dans [le] dos [de M. Matthews] » et il « a fait la sourde oreille à la demande de M. Matthews qui souhaitait discuter avec lui » de son rôle dans l’entreprise (par. 296-299). D’ailleurs, les abondantes conclusions de fait tirées par le juge de première instance font état d’actes répétés de malhonnêteté attribués à la haute direction envers M. Matthews (par. 291-326). Je n’entends pas relater de nouveau tous ces actes par le menu, mais les exemples suivants illustrent comment M. Matthews a été traité au cours des dernières années de son emploi.

[12] La [TRADUCTION] « première étape d’une campagne visant à écarter M. Matthews des opérations et à réduire au minimum son influence » a débuté en 2007 lorsque M. Emond a réduit de façon

(para. 296). Over the next four years, the trial judge observed that Mr. Matthews' responsibilities were reduced further, he became progressively more ostracized within the company, and Mr. Emond's conduct was characterized by dishonesty (e.g., see paras. 297-300). The trial judge explicitly found that Mr. Emond had "no qualms about leaving Matthews in a state of anxiety about his future", and that Mr. Matthews was left in a "prolonged state of anxiety and uncertainty" (paras. 317 and 341).

[13] At various times when confronted about decisions to transfer oversight away from Mr. Matthews or to change his reporting responsibilities, Mr. Emond would indeed lie to Mr. Matthews about his efforts to minimize the latter's role (see, e.g., paras. 296, 298 and 301). At one point, Mr. Emond wrote a letter to Mr. Matthews that purported to establish a reconciliation, acknowledging that their relationship had been "based on mistrust" and in which he undertook to be "more open and honest" with Mr. Matthews so he might be "respected by me" and by others in the company (see para. 114). The trial judge found that Mr. Emond's "use of the word 'honest' in the letter was intended to mean exactly that, with the implication being that he had been dishonest with Matthews in the past" (para. 301). These dishonest statements were relied upon by at least one other executive, who in turn developed "significant animosity" toward Mr. Matthews (paras. 286-87). Senior management also sought to exclude Mr. Matthews from various initiatives in which Mr. Matthews would normally participate, even if it was to the detriment of Ocean.

[14] In 2010, when Mr. Orr stepped away from running Ocean and became Chair of the Board of Directors, Mr. Matthews' situation worsened. Martin Jamieson assumed the role of President and Chief Executive Officer and, soon after his arrival, Mr. Matthews was placed under review. The trial

substantielle le nombre de personnes relevant de ce dernier (par. 296). Le juge de première instance a fait remarquer que, au cours des quatre années qui ont suivi, les responsabilités de M. Matthews ont été réduites encore plus, ce dernier devenant progressivement de plus en plus ostracisé au sein de l'entreprise, et M. Emond a adopté une conduite qui était entachée de malhonnêteté (voir, p. ex., par. 297-300). Le juge de première instance a explicitement conclu que M. Emond ne montrait [TRADUCTION] « aucun scrupule à laisser M. Matthews angoisser sur son avenir », et que M. Matthews a été plongé dans un « état prolongé d'angoisse et d'incertitude » (par. 317 et 341).

[13] À diverses occasions, lorsque M. Matthews l'a confronté au sujet des décisions qu'il prenait pour confier à d'autres certaines de ses tâches de supervision ou pour modifier ses responsabilités redditionnelles, M. Emond lui a effectivement menti à propos des efforts qu'il déployait pour réduire au minimum le rôle de celui-ci (voir, p. ex., par. 296, 298 et 301). À un certain moment, M. Emond a écrit à M. Matthews une lettre se voulant un effort de réconciliation, dans laquelle il reconnaissait que leur relation [TRADUCTION] « reposait sur la méfiance » et il s'engageait à être « plus ouvert et honnête » avec M. Matthews afin que ce dernier soit « respecté par [M. Emond] » et par d'autres dans l'entreprise (voir par. 114). Le juge de première instance a conclu qu'en [TRADUCTION] « utilisant le mot "honnête" M. Emond disait exactement ce qu'il voulait dire, ce qui impliquait qu'il avait été malhonnête avec M. Matthews par le passé » (par. 301). Au moins un autre cadre a cru à ces déclarations malhonnêtes et a par la suite développé une [TRADUCTION] « animosité considérable » envers M. Matthews (par. 286-287). La haute direction a également cherché à exclure celui-ci de divers projets auxquels il aurait généralement participé, et ce, même si son exclusion nuisait à Ocean.

[14] En 2010, lorsque M. Orr a quitté ses fonctions de président-directeur général d'Ocean et a assumé la présidence du conseil d'administration, la situation de M. Matthews s'est aggravée. Monsieur Martin Jamieson est alors devenu président-directeur général et, peu de temps après son entrée en fonction, la

judge found it had become clear that “Matthews’ departure from [Ocean] was a possible consequence of the review” (para. 283). Around this time, Mr. Emond advised the Board of Directors there would soon be no place in the company for Mr. Matthews. When Mr. Orr informed him of these developments, Mr. Matthews’ frustrations grew, as he was already suspicious that Ocean was conducting due diligence for a possible sale, a process in which he would normally have had a role but from which he found himself excluded.

[15] A potential sale of Ocean was significant, as it meant Mr. Matthews would be able to realize on Ocean’s long term incentive plan (“LTIP”). The LTIP, a contractual arrangement providing for payment upon the sale of the company, proposed by Ocean and to which Mr. Matthews agreed in 2007, was designed for certain senior executives in service of two goals: to reward the participating employees for their previous contributions and provide an incentive to continue contributing to the company’s success. Ocean’s retention goal proved successful, as Mr. Matthews ended up staying longer than he would have otherwise. As the trial judge found, the LTIP was a “key reason” Mr. Matthews stayed with the company, particularly when his problems with senior management developed (para. 388).

[16] Mr. Matthews advised Mr. Emond that he wanted to stay in his role as he anticipated the company would soon be sold. Mr. Emond falsely told him he did not know what Ocean’s plans were for him. He then sent an email to Mr. Jamieson, with the subject line “here we go again”. It read in part:

Moreover [Matthews] also ask me if he is part of the restructuring???????? He said that he would like to stay as

place de M. Matthews dans l’entreprise a été examinée. Le juge de première instance a conclu qu’il était devenu évident que [TRADUCTION] « le départ de M. Matthews d’[Ocean] était une conséquence possible de cet examen » (par. 283). À cette époque, M. Emond a dit au conseil d’administration qu’il n’y aurait bientôt plus de place pour M. Matthews au sein de l’entreprise. Lorsque M. Orr a informé M. Matthews de ces propos, la frustration de ce dernier s’est accentuée, car il soupçonnait déjà Ocean d’avoir entamé un processus de diligence raisonnable en vue d’une possible vente, un processus dans lequel il aurait normalement dû jouer un rôle mais duquel il s’est retrouvé exclu.

[15] La possible vente d’Ocean était un événement important, car M. Matthews aurait alors pu obtenir la prime à laquelle il avait droit au titre du régime d’intéressement à long terme (« RILT ») d’Ocean. Le RILT — un arrangement contractuel prévoyant une forme de paiement en cas de vente de l’entreprise, qui avait été proposé par Ocean et signé par M. Matthews en 2007 — avait été conçu à l’intention de certains cadres supérieurs et visait deux objectifs : récompenser les employés parties au régime pour leurs contributions antérieures au succès de l’entreprise et les inciter à continuer de le faire. Ocean a réussi à atteindre son objectif de maintenir en poste son employé, puisque M. Matthews est demeuré au service de l’entreprise plus longtemps qu’il ne l’aurait fait autrement. Comme l’a conclu le juge de première instance, le RILT était une [TRADUCTION] « raison déterminante » dans la décision de M. Matthews de continuer de travailler pour l’entreprise, particulièrement lorsque ses problèmes avec la haute direction ont commencé (par. 388).

[16] Monsieur Matthews a informé M. Emond qu’il souhaitait conserver son rôle, car il s’attendait à ce que l’entreprise soit bientôt vendue. Monsieur Emond a faussement affirmé qu’il ne savait pas quelles étaient les intentions d’Ocean à son égard. Il a ensuite envoyé à M. Jamieson un courriel dont l’objet indiquait [TRADUCTION] « C’est reparti », et dans lequel il disait notamment ce qui suit :

De plus, [M. Matthews] m’a aussi demandé s’il fait partie de la restructuration???????? Il a dit qu’il aimerait rester

he believe the company will be sold to have is incentive on the sale????? Anyway I manage to get myself out of it not sure he believe me but he got an answer. [Transcribed as in original.]

(See trial reasons, at para. 194.)

[17] A few months later, Mr. Matthews asked Mr. Jamieson whether Ocean was planning on terminating him. Mr. Jamieson told him the company had no such plans. Soon after, Mr. Matthews found himself meeting with the company's Vice President of Human Resources, discussing a possible termination package. Mr. Matthews advised the human resources representative that he would forfeit severance in order to protect his entitlement under the LTIP. In the end, however, negotiations over an "exit strategy" never came to fruition, as Mr. Matthews took a position with a new employer on June 22, 2011, officially leaving Ocean on June 24, 2011.

[18] About 13 months after Mr. Matthews' departure, Ocean was sold for \$540 million. This constituted a "Realization Event" for the purposes of the LTIP, thus triggering payments to employees who qualified under the plan. But since Mr. Matthews was not actively employed on that date, Ocean took the position that he did not satisfy the terms of the plan. Accordingly, Mr. Matthews did not receive a payment. Notably, the trial judge found that Mr. Emond's mistreatment of Mr. Matthews was not motivated by a desire to deprive him of his LTIP entitlement, nor was there evidence of a company conspiracy to "get rid of Matthews in order to deprive him of his LTIP entitlement" (para. 325).

[19] Mr. Matthews filed an application against Ocean, alleging that his employer constructively dismissed him, behaved in a manner that was

parce qu'il croit que l'entreprise sera vendue et qu'il veut toucher sa prime en cas de vente????? Quoi qu'il en soit j'ai réussi à m'en sortir je ne suis pas certain qu'il m'a cru mais il a eu une réponse. [Transcription de l'original.]

(Voir les motifs du jugement de première instance, par. 194.)

[17] Quelques mois plus tard, M. Matthews a demandé à M. Jamieson si Ocean prévoyait mettre fin à son emploi. Ce dernier lui a alors répondu que l'entreprise n'avait aucun plan de la sorte. Peu de temps après, M. Matthews a rencontré le vice-président des ressources humaines pour discuter d'un possible règlement forfaitaire de cessation d'emploi. Monsieur Matthews a dit au représentant des ressources humaines qu'il renoncerait à son indemnité de départ pour protéger ses droits au titre du RILT. Cependant, au bout du compte, les négociations sur une [TRADUCTION] « stratégie de départ » n'ont jamais abouti, étant donné que M. Matthews a accepté un poste chez un nouvel employeur le 22 juin 2011 et a quitté officiellement Ocean le 24 juin 2011.

[18] Environ 13 mois après le départ de M. Matthews, Ocean a été vendue pour la somme de 540 millions de dollars. Cette vente constituait, pour les besoins du RILT, [TRADUCTION] « [l']événement déclencheur », qui entraînait le versement des primes aux employés admissibles aux termes du régime. Toutefois, comme M. Matthews ne travaillait plus activement pour l'entreprise au moment de la vente, Ocean a soutenu qu'il ne satisfaisait pas aux conditions du régime. Monsieur Matthews n'a par conséquent pas reçu de prime. Fait notable, le juge de première instance a conclu que la conduite incorrecte de M. Emond envers M. Matthews n'était pas motivée par le désir de priver celui-ci du droit de recevoir le paiement prévu par le RILT, et qu'il n'y avait pas non plus de preuve que l'entreprise avait comploté pour [TRADUCTION] « se débarrasser de M. Matthews afin de le priver de ses droits au titre du RILT » (par. 325).

[19] Monsieur Matthews a présenté contre Ocean une requête dans laquelle il alléguait que son employeur l'avait congédié de façon déguisée et avait

“oppressive of, unfairly prejudicial to and in unfair disregard” of his interests, and, separately, that the constructive dismissal “was carried out in bad faith at law and in breach of the corporation’s duty of good faith” (A.R., at p. 145). He sought the declaration alluded to earlier as well as loss of pay, bonuses and benefits, together with general damages, and compensation pursuant to an oppression remedy under s. 241(1) of the *Canada Business Corporation Act*, R.S.C. 1985, c. C-44. In light of Ocean’s conduct that proceeded “in contum[e]lious disregard of [his] contractual entitlements” (A.R., at p. 145), Mr. Matthews also asked for punitive damages and solicitor and client costs.

III. Prior Decisions

A. *Supreme Court of Nova Scotia (LeBlanc J.)*

[20] The trial judge concluded that Ocean constructively dismissed Mr. Matthews, and that Mr. Matthews was owed a reasonable notice period of 15 months. The trial judge relied upon this Court’s decision in *Potter*, where Wagner J. explained that, typically, an employee’s decision to leave their employment may be considered a constructive dismissal in two different ways. First, an employee may be prompted to leave because the employer substantially breached an express or implied term of the employment contract. Second, Wagner J. drew upon cases where “the employer’s treatment of the employee made continued employment intolerable” (at para. 33), explaining that such cases will amount to constructive dismissal where the employer displayed, through its cumulative actions over time, that it no longer intended to be bound by the contract.

[21] The trial judge was satisfied that the test for constructive dismissal had been satisfied on either

agi d’une manière [TRADUCTION] « abusive, injustement préjudiciable et injustement indifférente » à l’égard de ses intérêts, puis il affirmait, dans une allégation distincte, que son congédiement déguisé « avait été effectué de mauvaise foi au sens de la loi et en contravention à l’obligation de la société d’agir de bonne foi » (d.a., p. 145). Il sollicitait la déclaration mentionnée plus tôt, des dommages-intérêts pour perte de revenus, de primes et d’avantages, des dommages-intérêts généraux ainsi qu’une indemnité à titre de réparation pour cause d’abus en vertu du par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44. Compte tenu de la conduite d’Ocean, qui a manifesté [TRADUCTION] « une indifférence méprisante à l’égard [de ses] droits d’ordre contractuel » (d.a., p. 145), M. Matthews sollicitait également des dommages-intérêts punitifs et les dépens taxés sur la base procureur-client.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (le juge LeBlanc)*

[20] Le juge de première instance a conclu qu’Ocean avait congédié M. Matthews de manière déguisée et que ce dernier avait droit à un préavis raisonnable de 15 mois. Le juge de première instance s’est appuyé sur l’arrêt *Potter* de notre Cour, dans lequel le juge Wagner a expliqué que, généralement, la décision d’un employé de quitter son emploi peut être considérée comme un congédiement déguisé dans deux situations différentes. Premièrement, un employé peut être poussé à quitter son emploi parce que son employeur a violé de manière substantielle une condition expresse ou tacite de son contrat de travail. Deuxièmement, s’appuyant sur d’autres affaires où « le comportement de l’employeur vis-à-vis du salarié avait rendu la situation intolérable au travail » (par. 33), le juge Wagner a expliqué que le départ de l’employé équivaudra à un congédiement déguisé lorsque l’employeur a manifesté, par l’effet cumulatif de ses actes antérieurs, son intention de ne plus être lié par le contrat.

[21] Le juge de première instance était convaincu qu’il y avait lieu de conclure au congédiement

branch articulated in *Potter*. With respect to the first branch, he concluded that it was an implied term that Mr. Matthews would be assigned work “which is substantially similar in terms of job duties, pay, responsibility and status” (para. 337, citing P. Barnacle, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 2, at §13.42). By unilaterally reducing Mr. Matthews’ responsibilities in such a substantial manner, Ocean breached the employment contract.

[22] In terms of the second branch, the trial judge found that Ocean’s senior manager “engaged in a course of conduct aimed at pushing Matthews out of operations and minimizing his influence and participation in the company”, alluding to his findings of fact regarding Mr. Emond’s deceit in respect of Mr. Matthews’ future prospects with the company, as a result of which he “became increasingly ostracized” (para. 347). Given the behaviour, a reasonable person in Mr. Matthews’ position would have felt that Ocean “had engaged in a course of conduct that evinced an intention [to] no longer . . . be bound by the contract” (para. 353).

[23] Relying on *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*, 2016 ONCA 618, 352 O.A.C. 1, and *Lin v. Ontario Teachers’ Pension Plan Board*, 2016 ONCA 619, 352 O.A.C. 10, the trial judge held that Mr. Matthews would have been a full-time employee when the Realization Event occurred had he not been constructively dismissed. Because the terms of the LTIP did not unambiguously limit or remove his common law right to damages, Mr. Matthews was entitled to damages equivalent to what he would have received under the LTIP.

[24] Given his conclusion on the LTIP, the trial judge wrote that it was unnecessary to decide whether Mr. Matthews was entitled to an equivalent amount pursuant to the oppression remedy (para. 418). The trial judge went on to reject Mr. Matthews’ claim

déguisé suivant l’un ou l’autre des volets énoncés dans l’arrêt *Potter*. En ce qui concerne le premier volet, il a conclu qu’une condition tacite du contrat était que M. Matthews serait affecté à un poste [TRADUCTION] « dont les fonctions, la rémunération, les responsabilités et le statut seraient substantiellement similaires » (par. 337, citant P. Barnacle, *Employment Law in Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, §13.42). En réduisant unilatéralement les responsabilités de M. Matthews de manière aussi substantielle, Ocean a violé le contrat de travail.

[22] Pour ce qui est du deuxième volet, le juge de première instance a statué que le cadre supérieur d’Ocean [TRADUCTION] « a agi de façon à écarter M. Matthews des opérations et à réduire au minimum son influence et sa participation au sein de l’entreprise », se référant à ses conclusions de fait concernant la conduite trompeuse de M. Emond quant à l’avenir de M. Matthews dans l’entreprise, ce qui avait eu pour effet que ce dernier était « deven[u] de plus en plus ostracis[é] » (par. 347). Vu ce comportement, une personne raisonnable dans la situation de M. Matthews aurait estimé qu’Ocean [TRADUCTION] « agissait d’une manière démontrant [son] intention de ne plus être liée par le contrat » (par. 353).

[23] S’appuyant sur les arrêts *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*, 2016 ONCA 618, 352 O.A.C. 1, et *Lin c. Ontario Teachers’ Pension Plan Board*, 2016 ONCA 619, 352 O.A.C. 10, le juge de première instance a déclaré que M. Matthews aurait été un employé à temps plein de l’entreprise lorsque l’événement déclencheur s’est produit s’il n’avait pas été l’objet d’un congédiement déguisé. Comme les modalités du RILT n’avaient pas pour effet de limiter ou de supprimer clairement son droit à des dommages-intérêts en vertu de la common law, M. Matthews avait droit à des dommages-intérêts d’un montant équivalant au paiement qu’il aurait reçu en vertu du RILT.

[24] Compte tenu de sa conclusion au sujet du RILT, le juge de première instance a écrit qu’il était inutile de décider si M. Matthews avait droit à une somme équivalente à titre de réparation pour cause d’abus (par. 418). Le juge a également

for punitive damages, as he was not satisfied that Ocean's actions were directly motivated by a desire to deprive Mr. Matthews of his LTIP entitlement (para. 422).

[25] Based on his findings, the trial judge awarded Mr. Matthews lost earnings, \$1,086,893.36 for the loss of the LTIP payment he would have received during the notice period, and other benefits, less an amount of \$78,000 for mitigation of damages, representing monies paid to him by his new employer.

[26] The trial judge provided supplementary reasons regarding the quantum of damages during the reasonable notice period (2017 NSSC 123). A decision on costs was postponed pending a hearing on the matter. That was suspended while the case went to appeal.

B. *Court of Appeal of Nova Scotia (Farrar, Bryson and Scanlan J.J.A.)*

[27] The judges on appeal all agreed that Mr. Matthews' original claim for wrongful dismissal and for an oppression remedy had "morphed" into a case of constructive dismissal (2018 NSCA 44, 48 C.C.E.L. (4th) 171, at paras. 1 and 151). Accepting the trial judge's findings of fact, the Court of Appeal unanimously upheld his decision that Mr. Matthews had been constructively dismissed and that the appropriate reasonable notice period was 15 months. The judges differed, however, on the issue of damages and the relevance of good faith.

rejeté la demande de dommages-intérêts punitifs de M. Matthews, car il n'était pas convaincu que la conduite d'Ocean était directement motivée par le désir de priver M. Matthews de ses droits au titre du RILT (par. 422).

[25] Sur la base de ses conclusions, le juge de première instance a accordé à M. Matthews des dommages-intérêts pour sa perte de revenus, une somme de 1 086 893,36 \$ pour la perte du paiement prévu par le RILT qu'il aurait reçu pendant la période de préavis et la perte d'autres avantages, moins une somme de 78 000 \$ au titre de l'atténuation des dommages, qui correspondait à la rémunération que lui avait versée son nouvel employeur.

[26] Le juge de première instance a écrit des motifs supplémentaires relatifs au montant des dommages-intérêts qu'il convenait d'accorder pour la période de préavis raisonnable (2017 NSSC 123). La décision sur les dépens a été reportée jusqu'à la tenue d'une audience sur la question. Ce volet de l'affaire a été suspendu pendant la durée des procédures d'appel.

B. *Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Farrar, Bryson et Scanlan)*

[27] Les juges de la Cour d'appel étaient tous d'accord pour dire que l'action initiale de M. Matthews en congédiement injustifié et en réparation pour cause d'abus s'était [TRADUCTION] « transformée » en une action pour congédiement déguisé (2018 NSCA 44, 48 C.C.E.L. (4th) 171, par. 1 et 151). En acceptant les conclusions de fait du juge de première instance, la Cour d'appel a confirmé à l'unanimité la décision de celui-ci portant que M. Matthews avait fait l'objet d'un congédiement déguisé et que le préavis raisonnable approprié était de 15 mois. Les juges de la Cour d'appel ont toutefois différé d'opinions sur la question des dommages-intérêts et sur la pertinence de l'obligation d'agir de bonne foi.

(1) Majority Reasons (Farrar J.A., Bryson J.A. Concurring)

[28] The majority judges disagreed with the trial judge that Mr. Matthews was entitled to damages on account of the lost LTIP payment. The trial judge confused an employee’s right to reasonable notice with an employee’s ability to recover under an incentive plan. The proper question, they said, was “whether the employee qualifie[d] pursuant to the terms of the agreement” (para. 63).

[29] In their view, clause 2.03 of the LTIP was unambiguous, leading to the conclusion that Mr. Matthews’ right to recover under the plan ceased the moment he left Ocean. They further held that clause 2.05 clearly stated that the LTIP could not be used for severance purposes, which, in their view, the trial judge had erroneously done. As was the case in *Styles v. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, the plain and unambiguous language of the LTIP therefore deprived Mr. Matthews of the opportunity to recover under the LTIP.

[30] The majority judges went on to comment on the dissenting reasons. First, they observed that “[t]his may have been a different case if the hearing judge had concluded that [Ocean] had orchestrated Matthews’ termination to avoid any liability it might have under the [LTIP]”, but this was rejected by the trial judge (paras. 89-90 and 114-16). In the majority’s view, the dissenting judge ignored this key finding of fact. Second, the majority judges noted that it was open for the trial judge to award “additional damages as a result of the manner in which [Mr. Matthews] was treated”, but “given his finding that there was no bad faith on the part of Ocean Nutrition, he could not and did not do so” (para. 122 (emphasis added)). Even though the majority judges found for Ocean in part and reversed one portion of

(1) Motifs de la majorité (le juge Farrar, avec l’accord du juge Bryson)

[28] Les juges majoritaires n’ont pas souscrit à l’opinion du juge de première instance suivant laquelle M. Matthews avait droit à des dommages-intérêts pour la perte du paiement prévu par le RILT. À leur avis, le premier juge avait confondu le droit d’un employé à un préavis raisonnable et la capacité d’un employé de toucher une prime en vertu d’un régime d’intéressement. La véritable question, selon les juges majoritaires, consistait plutôt à se demander [TRADUCTION] « si l’employé [était] admissible selon les modalités de l’entente » (par. 63).

[29] De l’avis des juges majoritaires, la clause 2.03 du RILT n’était pas ambiguë et permettait de conclure que M. Matthews a cessé d’avoir droit à la prime prévue par le régime dès qu’il a quitté Ocean. Ils ont en outre statué que la clause 2.05 indiquait clairement que le RILT ne pouvait pas être utilisé pour le calcul d’une indemnité de départ, ce qu’avait fait à tort le juge de première instance selon eux. Tout comme dans l’affaire *Styles c. Alberta Investment Management Corp.*, 2017 ABCA 1, 44 Alta. L.R. (6th) 214, le libellé clair et non ambigu du RILT privait donc M. Matthews de la possibilité de toucher une prime au titre de ce régime.

[30] Les juges majoritaires ont poursuivi en commentant les motifs de leur collègue dissident. Premièrement, ils ont fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]’issue aurait été différente si le juge qui présidait l’audience avait conclu qu’[Ocean] avait orchestré la fin d’emploi de M. Matthews de manière à se soustraire à toute responsabilité qu’elle pourrait avoir aux termes du [RILT] », mais ce constat n’a pas été retenu par le juge de première instance (par. 89-90 et 114-116). De l’avis de la majorité, le juge dissident a fait abstraction de cette conclusion de fait cruciale. Deuxièmement, les juges majoritaires ont souligné qu’il était loisible au juge de première instance d’accorder [TRADUCTION] « des dommages-intérêts additionnels en raison de la manière dont [M. Matthews] avait été traité », mais

the judgment in first instance, it awarded no costs on appeal.

(2) Dissenting Reasons (Scanlan J.A.)

[31] Focusing principally on the allegations of mistreatment, the dissenting judge reasoned that the parties could not have “intended to agree that a rogue manager such as Emond could engineer the dismissal of a valued long-term employee through a series of lies, deceit and manipulation so as to result in that employee not being entitled to share in the value he was so essential in creating” (para. 148). Drawing on *Bhasin*, he held that “[t]here was an implied agreement that the LTIP and the employment contract would be performed with honesty and integrity” (para. 148). The dissenting judge explained his view that Mr. Emond’s actions displayed the type of dishonesty contemplated in *Bhasin*:

Neither party should be able to rely upon lies, deceit and manipulation to deny the other side of the benefits of the contractual relationship, even if that was not the primary goal of the party acting dishonestly. The hearing judge did not find that Ocean acted to intentionally deny Matthews’ entitlement to the LTIP benefits, but my colleague says a consequence of Emond’s action, which resulted in Matthews leaving, was the loss of the LTIP benefits. [para. 168]

The dissenting judge concluded that Ocean should therefore be held liable for any damages sustained as a result of that dishonesty.

[32] Justice Scanlan then presented a second path to recovery, again based on *Bhasin*. In his view, the

« comme il avait conclu à l’absence de mauvaise foi de la part d’Ocean Nutrition, il ne pouvait pas le faire et il ne l’a pas fait » (par. 122 (je souligne)). Même si les juges majoritaires ont partiellement statué en faveur d’Ocean et infirmé une partie du jugement rendu en première instance, ils n’ont pas adjugé de dépens en appel.

(2) Motifs dissidents (le juge d’appel Scanlan)

[31] S’attachant principalement aux allégations selon lesquelles M. Matthews avait été traité de façon incorrecte, le juge dissident a considéré que les parties ne pouvaient avoir eu [TRADUCTION] « l’intention de convenir qu’un directeur sans scrupules comme M. Emond puisse orchestrer le congédiement d’un employé estimé de longue date en usant de mensonges, de tromperies et de manipulations afin que cet employé n’ait pas le droit de toucher sa part d’une appréciation de valeur à laquelle il avait contribué de manière déterminante » (par. 148). Se fondant sur l’arrêt *Bhasin*, le juge dissident a déclaré [TRADUCTION] « [qu’il] existait un accord tacite portant que les modalités du RILT et du contrat de travail seraient exécutées avec honnêteté et intégrité » (par. 148). Il a expliqué ainsi son opinion selon laquelle les actes de M. Emond correspondaient au type d’actes malhonnêtes envisagés dans l’arrêt *Bhasin* :

[TRADUCTION] Aucune partie ne devrait pouvoir user de mensonges, de tromperies et de manipulations pour refuser à l’autre les avantages découlant d’une relation contractuelle, et ce, même si ce n’était pas là l’objectif premier de la partie qui a agi malhonnêtement. Le juge qui présidait l’audience n’a pas conclu qu’Ocean avait agi intentionnellement afin de priver M. Matthews des avantages prévus par le RILT, mais mon collègue affirme qu’une des conséquences des actes de M. Emond, qui se sont traduits par le départ de M. Matthews, a été la perte de ces avantages. [par. 168]

Le juge dissident a conclu qu’Ocean devrait donc être tenue responsable de tout préjudice subi par M. Matthews en raison de cette malhonnêteté.

[32] Le juge Scanlan a ensuite exposé une autre voie permettant d’obtenir réparation, elle aussi

employment contract included an implied term of honest performance as part of the prohibition against unlawful dismissal without notice. Given that Ocean would benefit financially from Mr. Emond's deception, and by extension from Mr. Matthews' dismissal, the dissenting judge would have used the LTIP as a means to measure the damages for the constructive dismissal. This was appropriate since Ocean knew that a consequence of Mr. Matthews' dismissal was that his LTIP would be at risk, and that the sale of Ocean might soon occur. Consequently, the loss of opportunity to participate in the LTIP was a predictable loss. Based on these conclusions, he would "have awarded costs on this appeal to Matthews in the amount of 30% of appropriate trial costs" (para. 211).

IV. Analysis

A. *Arguments on Appeal*

[33] On appeal, the parties continue to disagree as to the amount that should be paid to Mr. Matthews for damages, specifically whether he was entitled to compensation for the lost LTIP payment. This, in turn, reflects the disagreement between them as to the basis for awarding those damages — whether as a remedy for failure to provide reasonable notice or to act in good faith, or both. Respectfully stated, their arguments on appeal are confounding when placed side-by-side — not only do they address matters at cross-purposes but, at times, the parties seem to be speaking past one another.

[34] At the hearing, Mr. Matthews confined his arguments almost exclusively to the consequences of Ocean's alleged dishonesty. He argued that the majority of the Court of Appeal failed to recognize that Ocean, through its dishonest actions, breached the duty set forth in *Bhasin* "to ensure that the contract is performed in line with the organizing principle

fondée sur l'arrêt *Bhasin*. À son avis, le contrat de travail comprenait une condition tacite d'exécution honnête faisant partie de l'interdiction visant les congédiements illégaux sans préavis. Étant donné qu'Ocean tirerait un avantage pécuniaire de la tromperie de M. Emond, et, par extension, du congédiement de M. Matthews, le juge dissident aurait utilisé le RILT pour calculer le montant des dommages-intérêts pour le congédiement déguisé. Cette approche était appropriée, puisqu'Ocean savait que le congédiement de M. Matthews compromettrait les droits de ce dernier au titre du RILT, et qu'il était possible que la vente d'Ocean survienne sous peu. Par conséquent, la perte de l'occasion de toucher l'avantage prévu par le RILT était prévisible. Compte tenu de ces conclusions, le juge Scanlan aurait [TRADUCTION] « adjugé à M. Matthews des dépens en appel représentant 30 % du montant des dépens appropriés en première instance » (par. 211).

IV. Analyse

A. *Arguments en appel*

[33] En appel, les parties ont continué d'exprimer leur désaccord quant au montant qui devrait être versé à M. Matthews au titre des dommages-intérêts, et, plus précisément, quant à la question de savoir si ce dernier avait droit d'être indemnisé pour la perte du paiement prévu par le RILT. Cette situation témoigne à son tour du désaccord qui existe entre les parties quant au fondement de l'octroi de dommages-intérêts — à savoir à titre de réparation pour l'absence de préavis raisonnable, pour le défaut d'agir de bonne foi, ou pour ces deux raisons. Avec égards, les arguments des parties en appel sont déroutants lorsque considérés côte à côte — non seulement ces arguments ne traitent-ils pas des mêmes questions, mais, par moment, les parties elles-mêmes semblent ne pas s'adresser l'une à l'autre.

[34] À l'audience, M. Matthews a limité ses arguments presque exclusivement aux conséquences de la malhonnêteté dont aurait fait preuve son employeur. Il a plaidé que les juges majoritaires de la Cour d'appel n'avaient pas tenu compte du fait que, par ses actes malhonnêtes, Ocean avait manqué à l'obligation formulée dans l'arrêt *Bhasin* [TRADUCTION] « de

of good faith and the duty of honest performance” (A.F., at para. 47). Relying on *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, Mr. Matthews submitted that, as a remedy for this breach, he was entitled to an amount equivalent to the LTIP payment. Moreover, he urged this Court to recognize good faith as animating the whole of the performance of the employment contract. This is relevant given what Mr. Matthews described as a “four-year course of lying to him about the status of his employment” (transcript, at p. 9).

[35] Mr. Matthews offered, secondarily, two further bases for his claim. First, he said, the majority of the Court of Appeal misdirected itself in failing to consider damages for Ocean’s breach of its obligation to provide him with reasonable notice. Moreover, in light of the supposed breach of the duty of honest performance, Mr. Matthews argued, Ocean should have been barred from relying on the exclusionary clauses. In any event, Mr. Matthews said the LTIP was misread and the majority should have deferred to the trial judge’s interpretation of that contract. Second, Mr. Matthews invoked the doctrine of estoppel to support his argument that Ocean cannot rely upon the exclusion clause.

[36] By contrast, Ocean focused on defending the exclusion of the LTIP as a matter of contractual interpretation. Ocean submitted that the bonus was not integral to Mr. Matthews’ compensation. Further, it agreed with the majority of the Court of Appeal that the trial judge had misinterpreted the LTIP and that, given its plain and unambiguous language, the bonus should have been excluded from any damage award.

veiller à ce que le contrat soit exécuté en conformité avec le principe directeur de bonne foi et l’obligation d’agir honnêtement dans l’exécution des obligations contractuelles » (m.a., par. 47). S’appuyant sur l’arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, M. Matthews a affirmé qu’il avait droit à un montant correspondant au paiement prévu par le RILT à titre de réparation pour ce manquement. En outre, il a exhorté notre Cour à reconnaître que la bonne foi anime l’ensemble de l’exécution du contrat de travail. Cet argument est pertinent compte tenu de la situation que M. Matthews a décrite comme étant une [TRADUCTION] « campagne de quatre ans au cours de laquelle on lui a menti sur l’état de son emploi » (transcription, p. 9).

[35] À titre subsidiaire, M. Matthews a invoqué deux fondements additionnels au soutien de sa demande. Premièrement, il a affirmé que les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont donné des directives erronées en omettant de considérer l’octroi de dommages-intérêts à l’égard du manquement d’Ocean de s’acquitter de son obligation de lui donner un préavis raisonnable. De plus, compte tenu du prétendu manquement à l’obligation d’exécution honnête, M. Matthews a fait valoir qu’Ocean n’aurait pas dû pouvoir invoquer les clauses d’exclusion. De toute façon, M. Matthews a déclaré que les juges majoritaires avaient mal interprété le RILT et qu’ils auraient dû s’en remettre à celle qu’en avait faite le juge de première instance. Deuxièmement, M. Matthews a invoqué la doctrine de la préclusion promissoire pour étayer son argument selon lequel Ocean ne pouvait pas appliquer la clause d’exclusion.

[36] En revanche, Ocean s’est attachée à défendre l’exclusion de M. Matthews du RILT comme étant une question d’interprétation contractuelle. Elle a fait valoir que la prime ne faisait pas partie intégrante de la rémunération de M. Matthews. De plus, à l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel, elle a exprimé l’avis que le juge de première instance a mal interprété le RILT et que, vu le libellé clair et non équivoque de ce document, la prime aurait dû être exclue de toute somme accordée au titre des dommages-intérêts.

[37] Ocean had little to say on good faith, except to acknowledge that the employer had displayed some “bad conduct” and to assert that there was no finding, at trial or in the majority opinion on appeal, of bad faith (transcript, at p. 66). After proposing a fresh characterization of certain facts relating to the interaction between Ocean’s representatives and Mr. Matthews to that end, Ocean urged this Court to hold that the majority judges on appeal were right to conclude there was no bad faith. In any event, Ocean argued that the common law does not recognize any duties of good faith on the employer during the performance of the contract that could serve as a basis for the payment of the bonus.

[38] In these reasons, I seek to explain my view, respectfully stated, that the majority of the Court of Appeal erred in not awarding Mr. Matthews the amount of the LTIP as part of his common law damages for breach of the implied term to provide reasonable notice. In considering all of the complaints made by Mr. Matthews, it bears recalling that he did not seek damages for mental distress,¹ and while he originally pleaded for punitive damages, he did not pursue that head of damages on appeal in this Court. Consequently, it is unnecessary in the circumstances, and perhaps even unwise given the method on which *Bhasin* rests, to resolve Mr. Matthews’ allegations of dishonest treatment since I propose to award him the only remedy sought on appeal — an amount equivalent to his LTIP entitlement — on the basis of reasonable notice. That said, Ocean’s alleged dishonest behaviour over a protracted period, but in the manner

¹ The term “aggravated damages” was used on occasion by the two parties throughout this appeal. I note, however, that in *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, at paras. 52-54, this Court explained that this term is largely a misnomer, and that compensatory damages for a contractual breach of the duty of good faith spoken to in *Wallace* “are based on what was in the reasonable contemplation of the parties at the time of contract formation”.

[37] Ocean a peu dit sur la question de la bonne foi, si ce n’est qu’elle a reconnu que l’employeur s’était à certains moments [TRADUCTION] « mal conduit » et qu’elle a affirmé que ni le juge de première instance ni les juges majoritaires de la Cour d’appel n’avaient conclu à la mauvaise foi (transcription, p. 66). Après avoir proposé, au soutien de cette affirmation, une nouvelle qualification de certains faits liés aux interactions entre les représentants d’Ocean et M. Matthews, Ocean a demandé à notre Cour de statuer que les juges majoritaires de la Cour d’appel avaient eu raison de conclure à l’absence de mauvaise foi. Quoi qu’il en soit, Ocean a soutenu que la common law n’impose à l’employeur aucune obligation d’agir de bonne foi dans l’exécution du contrat qui pourrait servir de fondement justifiant le paiement de la prime en question.

[38] Je m’efforce, dans les présents motifs, d’expliquer, avec égards pour l’opinion contraire, mon point de vue selon lequel les juges majoritaires de la Cour d’appel ont fait erreur en n’incluant pas le montant de la prime prévue par le RILT dans les dommages-intérêts qui ont été accordés à M. Matthews, en vertu de la common law, pour le manquement à l’obligation tacite de lui donner un préavis raisonnable. Dans l’examen de l’ensemble des griefs invoqués par M. Matthews, il convient de rappeler que ce dernier n’a pas sollicité de dommages-intérêts pour souffrances morales¹, et que bien qu’il ait demandé des dommages-intérêts punitifs initialement, il n’a pas continué de réclamer ce chef de dommages-intérêts devant notre Cour. Par conséquent, il n’est pas nécessaire dans les circonstances, et il serait peut-être même peu judicieux vu la méthode suivie dans l’arrêt *Bhasin*, de statuer sur les allégations de malhonnêteté

¹ L’expression [TRADUCTION] « dommages-intérêts majorés » a été employée à l’occasion par les deux parties tout au long du présent pourvoi. Je fais remarquer toutefois que, dans l’arrêt *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d’assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, par. 52-54, notre Cour a expliqué que cette expression est en grande partie inexacte, et que les dommages-intérêts compensatoires accordés pour le manquement à l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi dont il a été question dans l’arrêt *Wallace* « sont fondés sur ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la formation du contrat ».

of dismissal nonetheless, attracts a brief comment. I come to this view for two reasons.

[39] The first pertains to the proper method of analyzing claims for wrongful dismissal, like that of Mr. Matthews, where the employee alleges a failure to provide reasonable notice as well as bad faith. So long as damages are appropriately made out and causation established, a breach of a duty of good faith could certainly give rise to distinct damages based on the principles in *Hadley*, approved in this setting in *Keays* (at paras. 55-56), including damages for mental distress. Punitive damages could also be available in certain circumstances. To this end, ensuring litigants take care that their pleadings are properly made out, and ensuring courts are following a methodologically coherent approach to constructive dismissal cases is certainly of value as it can affect the ultimate damage amount to be awarded to an employee plaintiff.

[40] It is apparent too from the pleadings here that there is a measure of uncertainty as to the impact of *Bhasin*, not just in Mr. Matthews' case but on employment law more generally. At a minimum, I believe this is an occasion to re-affirm two important principles stated in *Potter*. First, given the various submissions in this case, I would recall that the duty of honest performance — which Cromwell J. explained in *Bhasin* applies to all contracts, and means simply that parties “must not lie [to] or otherwise knowingly mislead” their counterparty “about matters directly linked to the performance of the

avancées par M. Matthews, étant donné que je propose de lui accorder la seule réparation sollicitée en appel — soit une somme équivalente au paiement auquel il a droit en vertu du RILT — sur la base du droit à un préavis raisonnable. Cela dit, quelques observations s'imposent à l'égard des allégations relatives à la conduite malhonnête qu'aurait eue Ocean pendant une période prolongée, mais néanmoins liée aux circonstances du congédiement. J'arrive à cette conclusion pour deux raisons.

[39] La première se rapporte à la méthode qu'il convient d'utiliser pour analyser les actions pour congédiement injustifié, comme celle de M. Matthews, lorsque l'employé prétend qu'on ne lui a pas donné un préavis raisonnable et qu'il y a eu mauvaise foi. Tant que la preuve du préjudice est apportée comme il se doit et que l'existence d'un lien de causalité est établie, un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi pourrait certainement donner ouverture à des dommages-intérêts distincts selon les principes établis dans l'arrêt *Hadley*, qui ont été approuvés dans ce contexte dans l'arrêt *Keays* (par. 55-56), notamment des dommages-intérêts pour souffrances morales. Des dommages-intérêts punitifs pourraient également être accordés dans certaines circonstances. À cette fin, il est certes important que les parties s'assurent que leurs actes de procédure sont formulés adéquatement et que les tribunaux appliquent une approche cohérente sur le plan méthodologique lorsqu'ils instruisent des poursuites pour congédiement déguisé, car tout cela peut influencer sur le montant des dommages-intérêts qui est accordé en définitive à l'employé demandeur.

[40] De plus, il ressort de l'argumentation des parties en l'espèce qu'une part d'incertitude plane en ce qui a trait à l'incidence de l'arrêt *Bhasin*, non seulement sur le pourvoi de M. Matthews, mais aussi sur le droit de l'emploi en général. Je crois que la présente affaire constitue à tout le moins une occasion de réaffirmer deux principes importants énoncés dans l'arrêt *Potter*. Premièrement, vu les divers arguments avancés par les parties, je tiens à rappeler que l'obligation d'exécution honnête — qui, comme l'a expliqué le juge Cromwell dans l'arrêt *Bhasin*, s'applique à tous les contrats et signifie simplement que

contract” — is applicable to employment contracts (*Bhasin*, at para. 33, see also para. 73; *Potter*, at para. 99). Second, given the four-year period of alleged dishonesty leading up to Mr. Matthews’ dismissal, I would also reiterate that when an employee alleges a breach of the duty to exercise good faith in the manner of dismissal — a phrase introduced by this Court in *Wallace*, and reinforced in *Keays* — this means courts are able to examine a period of conduct that is not confined to the exact moment of termination itself. All this reflects, in my view, settled law.

[41] The second reason relates to the qualitatively different types of the contractual breaches alleged from the start by Mr. Matthews. This difference was addressed, in some measure, in *Keays* when it was determined that the breach in question should not, as was sometimes the case, simply bump-up the reasonable notice period.² To say that one has been treated dishonestly is quite unlike saying that one has been dismissed without notice. This is directly relevant to Mr. Matthews’ call for the courts to declare that he was mistreated by Ocean.

B. *The Appropriate Method of Analysis*

[42] Properly understood, the claim pursued here indeed rests on allegations of distinct contractual breaches of Mr. Matthews’ employment contract.

les parties « ne doivent pas se mentir » les unes aux autres « ni s’induire intentionnellement en erreur au sujet des questions directement liées à l’exécution du contrat » — est applicable aux contrats de travail (*Bhasin*, par. 33, voir aussi par. 73; *Potter*, par. 99). Deuxièmement, je prends bonne note de la période de quatre ans au cours de laquelle il y aurait eu comportement malhonnête à l’endroit de M. Matthews avant son congédiement. En conséquence, je tiens également à réitérer que, dans les cas où un employé prétend qu’il y a eu manquement à l’obligation d’agir de bonne foi dans la façon de procéder au congédiement — formule introduite par notre Cour dans l’arrêt *Wallace*, puis réaffirmée dans l’arrêt *Keays* —, il s’ensuit que les tribunaux sont autorisés à examiner une conduite qui s’est échelonnée sur une certaine période et qui ne se limite pas au moment précis où il a été mis fin à l’emploi. À mon avis, tous ces aspects constituent des règles de droit bien établies.

[41] La deuxième raison se rapporte aux types qualitativement différents de manquements contractuels qui ont été invoqués par M. Matthews dès le départ. Dans une certaine mesure, cette différence a été considérée dans l’arrêt *Keays* où il a été jugé que le manquement en question ne devrait pas, comme c’était parfois le cas, servir simplement à allonger la durée de la période de préavis raisonnable². Dire qu’un employé a été traité malhonnêtement est très différent de dire qu’il a été congédié sans préavis. Cette constatation est directement pertinente dans le cas de la demande adressée par M. Matthews aux tribunaux afin d’obtenir une déclaration portant qu’il a été traité de façon incorrecte par Ocean.

B. *Méthode d’analyse appropriée*

[42] Interprétée adéquatement, l’action débattue en l’espèce repose en effet sur des allégations reprochant deux manquements distincts au contrat de travail de M. Matthews.

² K. Banks, “Progress and Paradox: The Remarkable yet Limited Advance of Employer Good Faith Duties in Canadian Common Law” (2011), 32 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 547, at pp. 561-62.

² K. Banks, « Progress and Paradox : The Remarkable yet Limited Advance of Employer Good Faith Duties in Canadian Common Law » (2011), 32 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 547, p. 561-562.

[43] Neither party disputes that, at common law, an employer has the right to terminate the employment contract without cause — or, in this case, prompt the employee to choose to leave their job in circumstances that amount to a dismissal — subject to the duty to provide reasonable notice, a right which, as this Court noted in *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 23, is reciprocal in the contract of employment. When breached, the obligation to provide reasonable notice does not, in theory, turn on the presence or absence of good faith: it is, in a manner of speaking, a “good faith” wrongful dismissal (see *Machtinger*, at p. 990). The contractual breach that arises from the employer’s choice in this regard is simply the failure to provide reasonable notice, which leads to an award of damages in lieu thereof (*Wallace*, at para. 115, per McLachlin J., as she then was, dissenting, but not on this point). There is some dispute in the cases regarding how to determine what damages should be awarded in the event of a breach, which I will consider below, but this breach does not turn on whether or not the employer acted honestly or in good faith.

[44] Running parallel to the argument on reasonable notice, Mr. Matthews has alleged that his termination was also in breach of contract because it failed to meet the expected standard of good faith. Under rules recognized by this Court in *Bhasin* and *Potter*, an unhappy employee can allege dishonesty in the performance of the contract by the employer — i.e., a breach of the duty of honest performance, which Cromwell J. in *Bhasin* described as contractual doctrine — independently of any failure to provide reasonable notice. This Court has also recognized in *Wallace* and *Keays* that an unhappy employee can allege mistreatment — i.e., conduct that is “unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive” — in the manner

[43] Ni l’une ni l’autre des parties ne contestent le fait, que suivant la common law, un employeur a le droit de résilier un contrat de travail sans motif — ou, comme c’est le cas en l’espèce, de pousser un employé à quitter son emploi dans des circonstances qui équivalent à un congédiement — pourvu que cet employeur s’acquitte de son obligation de donner un préavis raisonnable, droit qui, comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 23, est réciproque en matière de contrat de travail. En cas de manquement à l’obligation de donner un préavis raisonnable, la question qui se pose n’est pas, en théorie, de savoir s’il y a eu ou non bonne foi; il s’agit, pour ainsi dire, d’un congédiement injustifié effectué de « bonne foi » (voir *Machtinger*, p. 990). Le manquement au contrat découlant de la décision de l’employeur à cet égard est simplement le défaut de donner un préavis raisonnable, situation qui entraîne le paiement de dommages-intérêts tenant lieu de préavis (*Wallace*, par. 115, la juge McLachlin (plus tard juge en chef), dissidente, mais non sur ce point). Il existe, dans la jurisprudence, un certain désaccord sur la façon de calculer le montant des dommages-intérêts qui devraient être accordés en cas de manquement, désaccord que j’aborderai plus loin; cependant, ce manquement ne dépend pas de la réponse à la question de savoir si l’employeur a agi avec honnêteté ou de bonne foi.

[44] Parallèlement à son argument fondé sur la question du préavis raisonnable, M. Matthews prétend que la façon dont on a mis fin à son emploi contrevenait également au contrat de travail en ce qu’on n’a pas respecté la norme de bonne foi attendue. En vertu des règles qui ont été reconnues par notre Cour dans les arrêts *Bhasin* et *Potter*, un employé mécontent peut alléguer que son employeur a agi de façon malhonnête dans l’exécution du contrat — c.-à-d., qu’il y a eu manquement à l’obligation d’exécution honnête, ce que le juge Cromwell dans *Bhasin* a qualifié de doctrine du droit des contrats — indépendamment de tout manquement à l’obligation de donner un préavis raisonnable. Notre Cour a également reconnu, dans les arrêts

of dismissal by the employer (*Wallace*, at para. 98; *Keays*, at para. 57). A breach of the duty to exercise good faith in the manner of dismissal is also independent of any failure to provide reasonable notice. It can serve as a basis to answer for foreseeable injury that results from callous or insensitive conduct in the manner of dismissal, a point to which I will return to at the conclusion of these reasons (*Wallace*, at para. 88).

[45] Importantly, damages arising out of the same dismissal are calculated differently depending on the breach invoked. Again, this is nothing but a reflection of settled law. In *Keays*, at para. 56, for example, Bastarache J. helpfully explained that “[t]he contract of employment is, by its very terms, subject to cancellation on notice or subject to payment of damages in lieu of notice without regard to the ordinary psychological impact of that decision”. By contrast, he explained that failure to act in good faith during the manner of dismissal “can lead to foreseeable, compensable damages” based on the *Hadley* principle (para. 58). Contrary to what had been thought until that time, an extension of the notice period was not to be used to determine the proper amount to be paid (para. 59). This is because the nature of the contractual breach is of a different order than that associated with the failure to provide reasonable notice. Indeed, it is this fundamental difference that explains why principles of mitigation apply differently to mental distress damages flowing from a breach of the good faith obligation in the manner of dismissal (*Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661, at para. 32).

Wallace et *Keays*, qu’un employé mécontent peut alléguer qu’il a été traité de façon incorrecte dans la façon dont on l’a congédié — c.-à-d., que l’employeur s’est comporté « de façon inéquitable ou [a fait] preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteur [. . .], trompeur [. . .] ou trop implacable » (*Wallace*, par. 98; *Keays*, par. 57). Un manquement à l’obligation d’agir de bonne foi dans la façon de congédier l’employé est également indépendant de tout manquement à l’obligation de donner un préavis raisonnable. Il peut servir de moyen permettant d’exiger réparation à l’égard d’un préjudice prévisible résultant d’un traitement brutal ou implacable de la part de l’employeur dans la façon dont il a congédié l’employé, point sur lequel je reviendrai à la fin des présents motifs (*Wallace*, par. 88).

[45] Fait important, les dommages-intérêts découlant d’un même congédiement sont calculés différemment selon la violation reprochée. Je le répète, ce fait n’est que le reflet de la jurisprudence déjà établie. Dans l’arrêt *Keays*, par. 56, par exemple, le juge Bastarache a utilement expliqué que, « [s]uivant son libellé, le contrat d’emploi est susceptible de résiliation moyennant préavis ou paiement d’une indemnité en tenant lieu, indépendamment du préjudice psychologique normal causé par une telle mesure ». Par comparaison, il a précisé que si l’employeur n’agit pas de bonne foi lorsqu’il congédie un employé, « il y aura préjudice prévisible susceptible d’indemnisation » suivant le principe établi dans l’arrêt *Hadley* (par. 58). Contrairement à ce que l’on croyait avant cette affaire, il n’y a pas lieu d’allonger le préavis pour déterminer le juste montant de l’indemnité (par. 59). Il en est ainsi parce que la nature du manquement au contrat n’est pas du même ordre que dans le cas du défaut de donner un préavis raisonnable. En effet, cette distinction fondamentale permet d’expliquer pourquoi les principes relatifs à l’atténuation des dommages s’appliquent différemment aux dommages-intérêts pour souffrances morales imputables à un manquement à l’obligation d’agir de bonne foi dans la façon de procéder au congédiement (*Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661, par. 32).

[46] With this in mind, I turn now to examine the duty to provide reasonable notice, which as will become plain, is dispositive of this appeal.

(1) Duty to Provide Reasonable Notice

[47] In the case at bar, the only disagreement in respect of reasonable notice turns on whether Mr. Matthews' damages include an amount to compensate him for his lost LTIP payment.

[48] In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred by focusing on whether the terms of the LTIP were "plain and unambiguous" instead of asking what damages were appropriately due for Ocean's failure to provide Mr. Matthews with reasonable notice. The issue is not whether Mr. Matthews is entitled to the LTIP in itself, but rather what damages he is entitled to and whether he was entitled to compensation for bonuses he would have earned had Ocean not breached the employment contract. By focusing narrowly on the former question, the Court of Appeal applied an incorrect principle, resulting in what I see as an overriding error.

(a) *Redress for Breach of the Implied Term to Provide Reasonable Notice of Termination*

[49] Insofar as Mr. Matthews was constructively dismissed without notice, he was entitled to damages representing the salary, including bonuses, he would have earned during the 15-month period (*Wallace*, at paras. 65-67). This is so because the remedy for a breach of the implied term to provide reasonable notice is an award of damages based on the period of notice which should have been given, with the damages representing "what the employee would have earned in this period" (para. 115). Whether payments under incentive bonuses, such as the LTIP in this case, are to be included in these damages is a

[46] Gardant ces considérations à l'esprit, j'examinerai maintenant l'obligation de donner un préavis raisonnable, obligation qui, comme il ressortira clairement, permet de trancher le présent pourvoi.

(1) Obligation de donner un préavis raisonnable

[47] En l'espèce, le seul désaccord quant au préavis raisonnable porte sur la question de savoir si les dommages-intérêts accordés à M. Matthews doivent inclure une somme l'indemnisant pour la perte du paiement prévu par le RILT.

[48] Je suis respectueusement d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en s'attachant à la question de savoir si les modalités du RILT étaient [TRADUCTION] « claires et non ambiguës » au lieu de s'interroger sur le montant des dommages-intérêts qu'il convenait d'accorder à M. Matthews parce qu'Ocean ne lui a pas donné un préavis raisonnable. Il ne s'agit pas de décider si M. Matthews est admissible au RILT, mais plutôt de déterminer le montant des dommages-intérêts auquel il a droit et s'il a droit d'être indemnisé pour les primes qu'il aurait touchées si Ocean n'avait pas contrevenu au contrat de travail. En se concentrant sur la première question, la Cour d'appel a appliqué un mauvais principe, ce qui a à mon avis entraîné une erreur déterminante.

a) *Réparation pour manquement à l'obligation tacite de donner un préavis raisonnable de cessation d'emploi*

[49] Dans la mesure où M. Matthews a fait l'objet d'un congédiement déguisé sans préavis, il avait droit à des dommages-intérêts correspondant au salaire, y compris les primes, qu'il aurait touché durant la période de préavis de 15 mois (*Wallace*, par. 65-67). Il en est ainsi parce que la réparation en cas de manquement à l'obligation tacite de donner un préavis raisonnable consiste à accorder des dommages-intérêts fondés sur la période du préavis qui aurait dû être donné, dommages-intérêts correspondant « au montant que l'employé aurait gagné pendant cette période » (par. 115). La question de

common and recurring issue in the law of wrongful dismissal. To answer this question, the trial judge relied on *Paquette* and *Lin* from the Court of Appeal for Ontario. I believe he took the right approach.

[50] In *Paquette*, the employee participated in his employer’s bonus plan, which stipulated that employees had to be “actively employed” on the date of the bonus payout. That language is broadly comparable to that found in the LTIP which, at clause 2.03, requires the claimant to be a “full-time employee” of the company. In *Paquette*, but for the employee’s termination, the employee would have received the bonus within the reasonable notice period. The motion judge in that case, however, concluded that the employee was not entitled to the bonus because, while he may have been “notionally” employed during the reasonable notice period, he was not “actively” employed and so did not qualify under the terms of the plan.

[51] The employee’s appeal was allowed. The Ontario Court of Appeal relied principally on its prior decision in *Taggart v. Canada Life Assurance Co.* (2006), 50 C.C.P.B. 163, concerning a similar question related to pension benefits. In that case, Sharpe J.A. rightly cautioned that courts should not ignore the legal nature of employees’ claims. “The claim is not”, he said, “for the pension benefits themselves. Rather, it is for common law contract damages as compensation for the pension benefits [the employee] would have earned had [the employer] not breached the contract of employment” (para. 16). Consequently, “a terminated employee is entitled to claim damages for the loss of pension benefits that would have accrued had the employee worked until the end of the notice period” (para. 13). With respect to the role of a bonus plan’s contractual terms, Sharpe J.A. explained that “[t]he question at this

savoir si les sommes à verser au titre d’un régime d’intéressement, tel le RILT en l’espèce, doivent être incluses dans les dommages-intérêts est une question courante et récurrente dans le domaine du droit applicable au congédiement injustifié. Pour répondre à cette question, le juge de première instance s’est appuyé sur les arrêts *Paquette* et *Lin* de la Cour d’appel de l’Ontario. J’estime qu’il a choisi la bonne approche.

[50] Dans l’arrêt *Paquette*, l’employé participait au régime de primes établi par son employeur, lequel stipulait que les employés devaient être des [TRADUCTION] « employés actifs » à la date du versement des primes. Cette formulation est sensiblement comparable à celle utilisée dans le RILT qui, à la clause 2.03, requiert que l’intéressé soit un [TRADUCTION] « employé à temps plein » de l’entreprise. Dans l’arrêt *Paquette*, n’eût été son congédiement, l’employé aurait touché la prime à laquelle il avait droit pendant la période de préavis raisonnable. Cependant, dans cette affaire, le juge des motions a conclu que l’employé n’avait pas droit à la prime en question, parce que même s’il était [TRADUCTION] « théoriquement » un employé de l’entreprise pendant la période de préavis raisonnable, il n’était pas un employé « actif » et n’était donc pas admissible suivant les modalités du régime.

[51] L’appel de l’employé a été accueilli. La Cour d’appel de l’Ontario s’est appuyée principalement sur sa décision antérieure dans l’affaire *Taggart c. Canada Life Assurance Co.* (2006), 50 C.C.P.B. 163, qui portait sur une question similaire concernant les prestations de retraite. Dans cet arrêt, le juge d’appel Sharpe a, à juste titre, mis en garde les tribunaux de ne pas faire abstraction de la nature juridique des réclamations des employés. Comme il l’a indiqué, [TRADUCTION] « [l]a réclamation ne porte pas sur les prestations de retraite elles-mêmes. Elle vise plutôt l’obtention de dommages-intérêts contractuels en common law à titre de dédommagement pour les prestations de retraite auxquels [l’employé] aurait eu droit si [l’employeur] n’avait pas contrevenu au contrat de travail » (par. 16). Par conséquent, [TRADUCTION] « un employé congédié a le droit de réclamer des dommages-intérêts pour la perte de

stage is whether there is something in the language of the pension contract between the parties that takes away or limits that common law right” (para. 20).

[52] The Court of Appeal in *Paquette* built upon the approach in *Taggart*, proposing that courts should take a two-step approach to these questions. First, courts should “consider the [employee’s] common law rights” (para. 30). That is, courts should examine whether, but for the termination, the employee would have been entitled to the bonus during the reasonable notice period. Second, courts should “determine whether there is something in the bonus plan that would specifically remove the [employee’s] common law entitlement” (para. 31). “The question”, van Rensburg J.A. explained, “is not whether the contract or plan is ambiguous, but whether the wording of the plan unambiguously alters or removes the [employee’s] common law rights” (para. 31).

[53] I agree with van Rensburg J.A. that this is the appropriate approach. It accords with basic principles of damages for constructive dismissal, anchoring the analysis around reasonable notice. As the court recognized in *Taggart*, and reiterated in *Paquette*, when employees sue for damages for constructive dismissal, they are claiming for damages as compensation for the income, benefits, and bonuses they would have received had the employer not breached the implied term to provide reasonable notice (see also *Iacobucci v. WIC Radio Ltd.*, 1999 BCCA 753, 72 B.C.L.R. (3d) 234, at paras. 19 and 24; *Gillies v. Goldman Sachs Canada Inc.*, 2001 BCCA 683, 95 B.C.L.R. (3d) 260, at paras. 10-12 and 25; *Keays*, at paras. 54-55). Proceeding directly

prestations de retraite auxquelles il aurait eu droit s’il avait travaillé jusqu’à la fin de la période de préavis » (par. 13). En ce qui concerne le rôle des modalités contractuelles d’un régime de primes, le juge d’appel Sharpe a expliqué que [TRADUCTION] « [l]a question à cette étape consiste à décider s’il y a quelque chose dans le texte des modalités du régime de retraite existant entre les parties qui a pour effet de supprimer ou de limiter ce droit que confère la common law » (par. 20).

[52] Dans l’arrêt *Paquette*, la Cour d’appel s’est inspirée de l’approche adoptée dans l’arrêt *Taggart* et a proposé que les tribunaux appliquent une démarche en deux étapes à l’égard de ces questions. Premièrement, les tribunaux devraient [TRADUCTION] « considérer les droits dont dispose [l’employé] en vertu de la common law » (par. 30). En d’autres mots, les tribunaux devraient se demander si, n’eût été son congédiement, l’employé aurait eu le droit de toucher la prime en litige pendant la période de préavis raisonnable. Deuxièmement, les tribunaux devraient [TRADUCTION] « déterminer s’il y a quelque chose dans les modalités du régime de primes qui prive expressément [l’employé] des droits que lui confère la common law » (par. 31). Comme l’a expliqué la juge d’appel van Rensburg, [TRADUCTION] « [l]a question n’est pas de savoir si le contrat ou le régime est ambigu, mais plutôt de savoir s’il y a quelque chose dans le texte des modalités du régime qui modifie ou supprime clairement les droits reconnus à [l’employé] par la common law » (par. 31).

[53] Tout comme la juge van Rensburg, je suis d’avis qu’il s’agit de la démarche appropriée. Elle est conforme aux principes fondamentaux applicables aux dommages-intérêts pour congédiement déguisé, l’analyse s’attachant à la question du préavis raisonnable. Comme la cour l’a reconnu dans l’arrêt *Taggart*, et réitéré dans l’arrêt *Paquette*, lorsque des employés intentent une action en dommages-intérêts pour congédiement déguisé, ils sollicitent des dommages-intérêts à titre de dédommagement pour le revenu, les prestations et les primes qu’ils auraient touchés si l’employeur n’avait pas manqué à son obligation tacite de donner un préavis raisonnable (voir aussi *Iacobucci c. WIC Radio Ltd.*, 1999 BCCA 753, 72 B.C.L.R. (3d) 234, par. 19

to an examination of contractual terms divorces the question of damages from the underlying breach, which is an error in principle.

[54] Moreover, the approach in *Paquette* respects the well-established understanding that the contract effectively “remains alive” for the purposes of assessing the employee’s damages, in order to determine what compensation the employee would have been entitled to but for the dismissal (see, e.g., *Nygaard Int. Ltd. v. Robinson* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 103 (C.A.), at pp. 106-7, per Southin J.A., concurring; *Gillies*, at para. 17).

[55] Courts should accordingly ask two questions when determining whether the appropriate quantum of damages for breach of the implied term to provide reasonable notice includes bonus payments and certain other benefits. Would the employee have been entitled to the bonus or benefit as part of their compensation during the reasonable notice period? If so, do the terms of the employment contract or bonus plan unambiguously take away or limit that common law right?

(b) *Application to Mr. Matthews’ Case*

[56] The first question is whether Mr. Matthews would have been entitled to the LTIP payment as part of his compensation during the reasonable notice period. Since the Realization Event was triggered within the 15-month reasonable notice period, Mr. Matthews argues that he is *prima facie* entitled to damages for the lost LTIP payment as part of his common law damages.

[57] Ocean argues that Mr. Matthews cannot satisfy the first stage of the analysis. It points this Court

et 24; *Gillies c. Goldman Sachs Canada Inc.*, 2001 BCCA 683, 95 B.C.L.R. (3d) 260, par. 10-12 et 25; *Keays*, par. 54-55). Procéder directement à l’examen des modalités contractuelles a pour effet de dissocier la question des dommages-intérêts du manquement sous-jacent, ce qui constitue une erreur de principe.

[54] En outre, la démarche suivie dans l’arrêt *Paquette* est compatible avec l’interprétation bien établie selon laquelle le contrat [TRADUCTION] « demeure [effectivement] en vigueur » pour les besoins de l’évaluation du préjudice de l’employé en vue de calculer le montant de l’indemnité à laquelle ce dernier aurait eu droit n’eût été son congédiement (voir, p. ex., *Nygaard Int. Ltd. c. Robinson* (1990), 46 B.C.L.R. (2d) 103 (C.A.), p. 106-107, motifs concordants de la juge d’appel Southin; *Gillies*, par. 17).

[55] Les tribunaux devraient en conséquence se poser deux questions lorsqu’ils sont appelés à décider si le montant des dommages-intérêts qu’il convient d’accorder pour manquement à l’obligation tacite de donner un préavis raisonnable doit inclure les primes et certains autres avantages. L’employé aurait-il eu droit à la prime ou à l’avantage dans le cadre de ses conditions de rémunération pendant la période de préavis raisonnable? Dans l’affirmative, les modalités du contrat de travail ou du régime de primes ont-elles pour effet de supprimer ou de limiter clairement ce droit que confère la common law?

b) *Application au cas de M. Matthews*

[56] La première question consiste à se demander si M. Matthews aurait eu droit au paiement prévu par le RILT dans le cadre de ses conditions de rémunération pendant la période de préavis raisonnable. Comme l’événement déclencheur s’est produit pendant la période de préavis raisonnable de 15 mois, M. Matthews soutient qu’il a droit, à première vue, au titre des dommages-intérêts fondés sur la common law, à des dommages-intérêts pour la perte du paiement prévu par le RILT.

[57] Ocean affirme que M. Matthews n’est pas en mesure de satisfaire à la première étape de l’analyse.

to *Singer v. Nordstrong Equipment Limited*, 2018 ONCA 364, 47 C.C.E.L. (4th) 218, where the Court of Appeal for Ontario presented the first question by asking whether the bonus was “an integral part of his compensation package” (para. 21). Relying on this formulation, Ocean contends that, under the first step, Mr. Matthews has a common law entitlement to damages for all compensation and benefits that are integral to his compensation. Ocean maintains that the LTIP payment was not integral to Mr. Matthews’ compensation since he did not have a vested right at the date of termination.

[58] The trial judge confronted this submission and concluded that Ocean was attempting to introduce an extra requirement into the analysis that is not supported by the jurisprudence (para. 387). I agree. The test of whether a benefit or bonus is “integral” to the employee’s compensation assists in answering the question of what the employee would have been paid during the reasonable notice period (see, e.g., *Brock v. Matthews Group Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 110 (Ont. H.C.J.), at p. 123, aff’d (1991), 34 C.C.E.L. 50 (C.A.); *Paquette*, at para. 17). Thus, in *Paquette* and *Singer*, where the bonuses at issue were discretionary, the Court of Appeal for Ontario considered this so-called “integral” test since there was doubt as to whether the employee would have received those discretionary bonuses during the reasonable notice period.

[59] This case is different. The purpose of damages in lieu of reasonable notice is to put the employee in the position they would have been in had they continued to work through to the end of the notice period. It is uncontested that the Realization Event occurred during the notice period. But for Mr. Matthews’ dismissal, he would have received an LTIP payment during that period. In such circumstances, there is no need to ask whether the LTIP payment was “integral” to his compensation.

Elle invoque l’arrêt *Singer c. Nordstrong Equipment Limited*, 2018 ONCA 364, 47 C.C.E.L. (4th) 218, dans lequel la Cour d’appel de l’Ontario, à l’étape de la première question, s’est demandée si la prime [TRADUCTION] « faisait partie intégrante des conditions de rémunération [de l’intéressé] » (par. 21). S’appuyant sur cette formulation, Ocean prétend que, selon la première étape, la common law confère à M. Matthews le droit de recevoir des dommages-intérêts pour le salaire et les avantages qui font partie intégrante de sa rémunération. Elle soutient que le paiement prévu par le RILT ne faisait pas partie intégrante de la rémunération de M. Matthews, car ce dernier n’avait pas un droit acquis sur ce paiement lorsque son emploi a pris fin.

[58] Le juge de première instance s’est arrêté à cet argument et a conclu qu’Ocean cherchait à introduire dans l’analyse une exigence supplémentaire qui n’est pas étayée par la jurisprudence (par. 387). Je suis d’accord. Le critère qui consiste à déterminer si un avantage ou une prime fait « partie intégrante » de la rémunération d’un employé aide à répondre à la question de savoir ce qui aurait été payé à cet employé pendant la période de préavis raisonnable (voir, p. ex., *Brock c. Matthews Group Ltd.* (1988), 20 C.C.E.L. 110 (H.C.J. Ont.), p. 123, conf. par (1991), 34 C.C.E.L. 50 (C.A.); *Paquette*, par. 17). Ainsi, dans les arrêts *Paquette* et *Singer*, où les primes en litige étaient discrétionnaires, la Cour d’appel de l’Ontario a pris en compte ce critère, dit de la « partie intégrante », car un doute subsistait quant à la question de savoir si l’employé aurait touché ces primes discrétionnaires pendant la période de préavis raisonnable.

[59] La présente affaire est différente. Les dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable ont pour objet de rétablir l’employé dans la situation où il se serait trouvé s’il avait continué de travailler jusqu’à la fin de la période de préavis. Il n’est pas contesté que l’événement déclencheur s’est produit pendant cette période. Cependant, n’eût été son congédiement, M. Matthews aurait reçu le paiement prévu par le RILT durant cette période. Dans ces circonstances, il est inutile de se demander si ce paiement faisait « partie intégrante » de sa rémunération.

[60] Furthermore, in answer to a question from one of my colleagues at the hearing, counsel for Ocean conceded that Mr. Matthews may well have had an entitlement to the LTIP absent clauses 2.03 and 2.05. I am thus satisfied that, on this first step, Mr. Matthews is *prima facie* entitled to receive damages as compensation for the lost bonus.

[61] On the second step, the question is whether the terms of the LTIP unambiguously limit or remove Mr. Matthews' common law right. It should be mentioned that the parties took opposing positions on the applicable standard of review for questions related to the interpretation of the LTIP. Both parties relied on *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23. For his part, Mr. Matthews argued that the trial judge's interpretation should be reviewed for palpable and overriding error. Ocean, in contrast, said that the standard of review should be correctness, relying on the standard form contract exception described in *Ledcor*. Ocean stressed that there is no evidence that Mr. Matthews negotiated the relevant terms, and that the LTIP applies to multiple employees.

[62] I am careful to note that the trial judge did not find that this was a commonly-used standard form agreement. In *Ledcor*, the Court was tasked with interpreting a standard form agreement commonly used in the insurance industry, where "consistency [in interpretation] is particularly important" (para. 40). Justice Wagner explained that, given that standard form contracts are those that are so widely used that the "interpretation of the . . . contract could affect many people" (at para. 39), a standard form exception is appropriate. This case is different: the only relevant finding by the trial judge on this issue is that it was "a limited number of executives" that were affected by the LTIP (para. 61). In the end, however, it is not necessary to decide whether or not the LTIP was truly a standard form contract in this case,

[60] Qui plus est, en réponse à une question de l'un de mes collègues lors de l'audience, l'avocate d'Ocean a reconnu que M. Matthews aurait fort bien pu avoir droit au paiement prévu par le RILT en l'absence des clauses 2.03 et 2.05. Je suis donc convaincu que, au terme de la première étape, M. Matthews a droit, à première vue, de recevoir des dommages-intérêts à titre de dédommagement pour la prime qu'il a perdue.

[61] À la deuxième étape, la question consiste à se demander si les modalités du RILT ont pour effet de limiter ou de supprimer clairement le droit que confère la common law à M. Matthews. Il convient de mentionner que les parties ont avancé des thèses opposées en ce qui a trait à la norme de contrôle applicable aux questions liées à l'interprétation du RILT. Les deux parties ont invoqué l'arrêt *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23. Pour sa part, M. Matthews a plaidé que l'interprétation du juge de première instance devait être contrôlée afin de déterminer si elle renferme des erreurs manifestes et déterminantes. À l'opposé, s'appuyant sur l'exception relative au contrat type qui est décrite dans l'arrêt *Ledcor*, Ocean a soutenu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte. Elle a insisté sur le fait qu'il n'y a aucune preuve indiquant que M. Matthews aurait négocié les modalités pertinentes du RILT, et que ce régime s'applique à de nombreux employés.

[62] Je prends bonne note du fait que le juge de première instance n'a pas conclu que le RILT était un contrat type couramment utilisé. Dans l'arrêt *Ledcor*, la Cour était appelée à interpréter un contrat type qui est couramment utilisé dans le secteur des assurances, où « la constance [dans l'interprétation] revêt une importance particulière » (par. 40). Le juge Wagner a expliqué que, comme les contrats types sont largement utilisés et que « l'interprétation du contrat [. . .] peut toucher de nombreuses personnes » (par. 39), il convient d'appliquer une exception à l'égard des contrats types. La présente affaire est différente : la seule conclusion pertinente qu'a tirée le juge de première instance sur ce point est [TRADUCTION] « [qu']un nombre limité de cadres supérieurs » étaient visés par le RILT (par. 61). En

since the trial judge did not consider one of the two main clauses at issue in this case, clause 2.05, which therefore must be interpreted in any event.

[63] Returning, then, to the main clauses at issue, which provide the following:

2.03 CONDITIONS PRECEDENT:

ONC shall have no obligation under this Agreement to the Employee unless on the date of a Realization Event the Employee is a full-time employee of ONC. For greater certainty, this Agreement shall be of no force and effect if the employee ceases to be an employee of ONC, regardless of whether the Employee resigns or is terminated, with or without cause.

2.05 GENERAL:

The Long Term Value Creation Bonus Plan does not have any current or future value other than on the date of a Realization Event and shall not be calculated as part of the Employee's compensation for any purpose, including in connection with the Employee's resignation or in any severance calculation.

[64] The question is not whether these terms are ambiguous but whether the wording of the plan unambiguously limits or removes the employee's common law rights (*Paquette*, at para. 31, citing *Taggart*, at paras. 12 and 19-22). Importantly, given that the LTIP is a "unilateral contract", in the sense that the parties did not negotiate its terms, the principle of contractual interpretation that clauses excluding or limiting liability will be strictly construed "applies with particular force" (*Taggart*, at para. 18, citing *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, at p. 459). As this Court recognized in *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 73, albeit in the commercial context, and cited here to underscore just this point,

définitive, cependant, il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider si le RILT était véritablement un contrat type, étant donné que le juge de première instance a omis de tenir compte de l'une des deux principales clauses litigieuses dans la présente affaire, soit la clause 2.05, qu'il faudra en conséquence interpréter de toute façon.

[63] Je reviens donc aux principales clauses litigieuses, qui sont rédigées ainsi :

[TRADUCTION]

2.03 CONDITIONS PRÉALABLES

ONC n'a, aux termes de la présente entente, aucune obligation envers l'employé à moins que ce dernier ne soit un employé à temps plein d'ONC lorsque survient l'événement déclencheur. Il est entendu que la présente entente est nulle et sans effet si l'employé cesse d'être un employé d'ONC, que ce soit parce qu'il démissionne ou parce qu'il est congédié, avec ou sans motif.

2.05 GÉNÉRALITÉS

Le Régime de primes pour la création de valeur à long terme n'a aucune valeur actuelle ou future si ce n'est à la date de l'événement déclencheur et la prime calculée et versée à l'employé ne doit pas être considérée comme faisant partie de la rémunération de ce dernier à quelque fin que ce soit, y compris en cas de démission de l'employé ou de calcul de toute indemnité de départ.

[64] Il ne s'agit pas de déterminer si ces modalités sont ambiguës, mais de savoir si le texte du régime a pour effet de limiter ou de supprimer clairement les droits que confère la common law à l'employé (*Paquette*, par. 31, citant *Taggart*, par. 12 et 19-22). Fait important, comme le RILT est un [TRADUCTION] « contrat unilatéral », en ce sens que les parties n'ont pas négocié ses modalités, le principe d'interprétation des contrats selon lequel les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité doivent recevoir une interprétation stricte [TRADUCTION] « s'applique avec une vigueur singulière » (*Taggart*, par. 18, citant *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, p. 459). Comme l'a reconnu notre Cour dans *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*,

sophisticated parties are able to draft clear and comprehensive exclusion clauses when they are minded to do so.

[65] To this end, the provisions of the agreement must be absolutely clear and unambiguous. So, language requiring an employee to be “full-time” or “active”, such as clause 2.03, will not suffice to remove an employee’s common law right to damages. After all, had Mr. Matthews been given proper notice, he would have been “full-time” or “actively employed” throughout the reasonable notice period (*Paquette*, at para. 33, citing *Schumacher v. Toronto-Dominion Bank* (1997), 147 D.L.R. (4th) 128 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 184; see also para. 47; *Lin*, at para. 89). Indeed, the trial judge and the majority of the Court of Appeal agreed that an “active employment” requirement is not sufficient to limit an employee’s damages (trial reasons, at para. 398; C.A. reasons, at para. 66).

[66] Similarly, where a clause purports to remove an employee’s common law right to damages upon termination “with or without cause”, such as clause 2.03, this language will not suffice. Here, Mr. Matthews suffered an *unlawful* termination since he was constructively dismissed without notice. As this Court held in *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 108, exclusion clauses “must clearly cover the exact circumstances which have arisen”. So, in Mr. Matthews’ case, the trial judge properly recognized that “[t]ermination without cause does not imply termination without notice” (para. 399; see also *Veer v. Dover Corp. (Canada) Ltd.* (1999), 120 O.A.C. 394, at para. 14; *Lin*, at para. 91). Yet, it bears repeating that, for the purpose of calculating wrongful dismissal damages, the employment contract is not treated as “terminated” until after the reasonable notice period expires. So,

2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 73, décision rendue en contexte commercial, et qui est mentionnée en l’espèce uniquement pour souligner le point suivant : des parties expérimentées peuvent rédiger des clauses à la fois claires et exhaustives d’exonération lorsqu’elles entendent le faire.

[65] Pour cette raison, les dispositions de l’entente doivent être absolument claires et non ambiguës. Ainsi, une disposition exigeant qu’un employé soit un [TRADUCTION] « employé à temps plein » ou un « employé actif » de l’entreprise, comme l’exige la clause 2.03, ne sera pas suffisante pour supprimer le droit que confère la common law à un employé d’obtenir des dommages-intérêts. Après tout, si un préavis adéquat avait été donné à M. Matthews, ce dernier aurait été un « employé à temps plein » ou un « employé actif » de l’entreprise pendant la période de préavis raisonnable (*Paquette*, par. 33, citant *Schumacher c. Toronto-Dominion Bank* (1997), 147 D.L.R. (4th) 128 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 184; voir également par. 47; *Lin*, par. 89). D’ailleurs, le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont reconnu qu’une condition stipulant que l’employé soit en situation [TRADUCTION] « [d’]emploi actif » n’est pas suffisante pour limiter les dommages-intérêts auxquels un employé a droit (motifs de première instance, par. 398; motifs de la Cour d’appel, par. 66).

[66] De même, lorsqu’une clause vise à supprimer le droit qu’a un employé en vertu de la common law d’obtenir des dommages-intérêts lorsqu’il est congédié « avec ou sans motif », comme le prévoit la clause 2.03, une telle disposition ne sera pas suffisante. En l’espèce, M. Matthews a fait l’objet d’un congédiement *illégal* étant donné qu’il a été congédié de manière déguisée sans préavis. Comme l’a conclu notre Cour dans l’arrêt *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, p. 108, « il doit être évident que [les clauses d’exclusion] vise[nt] les circonstances exactes qui se présentent ». Par conséquent, dans le cas de M. Matthews, le juge de première instance a reconnu à juste titre [TRADUCTION] « [qu’un] congédiement sans motif n’implique pas un congédiement sans préavis » (par. 399; voir également *Veer c. Dover Corp. (Canada) Ltd.* (1999), 120 O.A.C. 394, par. 14; *Lin*, par. 91). Or, il

even if the clause had expressly referred to an unlawful termination, in my view, this too would not unambiguously alter the employee's common law entitlement.

[67] I therefore agree with the trial judge that clause 2.03 does not unambiguously limit or remove Mr. Matthews' common law right. In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred in concluding otherwise.

[68] As mentioned, it is true that the trial judge did not expressly consider clause 2.05. The dissenting judge suggested this clause only prevents Mr. Matthews from seeking the bonus as part of his severance, and not part of a claim for wrongful dismissal damages. The majority disagreed, arguing there is no functional difference between severance and damages (paras. 120-21).

[69] I respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal on this point. The trial judge did not use the LTIP to calculate severance; rather, he determined the quantum of damages that Mr. Matthews was entitled to under the common law following the constructive dismissal. As the dissenting judge explained in detail, severance and damages are distinct legal concepts. The primary purpose of providing reasonable notice (or damages in lieu thereof) is to protect employees by providing them an opportunity to seek alternative employment (see *Wallace*, at para. 120, per McLachlin J. (as she then was) dissenting, but not on this point). Severance pay, by contrast, "acts to compensate long-serving employees for their years of service and investment in the employer's business and for the special losses they suffer when their employment terminates", and is often provided

convient de répéter que, pour les besoins du calcul du montant des dommages-intérêts à verser en cas de congédiement injustifié, le contrat de travail est considéré comme étant « résilié » uniquement après l'expiration de la période de préavis raisonnable. Par conséquent, même si la clause en question avait fait mention expressément d'un congédiement illégal, je suis d'avis qu'une telle disposition n'aurait pas non plus modifié clairement le droit que confère la common law à l'employé.

[67] Ainsi, à l'instar du juge de première instance, j'estime que la clause 2.03 n'a pas pour effet de limiter ou de supprimer clairement le droit que confère la common law à M. Matthews. Je suis respectueusement d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en tirant une conclusion différente.

[68] Comme je l'ai mentionné, il est vrai que le juge de première instance n'a pas explicitement examiné la clause 2.05. Le juge dissident a précisé que cette clause empêche seulement M. Matthews de demander que la prime fasse partie de son indemnité de départ, et non des dommages-intérêts pour congédiement injustifié qu'il réclame. Les juges majoritaires ont exprimé leur désaccord à cet égard, affirmant qu'il n'existe aucune différence, du point de vue de la fonction, entre une indemnité de départ et des dommages-intérêts (par. 120-121).

[69] Avec égards, je ne puis me rallier à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ce point. Le juge de première instance n'a pas utilisé le RILT pour calculer l'indemnité de départ; il a plutôt déterminé le montant des dommages-intérêts auxquels M. Matthews avait droit en vertu de la common law par suite de son congédiement déguisé. Comme l'a expliqué en détail le juge dissident, l'indemnité de départ et les dommages-intérêts sont des concepts juridiques distincts. Le principal objectif d'un préavis raisonnable (ou de dommages-intérêts en tenant lieu) est de protéger l'employé en lui fournissant l'occasion de se chercher un autre emploi (voir *Wallace*, par. 120, la juge McLachlin (plus tard juge en chef), dissidente, mais non sur ce point). En revanche, l'indemnité de cessation d'emploi « vient indemniser les employés ayant beaucoup d'années

for in provincial employment standards legislation (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 26).

[70] Moreover, clause 2.05 must be read as a whole; it also states that the LTIP “does not have any current or future value other than on the date of a Realization Event”. If Mr. Matthews had been properly given notice of termination, he would have remained a full-time employee on the date of the Realization Event, and thus would have received an LTIP payment. His damages reflect that lost opportunity.

[71] In reaching a different conclusion regarding the interpretation of clauses 2.03 and 2.05, the majority judges relied on *Styles* from the Court of Appeal of Alberta. Ocean urges this Court to do the same. While this is not the occasion to examine the law in Alberta in depth, I allow myself the following observations.

[72] At issue in *Styles* was a similar question to the one here: was the employee, upon being terminated without cause, entitled to receive a payment under his employer’s contractual long-term incentive plan? Upon termination, the employer paid the employee a lump sum payment equal to three months’ salary pursuant to the terms of his employment contract (*Styles v. Alberta Investment Corp.*, 2015 ABQB 621, [2016] 4 W.W.R. 593, at paras. 9 and 27, per Yungwirth J.). The bonus would not have vested until several years after the employee’s termination (paras. 17-23). Consequently, the employee could not recover damages for a payment under the bonus in connection to the reasonable notice period. At a minimum, *Styles* is thus distinguishable from Mr. Matthews’ case. The latter raises issues surrounding damages connected to the notice period, while the former does not.

de service pour ces années investies dans l’entreprise de l’employeur et pour les pertes spéciales qu’ils subissent lorsqu’ils sont licenciés », et elle est souvent prévue dans les lois provinciales sur les normes d’emploi (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 26).

[70] En outre, la clause 2.05 doit être considérée globalement; elle précise également que le RILT « n’a aucune valeur actuelle ou future si ce n’est à la date de l’événement déclencheur ». Si M. Matthews avait reçu un préavis de congédiement adéquat, il aurait toujours été un employé à temps plein de l’entreprise à la date de l’événement déclencheur et il aurait alors reçu le paiement prévu par le RILT. Les dommages-intérêts qui lui ont été accordés tiennent compte de cette occasion manquée.

[71] Pour arriver à une conclusion différente quant à l’interprétation des clauses 2.03 et 2.05, les juges majoritaires se sont appuyés sur l’arrêt *Styles* de la Cour d’appel de l’Alberta. Ocean exhorte notre Cour à faire de même. Bien que le présent pourvoi ne soit pas l’occasion d’examiner en profondeur les règles de droit applicables en Alberta, je me permets de faire les observations qui suivent.

[72] Dans l’arrêt *Styles*, la question en litige était similaire à celle qui se pose en l’espèce : après avoir été congédié sans motif, l’employé avait-il le droit de recevoir un paiement en vertu du régime d’intéressement à long terme de son employeur? Après le congédiement, l’employeur a versé à l’employé un paiement forfaitaire correspondant à trois mois de salaire conformément aux modalités de son contrat de travail (*Styles c. Alberta Investment Corp.*, 2015 ABQB 621, [2016] 4 W.W.R. 593, par. 9 et 27, la juge Yungwirth). La prime n’aurait été acquise au profit de l’employé que plusieurs années après son congédiement (par. 17-23). Par conséquent, l’employé ne pouvait pas obtenir des dommages-intérêts pour la prime qui lui aurait été versée pendant la période de préavis raisonnable. À tout le moins, l’affaire *Styles* se distingue donc de cette façon du cas de M. Matthews. En effet, la situation de ce dernier soulève des questions concernant les dommages-intérêts liés à la période de préavis, alors que ce n’est pas le cas dans l’arrêt *Styles*.

[73] It also bears noting that the Court of Appeal of Alberta in *Styles* suggested that *Paquette*, one of the cases I rely on here, is premised upon an erroneous reading of this Court’s decision in *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315. In *Styles*, the Court of Appeal noted that “[t]he common law implies a term of reasonable notice, or pay in lieu, in those circumstances. The payment in lieu is not ‘damages’ for a breach of the contract, but rather one component of the compensation provided for in the contract. If an employer fails to give proper notice or pay in lieu, the breach is in the failure to pay, not in the termination” (para. 34 (footnote omitted)). The Court of Appeal then observed that “[t]here are decisions from other jurisdictions that treat termination as a breach, but they do not reflect the law of Alberta: see for example [*Paquette*]. *Paquette* relies on the *dictum* in [*Sylvester*], at para. 1, but para. 15 of that decision confirms that it is the non-payment that is the breach, not the termination itself” (para. 34, fn. 1).

[74] On my reading, this Court in *Sylvester* confirmed that “[d]amages for wrongful dismissal are designed to compensate the employee for the breach by the employer of the implied term in the employment contract to provide reasonable notice of termination” (para. 15 (emphasis added)). Authority elsewhere confirms this same idea: there is no such implied term of the contract to provide payment in lieu (see, e.g., *Love v. Acuity Investment Management Inc.*, 2011 ONCA 130, 277 O.A.C. 15, at para. 44).³

³ See D. D. Buchanan, “Defining Wrongful Dismissal: The Alberta Schism” (2019), 57 *Alta. L. Rev.* 95.

[73] Il convient également de souligner que la Cour d’appel de l’Alberta, dans l’affaire *Styles*, a indiqué que l’arrêt *Paquette*, l’un des arrêts sur lesquels je m’appuie en l’espèce, repose sur une interprétation erronée de la décision de notre Cour dans *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315. Dans l’arrêt *Styles*, la Cour d’appel a fait remarquer [TRADUCTION] « [qu’il] existe en common law une condition tacite selon laquelle un préavis raisonnable, ou une indemnité en tenant lieu, doit être fourni dans ces circonstances. L’indemnité tenant lieu de préavis raisonnable ne constitue pas des “dommages-intérêts” pour violation du contrat, mais plutôt une portion de l’indemnité prévue au contrat. Si un employeur ne donne pas un préavis adéquat ou une indemnité en tenant lieu, la violation réside dans le non-paiement d’une indemnité et non dans le congédiement » (par. 34 (note en bas de page omise)). La Cour d’appel a ensuite souligné que, [TRADUCTION] « [d]ans certaines décisions rendues dans d’autres ressorts, le congédiement est considéré comme une violation, mais ces décisions ne reflètent pas le droit albertain : voir, par exemple [*Paquette*]. Dans cet arrêt, le tribunal s’appuie sur la remarque incidente formulée dans [*Sylvester*], au par. 1, mais le par. 15 de cette décision confirme que c’est le non-paiement qui constitue la violation, et non le congédiement lui-même » (par. 34, note 1).

[74] Selon mon interprétation, notre Cour a confirmé dans l’arrêt *Sylvester* que « [l]es dommages-intérêts versés pour congédiement injustifié visent à indemniser l’employé à l’égard de la violation par l’employeur de la condition implicite du contrat d’emploi selon laquelle ce dernier doit donner à l’employé un préavis raisonnable de cessation d’emploi » (par. 15 (je souligne)). Cette même idée est d’ailleurs confirmée par d’autres sources dans d’autres ressorts : le contrat ne comporte aucune condition implicite selon laquelle l’employeur doit verser une indemnité tenant lieu de préavis (voir, p. ex., *Love c. Acuity Investment Management Inc.*, 2011 ONCA 130, 277 O.A.C. 15, par. 44)³.

³ Voir D. D. Buchanan, « Defining Wrongful Dismissal : The Alberta Schism » (2019), 57 *Alta. L. Rev.* 95.

[75] As explained by the Court of Appeal for British Columbia in *Dunlop v. B.C. Hydro & Power Authority* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 334, at pp. 338-39, there are three principal reasons why this is an important distinction. First, there are issues surrounding the complexity of an implied term to provide pay in lieu of notice, and whether such a term can readily be implied into an employment contract. Second, implying a term to provide pay in lieu of notice “would mean that if an employer elected to give pay in lieu of notice, the employer would be complying with the contract and not breaking it”, and thus “the contract would require the full payment to be made immediately”. Third, if the employer elected to invoke such an implied term and gave no notice of termination, “there would be no obligation on the part of the employee to mitigate damages by seeking other employment” since the term requires a payment in full without regard to the employee’s actual losses. Ensuring that courts and litigants properly understand this distinction is thus important as it can profoundly affect employees’ financial lives. To the extent that some cases suggest otherwise, I respectfully disagree.

[76] Finally, at this stage of the analysis, it may also be appropriate in certain cases to examine whether the clauses purporting to limit or take away an employee’s common law right were adequately brought to the employee’s attention (*Paquette*, at para. 18; *Taggart*, at paras. 20-23; *Poole v. Whirlpool Corp.*, 2011 ONCA 808, 97 C.C.E.L. (3d) 20, at paras. 5-6). This issue, however, does not arise on these facts. Moreover, as several interveners commented on in this appeal, it may be appropriate to question whether the clause at issue is compatible with minimum employment standards (*Machtinger*, at p. 1004). This issue was not canvassed by the courts below and, in the present circumstances, it is unnecessary to explore further.

[75] Comme l’a expliqué la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Dunlop c. B.C. Hydro & Power Authority* (1988), 32 B.C.L.R. (2d) 334, p. 338-339, il y a trois raisons principales pour lesquelles cette distinction est importante. Premièrement, il existe des difficultés liées à la complexité d’une condition implicite prévoyant le versement du salaire en lieu et place d’un préavis, et à la question de savoir s’il est facile de dégager implicitement une telle condition d’un contrat de travail. Deuxièmement, le fait de dégager l’existence d’une telle condition implicite [TRADUCTION] « signifierait que, si un employeur choisissait de verser le salaire au lieu de donner un préavis, il respecterait alors le contrat et ne le violerait pas », et, pour cette raison, « le contrat exigerait le plein paiement du salaire immédiatement ». Troisièmement, si l’employeur choisissait d’appliquer une telle condition implicite et ne donnait pas de préavis de cessation d’emploi, [TRADUCTION] « l’employé ne serait pas tenu de limiter son préjudice en cherchant un autre emploi », étant donné que cette condition requiert le plein paiement du salaire sans égard aux pertes réelles subies par l’employé. Il est donc important que les tribunaux et les parties comprennent bien cette distinction, car elle peut affecter profondément la situation financière des employés. Dans la mesure où certaines décisions suggèrent le contraire, je dois, avec égards, exprimer mon désaccord.

[76] Enfin, à cette étape de l’analyse, il peut également être opportun, dans certains cas, de se demander si les clauses visant à limiter ou supprimer le droit que confère la common law à un employé ont été adéquatement portées à son attention (*Paquette*, par. 18; *Taggart*, par. 20-23; *Poole c. Whirlpool Corp.*, 2011 ONCA 808, 97 C.C.E.L. (3d) 20, par. 5-6). Toutefois, cette question ne se soulève pas en l’espèce. De plus, comme l’ont fait remarquer plusieurs intervenants dans le cadre du présent pourvoi, il peut être approprié de se demander si la clause en litige est compatible avec les normes d’emploi minimales (*Machtinger*, p. 1004). Cette question n’a pas été examinée par les juridictions inférieures et, dans les circonstances de l’espèce, il n’est pas nécessaire de s’y attarder davantage.

[77] In sum, I agree with the trial judge that Mr. Matthews is entitled to receive damages equal to what he would have received pursuant to the LTIP, subject to mitigation.

(2) Good Faith

[78] Again, and I say so respectfully, the parties' arguments on good faith were confounding when placed side by side. Mr. Matthews focused largely on the duty of honest performance, and confirmed at the hearing that he is not seeking damages for mental distress flowing from a breach of the duty to exercise good faith in the manner of dismissal, noting that this "just doesn't get him there" in respect of the LTIP (transcript, at p. 17). Ocean, in contrast, defended the conclusion of the Court of Appeal that there was "no bad faith" in "the manner in which [Mr. Matthews] was treated", recalling specifically the trial judge's finding that Mr. Matthews had failed to show that Ocean had planned to terminate him in order to deprive him of his LTIP entitlement (see para. 122).

[79] Ocean is no doubt correct on this very last point. That said, and contrary to the succinct conclusion of the majority judges in the Court of Appeal, I share Mr. Matthews' view that the trial judge did make abundantly clear that the treatment experienced by Mr. Matthews from 2007 until the moment of his departure constituted dishonest conduct on the part of Ocean. He found, as a matter of fact, that Ocean's senior manager undertook a four-year "campaign", characterized by lies and dishonesty, to push Mr. Matthews out of operations (see, e.g., paras. 294, 296, 298 and 301).

[80] The trial judge did not, however, explicitly find a breach of contract resulting from this dishonesty.

[77] En résumé, je suis d'accord avec le juge de première instance pour conclure que M. Matthews a droit à des dommages-intérêts correspondant au paiement qu'il aurait reçu en vertu du RILT, déduction faite des sommes découlant de l'atténuation des dommages.

(2) Bonne foi

[78] Une fois de plus, je tiens à souligner, toujours avec égards, que les arguments des parties sur la bonne foi étaient déroutants lorsque considérés côte à côte. En effet, M. Matthews s'est essentiellement attaché à l'obligation d'exécution honnête, et il a confirmé, lors de l'audience, qu'il ne réclame pas de dommages-intérêts pour les souffrances morales susceptibles de découler d'un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi dans la façon de procéder à un congédiement, faisant remarquer que cela [TRADUCTION] « ne le rapproche tout simplement pas de son objectif » en ce qui concerne le RILT (transcription, p. 17). Ocean, quant à elle, a défendu la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle [TRADUCTION] « la manière dont [M. Matthews] avait été traité » n'avait été entachée d'« aucune mauvaise foi », rappelant précisément la conclusion du juge de première instance portant que M. Matthews n'avait pas été en mesure d'établir qu'Ocean avait planifié son renvoi afin de le priver de son droit au paiement prévu par le RILT (voir par. 122).

[79] Il ne fait aucun doute qu'Ocean a raison sur ce tout dernier point. Cela dit, contrairement à la conclusion succincte des juges majoritaires de la Cour d'appel, je partage l'opinion de M. Matthews selon laquelle le juge de première instance a très clairement indiqué que la façon dont il a été traité de 2007 jusqu'au moment de son départ constituait une conduite malhonnête de la part d'Ocean. Le juge a tiré une conclusion de fait portant que le cadre supérieur d'Ocean avait mené pendant quatre ans une « campagne » afin d'écarter M. Matthews des opérations et que cette période avait été marquée par la malhonnêteté et le mensonge (voir, p. ex., par. 294, 296, 298 et 301).

[80] Le juge de première instance n'a toutefois pas conclu explicitement que cette malhonnêteté avait

He did not speak to the duty of honest performance, likely because — given that the original pleadings were filed before *Bhasin*'s release — *Bhasin* was not pleaded at trial. Nor did he pursue an analysis, in accordance with *Wallace* and *Keays*, to determine whether this dishonesty amounted to a breach of the duty to exercise good faith in the manner of dismissal. One suspects this too reflected the character of the pleadings, since no compensatory damages for mental distress flowing from Mr. Matthews' treatment in the manner of his dismissal were pursued.

[81] On this latter point, I would take this opportunity to recall that, had the issue been properly placed before the trial judge, it was certainly within the trial judge's prerogative to tie the dishonesty that occurred over the four-year period to the "manner of dismissal". Due to the circumstances in *Wallace* and *Keays*, "in the manner of dismissal" was originally conceptualized as the *moment* of dismissal, suggesting to some degree that good faith must exist only at the very end of the employment relationship. Yet, circumstances of constructive dismissal show that this reading sometimes needs to be extended. Following *Potter*, an employee's constructive dismissal may be better understood as the consequence of conduct over a series of events in time, and not just a tipping point. On this reading, *Potter* extends the notion of "in the manner of dismissal" to encompass circumstances in which termination stems from an employee's decision to leave their job brought about, as here, by a series of events that predate the actual moment of the parting of ways between employer and employee (paras. 31-35). The constructive dismissal may, depending on the facts of a given case, reflect a choice to leave prompted by a series of changes to the employee's working conditions over time, absent any misconduct. Or a constructive dismissal may reflect a choice to leave where dishonest or like misconduct eventually pushes the employee out the door. In the latter circumstance, this suggests that, at least retrospectively, the duty is relevant to the performance of the contract prior to the moment of termination.

entraîné une violation du contrat. Il n'a pas traité de l'obligation d'exécution honnête, vraisemblablement parce que — comme les premiers actes de procédure ont été déposés avant que l'arrêt *Bhasin* ne soit rendu — cette décision n'a pas été plaidée au procès. Le juge de première instance n'a pas non plus procédé, sur la base des arrêts *Wallace* et *Keays*, à une analyse en vue de déterminer si cette conduite malhonnête constituait un manquement à l'obligation d'agir de bonne foi dans la façon de procéder au congédiement. On peut supposer que cela découle de la teneur des actes de procédure, en ce qu'aucune demande de dommages-intérêts compensatoires n'a été présentée pour les souffrances morales découlant du traitement réservé à M. Matthews par suite de la façon dont il a été congédié.

[81] Relativement à ce dernier point, je profite de l'occasion pour rappeler que, si la question avait été soumise adéquatement au juge de première instance, il lui aurait certes été loisible de rattacher les gestes malhonnêtes survenus au cours de la période de quatre ans aux « circonstances du congédiement ». Compte tenu des circonstances dans lesquelles les arrêts *Wallace* et *Keays* ont été rendus, l'expression « circonstances du congédiement » a initialement été interprétée comme visant le *moment* du congédiement, ce qui tendait dans une certaine mesure à suggérer que la bonne foi était requise uniquement à la toute fin de la relation d'emploi. Or, les situations de congédiement déguisé montrent que cette conception doit parfois être élargie. À la suite de l'arrêt *Potter*, il est sans doute plus juste de considérer le congédiement déguisé d'un employé comme étant la conséquence d'une série d'événements échelonnés dans le temps plutôt que comme un seul et unique moment décisif. D'après cette interprétation, l'arrêt *Potter* élargit la notion de « circonstances du congédiement » aux situations où une cessation d'emploi découle de la décision d'un employé de quitter son emploi en raison d'une suite d'événements survenus avant le moment concret où la relation employeur-employé a été rompue, comme c'est le cas en l'espèce (par. 31-35). Il peut arriver que, selon les faits propres à une affaire donnée, le congédiement déguisé reflète la décision d'un employé de quitter son emploi en raison de nombreuses modifications apportées aux conditions de son emploi au fil du

Indeed, there is no coherent reason why the measure of misconduct cannot be understood retrospectively in cases of wrongful dismissal “so long as it is ‘a component of the manner of dismissal’” (*Doyle v. Zochem Inc.*, 2017 ONCA 130, 31 C.C.P.B. (2nd) 200, at para. 13, citing *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.), at para. 23).

[82] In recognizing this, *Potter* affirmed what courts were already doing: examining the employment relationship retrospectively, and thus implicitly finding that good faith is owed not merely at the very end of the relationship. As Professor England has observed, courts have frequently examined whether employers treated their employees with good faith in constructive dismissal cases by, for example, ensuring employees were safeguarded from bullying, intimidation, and harassment from managers and other employers (*Individual Employment Law* (2nd ed. 2008), at pp. 92-93). This extension in *Potter* thus allowed for a more flexible measure of conduct over the period leading up to the moment of actual termination of the employment contract.⁴

[83] I would not, however, say anything further on how *Bhasin*, on the one hand, and *Wallace* and *Keays*, on the other, apply to this case. It suffices to say that a contractual breach of good faith rests on a wholly distinct basis from that relating to the failure to provide reasonable notice. I say this on the basis of my proposed conclusion above, with respect to Mr. Matthews’ financial claim for breach

temps, sans qu’il y ait eu de conduite répréhensible. Par ailleurs, un congédiement déguisé peut également refléter la décision d’un employé de quitter son travail lorsqu’une conduite malhonnête ou une autre action répréhensible l’a finalement poussé à le faire. Dans ce dernier cas, on pourrait croire que, rétrospectivement à tout le moins, l’obligation s’applique à l’exécution du contrat avant sa résiliation. De fait, il n’existe aucune raison cohérente pour que la conduite répréhensible ne puisse pas être considérée rétrospectivement dans les affaires de congédiement injustifié, [TRADUCTION] « pourvu qu’elle constitue un “aspect des circonstances du congédiement” » de l’employé (*Doyle c. Zochem Inc.*, 2017 ONCA 130, 31 C.C.P.B. (2nd) 200, par. 13, citant *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.), par. 23).

[82] En reconnaissant ceci dans l’arrêt *Potter*, la Cour a confirmé ce que les tribunaux faisaient déjà, en ce qu’ils examinaient la relation d’emploi de façon rétrospective et concluaient ainsi implicitement que l’obligation d’agir de bonne foi ne s’applique pas uniquement à la toute fin de la relation. Comme l’a fait observer le professeur England, les tribunaux sont souvent appelés à se demander, dans les cas de congédiement déguisé, si les employeurs ont traité leurs employés de bonne foi, par exemple en veillant à ce que ceux-ci ne soient pas victimes d’intimidation ou de harcèlement de la part de gestionnaires ou de collègues (*Individual Employment Law* (2^e éd. 2008), p. 92-93). Cet élargissement dans *Potter* des principes applicables a donc accordé plus de souplesse en étendant l’appréciation de la conduite à la période précédant le moment concret où le contrat de travail a été résilié⁴.

[83] Je ne me prononcerai toutefois pas davantage sur la manière dont l’arrêt *Bhasin*, d’une part, et les arrêts *Wallace* et *Keays*, d’autre part, s’appliquent à la présente espèce. Qu’il suffise de dire qu’un manquement à l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi repose sur des fondements entièrement distincts de ceux liés à l’omission de donner un préavis raisonnable. J’affirme cela en m’appuyant

⁴ See C. Mummé, “*Bhasin v. Hrynew*: A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins?” (2016), 32 *Int’l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 117, at p. 122.

⁴ Voir C. Mummé, « *Bhasin v. Hrynew* : A New Era for Good Faith in Canadian Employment Law, or Just Tinkering at the Margins? » (2016), 32 *Int’l J. Comp. Lab. L. & Ind. Rel.* 117, p. 122.

of the implied duty to provide reasonable notice. At the hearing, counsel for Mr. Matthews acknowledged that, if he received damages to compensate him for his lost LTIP payment as part of his reasonable notice damages, he cannot now claim the same amount under the *Hadley* principle. While the breaches of contract are indeed distinct, they cannot be deployed to provide what amounts to double recovery. Moreover, Mr. Matthews drew the Court's attention to the anxiety caused by Ocean, but made no request for damages for mental distress. As noted, while he originally claimed for punitive damages at trial, he did not pursue this head of damages on appeal. Given that Mr. Matthews failed to press his claim with further detail or argument, even when questioned on point by members of the Court, I need not go further to decide whether some duty of good faith has been breached, since no further remedies are being sought.

[84] Further, I note that Mr. Matthews and several interveners argue that the general organizing principle of good faith described in *Bhasin* manifests itself in various ways throughout the whole of the contractual performance. Ocean answers that any extension of good faith would be an unwieldy precedent.

[85] Mr. Matthews' argument is a serious one. Not all mistreatment by an employer will result in a constructive dismissal — some employees, for financial or other reasons, might choose not to leave their job. It might be that, as argued by various parties in this appeal, a duty of good faith will one day bind the employer based on a mutual obligation of loyalty in a non-fiduciary sense during the life of the employment contract, owed reciprocally by both the employer and employee. I recognize, however, that

sur la conclusion que j'ai proposée précédemment à l'égard de la demande de réparation pécuniaire présentée par M. Matthews pour manquement à l'obligation tacite de donner un préavis raisonnable. À l'audience, l'avocat de M. Matthews a reconnu que, si les dommages-intérêts qui sont accordés à ce dernier pour l'absence de préavis raisonnable incluent des dommages-intérêts le compensant pour la perte du paiement prévu par le RILT, M. Matthews ne saurait réclamer maintenant ce même paiement suivant le principe établi dans l'arrêt *Hadley*. Bien qu'il s'agisse de violations de contrat distinctes, elles ne peuvent être appliquées pour accorder une réparation qui équivaldrait à une double indemnité. Qui plus est, si M. Matthews a attiré l'attention de notre Cour sur l'angoisse causée par Ocean, il n'a pas demandé de dommages-intérêts pour souffrances morales. Comme il a été mentionné plus tôt, quoique M. Matthews ait initialement réclamé des dommages-intérêts punitifs au procès, il n'a pas fait valoir ce chef de réclamation en appel. Étant donné que M. Matthews n'a pas fourni de détails ou d'arguments supplémentaires à cet égard, même lorsqu'il a été interrogé sur ce point par des juges de notre Cour, il n'est pas nécessaire que je m'y attarde davantage pour décider s'il y a eu manquement à une obligation de bonne foi, aucune réparation additionnelle n'étant réclamée.

[84] De plus, je souligne que M. Matthews et plusieurs intervenants prétendent que le principe directeur général de bonne foi décrit dans l'arrêt *Bhasin* se manifeste de diverses façons tout au long de l'exécution du contrat. Pour sa part, Ocean affirme que tout élargissement de l'obligation de bonne foi créerait un précédent peu facile à appliquer.

[85] L'argument de M. Matthews est important. Le traitement incorrect réservé à un employé par son employeur ne se traduit pas dans tous les cas par un congédiement déguisé — il peut arriver que, pour des raisons financières ou autres, l'employé concerné décide de ne pas quitter son emploi. Il se pourrait, comme l'ont soutenu diverses parties au présent pourvoi, que les employeurs soient un jour tenus pendant la durée du contrat de travail à un devoir de bonne foi basé sur une obligation mutuelle

whether the law should recognize this is a matter of fair debate.

[86] This is a dismissal case. In light of the comment in *Bhasin* (at para. 40) that the common law should develop in an incremental fashion, I would decline to decide whether a broader duty exists during the life of the employment contract in the absence of an appropriate factual record.

[87] Lastly, I recall that in his original application, Mr. Matthews sought a declaration that the termination of his employment reflected conduct on the part of Ocean that was oppressive and unfair, and that his dismissal was “carried out in bad faith at law and in breach of [Ocean’s] duty of good faith”. I recognize that, generally speaking, the mental distress that an employee might feel as a result of employer dishonesty is translated by law, in financial terms, as damages, and that, further, Mr. Matthews has declined to seek such damages here. Nevertheless, a proper acknowledgment that an employer’s conduct was contrary to the expected standard of good faith can transcend the request for damages, and may be meaningful for an employee in a way that a mere finding that reasonable notice was provided cannot. One aspect of this relates to dignity in the workplace, and the non-financial value associated with fair treatment upon dismissal (J. Fudge, “The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again?” (2007), 32 *Queen’s L.J.* 529, at p. 548; G. Anderson, D. Brodie and J. Riley, *The Common Law Employment Relationship: A Comparative Study* (2017), at ch. 11). Indeed, this Court has been emphatic in recognizing that, in addition to whatever financial dimension work entails, a person’s employment is “an essential component of [their] sense of identity, self-worth and emotional well-being” (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368). To this end, it is understandable that employees seek some recognition that they have been mistreated, reflecting that they feel it unfair, beyond

de loyauté, au sens non fiduciaire de ce terme, devoir liant réciproquement l’employeur et l’employé. Je reconnais toutefois que la question de savoir si ce principe devrait être reconnu en droit suscite des débats légitimes.

[86] Il s’agit en l’espèce d’une affaire de congédiement. Compte tenu de l’observation formulée dans l’arrêt *Bhasin* (par. 40) selon laquelle la common law doit évoluer de manière progressive, je m’abstiens, en l’absence d’un dossier factuel adéquat, de me prononcer sur l’existence d’une obligation de portée plus large pendant la durée du contrat de travail.

[87] Enfin, je rappelle que, dans sa demande initiale, M. Matthews sollicitait une déclaration indiquant que la cessation de son emploi résultait de la conduite abusive et injuste d’Ocean à son endroit, et que son congédiement avait été [TRADUCTION] « effectué de mauvaise foi au sens de la loi et en contravention à l’obligation [d’Ocean] d’agir de bonne foi ». Je reconnais que, de manière générale, les souffrances morales que pourrait éprouver un employé en raison de la conduite malhonnête de l’employeur se traduisent en droit, sur le plan financier, par des dommages-intérêts, et que, en outre, M. Matthews s’est abstenu de réclamer de tels dommages-intérêts en l’espèce. Néanmoins, une reconnaissance formelle que la conduite d’un employeur a contrevenu à la norme de la bonne foi attendue peut transcender la présentation d’une demande en dommages-intérêts, et pourrait avoir pour l’employé concerné une valeur significative que ne saurait avoir à ses yeux une simple conclusion qu’un préavis raisonnable a été donné. Cela découle notamment de la dignité à laquelle aspirent les employés au sein de leur milieu de travail et de la valeur non financière qu’ils associent au fait d’être traités équitablement en cas de congédiement (J. Fudge, « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment : From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again? » (2007), 32 *Queen’s L.J.* 529, p. 548; G. Anderson, D. Brodie et J. Riley, *The Common Law Employment Relationship : A Comparative Study* (2017), ch. 11). D’ailleurs, notre Cour a clairement reconnu qu’en plus de la dimension financière qu’il présente, l’emploi est « une composante essentielle du sens de l’identité d’une

any compensatory matter, that they were forced to quit in such circumstances.

[88] Regrettably, Mr. Matthews gave no explanation as to what basis this Court would make a formal declaration in these circumstances. I would refrain from making a declaration of a contractual breach related to good faith in the formal sense. Nonetheless, I would observe that it is clear from the findings at trial Mr. Matthews was mistreated and lied to about the security of his future with the company in the years leading up to his constructive dismissal in a manner that contributed to making his job intolerable. Compensation during the reasonable notice period does not speak to this. While it may not result in further remedies in this case, it is not inappropriate to recall that the “non-monetary benefit” (*Potter*, at para. 84) derived from the performance of work can be wrongly taken from employees if, at dismissal, they are lied to or misled as to the reasons for termination.

V. Conclusion

[89] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, with costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Levitt, Toronto; Mitchell & Ferguson, Associates, Halifax.

personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368). Pour cette raison, il est compréhensible que des employés demandent qu’on reconnaisse qu’ils ont été traités de façon incorrecte, ce qui reflète le fait qu’ils estiment injuste, indépendamment des aspects financiers d’une telle situation, d’avoir été forcés de quitter leur emploi en pareilles circonstances.

[88] Malheureusement, M. Matthews n’a pas expliqué sur quel fondement notre Cour devrait s’appuyer pour prononcer une déclaration formelle dans les présentes circonstances. Je m’abstiendrais donc de prononcer formellement une déclaration portant qu’il y a eu manquement à l’obligation contractuelle d’agir de bonne foi. Je ferais néanmoins observer qu’il ressort clairement des conclusions tirées au procès que M. Matthews a été traité de façon incorrecte et qu’on lui a menti à l’égard de sa sécurité d’emploi future dans l’entreprise au cours des années ayant précédé son congédiement déguisé, et ce, d’une manière qui a contribué à créer une situation intolérable pour lui au travail. La rémunération versée pendant la période de préavis raisonnable ne tient pas compte de cela. Bien que l’observation susmentionnée ne se traduise pas par une réparation additionnelle en l’espèce, il n’est pas inapproprié de rappeler que « l’avantage non pécuniaire » (*Potter*, par. 84) qu’un salarié tire de l’exécution de son travail peut lui être retiré injustement si, en cas de congédiement, on lui ment et on le trompe quant aux raisons pour lesquelles on met fin à son emploi.

V. Conclusion

[89] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’écarter l’arrêt de la Cour d’appel et de rétablir le jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Procureurs de l’appellant : Levitt, Toronto; Mitchell & Ferguson, Associates, Halifax.

Solicitors for the respondent: Barteaux Durnford, Halifax.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Non-Organized Employees: Ball Professional Corporation, Toronto; CSuite Law, Toronto; SJO Legal Professional Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener Don Valley Community Legal Services: Monkhouse Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Law Students' Legal Advice Program: Tevlin Gleadle Curtis Employment Law Strategies, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener Parkdale Community Legal Services: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Parkdale Community Legal Services, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Barteaux Durnford, Halifax.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association for Non-Organized Employees : Ball Professional Corporation, Toronto; CSuite Law, Toronto; SJO Legal Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Don Valley Community Legal Services : Monkhouse Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Law Students' Legal Advice Program : Tevlin Gleadle Curtis Employment Law Strategies, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Parkdale Community Legal Services : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Parkdale Community Legal Services, Toronto.

Ryan Curtis Reilly *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Aboriginal Legal Services,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Criminal Trial Lawyers' Association and
Association québécoise des avocats et avocates
de la défense** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. REILLY

2020 SCC 27

File No.: 38785.

2020: October 13.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Charter of Rights — Remedy — Stay of proceedings — Systemic breach — Accused arrested and detained longer than 24 hours before being taken before justice for bail hearing, contrary to s. 503(1)(a) of Criminal Code — Crown conceding that accused's Charter rights breached by detention — Trial judge finding that accused held for more than 24 hours because of systemic and ongoing problem in province and staying proceedings — Court of Appeal holding that stay inappropriate as individual remedy for systemic Charter breaches and setting it aside — No basis for Court of Appeal to interfere with trial judge's decision — Stay restored.

Ryan Curtis Reilly *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directrice des poursuites pénales,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Québec,
Aboriginal Legal Services,
Criminal Lawyers' Association (Ontario),
Criminal Trial Lawyers' Association et
Association québécoise des avocats et avocates
de la défense** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. REILLY

2020 CSC 27

N° du greffe : 38785.

2020 : 13 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
L'ALBERTA**

Charte des droits — Réparation — Arrêt des procédures — Violation systémique — Accusé arrêté et détenu pendant plus de 24 heures avant d'être conduit devant un juge de paix pour une enquête sur le cautionnement, en violation de l'art. 503(1)(a) du Code criminel — Couronne concédant que la détention a porté atteinte aux droits garantis par la Charte à l'accusé — Juge de première instance concluant que l'accusé a été détenu pendant plus de 24 heures en raison d'un problème systémique et persistant dans la province et ordonnant l'arrêt des procédures — Cour d'appel statuant que l'arrêt des procédures ne constituait pas une réparation individuelle convenable à l'égard de violations systémiques de la Charte et annulant la réparation — Rien ne justifiait l'intervention de la Cour d'appel quant à la décision de la juge de première instance — Arrêt des procédures rétabli.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 503.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Martin, Slatter and Pentelechuk JJ.A.), 2019 ABCA 212, 88 Alta. L.R. (6th) 17, 376 C.C.C. (3d) 497, [2019] 9 W.W.R. 60, [2019] A.J. No. 676 (QL), 2019 CarswellAlta 1016 (WL Can.), setting aside a stay of proceedings ordered by Cocharde Prov. Ct. J., 2018 ABPC 85, 411 C.R.R. (2d) 10, [2018] A.J. No. 482 (QL), 2018 CarswellAlta 783 (WL Can.). Appeal allowed.

Deborah Hatch and Michael Bates, for the appellant.

Jason R. Russell, for the respondent.

Éric Marcoux, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

David Friesen, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Catheryne Bélanger, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Jonathan Rudin, for the intervener Aboriginal Legal Services.

Boris Bytensky, for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Daniel J. Song, for the intervener Criminal Trial Lawyers' Association.

Ariane Gagnon-Rocque, for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Jurisprudence

Arrêt mentionné : *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 503.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Martin, Slatter et Pentelechuk), 2019 ABCA 212, 88 Alta. L.R. (6th) 17, 376 C.C.C. (3d) 497, [2019] 9 W.W.R. 60, [2019] A.J. No. 676 (QL), 2019 CarswellAlta 1016 (WL Can.), qui a annulé l'arrêt des procédures ordonné par la juge Cocharde, 2018 ABPC 85, 411 C.R.R. (2d) 10, [2018] A.J. No. 482 (QL), 2018 CarswellAlta 783 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Deborah Hatch et Michael Bates, pour l'appelant.

Jason R. Russell, pour l'intimée.

Éric Marcoux, pour l'intervenante la directrice des poursuites pénales.

David Friesen, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Catheryne Bélanger, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Jonathan Rudin, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services.

Boris Bytensky, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Daniel J. Song, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association.

Ariane Gagnon-Rocque, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] BROWN J. — In these circumstances, which include the trial judge’s finding at para. 63 of her reasons (2018 ABPC 85, 411 C.R.R. (2d) 10) that the breach of s. 503 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was an instance of a systemic and ongoing problem that was not being satisfactorily addressed, we are all of the view that there was no basis for the Court of Appeal to interfere with the trial judge’s exercise of discretion: see *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 41.

[1] LE JUGE BROWN — Eu égard aux circonstances, y compris la conclusion tirée par la juge de première instance au par. 63 de ses motifs (2018 ABPC 85, 411 C.R.R. (2d) 10), selon laquelle la violation de l’art. 503 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, était une manifestation d’un problème systémique et persistant à l’égard duquel aucune mesure satisfaisante n’était prise pour y remédier, nous sommes toutes et tous d’avis que rien ne justifiait l’intervention de la Cour d’appel dans l’exercice par la juge de première instance de son pouvoir discrétionnaire : voir *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 41.

[2] The appeal is allowed and the stay restored.

[2] L’appel est accueilli et l’arrêt des procédures est rétabli.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Deborah Hatch Law Office, Edmonton; Ruttan Bates, Calgary.

Procureurs de l’appelant : Deborah Hatch Law Office, Edmonton; Ruttan Bates, Calgary.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Edmonton.

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

Procureur de l’intervenante la directrice 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.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Procureur de l’intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.

Procureur de l’intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers’ Association (Ontario): Bytensky Shikhman, Toronto.

Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Bytensky Shikhman, Toronto.

Solicitors for the intervener Criminal Trial Lawyers’ Association: Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Procureurs de l’intervenante Criminal Trial Lawyers’ Association : Pringle Chivers Sparks Teskey, Vancouver.

Solicitors for the intervener Association québécoise des avocats et avocates de la défense: Roy & Charbonneau, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense : Roy & Charbonneau, Québec.

**Joanne Fraser,
Allison Pilgrim and
Colleen Fox** *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,
Attorney General of Quebec,
Women’s Legal Education and
Action Fund Inc.,
Public Service Alliance of Canada and
National Police Federation** *Interveners*

**INDEXED AS: FRASER v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)**

2020 SCC 28

File No.: 38505.

2019: December 12; 2020: October 16.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer
JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on sex — Adverse impact discrimination — Systemic discrimination — RCMP allowing members to job share — Job sharing members not allowed under pension plan to buy back pension credits — Job sharers are mostly women — Retired members claiming that pension consequences of job sharing have discriminatory impact on women and violate their constitutional right to equality — Whether limitation on job sharers’ ability to buy back pension credits discriminates on basis of sex — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act,

**Joanne Fraser,
Allison Pilgrim et
Colleen Fox** *Appelantes*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

**Procureur général de l’Ontario,
procureure générale du Québec,
Fonds d’action et d’éducation juridiques
pour les femmes inc.,
Alliance de la Fonction publique du
Canada et Fédération de la police nationale**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : FRASER c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)**

2020 CSC 28

N° du greffe : 38505.

2019 : 12 décembre; 2020 : 16 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Discrimination par suite d’un effet préjudiciable — Discrimination systémique — Membres autorisés par la GRC à partager un poste — Membres partageant un poste non autorisés par le régime de pension à racheter du service ouvrant droit à pension — Femmes représentant la majorité des membres qui partagent un poste — Membres retraitées prétendant que les conséquences du partage de poste sur leur pension sont discriminatoires envers les femmes et violent leur droit constitutionnel à l’égalité — La restriction de la faculté des membres qui partagent un poste de racheter du service ouvrant droit

R.S.C. 1985, c. R 11 — Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations, C.R.C., c. 1393.

The claimants are three retired members of the RCMP who took maternity leave in the early-to-mid 1990s. Upon returning to full-time service, they experienced difficulties combining their work obligations with their childcare responsibilities. At the time, the RCMP did not permit regular members to work part-time. In December 1997, the RCMP introduced a job-sharing program in which members could split the duties and responsibilities of one full-time position. The three claimants enrolled in the job-sharing program; they and most of the other RCMP members who job-shared were women with children. Pursuant to the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, and the associated *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations* (“pension plan”), RCMP members can treat certain gaps in full-time service, such as leave without pay, as fully pensionable. The claimants expected that job-sharing would be eligible for full pension credits. However, they were later informed that they would not be able to purchase full-time pension credit for their job-sharing service.

The claimants initiated an application arguing that the pension consequences of job-sharing have a discriminatory impact on women contrary to s. 15(1) of the *Charter*. Their claim failed at the Federal Court. The application judge found that job-sharing is part-time work for which participants cannot obtain full-time pension credit and that this outcome did not violate s. 15(1). The application judge held that there was insufficient evidence that job-sharing was disadvantageous compared to leave without pay. The Federal Court of Appeal dismissed the claimants’ appeal.

Held (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

à pension constitue-t-elle de la discrimination fondée sur le sexe? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, c. R-11 — Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, C.R.C., c. 1393.

Les demandresses sont trois membres retraitées de la GRC qui ont pris des congés de maternité au début et au milieu des années 1990. Lorsqu’elles ont repris le service à temps plein, elles ont eu de la difficulté à concilier leurs obligations professionnelles et le fait de s’occuper de leurs enfants. À cette époque, la GRC ne permettait pas à ses membres réguliers de travailler à temps partiel. En décembre 1997, la GRC a mis en place un programme de partage de poste qui permettait à ses membres de se partager les responsabilités d’un poste à temps plein. Les trois demandresses se sont inscrites au programme de partage de poste; elles et la plupart des autres membres de la GRC qui ont partagé un poste étaient des femmes ayant des enfants. En vertu de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* et du *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* connexe (« régime de pension »), les membres de la GRC peuvent traiter certains trous dans leur période de service à temps plein (par exemple un congé non payé) comme une période de service à temps plein ouvrant droit à pension. Les demandresses s’attendaient à ce que le programme de partage de poste donne droit au rachat des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension, mais elles ont été informées qu’elles ne pourraient pas racheter de service à temps plein ouvrant droit à pension pour la période où elles partageaient un poste.

Les demandresses ont déposé une demande dans laquelle elles soutiennent que les conséquences d’un partage de poste sur leur pension sont discriminatoires envers les femmes et contreviennent au par. 15(1) de la *Charte*. La Cour fédérale a rejeté leur prétention. Le juge de première instance a conclu que le partage de poste constituait un travail à temps partiel pour lequel les participants ne peuvent pas racheter du service à temps plein ouvrant droit à pension et que cette conclusion ne contrevenait pas au par. 15(1). Selon le juge de première instance, il n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve pour démontrer que le partage de poste était désavantageux par rapport au congé non payé. La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel des demandresses.

Arrêt (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ.: Full-time RCMP members who job-share must sacrifice pension benefits because of a temporary reduction in working hours. This arrangement has a disproportionate impact on women and perpetuates their historical disadvantage. It is a clear violation of their right to equality under s. 15(1) of the *Charter*.

To prove a *prima facie* violation of s. 15(1), a claimant must demonstrate that the impugned law or state action, on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds, and imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage. The claimants contend that the negative pension consequences of job-sharing infringe s. 15(1) because they have an adverse impact on women. Resolving their claim requires considering how adverse impact discrimination is applied.

Adverse impact discrimination occurs when a seemingly neutral law has a disproportionate impact on members of groups protected on the basis of an enumerated or analogous ground. There is no doubt that adverse impact discrimination violates the norm of substantive equality which underpins the Court's equality jurisprudence. Substantive equality requires attention to the full context of the claimant group's situation, to the actual impact of the law on that situation, and to the persistent systemic disadvantages that have operated to limit the opportunities available to that group's members. At the heart of substantive equality is the recognition that identical or facially neutral treatment may frequently produce serious inequality. This is precisely what happens when seemingly neutral laws ignore the true characteristics of a group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits.

The same two-step approach to s. 15(1) applies regardless of whether the discrimination alleged is direct or indirect. At the first step, in order for a law to create a distinction based on prohibited grounds through its effects, it must have a disproportionate impact on members of a protected group. A law, for example, may include seemingly neutral rules, restrictions or criteria that operate in practice as "built-in headwinds" for members of protected groups. In other cases, the problem is not "headwinds"

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer : Les membres à temps plein de la GRC qui partagent un poste doivent sacrifier leurs prestations de pension en raison d'une réduction temporaire de leurs heures de travail. Cet arrangement a une incidence disproportionnée sur les femmes et perpétue leur désavantage historique. Il s'agit d'une violation évidente à leur droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

Pour prouver une violation *prima facie* du par. 15(1), le demandeur doit démontrer que la loi contestée ou l'acte de l'État crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage. Les demanderesse prétendent que les conséquences négatives du partage de poste sur la pension contreviennent au par. 15(1) parce qu'elles désavantagent les femmes. Pour trancher leur demande, il faut examiner la façon dont se manifeste la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable survient lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d'une protection contre la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue. Il ne fait donc aucun doute que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable va à l'encontre de la norme d'égalité réelle qui sous-tend la jurisprudence de la Cour sur l'égalité. L'égalité réelle exige que l'on porte attention à tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs, à l'effet réel de la mesure législative sur leur situation et aux désavantages systémiques persistants qui ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de ce groupe. La reconnaissance du fait qu'un traitement identique ou neutre à première vue peut fréquemment engendrer de graves inégalités touche au cœur de l'égalité réelle. C'est précisément ce qui arrive quand des lois en apparence neutres ne tiennent pas compte des véritables caractéristiques d'un groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société.

La même analyse à deux étapes fondée sur le par. 15(1) s'applique, peu importe que la discrimination alléguée soit directe ou indirecte. À la première étape, pour qu'une loi crée par son effet une distinction fondée sur des motifs interdits, elle doit avoir un effet disproportionné sur les membres d'un groupe protégé. Par exemple, une loi peut comporter des règles en apparence neutres, des restrictions ou des critères qui agissent en fait comme des « obstacles intégrés » pour les membres des groupes protégés.

built into a law, but the absence of accommodation for members of protected groups.

Two types of evidence will be especially helpful in proving that a law has a disproportionate impact on members of a protected group. The first is evidence about the situation of the claimant group. Courts will benefit from evidence about the physical, social, cultural or other barriers which provide the full context of the claimant group's situation. The goal of such evidence is to show that membership in the claimant group is associated with certain characteristics that have disadvantaged members of the group. These links may reveal that seemingly neutral policies are designed well for some and not for others.

Courts will also benefit from evidence about the outcomes that the impugned law or policy has produced in practice. This evidence may provide concrete proof that members of protected groups are being disproportionately impacted. The evidence may include statistics, especially if the pool of people adversely affected by a criterion or standard includes both members of a protected group and members of more advantaged groups. The goal of statistical evidence is to establish a disparate pattern of exclusion or harm that is statistically significant and not simply the result of chance. The weight given to statistics will depend on, among other things, their quality and methodology.

Ideally, claims of adverse effects discrimination should be supported by evidence about the circumstances of the claimant group and the results produced by the challenged law. However, both kinds of evidence are not always required. In some cases, evidence about a group will show such a strong association with certain traits that the disproportionate impact on members of that group will be apparent and immediate. Similarly, clear and consistent statistical disparities can show a disproportionate impact on members of protected groups, even if the precise reason for that impact is unknown. In such cases, the statistical evidence is itself a compelling sign that the law has not been structured in a way that takes into account the group's circumstances.

In sum, both evidence of statistical disparity and of broader group disadvantage may demonstrate disproportionate impact, but neither is mandatory and their significance will vary depending on the case. Whether the

Dans d'autres affaires, le problème n'est pas la présence d'« obstacles » intégrés à la loi, mais l'absence de mesures d'adaptation pour les membres des groupes protégés.

Deux types d'éléments de preuve sont particulièrement utiles pour prouver qu'une loi a un effet disproportionné sur des membres d'un groupe protégé. Le premier porte sur la situation du groupe de demandeurs. Les éléments de preuve sur les obstacles, notamment physiques, sociaux ou culturels qui décrivent la situation du groupe de demandeurs sont utiles aux tribunaux. De tels éléments de preuve ont pour objectif de démontrer que l'appartenance au groupe de demandeurs est associée à certaines caractéristiques qui ont désavantagé des membres du groupe. Ces liens peuvent révéler que des politiques en apparence neutres sont bien conçues pour certains mais pas pour d'autres.

Des éléments de preuve sur les conséquences pratiques de la loi ou politique contestée sont également utiles aux tribunaux. Ces éléments de preuve peuvent démontrer concrètement que les membres de groupes protégés subissent un effet disproportionné. Cette preuve peut inclure des statistiques, surtout si le bassin de gens touchés négativement par un critère ou une norme compte à la fois des membres d'un groupe protégé et des membres des groupes plus avantagés. L'objectif de la preuve statistique est d'établir l'existence d'un comportement distinct d'exclusion ou de préjudice statistiquement important et qui n'est pas simplement le résultat de la chance. Le poids accordé aux statistiques dépendra, entre autres, de la qualité de celles-ci et de la méthode utilisée pour les obtenir.

Idealement, les allégations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable doivent être étayées par des éléments de preuve sur la situation du groupe de demandeurs et sur les effets de la loi contestée. Cependant, les deux types d'éléments de preuve ne sont pas toujours requis. Dans certains cas, les éléments de preuve concernant un groupe démontreront un lien si puissant avec certains traits que l'effet disproportionné sur les membres de ce groupe sera visible et immédiat. De même, des disparités statistiques claires et constantes peuvent démontrer l'existence d'un effet disproportionné sur les membres de groupes protégés, même si la raison précise de l'effet est inconnue. En pareils cas, la preuve statistique est en soi un signe convaincant que la loi n'a pas été structurée de manière à tenir compte de la situation du groupe.

En somme, tant une preuve de disparité statistique qu'une preuve de désavantage sur le groupe dans son ensemble peuvent démontrer un effet disproportionné, mais aucune n'est obligatoire et leur importance variera

legislature intended to create a disproportionate impact is irrelevant. Proof of discriminatory intent has never been required to establish a claim under s. 15(1), and an ameliorative purpose is not sufficient to shield legislation from s. 15(1) scrutiny.

If claimants successfully demonstrate that a law has a disproportionate impact on members of a protected group, they need not also prove that the protected characteristic “caused” the disproportionate impact. It is also unnecessary for them to prove that the law itself was responsible for creating the background social or physical barriers which made a particular rule, requirement or criterion disadvantageous. In addition, claimants need not show that the impugned law affects all members of a protected group in the same way. The fact that discrimination is only partial does not convert it into non-discrimination, and differential treatment can occur on the basis of an enumerated ground despite the fact that not all persons belonging to the relevant group are mistreated.

The second step of the s. 15 test — whether the law has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage — will usually proceed similarly in cases of direct and indirect discrimination. The goal is to examine the impact of the harm caused to the affected group, which must be viewed in light of any systemic or historical disadvantages faced by the claimant group. The presence of social prejudices or stereotyping are not necessary factors in the s. 15(1) inquiry, and the perpetuation of disadvantage does not become less serious under s. 15(1) simply because it was relevant to a legitimate state objective. The test for a *prima facie* breach of s. 15(1) is concerned with the discriminatory impact of legislation on disadvantaged groups, not with whether the distinction is justified, an inquiry properly left to s. 1. Similarly, there is no burden on a claimant to prove that the distinction is arbitrary to prove a *prima facie* breach of s. 15(1). It is for the government to demonstrate that the law is *not* arbitrary in its justificatory submissions under s. 1.

Full-time RCMP members who work regular hours, who are suspended, or who go on unpaid leave can obtain

selon l’affaire. La question de savoir si le législateur avait l’intention de créer un effet distinct n’est pas pertinente. Il n’a jamais été obligatoire de fournir une preuve de l’intention discriminatoire pour étayer une allégation de violation du par. 15(1), et l’existence d’un objectif d’amélioration de la situation ne suffit pas non plus à soustraire une loi à l’examen fondé sur le par. 15(1).

Si les demandeurs réussissent à démontrer qu’une loi a un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé, ils n’ont pas besoin de prouver aussi que la caractéristique protégée a « causé » l’effet disproportionné. Il n’est pas non plus nécessaire pour eux de prouver que la loi a en soi pour effet de créer des obstacles sociaux ou physiques de fond qui ont rendu une règle, une exigence ou un critère particulier désavantageux. En outre, les demandeurs n’ont pas à démontrer que les critères, les caractéristiques ou les autres facteurs utilisés dans la loi contestée affectent tous les membres d’un groupe protégé de la même manière. Le fait que la discrimination ne soit que partielle n’en change pas la nature, et une différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités.

La deuxième étape de l’analyse relative à l’art. 15 — la question de savoir si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer un désavantage — se déroule habituellement de la même façon dans les cas d’effet distinct et de discrimination explicite. L’objectif est d’examiner l’effet du préjudice causé au groupe touché, qui doit être examiné à la lumière des désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs. La présence de préjugés et l’application de stéréotypes sociaux ne sont pas nécessairement des facteurs à prendre en compte dans l’analyse relative au par. 15(1), et la perpétuation du désavantage ne devient pas moins grave au regard du par. 15(1) simplement parce qu’elle était pertinente à l’égard d’un objectif légitime de l’État. Le critère à appliquer pour déterminer s’il y a violation à première vue du par. 15(1) concerne l’effet discriminatoire de la loi sur les groupes défavorisés et non la question de savoir si la distinction est justifiée, un examen qu’il convient d’effectuer au regard de l’article premier. De même, un demandeur n’est pas tenu de prouver que la distinction est arbitraire pour démontrer une violation à première vue du par. 15(1). C’est au gouvernement qu’il incombe de démontrer que la loi n’est *pas* arbitraire dans les observations qu’il présente pour justifier l’atteinte au regard de l’article premier.

Le régime de pension de la GRC permet à ses membres à temps plein qui ont un horaire de travail régulier, qui

full pension credit for those periods of service under the pension plan, but full-time members who temporarily reduce their hours under a job-sharing agreement are classified as part-time workers under the *Regulations* and are unable to acquire full-time pension credit for their service. The question is whether this arrangement has a disproportionate impact on women.

In relying on the claimants' "choice" to job-share as grounds for dismissing their claim, the Federal Court and Court of Appeal misapprehended the Court's s. 15(1) jurisprudence. The Court has consistently held that differential treatment can be discriminatory even if it is based on choices made by the affected individual or group. The Federal Court and Court of Appeal also engaged in a formalistic comparison between the remuneration offered under job-sharing and leave without pay, even though s. 15(1) guarantees the claimants and others in the job-sharing program the right to substantive equality with respect to full-time RCMP workers.

Under a proper assessment, the s. 15(1) claim succeeds. The use of an RCMP member's temporary reduction in working hours as a basis to impose less favourable pension consequences plainly has a disproportionate impact on women. The relevant evidence showed that RCMP members who worked reduced hours in the job-sharing program were predominantly women with young children. These statistics were bolstered by compelling evidence about the disadvantages women face as a group in balancing professional and domestic work. This evidence shows the clear association between gender and fewer or less stable working hours, and demonstrates that the RCMP's use of a temporary reduction in working hours as a basis for imposing less favourable pension consequences has an adverse impact on women.

This adverse impact perpetuates a long-standing source of disadvantage to women: gender biases within pension plans, which have historically been designed for middle and upper-income full-time employees with long service, typically male. Because the RCMP's pension design perpetuates a long-standing source of economic disadvantage

sont suspendus ou qui prennent des congés non payés de racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension, mais les membres à temps plein qui réduisent temporairement leurs heures dans le cadre d'une entente de partage de poste sont considérés comme des employés à temps partiel au sens du *Règlement* et ils ne peuvent racheter de période de service à temps plein ouvrant droit à pension. La question est de savoir si cette entente de partage de poste a un effet disproportionné sur les femmes.

En fondant le rejet de la demande des demanderesse sur le « choix » qu'ont fait ces dernières de conclure une entente de partage de poste, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont mal interprété la jurisprudence de la Cour sur le par. 15(1). La Cour a toujours conclu qu'une différence de traitement pouvait être discriminatoire même si elle est fondée sur des choix faits par l'individu ou le groupe touché. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont également établi une comparaison formaliste entre la rémunération offerte en vertu du programme de partage de poste et le programme de congé non payé, même si le par. 15(1) garantit aux demanderesse et aux autres participants au programme de partage de poste le droit à l'égalité réelle par rapport aux employés à temps plein de la GRC.

Suivant une évaluation adéquate, la demande fondée sur le par. 15(1) est couronnée de succès. Le fait de se baser sur la réduction temporaire des heures de travail d'un membre de la GRC pour imposer des conséquences moins avantageuses en matière de pension a clairement un effet disproportionné sur les femmes. Les éléments de preuve pertinents ont démontré que les membres de la GRC qui ont réduit leurs heures de travail en participant au programme de partage de poste étaient principalement des femmes ayant de jeunes enfants. Ces statistiques ont été renforcées par des éléments de preuve convaincants sur les désavantages auxquels les femmes font face en tant que groupe lorsqu'elles concilient leur vie professionnelle et les travaux ménagers. Cette preuve établit un lien clair entre les femmes et des heures de travail moindres ou instables, et démontre que le fait pour la GRC de se baser sur la réduction temporaire des heures de travail d'un de ses membres pour imposer des conséquences moins avantageuses en matière de pension a un effet préjudiciable sur les femmes.

Cet effet préjudiciable perpétue une source de désavantage de longue date pour les femmes : les préjugés fondés sur le sexe ancrés dans les régimes de pension, qui favorisent depuis toujours les employés à temps plein à revenu moyen et élevé comptant de nombreuses années de services, habituellement des hommes. Comme le modèle

for women, there is a *prima facie* breach of s. 15 based on the enumerated ground of sex.

Section 1 allows the state to justify a limit on a *Charter* right as demonstrably justified in a free and democratic society. To start, the state must identify a pressing and substantial objective for limiting the *Charter* right. The Attorney General has identified no pressing and substantial policy concern, purpose or principle that explains why job-sharers should not be granted full-time pension credit for their service. On the contrary, this limitation is entirely detached from the purposes of both the job-sharing scheme and the buy-back provisions. Job-sharing was clearly intended as a substitute for leave without pay for those members who could not take such leave due to personal or family circumstances. It is unclear, then, what purpose is served by treating the two forms of work reduction differently when extending pension buy-back rights. The government has not offered a compelling objective for this differential treatment.

Since the *prima facie* breach cannot be justified under s. 1, it is a violation of s. 15(1) to preclude the claimants and their colleagues from buying back their pension credits. The appropriate remedy is a declaration that there has been a breach of the s. 15(1) rights of full-time RCMP members who temporarily reduced their working hours under a job-sharing agreement, because of the inability of those members to buy back full pension credit for that service.

Per Brown and Rowe JJ. (dissenting): The RCMP pension plan does not violate s. 15 of the *Charter* in its application to members who job-share by denying them the right to accrue full-time pension credit for periods when they job-shared for childcare reasons. While the pension plan does create a distinction that, in its impact, is based on sex, its effect cannot be to hinder government efforts to address pre-existing inequality. Any disadvantage the claimants face is caused not by the impugned provisions or any government action, but by the unequal division of household and family responsibilities and social circumstances such as the availability of quality childcare.

de pension de la GRC perpétue une source de désavantage économique de longue date pour les femmes, il y a, à première vue, violation de l'art. 15 sur la base du motif énuméré que constitue le sexe.

L'article premier permet à l'État d'imposer, à l'égard d'un droit garanti par la *Charte*, une limite dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Tout d'abord, l'État doit énoncer un objectif réel et urgent pour limiter le droit garanti par la *Charte*. Le procureur général n'a pas identifié de considération d'intérêt général, de principe ou d'objectif urgent et réel expliquant pourquoi les employés qui partagent un poste ne devraient pas se voir accorder le droit de racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension. Au contraire, cette restriction est entièrement sans rapport avec les objectifs du régime de partage de poste et des dispositions de rachat. Le programme de partage de poste visait clairement à remplacer les congés non payés pour les membres qui ne pouvaient pas prendre de tels congés en raison de circonstances personnelles ou familiales. Il est donc difficile de comprendre pourquoi le régime de retraite traitait les deux formes de réduction des heures de travail différemment pour ce qui est des droits de rachat du service ouvrant droit à pension. Le gouvernement n'a pas présenté d'objectif convaincant pour justifier cette différence de traitement.

Puisque la violation à première vue ne peut se justifier au regard de l'article premier, le fait d'empêcher les demanderesse et leurs collègues de racheter leur service à temps plein ouvrant droit à pension constitue une violation du par. 15(1). La réparation appropriée consiste à déclarer qu'il y a eu violation des droits garantis par le par. 15(1) aux membres à temps plein de la GRC qui réduisent temporairement leurs heures de travail dans le cadre d'une entente de partage de poste, du fait de l'incapacité de ces membres de racheter leur période de service à temps plein ouvrant droit à pension.

Les juges Brown et Rowe (dissidents) : Le régime de pension de la GRC ne viole pas l'art. 15 de la *Charte* dans la façon dont il s'applique aux membres qui partagent un poste parce qu'il leur refuse le droit d'accumuler des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension pour les périodes où ils partagent un poste pour s'occuper de leurs enfants. Bien que le régime de pension crée une distinction qui, de par son effet, est fondée sur le sexe, il ne saurait avoir pour conséquence d'entraver les mesures prises par l'État pour corriger des inégalités historiques. Les désavantages que subissent les demanderesse ne sont pas causés par les dispositions contestées ou par une

Substantive equality has become almost infinitely malleable, allowing judges to invoke it as rhetorical cover for their own policy preferences in deciding a given case. This discretion does not accord with, but rather departs from, the rule of law.

Understanding the pension plan and the underlying legislative scheme in its entirety is key to adjudicating the s. 15 claim. It is incumbent on the Court to understand and account for how the scheme operates as a whole. The only employment statuses provided for under the pension plan are full-time, part-time, and leave without pay. There are no specific provisions relating to job-sharing but the relevant policies define job-sharing as a form of part-time work. Job-sharers are treated as working part-time during the period in which they job-share. As they work part-time hours, they receive part-time pension benefits for the period they job-share.

The s. 15 test, as it is currently framed, can address claims of adverse-impact discrimination by its inquiry into whether a law creates a distinction in its impact. At step one of the s. 15 test, it is not necessary to demonstrate that the impugned law or state action has the effect of contributing to an existing disadvantage. As a search for impact is a search for causation, establishing causation is critical. This is particularly so in instances where the state acts in order to address systemic discrimination given that the inquiry at step one is into whether the gap in outcomes is fully explained by pre-existing disadvantage or whether state conduct has contributed to it. Section 15 is concerned with state conduct that contributes to pre-existing disadvantage. The state does not have a freestanding positive obligation to remedy social inequalities and it can act incrementally, by putting in place policies that narrow a gap without closing it.

Ultimately, the onus is on the claimant to establish causation between the impugned law and the disadvantage. The analysis should not assume that correlation is the function of causation, where it might be the function

quelconque mesure gouvernementale, mais par la répartition inégale des responsabilités domestiques et familiales et par des facteurs sociaux comme l'accès à des garderies de qualité. L'égalité réelle est devenue pratiquement malléable à l'infini, ce qui permet aux juges de s'en servir comme prétexte théorique pour justifier leurs préférences personnelles en matière de principes lorsqu'ils statuent sur une affaire donnée. Ce pouvoir discrétionnaire ne respecte pas la primauté du droit : au contraire, il va à son encontre.

Il est essentiel de comprendre le régime de pension et le cadre législatif sous-jacent dans leur totalité pour pouvoir statuer sur une demande fondée sur l'art. 15. Il incombe à la Cour de bien comprendre le fonctionnement du régime dans son ensemble, et d'en tenir compte. Les seuls statuts d'employés que prévoit le régime sont ceux d'employé à temps plein, d'employé à temps partiel et d'employé en congé non payé. Il n'y a aucune disposition précise au sujet du partage de poste, mais les politiques applicables définissent le partage de poste comme une forme de travail à temps partiel. Les personnes qui partagent un poste sont considérées comme des employés à temps partiel pendant la période où elles partagent un poste. Puisque ces personnes travaillent à temps partiel, elles reçoivent des prestations de pension à temps partiel pour la période au cours de laquelle elles partagent un poste.

Tel qu'il est actuellement formulé, le critère de l'art. 15 peut s'appliquer aux allégations de discrimination par suite d'un effet préjudiciable en posant la question de savoir si la loi crée une distinction de par son effet. À la première étape du critère de l'art. 15, il n'est pas nécessaire de démontrer que la loi ou l'acte de l'État contestés ont eu pour effet de contribuer à un désavantage existant. Puisque la recherche d'un effet vise un lien de causalité, l'établissement du lien de causalité est essentiel. Cela est d'autant plus vrai dans les cas où l'État intervient dans le but de s'attaquer à une discrimination systémique car l'analyse effectuée à la première étape consiste à déterminer si l'écart constaté entre le sort réservé à un groupe par rapport à un autre s'explique uniquement par la préexistence d'un désavantage ou si, par ses actes, l'État a contribué à cet écart. L'article 15 s'intéresse aux actes de l'État qui contribuent à un désavantage historique. L'État n'a pas d'obligation positive distincte de remédier aux inégalités sociales et il peut agir de manière graduelle, en mettant en place des politiques qui rétrécissent un écart sans le combler totalement.

Il incombe en dernière analyse au demandeur d'établir le lien de causalité entre la loi contestée et le désavantage. L'analyse ne devrait pas partir du principe que la corrélation est attribuable à un lien de causalité, alors qu'elle

of independent factors — correlation itself is not proof of causation. Where a law is enacted to incrementally narrow a pre-existing systemic disadvantage without eradicating it, an element of disparity will necessarily remain. In such cases, it is not enough to refer to a statistical disparity and a broader group disadvantage.

The focus at step one on identifying a distinction is consistent with the comparative nature of equality. The two ways in which a distinction can be framed on the enumerated ground of sex in this case are by comparison to full-time members and by comparison to members who take leave without pay. The comparison to members who take leave without pay is a distinction that is not based on sex because there is no evidence that members taking leave without pay are less likely to be women than members participating in the job-sharing program. However, the distinction by comparison to full-time members is a distinction based on sex because members of the job-sharing program are disproportionately women, whereas uninterrupted full-time employment is a male pattern of employment. Therefore, the pension plan creates a distinction that, in its impact, is based on sex.

Step two of the s. 15 analysis asks whether that distinction is discriminatory in that it fails to respond to the actual capacities and needs of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating the disadvantage of women. The analysis at this step must consider whether the unequal impact corresponds with a group's actual circumstances or needs or whether it is in any other sense substantively discriminatory.

To establish substantive discrimination, an element of arbitrariness or unfairness has always been required in the s. 15 analysis. Factors relating to arbitrariness or unfairness must not be confined to the s. 1 analysis. The element of arbitrariness or unfairness has been most often expressed as a failure to respond to individuals' capacities, needs and circumstances but it does not need to take the form of promoting negative attitudes. It has never been confused with a discriminatory purpose, which is not required to establish substantive discrimination. Substantive discrimination cannot be reduced to historical disadvantage. In some circumstances, laws can maintain significant disadvantage while treating individuals equally and

pourrait être attribuable à des facteurs indépendants — la corrélation en elle-même n'est pas une preuve de causalité. Lorsqu'une loi vise à réduire progressivement un désavantage systémique historique sans le supprimer, il subsistera forcément une certaine disparité. En pareils cas, il ne suffit pas de mentionner une disparité statistique et un désavantage subi par le groupe dans son ensemble.

L'accent qui est mis à la première étape sur la recherche d'une distinction s'accorde avec la nature comparative de l'égalité. Les deux façons de formuler la distinction fondée sur le motif énuméré du sexe en l'espèce consistent à faire une comparaison avec la situation des membres à temps plein et celle des membres qui prennent des congés non payés. La comparaison avec les membres qui prennent des congés non payés est une distinction qui n'est pas fondée sur le sexe parce que rien ne prouve que les membres qui prennent des congés non payés sont moins susceptibles d'être des femmes que les membres qui participent au programme de partage de poste. Par contre, la distinction qui repose sur une comparaison avec les membres à temps plein est fondée sur le sexe parce que les participants au programme de partage de poste sont majoritairement des femmes, tandis que l'emploi à temps plein sans interruption est un régime de travail typiquement masculin. Par conséquent, le régime de pension crée une distinction qui, de par son effet, est fondée sur le sexe.

La seconde étape de l'analyse fondée sur l'art. 15 vise à déterminer si cette distinction est discriminatoire en ce sens qu'elle ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont les femmes sont victimes. L'analyse à cette étape doit porter sur la question de savoir si l'effet d'inégalité correspond aux besoins réels ou à la situation concrète du groupe ou s'il crée, dans un autre sens, une discrimination réelle.

Pour établir la discrimination réelle, il a toujours fallu démontrer l'existence d'un élément d'arbitraire ou d'injustice dans l'analyse fondée sur l'art. 15. On ne doit pas restreindre les facteurs relatifs à l'arbitraire et à l'injustice à l'analyse fondée sur l'article premier. L'élément d'arbitraire ou d'injustice a le plus souvent été exprimé comme le fait de ne pouvoir répondre aux capacités, à la situation et aux besoins concrets des individus, mais il ne se matérialise pas nécessairement par la promotion d'attitudes négatives. Il n'a jamais été confondu avec l'objet discriminatoire, lequel n'est pas nécessaire pour établir la discrimination réelle. La discrimination réelle ne saurait se résumer aux désavantages historiques. Dans

without discrimination. Substantive equality has become so vague that it is impossible for claimants or legislatures to anticipate its demands in advance. Legislatures are instead effectively expected to hit a moving target.

It is not arbitrary or unfair and therefore not discriminatory for an employer to prorate compensation, including benefits, according to hours worked when this responds to employees' actual capacities and circumstances. Employers must be able to compensate employees based on hours worked and offering pension benefits that are prorated to hours worked is not substantive discrimination. In accordance with the contextual analysis of the broader scheme, the provisions on leave without pay remain an important consideration at step two even though the distinction based on members who job-share compared to those who take leave without pay is not based on sex. Offering pension benefits that are prorated to hours worked does not become substantive discrimination where members who take leave without pay have the right to buy back hours of pension benefits, because the focus of the contextual analysis must be on the actual impact of the law in its full context and must consider each benefit program in full.

In the case at bar, the record does not suggest that the lines drawn are inappropriate, having regard to all the circumstances. The pension plan does not represent a source of ongoing systemic disadvantage as it does not contribute to women's systemic disadvantage; nor does it reinforce, perpetuate, or exacerbate the pre-existing disadvantage of women in the workplace which arises in part from unequal distribution of parental responsibilities. The impugned provisions of the pension plan represent an example of a government acting incrementally to address inequities that exist in society, using provisions that do not have a discriminatory impact. The legislation is ameliorative in both intent and effect.

Given that s. 15(1) of the *Charter* is not infringed, there is no need to consider s. 1

Per Côté J. (dissenting): The claim fails at step one of the s. 15(1) analysis because the impugned provisions of

certain cas, une loi peut perpétuer un désavantage important tout en traitant les personnes sur un plan d'égalité et sans discrimination. Le concept d'égalité réelle est devenu flou à tel point qu'il est impossible pour les demandeurs et pour le législateur de connaître à l'avance ses exigences. On attend en effet du législateur qu'il applique un concept qui évolue constamment.

Il n'est pas arbitraire ou injuste ni donc discriminatoire que l'employeur calcule la rémunération, y compris des avantages, en fonction du travail effectué si cela répond aux capacités et à la situation réelles des employés. Les employeurs devraient pouvoir rémunérer leurs employés en fonction des heures travaillées et le fait d'offrir des prestations de pension qui sont calculées au prorata des heures travaillées ne constitue pas une discrimination réelle. Conformément à l'analyse contextuelle du cadre général à laquelle on doit procéder, les dispositions relatives aux congés non payés continuent de jouer un rôle important à la deuxième étape même si la distinction relative à la situation des membres qui partagent un poste par rapport à celle des employés qui prennent des congés non payés ne repose pas sur le sexe. Le fait d'offrir des prestations de pension qui sont calculées au prorata des heures travaillées ne devient pas une discrimination réelle si les membres qui prennent des congés non payés ont le droit de racheter des périodes ouvrant droit à des prestations de pension, car l'accent de l'analyse contextuelle doit être mis sur l'effet réel de la loi à la lumière de tout son contexte et doit tenir compte de chaque programme de prestations dans son ensemble.

En l'espèce, le dossier ne permet pas de penser que les limites tracées sont injustifiées, compte tenu de l'ensemble des circonstances. Le régime de pension n'est pas une source de désavantages systémiques permanents car il ne contribue pas aux désavantages systémiques dont font l'objet les femmes et il n'a pas non plus pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer les désavantages que subissent déjà les femmes en milieu de travail en raison notamment du partage inégal des responsabilités parentales. Les dispositions contestées du régime de pension représentent un exemple d'un gouvernement qui agit de manière progressive pour s'attaquer aux inégalités qui existent au sein de la société en utilisant des dispositions qui n'ont pas en elles-mêmes un effet discriminatoire. La loi vise tant de par son esprit que de par ses effets à améliorer une situation.

Puisqu'il n'y a pas violation du par. 15(1) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de se pencher sur l'article premier.

La juge Côté (dissidente) : La demande doit être rejetée à la première étape de l'analyse du par. 15(1) parce

the pension plan do not create a distinction on the basis of the enumerated ground of sex. The effect of the impugned provisions of the pension plan is to create a distinction not on the basis of being a woman, that is, *sex simpliciter*, but on the basis of caregiving responsibilities alone or as a result of a combination of sex with caregiver status.

The impugned provisions of the pension plan that discriminate against those with caregiving responsibilities do not necessarily discriminate against women. There is disagreement that, in effect, discrimination on the basis of childcare is tantamount to discrimination on the basis of sex due to their historical association with one another because caregiving status can be separated from sex; rather, same-sex couples with children, as well as those individuals with elderly caregiving responsibilities will all be disproportionately affected.

Disproportionate impact alone is not sufficient to meet step one of the s. 15(1) analysis. Ultimately, in cases of adverse effect discrimination, the question under step one is whether the law, while facially neutral, creates an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground. Step one includes a requirement of causation, nexus or tether between the impugned provisions and their effect. It cannot be satisfied in the absence of such a nexus between the impugned law and the disproportionate impact. In cases of adverse effect discrimination, step one is a step at which claimants have more work to do, unlike at s. 1, where the burden is placed on the government. If disproportionate impact alone were sufficient, this would invite statistics-based litigation which would not be desirable, in part because statistics are constantly shifting.

In the present case, the claim is on behalf of women with children, and not simply women. It is critical that the claimants had caregiving responsibilities that made them decide to job-share. The statistical disparity in results showing that women are disproportionately affected — given that the majority of job-sharers are women with children — is insufficient to say that step one has been met. There is no reason why job-sharing is a singularly sex-based issue: rather, it is a caregiving status issue because job-sharing is a solution for all members with caregiving

que les dispositions contestées du régime de pension ne créent pas de distinction fondée sur le motif énuméré du sexe. Les dispositions contestées du régime de pension ont pour effet de créer une distinction qui n'est pas fondée sur le fait d'être une femme, c'est-à-dire sur le sexe en tant que tel, mais qui est basée sur le seul fait de s'occuper de quelqu'un ou sur une combinaison du sexe et du fait de s'occuper de quelqu'un.

Les dispositions contestées du régime de pension qui créent de la discrimination à l'égard des personnes qui s'occupent de quelqu'un ne sont pas nécessairement discriminatoires à l'égard des femmes. Il y a désaccord avec l'affirmation qu'effectivement, la discrimination fondée sur le fait de s'occuper d'enfants équivaut à une discrimination fondée sur le sexe en raison des liens historiques qui existent entre les deux, car la situation de la personne qui s'occupe de quelqu'un peut être dissociée de son sexe; au contraire, les couples de même sexe avec enfants, ainsi que les personnes qui s'occupent de personnes âgées seront tous touchés de manière disproportionnée.

L'existence d'un effet disproportionné n'est pas à elle seule suffisante pour satisfaire à la première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1). En fin de compte, dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la question qui se pose à la première étape est de savoir si, quoique neutre en apparence, la disposition contestée crée une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue. La première étape exige la présence d'une causalité, d'un lien ou d'une association entre les dispositions contestées et leur effet. On ne peut franchir cette étape sans avoir établi l'existence d'un lien entre la disposition législative contestée et l'effet disproportionné. Dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la première étape est une étape où le demandeur a une tâche plus lourde, contrairement à celle de l'article premier, où le fardeau est imposé au gouvernement. S'il suffisait de démontrer l'existence d'un effet disproportionné, cela inviterait les parties à débattre de statistiques, un résultat qui ne serait pas souhaitable, notamment parce que les statistiques évoluent sans cesse.

En l'espèce, la demande est formulée au nom des femmes qui ont des enfants, et non simplement au nom des femmes en général. Le fait que les demanderesse avaient la charge de s'occuper de leurs enfants et que les responsabilités qu'elles ont assumées à ce titre les ont incitées à prendre la décision de partager leur poste est essentiel. Les disparités statistiques démontrant que les femmes sont touchées de manière disproportionnée — vu que la majorité des employés qui recourent à la formule du partage de poste sont des femmes avec des enfants — sont

responsibilities, not just a solution for those of a certain sex who have children.

In light of the conclusion that any distinction depends not on sex but on caregiving responsibility and that the Court has not recognized caregiving, parental, or family status as an analogous ground, in this case, the claimants' contention must fail at step one of the s. 15(1) analysis. To be sure, the impugned provisions may very well not be rational — there may indeed be no logical reason to deprive job-sharers of full pension benefits that are guaranteed to full-time members and members on leave without pay. But it is not the Court's role to constitutionalize normative judgments to this effect; that is the role of the electorate, and in turn, the legislature. It therefore falls to the legislature, not the courts, to remedy any under-inclusiveness in this legislation, which purportedly was meant to assist with caregiving responsibilities in the first place.

As no distinction can be made out on the basis of sex, there is no need to proceed to the second step of the analysis.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *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; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143,

insuffisantes pour satisfaire aux exigences de la première étape de l'analyse. Rien ne justifie que la question du partage de poste ne concerne que le sexe; la question est plutôt liée à la situation de la personne qui s'occupe de quelqu'un parce que le partage de poste est une solution qui s'offre à tous les membres qui doivent s'occuper de quelqu'un, et non seulement aux membres d'un sexe ou d'un autre qui ont des enfants.

Vu la conclusion que toute distinction dépend non pas du sexe de l'individu, mais bien uniquement du fait qu'il s'occupe de quelqu'un, et que la Cour n'a pas reconnu comme motifs analogues la situation de la personne qui s'occupe d'un proche, l'état parental ou la situation familiale, la prétention des demandresses dans la présente affaire doit être rejetée à la première étape de l'analyse du par. 15(1). Certes, il se peut fort bien que les dispositions contestées ne soient pas rationnelles et qu'il n'existe en fait aucune raison logique de refuser aux agents qui optent pour le partage de poste les prestations de pension complètes qui sont garanties aux agents à temps plein et aux agents en congé non payé. Mais il n'appartient pas à la Cour de constitutionnaliser un jugement normatif en ce sens. Ce rôle incombe aux électeurs et, en dernière analyse, au législateur. Il appartient donc au législateur, et non aux tribunaux, de remédier au caractère trop restrictif de la présente loi, qui était censée à l'origine venir en aide aux personnes qui prennent soin de quelqu'un.

Puisque l'existence d'une distinction fondée sur le sexe ne peut être démontrée, il n'est pas nécessaire de passer à la seconde étape de l'analyse.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *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*

rev'g (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *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; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *Homer v. Chief Constable of West Yorkshire Police*, [2012] UKSC 15, [2012] 3 All E.R. 1287; *Vancouver Area Network of Drug Users v. Downtown Vancouver Business Improvement Association*, 2018 BCCA 132, 10 B.C.L.R. (6th) 175; *Gaz métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201; *Oršuš v. Croatia*, No. 15766/03, ECHR 2010-II; *Essop v. Home Office (U.K. Border Agency)*, [2017] UKSC 27, [2017] 3 All E.R. 551; *O'Connor v. Bar Standards Board*, [2017] UKSC 78, [2018] 2 All E.R. 779; *D.H. v. the Czech Republic*, No. 57325/00, ECHR 2007-IV; *Horváth and Kiss v. Hungary*, [2013] E.L.R. 102; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *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; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, C-96/80, [1981] E.C.R. I-911; *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*, C-170/84, [1986] E.C.R. I-1607; *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH*, C-171/88, [1989] E.C.R. I-2743; *Vroege v. NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV*, C-57/93, [1994] E.C.R. I-4541; *Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main*, C-4/02 and C-5/02, [2003] E.C.R. I-12575; *Reg. v. Secretary of State for Employment, Ex parte Equal Opportunities Commission*, [1995] 1 A.C. 1; *London Underground Ltd. v. Edwards (No. 2)*, [1999] I.C.R. 494; *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (1971); *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S. Ct. 1731 (2020); *Campbell River & North Island Transition Society v. Health Sciences Assn. personne*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, inf. (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *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; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *Homer c. Chief Constable of West Yorkshire Police*, [2012] UKSC 15, [2012] 3 All E.R. 1287; *Vancouver Area Network of Drug Users c. Downtown Vancouver Business Improvement Association*, 2018 BCCA 132, 10 B.C.L.R. (6th) 175; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253; *Oršuš c. Croatie*, n° 15766/03, CEDH 2010 II; *Essop c. Home Office (U.K. Border Agency)*, [2017] UKSC 27, [2017] 3 All E.R. 551; *O'Connor c. Bar Standards Board*, [2017] UKSC 78, [2018] 2 All E.R. 779; *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00, CEDH 2007-IV; *Horváth and Kiss c. Hungary*, [2013] E.L.R. 102; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *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; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*, C-96/80, [1981] E.C.R. I-911; *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz*, C-170/84, [1986] E.C.R. I-1607; *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH*, C-171/88, [1989] E.C.R. I-2743; *Vroege c. NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV*, C-57/93, [1994] E.C.R. I-4541; *Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main*, C-4/02 et C-5/02, [2003] E.C.R. I-12575; *Reg. c. Secretary of State for Employment, Ex parte Equal Opportunities Commission*, [1995] 1 A.C. 1; *London Underground Ltd. c. Edwards (No. 2)*, [1999] I.C.R. 494; *Phillips c. Martin Marietta*

of British Columbia, 2004 BCCA 260, 28 B.C.L.R. (4th) 292; *Brown v. Department of National Revenue* (1993), 93 CLLC ¶17,013; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595; *Misetich v. Value Village Stores Inc.*, 2016 HRTO 1229, 39 C.C.E.L. (4th) 129; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting)

Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Centrale des syndicats du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985; *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955); *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37,

Corp., 400 U.S. 542 (1971); *Bostock c. Clayton County, Georgia*, 140 S. Ct. 1731 (2020); *Campbell River & North Island Transition Society c. Health Sciences Assn. of British Columbia*, 2004 BCCA 260, 28 B.C.L.R. (4th) 292; *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national)*, 1993 CanLII 683; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Misetich c. Value Village Stores Inc.*, 2016 HRTO 1229, 39 C.C.E.L. (4th) 129; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents)

Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Williamson c. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955); *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Schachter c. Canada*,

[2011] 2 S.C.R. 670; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *Ferrel v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Baldwin v. Missouri*, 281 U.S. 586 (1930); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293.

By Côté J. (dissenting)

Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence), [1996] 3 F.C. 789; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Centrale des syndicats du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *D.H. v. the Czech Republic*, No. 57325/00, ECHR 2007-IV; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Washington, Mayor of Washington, D.C. v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988); *Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507 (2015); *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); *Smith v. City of Jackson, Mississippi*, 544 U.S. 228 (2005); *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Miceli-Riggins v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 158, [2014] 4 F.C.R. 709; *Grenon v. Minister of National Revenue*, 2016 FCA 4, 482 N.R. 310; *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 181, [2019] 2 F.C.R. 488.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 3, 14, 15, 20, 23, 32.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.).
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945.
Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C. 1985, c. R-11, ss. 5, 6, 7(1), 29.2.

[1992] 2 R.C.S. 679; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Ferrel c. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Baldwin c. Missouri*, 281 U.S. 586 (1930); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale), [1996] 3 C.F. 789; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00, CEDH 2007-IV; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Washington, Mayor of Washington, D.C. c. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Watson c. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988); *Texas Department of Housing and Community Affairs c. Inclusive Communities Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507 (2015); *Ricci c. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); *Smith c. City of Jackson, Mississippi*, 544 U.S. 228 (2005); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Miceli-Riggins c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 158, [2014] 4 R.C.F. 709; *Grenon c. Canada*, 2016 CAF 4; *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 181, [2019] 2 R.C.F. 488.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 3, 14, 15, 20, 23, 32.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.).
Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, c. R-11, art. 5, 6, 7(1), 29.2.
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., c. 945.

Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations, C.R.C., c. 1393, ss. 2.1, 5.2(1), 5.4, 10(1), (4), 10.1, 10.8.

Treaties and Other International Instruments

Beijing Declaration and Platform for Action, U.N. Doc. A/CONF.177/20, October 17, 1995.

Authors Cited

- Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
- Bisom-Rapp, Susan. “What We Know About Equal Employment Opportunity Law After Fifty Years of Trying” (2018), 22 *Employee Rts. & Employment Pol’y J.* 337.
- Bisom-Rapp, Susan, and Malcolm Sargeant. “It’s Complicated: Age, Gender, and Lifetime Discrimination Against Working Women — The United States and the U.K. as Examples” (2014), 22 *Elder L.J.* 1.
- Braun, Evelyn. “Adverse Effect Discrimination: Proving the *Prima Facie* Case” (2005), 11 *Rev. Const. Stud.* 119.
- British Columbia Law Institute. *Human Rights and Family Responsibilities: Family Status Discrimination under Human Rights Law in British Columbia and Canada*. Vancouver, 2012.
- Canada. Commission of Inquiry into Part-time Work. *Part-time Work in Canada: Report of the Commission of Inquiry into Part-time Work*. Ottawa: Labour Canada, 1983.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 3rd Sess., 34th Parl., February 24, 1992, p. 7487.
- Canada. Royal Commission on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa, 1970.
- Canada. Statistics Canada. *Table 11-10-0055-01 — High income tax filers in Canada* (online: <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/en/tv.action?pid=1110005501>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC28_1_eng.pdf).
- Canada. Statistics Canada. *Women in Canada: A Gender-based Statistical Report*, 7th ed. by Melissa Moyser. Ottawa, 2017.
- Canadian Institute for Health Information. *Nursing in Canada, 2019: A Lens on Supply and Workforce*. Ottawa, 2020.

Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, C.R.C., c. 1393, art. 2.1, 5.2(1), 5.4, 10(1), (4), 10.1, 10.8.

Traités et autres instruments internationaux

Déclaration et Programme d’action de Beijing, Doc. N.U. A/CONF.177/20, 17 octobre 1995.

Doctrine et autres documents cités

- Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.
- Bisom-Rapp, Susan. « What We Know About Equal Employment Opportunity Law After Fifty Years of Trying » (2018), 22 *Employee Rts. & Employment Pol’y J.* 337.
- Bisom-Rapp, Susan, and Malcolm Sargeant. « It’s Complicated : Age, Gender, and Lifetime Discrimination Against Working Women — The United States and the U.K. as Examples » (2014), 22 *Elder L.J.* 1.
- Braun, Evelyn. « Adverse Effect Discrimination : Proving the *Prima Facie* Case » (2005), 11 *études const.* 119.
- British Columbia Law Institute. *Human Rights and Family Responsibilities : Family Status Discrimination under Human Rights Law in British Columbia and Canada*, Vancouver, 2012.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 3^e sess., 34^e lég., 24 février 1992, p. 7487.
- Canada. Commission d’enquête sur le travail à temps partiel. *Le travail à temps partiel au Canada : Rapport de la Commission d’enquête sur le travail à temps partiel*, Ottawa, Travail Canada, 1983.
- Canada. Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, 1970.
- Canada. Commission royale sur l’égalité en matière d’emploi. *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Canada. Statistique Canada. *Femmes au Canada : Rapport statistique fondé sur le sexe*, 7^e éd., par Melissa Moyser, Ottawa, 2017.
- Canada. Statistique Canada. *Tableau 11-10-0055-01 — Les déclarants à revenu élevé, au Canada* (en ligne : https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/fr/tv.action?pid=1110005501&request_locale=fr; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC28_1_fra.pdf).

- Chaykowski, Richard P., and Lisa M. Powell. “Women and the Labour Market: Recent Trends and Policy Issues” (1999), 25 *Can. Pub. Pol’y* S1.
- Collins, Hugh, and Tarunabh Khaitan. “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2018, 1.
- Craig, Elaine. “Family as Status in *Doe v. Canada: Constituting Family Under Section 15 of the Charter*” (2007), 20 *N.J.C.L.* 197.
- Demers, Diane L. “La discrimination systémique: variation sur un concept unique” (1993), 8 *C.J.L.S.* 83.
- Eberts, Mary, and Kim Stanton. “The Disappearance of the Four Equality Rights and Systemic Discrimination from Canadian Equality Jurisprudence” (2018), 38 *N.J.C.L.* 89.
- Eisen, Jessica. “Grounding Equality in Social Relations: Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory” (2017), 42 *Queen’s L.J.* 41.
- Faraday, Fay. “One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada” (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301.
- Fredman, Sandra. “Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide?”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2018, 31.
- Fredman, Sandra. *Discrimination Law*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- Fredman, Sandra. “The Reason Why: Unravelling Indirect Discrimination” (2016), 45 *Indus. L.J.* 231.
- Gopnik, Adam. “The illiberal imagination: Are liberals on the wrong side of history?”, *The New Yorker*, March 20, 2017, 88.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (updated 2019, release 1).
- Hughes, Patricia. “Supreme Court of Canada Equality Jurisprudence and ‘Everyday Life’” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 245.
- International Labour Organization. *Rights, jobs and social security: New visions for older women and men*. Geneva, 2008.
- Kanee, Lyle, and Adam Cembrowski. “Family Status Discrimination and the Obligation to Self-Accommodate” (2018), 14 *J.L. & Equality* 61.
- Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.
- Khaitan, Tarunabh. *A Theory of Discrimination Law*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Chaykowski, Richard P., and Lisa M. Powell. « Women and the Labour Market : Recent Trends and Policy Issues » (1999), 25 *Anal. de pol.* S1.
- Collins, Hugh, and Tarunabh Khaitan. « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2018, 1.
- Comité canadien d’action sur le statut de la femme. *Brief on Equality for Women in Pensions, Taxation and Federal Benefits to Parents*, Toronto, 1985.
- Commission du droit de l’Ontario. *Travailleurs vulnérables et travail précaire*, Toronto, 2012.
- Craig, Elaine. « Family as Status in *Doe v. Canada : Constituting Family Under Section 15 of the Charter* » (2007), 20 *R.N.D.C.* 197.
- Demers, Diane L. « La discrimination systémique : variation sur un concept unique » (1993), 8 *R.C.D.S.* 83.
- Eberts, Mary, and Kim Stanton. « The Disappearance of the Four Equality Rights and Systemic Discrimination from Canadian Equality Jurisprudence » (2018), 38 *R.N.D.C.* 89.
- Eisen, Jessica. « Grounding Equality in Social Relations : Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory » (2017), 42 *Queen’s L.J.* 41.
- Faraday, Fay. « One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301.
- Fredman, Sandra. « Direct and Indirect Discrimination : Is There Still a Divide? », in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2018, 31.
- Fredman, Sandra. *Discrimination Law*, 2nd ed., New York, Oxford University Press, 2011.
- Fredman, Sandra. « The Reason Why : Unravelling Indirect Discrimination » (2016), 45 *Indus. L.J.* 231.
- Gopnik, Adam. « The illiberal imagination : Are liberals on the wrong side of history? », *The New Yorker*, March 20, 2017, 88.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (updated 2019, release 1).
- Hughes, Patricia. « Supreme Court of Canada Equality Jurisprudence and “Everyday Life” » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 245.
- Institut canadien d’information sur la santé. *Le personnel infirmier au Canada, 2019 : un regard sur l’effectif et la main-d’œuvre*, Ottawa, 2020.
- Kanee, Lyle, and Adam Cembrowski. « Family Status Discrimination and the Obligation to Self-Accommodate » (2018), 14 *J.L. & Equality* 61.

- Khaitan, Tarunabh, and Sandy Steel. “Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination Law”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2018, 197.
- Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. “Meaningless Mantra: Substantive Equality after *Withler*” (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31.
- Law Commission of Ontario. *Vulnerable Workers and Precarious Work*. Toronto, 2012.
- Lawrence, Sonia. “Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination: Reading the Supreme Court on Section 15”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006, 115.
- Macpherson, Suzi. “Reconciling employment and family care-giving: a gender analysis of current challenges and future directions for UK policy”, in Nicole Busby and Grace James, eds., *Families, Care-giving and Paid Work: Challenging Labour Law in the 21st Century*. Northampton, Mass.: Edward Elgar Publishing, 2011, 13.
- Majury, Diana. “Women Are Themselves to Blame: Choice as a Justification for Unequal Treatment”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*. Toronto: Irwin Law, 2006, 209.
- 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, 2006, 95.
- Miller, Bradley W. “Justification and Rights Limitations”, in Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory*. New York: Cambridge University Press, 2010, 93.
- Miller, Bradley W. “Majoritarianism and Pathologies of Judicial Review”, in Grégoire Webber et al., *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*. New York: Cambridge University Press, 2018, 181.
- Mize, Selene. “Indirect Discrimination Reconsidered” (2007), *N.Z.L. Rev.* 27.
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
- Moran, Mayo. “Protesting Too Much: Rational Basis Review Under Canada’s Equality Guarantee”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006, 71.
- Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2013.
- Khaitan, Tarunabh. *A Theory of Discrimination Law*, New York, Oxford University Press, 2015.
- Khaitan, Tarunabh, and Sandy Steel. « Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination Law », in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2018, 197.
- Koshan, Jennifer, and Jonnette Watson Hamilton. « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31.
- Lawrence, Sonia. « Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination : Reading the Supreme Court on Section 15 », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2006, 115.
- Macpherson, Suzi. « Reconciling employment and family care-giving : a gender analysis of current challenges and future directions for UK policy », in Nicole Busby and Grace James, eds., *Families, Care-giving and Paid Work : Challenging Labour Law in the 21st Century*, Northampton (Mass.), Edward Elgar Publishing, 2011, 13.
- Majury, Diana. « Women Are Themselves to Blame : Choice as a Justification for Unequal Treatment », in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2006, 209.
- 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, 2006, 95.
- Miller, Bradley W. « Justification and Rights Limitations », in Grant Huscroft, ed., *Expounding the Constitution : Essays in Constitutional Theory*, New York, Cambridge University Press, 2010, 93.
- Miller, Bradley W. « Majoritarianism and Pathologies of Judicial Review », in Grégoire Webber et al., *Legislated Rights : Securing Human Rights through Legislation*, New York, Cambridge University Press, 2018, 181.
- Mize, Selene. « Indirect Discrimination Reconsidered » (2007), *N.Z.L. Rev.* 27.
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Moran, Mayo. « Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada’s Equality Guarantee », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing*

- Moreau, Sophia. “The Moral Seriousness of Indirect Discrimination”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2018, 123.
- Moreau, Sophia. “What Is Discrimination?” (2010), 38 *Philosophy & Public Affairs* 143.
- National Action Committee on the Status of Women. *Brief on Equality for Women in Pensions, Taxation and Federal Benefits to Parents*. Toronto, 1985.
- Ontario. Gender Wage Gap Strategy Steering Committee. *Final Report and Recommendations of the Gender Wage Gap Strategy Steering Committee*. Toronto, 2016.
- Ontario. Ontario Human Rights Commission. *The Cost of Caring: Report on the Consultation on Discrimination on the Basis of Family Status*. Toronto, 2006.
- Ontario. Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario. *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario*. Toronto, 1980.
- Osborne-Brown, Sheila. “Discrimination and Family Status: The Test, the Continuing Debate, and the Accommodation Conversation” (2018), 14 *J.L. & Equality* 87.
- Phillips, Lisa, and Margot Young. “Sex, Tax and the Charter: A Review of *Thibaudeau v. Canada*” (1995), 2 *Rev. Const. Stud.* 221.
- Pothier, Dianne. “Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences” (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.
- Pothier, Dianne. “M’Aider, Mayday: Section 15 of the Charter in Distress” (1996), 6 *N.J.C.L.* 295.
- Pothier, Dianne. “Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach” (2010), 4 *McGill J.L. & Health* 17.
- Puchta, Alicja. “*Quebec v A* and *Taypotat*: Unpacking the Supreme Court’s Latest Decisions on Section 15 of the Charter” (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665.
- Réaume, Denise G. “Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination” (2001), 2 *Theor. Inq. L.* 349.
- Rivet, Michèle, et Anne-Marie Santorineos. “Juger à l’ère des droits fondamentaux” (2012), 42 *R.D.U.S.* 363.
- Sangiuliano, Anthony Robert. “Substantive Equality As Equal Recognition: A New Theory of Section 15 of the Charter” (2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 601.
- Sealy-Harrington, Joshua. “Assessing Analogous Grounds: The Doctrinal and Normative Superiority of a Multi-Variable Approach” (2013), 10 *J.L. & Equality* 37.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment: Making Judicial Decisions*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.
- Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2006, 71.
- Moreau, Sophia. « The Moral Seriousness of Indirect Discrimination », in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2018, 123.
- Moreau, Sophia. « What Is Discrimination? » (2010), 38 *Philosophy & Public Affairs* 143.
- Ontario. Comité directeur de la Stratégie pour l’équité salariale entre les sexes. *Rapport final et recommandations du Comité directeur de la Stratégie pour l’équité salariale entre les sexes*, Toronto, 2016.
- Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. *Le coût de la prestation de soins : Rapport de consultation sur la discrimination fondée sur l’état familial*, Toronto, 2006.
- Ontario. Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario. *Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario*, Toronto, 1980.
- Organisation internationale du Travail. *Droits, emplois et sécurité sociale : Une nouvelle vision pour les hommes et les femmes âgés*, Genève, 2008.
- Osborne-Brown, Sheila. « Discrimination and Family Status : The Test, the Continuing Debate, and the Accommodation Conversation » (2018), 14 *J.L. & Equality* 87.
- Phillips, Lisa, and Margot Young. « Sex, Tax and the Charter : A Review of *Thibaudeau v. Canada* » (1995), 2 *R. études const.* 221.
- Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37.
- Pothier, Dianne. « M’Aider, Mayday : Section 15 of the Charter in Distress » (1996), 6 *R.N.D.C.* 295.
- Pothier, Dianne. « Tackling Disability Discrimination at Work : Toward a Systemic Approach » (2010), 4 *R.D. & santé McGill* 17.
- Puchta, Alicja. « *Quebec v A* and *Taypotat* : Unpacking the Supreme Court’s Latest Decisions on Section 15 of the Charter » (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665.
- Réaume, Denise G. « Harm and Fault in Discrimination Law : The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination » (2001), 2 *Theor. Inq. L.* 349.
- Rivet, Michèle, et Anne-Marie Santorineos. « Juger à l’ère des droits fondamentaux » (2012), 42 *R.D.U.S.* 363.
- Sangiuliano, Anthony Robert. « Substantive Equality As Equal Recognition : A New Theory of Section 15 of the Charter » (2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 601.

- Sheppard, Colleen. “Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 893.
- Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2010.
- Sheppard, Colleen. “Mapping anti-discrimination law onto inequality at work: Expanding the meaning of equality in international labour law” (2012), 151 *Int’l Lab. Rev.* 1.
- Sheppard, Colleen. “Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.*” (2001), 46 *McGill L.J.* 533.
- Shilton, Elizabeth. “Family Status Discrimination: ‘Disruption and Great Mischief’ or Bridge over the Work-Family Divide?” (2018), 14 *J.L. & Equality* 33.
- Shilton, Elizabeth. “Gender Risk and Employment Pension Plans in Canada” (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 101.
- Vizkelely, Béatrice. *Proving Discrimination in Canada*. Toronto: Carswell, 1987.
- Watson Hamilton, Jonnette, and Jennifer Koshan. “Adverse Impact: The Supreme Court’s Approach to Adverse Effects Discrimination under Section 15 of the *Charter*” (2015), 19 *Rev. Const. Stud.* 191.
- Watson Hamilton, Jonnette, and Jennifer Koshan. “Equality Rights and Pay Equity: Déjà Vu in the Supreme Court of Canada” (2019), 15 *J.L. & Equality* 1.
- Watson Hamilton, Jonnette, and Jennifer Koshan. “*Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*: An Arbitrary Approach to Discrimination” (2016), 76 *S.C.L.R.* (2d) 243.
- Young, Claire. “Pensions, Privatization, and Poverty: The Gendered Impact” (2011), 23 *C.J.W.L.* 661.
- 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, 2006, 45.
- Young, Margot. “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15” (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183.
- Yowell, Paul. *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2018.
- Sealy-Harrington, Joshua. « Assessing Analogous Grounds : The Doctrinal and Normative Superiority of a Multi-Variable Approach » (2013), 10 *J.L. & Equality* 37.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- Sheppard, Colleen. « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach » (2001), 80 *R. du B. can.* 893.
- Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2010.
- Sheppard, Colleen. « Mapping anti-discrimination law onto inequality at work : Expanding the meaning of equality in international labour law » (2012), 151 *R. int. Trav.* 1.
- Sheppard, Colleen. « Of Forest Fires and Systemic Discrimination : A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.* » (2001), 46 *R.D. McGill* 533.
- Shilton, Elizabeth. « Family Status Discrimination : “Disruption and Great Mischief” or Bridge over the Work-Family Divide? » (2018), 14 *J.L. & Equality* 33.
- Shilton, Elizabeth. « Gender Risk and Employment Pension Plans in Canada » (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 101.
- Vizkelely, Béatrice. *Proving Discrimination in Canada*, Toronto, Carswell, 1987.
- Watson Hamilton, Jonnette, and Jennifer Koshan. « Adverse Impact : The Supreme Court’s Approach to Adverse Effects Discrimination under Section 15 of the *Charter* » (2015), 19 *R. études const.* 191.
- Watson Hamilton, Jonnette, and Jennifer Koshan. « Equality Rights and Pay Equity : Déjà Vu in the Supreme Court of Canada » (2019), 15 *J.L. & Equality* 1.
- Watson Hamilton, Jonnette, and Jennifer Koshan. « *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat* : An Arbitrary Approach to Discrimination » (2016), 76 *S.C.L.R.* (2d) 243.
- Young, Claire. « Pensions, Privatization, and Poverty : The Gendered Impact » (2011), 23 *R.F.D.* 661.
- 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, 2006, 45.
- Young, Margot. « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 » (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183.
- Yowell, Paul. *Constitutional Rights and Constitutional Design : Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2018.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Gauthier, Gleason and Woods JJ.A.), 2018 FCA 223, [2019] 2 F.C.R. 541, 426 C.R.R. (2d) 190, 44 C.C.P.B. (2nd) 167, 2019 CLLC ¶230-018, [2018] F.C.J. No. 1228 (QL), 2018 CarswellNat 7614 (WL Can.), affirming a decision of Kane J., 2017 FC 557, [2017] F.C.J. No. 609 (QL), 2017 CarswellNat 2726 (WL Can.). Appeal allowed, Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Paul Champ and Bijon Roy, for the appellants.

Christopher M. Rupar, Zoe Oxaal and Gregory Tzemenakis, for the respondent.

Rochelle S. Fox and Yashoda Ranganathan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Amélie Pelletier Desrosiers and Catheryne Bélanger, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Danielle Bisnar, Kate Hughes and Janet Borowy, for the intervener the Women’s Legal Education and Action Fund Inc.

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

Christopher Rootham and Andrew Montague-Reinholdt, for the intervener the National Police Federation.

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

[1] ABELLA J. — In 1970, the Royal Commission on the Status of Women in Canada set out a galvanic blueprint for redressing the legal, economic, social and political barriers to full and fair participation faced by Canadian women for generations. Many of the inequities it identified have been spectacularly reversed, and the result has been enormous progressive change for women in this country. But despite the sweep of legislative initiatives and the positive

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Gauthier, Gleason et Woods), 2018 CAF 223, [2019] 2 R.C.F. 541, 426 C.R.R. (2d) 190, 44 C.C.P.B. (2nd) 167, 2019 CLLC ¶230-018, [2018] A.C.F. n° 1228 (QL), 2018 CarswellNat 7614 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Kane, 2017 CF 557, [2017] F.C.J. No. 609 (QL), 2017 CarswellNat 2727 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents.

Paul Champ et Bijon Roy, pour les appelantes.

Christopher M. Rupar, Zoe Oxaal et Gregory Tzemenakis, pour l’intimé.

Rochelle S. Fox et Yashoda Ranganathan, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Amélie Pelletier Desrosiers et Catheryne Bélanger, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Danielle Bisnar, Kate Hughes et Janet Borowy, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes inc.

Andrew Astritis et Morgan Rowe, pour l’intervenante l’Alliance de la Fonction publique du Canada.

Christopher Rootham et Andrew Montague-Reinholdt, pour l’intervenante la Fédération de la police nationale.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — En 1970, la Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada a établi un plan d’action galvanique pour lever les obstacles juridiques, économiques, sociaux et politiques à une participation pleine et équitable des femmes canadiennes auxquels font face ces dernières depuis des générations. Bon nombre des iniquités relevées par la Commission ont été corrigées avec brio et les femmes de tout le pays ont pu

realignment of many social expectations, the long reach of entrenched assumptions about the role of women in a family continues to leave its mark on what happens in the workplace.

[2] One of the ways it does so is in how women are remunerated generally; the corollary is how they are remunerated when they seek to combine work with family responsibilities by working part-time. As the Royal Commission noted, “ways must be found to provide [part-time] employees with pay and working conditions no less equitable than those provided for the full-time worker” (*Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*, at p. 105). Fifty years later, this appeal raises that very issue.

[3] Members of the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) receive benefits upon retirement from a pension plan. Greater benefits are provided to members with a record of high pay and long, uninterrupted full-time service. Certain gaps in a member’s record of service — such as being suspended or time spent on unpaid leave — can be filled in through a “buy back” process, leaving the member’s pension benefits unaffected. No such choice is available to full-time members who temporarily reduced their working hours under a job-sharing agreement. Nearly all of the participants in the job-sharing program are women and most of them reduced their hours of work because of child care.

[4] Three retired members of the RCMP claim that the pension consequences of job-sharing have a discriminatory impact on women and violate s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Their claim failed at the Federal Court (2017 FC 557). The application judge concluded that job-sharing is not disadvantageous when compared to unpaid leave and, even if it is, that any such disadvantage is the result of an individual employee’s choice to job-share, not her gender or family status. The Federal Court

bénéficiaire d’un énorme changement progressiste. Mais malgré la vague d’initiatives législatives et le réalignement positif de nombreuses attentes sociales, la vaste portée des stéréotypes bien ancrés sur le rôle des femmes dans la famille continue de façonner le monde du travail.

[2] Cela se voit notamment dans la façon dont les femmes sont rémunérées en général, entre autres lorsqu’elles veulent combiner leurs responsabilités familiales et le travail à temps partiel. Comme la Commission royale l’a mentionné, « il faut trouver le moyen d’accorder [aux employés à temps partiel] des salaires et des conditions de travail qui ne soient pas moins équitables que ceux qui sont consentis aux employés à plein temps » (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada*, p. 119). Cinquante ans plus tard, le présent pourvoi soulève encore la même question.

[3] Les membres de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») reçoivent des prestations d’un régime de pension à leur retraite. Des prestations supérieures sont accordées aux membres qui ont touché un salaire élevé et ont servi à temps plein pendant une longue période ininterrompue. Certains trous dans les états de service d’un membre — comme une suspension ou des congés non payés — peuvent être comblés grâce à un processus de « rachat » qui permet au membre de toucher des prestations de pension complètes. Les membres à temps plein qui ont temporairement réduit leurs heures de travail dans le cadre d’une entente de partage de poste ne bénéficient pas de cette option. Presque tous les participants au programme de partage de poste sont des femmes et la plupart d’entre elles ont réduit leurs heures de travail pour prendre soin de leurs enfants.

[4] Trois membres retraitées de la GRC prétendent que les conséquences d’un partage de poste sur leur pension sont discriminatoires envers les femmes et contreviennent au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour fédérale a rejeté leur prétention (2017 CF 557). La juge de première instance a conclu que le programme de partage de poste n’était pas défavorable comparativement au congé non payé et que, même si c’était le cas, tout inconvénient est le résultat d’un choix personnel de

of Appeal upheld the application judge’s decision ([2019] 2 F.C.R. 541).

[5] I would allow the appeal. Full-time RCMP members who job-share must sacrifice pension benefits because of a temporary reduction in working hours. This arrangement has a disproportionate impact on women and perpetuates their historical disadvantage. It is a clear violation of their right to equality under s. 15(1) of the *Charter*.

Background

[6] Ms. Fraser, Ms. Pilgrim and Ms. Fox served as police officers in the RCMP for over 25 years. Ms. Fraser was posted to Fort Saskatchewan, Alberta, where she worked rotating 10-hour shifts, 7 days a week. Ms. Pilgrim worked in the Commercial Crime Unit in Quebec City. Ms. Fox began her policing work in Toronto before being transferred to a small community in central Newfoundland.

[7] Ms. Fraser, Ms. Pilgrim and Ms. Fox took maternity leaves in the early-to-mid 1990s. Upon returning to full-time service, they experienced difficulties combining their work obligations with caring for their children. Ms. Fraser described feeling “overwhelmed” as she tried to balance work and family; Ms. Pilgrim felt like she was “on a treadmill”; and Ms. Fox described the experience as “hell on earth”. These difficulties caused Ms. Fox to retire from the RCMP in 1994 and resulted in Ms. Fraser taking unpaid leave in 1997. At the time, the RCMP did not permit regular members to work part-time.

[8] In December 1997, the RCMP introduced a job-sharing program to provide members with an alternative to taking leave without pay. Under the job-sharing program, two or three RCMP members

l’employé de participer au programme et non de son sexe ou de sa situation familiale. La Cour d’appel fédérale a confirmé la décision de la juge de première instance ([2019] 2 R.C.F. 541).

[5] J’accueillerais le pourvoi. Les membres à temps plein de la GRC qui partagent un poste doivent sacrifier leurs prestations de pension en raison d’une réduction temporaire de leurs heures de travail. Cet arrangement a une incidence disproportionnée sur les femmes et perpétue leur désavantage historique. Il s’agit d’une violation évidente à leur droit à l’égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

Contexte

[6] Mesdames Fraser, Pilgrim et Fox ont servi en tant que policières dans la GRC pendant plus de 25 ans. Madame Fraser a été affectée à Fort Saskatchewan, en Alberta, où elle a travaillé des quarts rotatifs de 10 heures, 7 jours par semaine. Madame Pilgrim a travaillé au sein de la Section des infractions commerciales à Québec. Madame Fox a commencé sa carrière de policière à Toronto avant d’être transférée dans une petite collectivité du centre de Terre-Neuve.

[7] Mesdames Fraser, Pilgrim et Fox ont pris des congés de maternité au début et au milieu des années 1990. Lorsqu’elles ont repris le service à temps plein, elles ont eu de la difficulté à concilier leurs obligations professionnelles et le fait de s’occuper de leurs enfants. Madame Fraser dit s’être sentie [TRADUCTION] « dépassée » lorsqu’elle a tenté d’établir un équilibre entre son travail et sa famille; M^{me} Pilgrim avait l’impression de courir [TRADUCTION] « sur un tapis roulant »; et M^{me} Fox a décrit l’expérience comme étant [TRADUCTION] « l’enfer sur terre ». En raison de ces difficultés, M^{me} Fox a pris sa retraite de la GRC en 1994, et M^{me} Fraser a pris un congé non payé en 1997. À cette époque, la GRC ne permettait pas à ses membres réguliers de travailler à temps partiel.

[8] En décembre 1997, la GRC a mis en place un programme de partage de poste afin d’offrir à ses membres une solution de rechange au congé non payé. Selon ce programme, deux ou trois membres

could split the duties and responsibilities of one full-time position, which allowed each participant to work fewer hours than a full-time employee. Parties to a job-sharing agreement could be asked, on one month's notice, to resume full-time work based on administrative or operational needs.

[9] Job-sharing was meant to be “mutually beneficial” for the RCMP and participating members. Participants were able to “remain operationally connected to the Force while having a work schedule that better accommodated their individual circumstances” (A.R., vol. V, at p. 810). The RCMP benefited from the participants’ services, which helped, among other things, in addressing staff shortages in smaller communities and in emergency situations.

[10] Ms. Fraser, Ms. Fox and Ms. Pilgrim enrolled in the job-sharing program along with 137 other RCMP members between 1997 and 2011. Most participants were women with children. From 2010 to 2014, all RCMP members who job-shared were women, and most of them cited childcare as their reason for joining the program.

[11] After enrolling in the job-sharing program, Ms. Fraser, Ms. Fox and Ms. Pilgrim became aware that their participation would have consequences for their pensions. Understanding those consequences requires a brief review of the RCMP’s pension plan.

[12] All RCMP members engaged to work at least 12 hours a week must enrol in and contribute to a statutory pension plan.¹ Upon retirement, members receive benefits based on, among other things, their

de la GRC pouvaient se partager les responsabilités d’un poste à temps plein, ce qui permettait à chacun des participants de faire moins d’heures qu’un employé à temps plein. Les parties à une entente de partage de poste pouvaient être tenues, moyennant un préavis d’un mois, de reprendre le travail à temps plein selon les besoins administratifs ou opérationnels.

[9] Le partage de poste se voulait [TRADUCTION] « mutuellement avantageux » pour la GRC et les membres participants. Ces derniers pouvaient « continuer de collaborer avec la GRC tout en adoptant un horaire de travail qui répondait mieux aux besoins de leur situation personnelle » (d.a., vol. V, p. 810). La GRC profitait des services des participants, ce qui aidait entre autres à combler le manque de personnel dans les petites collectivités et dans les situations d’urgence.

[10] Mesdames Fraser, Fox et Pilgrim se sont inscrites au programme de partage de poste, tout comme 137 autres membres de la GRC entre 1997 et 2011. La plupart des participants étaient des femmes ayant des enfants. De 2010 à 2014, tous les membres de la GRC qui partageaient un poste étaient des femmes, et la plupart disaient s’être inscrites au programme parce qu’elles voulaient s’occuper de leurs enfants.

[11] Après s’être inscrites au programme de partage de poste, M^{me} Fraser, M^{me} Fox et M^{me} Pilgrim se sont rendu compte que leur participation au programme aurait des conséquences sur leur pension. Pour bien comprendre ces conséquences, il faut procéder à un bref examen du régime de pension de la GRC.

[12] Tous les membres de la GRC embauchés pour travailler au moins 12 heures par semaine doivent s’inscrire à un régime de pension prévu par la loi et y contribuer¹. À leur retraite, les membres reçoivent

¹ The *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. R-11 (“Act”); and the associated *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 1393 (“Regulations”). Except where necessary to distinguish between the *Act* and *Regulations*, I refer to them throughout these reasons as the “pension plan” or “plan”.

¹ *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-11 (« Loi »); et *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, C.R.C., c. 1393 (« Règlement »), connexe. Sauf lorsqu’il est nécessaire de faire une distinction entre la *Loi* et le *Règlement*, je les appellerai tous les deux le « régime de pension » ou le « régime » dans les présents motifs.

years of service.² One year of work counts as one year of pensionable service. More years of pensionable service lead to higher pension benefits.

[13] Years of full-time work and part-time work are treated differently when pension benefits are calculated. Part-time work is pro-rated to reflect the lower number of hours worked. It is therefore less valuable than full-time work in the formula used to calculate pension benefits.

[14] RCMP members acquire full-time pension credit for periods of service in which they were engaged to work 40 hours a week. Members can also treat certain gaps in full-time service, such as leave without pay, as fully pensionable. Upon returning from unpaid leave, a member can “buy back” the service they missed by making the contributions that both she and the RCMP would have made had she been actively employed. This increases the member’s years of full-time pensionable service, which results in a more valuable pension.

[15] Ms. Fraser, Ms. Fox and Ms. Pilgrim expected that job-sharing, like leave without pay, would be eligible for full pension credit. Both situations, they noted, involve a temporary interruption in regular service for full-time members — a decrease to between 12 and less than 40 hours of work a week when job-sharing, and to 0 hours a week when on unpaid leave. It was logical, in their view, that members in both situations would be allowed to “buy back” their lost service and associated pension benefits.

² The formula used is: $2\% \times \text{Years of Pensionable Service} \times \text{Average Annual Pay}$. Average annual pay is calculated using the member’s five best consecutive years of highest-paid pensionable service (A.R., vol. V, at pp. 805-6).

des prestations en fonction notamment de leurs années de service.² Une année de travail compte pour une année de service ouvrant droit à pension. Plus le nombre d’années de service ouvrant droit à pension est élevé plus les prestations de pension sont élevées.

[13] Les années de travail à temps plein et à temps partiel sont traitées différemment lors du calcul des prestations de pension. Le travail à temps partiel est calculé au prorata pour tenir compte du nombre moins élevé d’heures travaillées. Il a donc moins de valeur que le travail à temps plein dans la formule utilisée pour calculer les prestations de pension.

[14] Les membres de la GRC accumulent du service à temps plein ouvrant droit à pension à l’égard des périodes pendant lesquelles ils sont embauchés pour travailler 40 heures par semaine. Ils peuvent également traiter certains trous dans leur période de service à temps plein (par exemple un congé non payé) comme une période de service à temps plein ouvrant droit à pension. Au retour d’un congé non payé, un membre peut « racheter » le service manquant en payant les cotisations que lui-même et la GRC auraient versées s’il avait travaillé activement. Cela permet d’augmenter le nombre d’années de service ouvrant droit à pension du membre, et donc d’augmenter la pension à laquelle il a droit.

[15] Mesdames Fraser, Fox et Pilgrim s’attendaient à ce que le programme de partage de poste donne droit au rachat des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension, comme c’est le cas pour les congés non payés. Dans les deux situations, affirment-elles, il y a une interruption temporaire du service régulier pour les membres qui travaillent à temps plein, soit une diminution de 12 à moins de 40 heures de travail par semaine en cas de partage de poste, alors qu’en cas de congé non payé, le nombre d’heures hebdomadaires travaillées devenait nul. Selon elles, il était logique que les membres dans les deux situations aient le droit de « racheter » leur service perdu et les prestations de pension connexes.

² La formule utilisée est la suivante : $2\% \times \text{années de service ouvrant droit à pension} \times \text{rémunération moyenne annuelle}$. Pour calculer la rémunération moyenne annuelle, on utilise les cinq années consécutives à rémunération la plus élevée du service ouvrant droit à pension (d.a., vol. V, p. 805-806).

[16] The RCMP initially accepted this position in communications with Ms. Pilgrim. Subsequently, however, the RCMP took the position that job-sharing was part-time work for which participants could not receive full-time pension credit.

[17] When informed that they would not be able to purchase full-time pension credit for their job-sharing service, participants in the program raised concerns with senior management. In a memo to the RCMP's commissioner, 14 female members from across Canada explained why they considered the pension consequences of job-sharing to be illogical and unfair:

Members returning to full-time work from maternity leave, LWOP [Leave without Pay], SFLWOP [Self-funded Leave without Pay], and Disciplinary Actions (Suspended without Pay) are given the opportunity to buy back their pension benefits. Members returning to work from extended periods of ODS [Off Duty Sick] and Disciplinary Actions (Suspended with Pay) maintain their pension benefits, despite not working. Members who have departed the Force and are subsequently re-engaged are able to buy back their pension. . . . Thus, it would seem logical that members returning to full-time work from job-share arrangements would be entitled to the same opportunity to purchase pension benefits.

...

Job-sharing is a progressive, proactive and innovative step for the RCMP. It is time to support members who choose to job-share, rather than penalizing them for choosing an option the Force has made available. It is important for management to remember that it is not only the member who benefits from job-sharing, but also the RCMP. Job-sharing allows the Force to retain its investment in human resources; members with training, skills and seniority. It provides a pool of trained people who can be called on in emergency situations. Members who job-share stay current with changing technology, legislation and training, among other things, because they are still working. Why is the RCMP penalizing those who

[16] La GRC a initialement accepté cette position dans ses communications avec M^{me} Pilgrim. Toutefois, par la suite, elle a adopté la position selon laquelle le partage de poste était du travail à temps partiel pour lequel les participants n'avaient pas le droit de racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension.

[17] Lorsqu'ils ont été informés qu'ils ne pourraient pas racheter de service à temps plein ouvrant droit à pension pour la période où ils partageaient un poste, les participants au programme ont fait part de leurs préoccupations auprès de la haute direction. Dans une note de service adressée au commissaire de la GRC, 14 femmes membres de la GRC dans l'ensemble du pays ont expliqué pourquoi elles considéraient que les conséquences du partage de poste sur leur pension étaient illogiques et injustes :

[TRADUCTION] Les membres qui reviennent travailler à temps plein après un congé de maternité, un congé non payé (CNP), un CNP autofinancé ou une mesure disciplinaire (suspension sans solde) ont la possibilité de racheter leurs droits à pension. Les membres qui reviennent au travail après un long congé de maladie et une longue mesure disciplinaire (suspension avec solde) conservent leurs droits à pension — même s'ils n'ont pas travaillé. Les membres qui ont quitté la Gendarmerie et sont réembauchés peuvent racheter leurs droits à pension. [. . .] Par conséquent, il serait logique que les membres qui reviennent travailler à temps plein après une entente de partage de poste aient le droit à la même possibilité de racheter leurs droits à pension.

...

Le partage de poste est une mesure progressiste, proactive et innovatrice pour la GRC. Il est temps d'aider les membres qui choisissent de partager un poste plutôt que de les pénaliser d'avoir choisi une possibilité qui leur a été offerte par la Gendarmerie. Il est important que la direction se rappelle que ce ne sont pas seulement les membres qui profitent du partage de poste, mais aussi la GRC. Cet arrangement permet à la Gendarmerie de conserver son investissement dans les ressources humaines et de garder des membres qui sont formés, compétents et qui ont de l'expérience. Il offre ainsi un bassin de gens qualifiés à qui on peut faire appel en situation d'urgence. Les membres qui partagent un poste se tiennent au fait des nouvelles

choose to job-share when it stands to benefit from the arrangement?

[18] The RCMP's then-assistant commissioner, G. J. Loepky, responded to the memo and acknowledged that there "may be an element of unfairness" to the RCMP's approach. He presented the matter to the RCMP Pension Advisory Committee, which retained an actuary to provide advice on available options. The actuary acknowledged that the RCMP's pension plan could be amended under the *Income Tax Act* and *Income Tax Regulations*³ to extend pension buy-back rights to participants in the job-sharing program. The actuary noted that the flexibility under the *Income Tax Regulations* "is particularly useful in responding to employee requests for reduced work-hours at various stages of their family life or career" (p. 459).

[19] While this process was ongoing, three female RCMP members filed internal grievances challenging the denial of their requests to buy back full-time pension credit for their job-sharing service. The RCMP External Review Committee found in their favour. The Committee saw no legal barriers to the RCMP's defining job-sharing as a combination of hours worked and a period of leave without pay. The Committee cited a similar Treasury Board policy about the working hours of certain public service employees on the verge of retirement:

... there was a precedent for such a categorization. In 1999, the Treasury Board instituted a program of pre-retirement transition leave by introducing the *Pre-retirement Transition Leave Policy*. This policy allowed certain Public Service employees close to retirement to reduce their hours of work by up to 40%. Their pay was reduced accordingly, but the hours not worked were treated as LWOP

technologies, lois et formations, entre autres, parce qu'ils continuent de travailler. Pourquoi la GRC pénalise-t-elle ceux qui choisissent de partager un poste alors qu'elle profite de l'arrangement?

[18] Le commissaire adjoint de la GRC de l'époque, G. J. Loepky, a répondu à la note de service et a reconnu qu'il [TRADUCTION] « y avait peut-être un élément d'iniquité » dans l'approche de la GRC. Il a soumis la question au Comité consultatif des pensions de retraite de la GRC, qui a retenu les services d'un actuaire afin d'obtenir des conseils sur les options disponibles. L'actuaire a reconnu que le régime de pension de la GRC pouvait être modifié en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du *Règlement de l'impôt sur le revenu*³ afin d'étendre les droits de rachat de pension aux participants au programme de partage de poste. Il a noté que la souplesse prévue au *Règlement de l'impôt sur le revenu* [TRADUCTION] « est particulièrement utile pour répondre aux demandes de réduction des heures de travail des employés à diverses étapes de leur vie familiale ou de leur carrière » (p. 459).

[19] Alors que ce processus était en cours, trois employées de la GRC ont déposé des griefs internes pour contester le rejet de leurs demandes de rachat de service à temps plein ouvrant droit à pension pour la période où elles ont partagé un poste. Le Comité externe d'examen de la GRC a rendu une décision en leur faveur. Selon lui, il n'y avait aucun obstacle d'ordre juridique à ce que la GRC définisse le partage de poste comme une combinaison d'heures travaillées et de période de congé non payé. Le Comité a cité une politique similaire du Conseil du Trésor au sujet des heures de travail de certains fonctionnaires sur le point de prendre leur retraite :

[TRADUCTION] ... il existe un précédent pour une telle catégorisation. En 1999, le Conseil du Trésor a mis en place un programme de congé de transition préalable à la retraite en créant la *Politique sur les congés de transition préalable à la retraite*. Cette politique permettait à certains employés de la fonction publique près de la retraite de réduire leurs heures de travail jusqu'à un maximum de

³ R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.); and C.R.C., c. 945, respectively.

³ L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.); et C.R.C., c. 945, respectivement.

with respect to pay, deductions, allowances, other leave, benefits, and pensions.

[20] The RCMP's Acting Commissioner, William Sweeney, did not follow the External Review Committee's recommendations and dismissed the grievances. In his view, it was not legally possible for job-sharing to be defined as a combination of full-time work and leave without pay. Although "immensely sympathetic" to the grievances, he concluded that the classification of job-sharing as part-time work was not discriminatory.

[21] After the Commissioner's decision, Ms. Fraser, Ms. Fox and Ms. Pilgrim started this *Charter* application. They advanced two submissions. First, they argued that the pension plan, properly interpreted, allows participants in the job-sharing program to acquire full pension credit. Second, if this was *not* possible, they argued that the pension plan violates s. 15(1) of the *Charter* because it prevents women with children — the majority of participants in the job-sharing program — from contributing to their pensions in the same way as members who work full-time or take leave without pay. In support of their application, Ms. Fraser, Ms. Fox and Ms. Pilgrim filed expert evidence and other material addressing the disadvantages women with children face in the labour force.

[22] The application judge found that job-sharing is part-time work for which participants cannot obtain full-time pension credit. This outcome, in her view, did not violate s. 15(1) because there was insufficient evidence that job-sharing was disadvantageous compared to unpaid leave. Even assuming that there were negative consequences to job-sharing, these outcomes were the result of a participant's

40 %. Leur paie était réduite en conséquence, mais les heures non travaillées étaient traitées comme des congés non payés pour la paie, les déductions, les allocations, les autres congés, les avantages sociaux et les pensions.

[20] Le commissaire par intérim de la GRC, William Sweeney, n'a pas suivi les recommandations du Comité externe d'examen et a rejeté les griefs. À son avis, il était légalement impossible de définir le partage de poste comme étant une combinaison de travail à temps plein et de congé non payé. Même s'il était [TRADUCTION] « extrêmement sensible » aux griefs, il a conclu que le fait de considérer le partage de poste comme du travail à temps partiel n'était pas discriminatoire.

[21] Par suite de la décision du commissaire, M^{me} Fraser, M^{me} Fox et M^{me} Pilgrim ont déposé la présente demande fondée sur la *Charte*. Elles ont fait valoir deux points. Premièrement, elles ont affirmé que le régime de pension, interprété correctement, permet à ceux qui participent au programme de partage de poste de racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension. Deuxièmement, si cela *n'était pas* possible, elles ont soutenu que le régime de pension enfreignait le par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il empêchait les femmes ayant des enfants — soit la majorité des participants au programme — de contribuer à leurs pensions au même titre que les membres qui travaillent à temps plein ou qui prennent des congés non payés. Pour appuyer leur demande, M^{me} Fraser, M^{me} Fox et M^{me} Pilgrim ont déposé des témoignages d'experts et d'autres documents portant sur les désavantages auxquels les femmes ayant des enfants font face sur le marché du travail.

[22] La juge de première instance a conclu que le partage de poste constituait un travail à temps partiel pour lequel les participants ne peuvent pas racheter du service à temps plein ouvrant droit à pension. À son avis, cette conclusion ne contrevenait pas au par. 15(1) parce qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer que le partage de poste était désavantageux par rapport au

choice to job-share. The *Charter* application was therefore dismissed.

[23] An appeal to the Federal Court of Appeal was unsuccessful. The court held that job-sharing RCMP members did not receive inferior compensation to members on leave without pay, and that any adverse impact on job-sharing participants flowed from their choice to work part-time, not from the pension plan.

[24] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

Analysis

[25] Unlike full-time members who work regular hours,⁴ who are suspended or who take unpaid leave, full-time RCMP members who job-share are classified as part-time workers under the *Regulations* and cannot, under the terms of the pension plan, obtain full-time pension credit for their service. Ms. Fraser and her colleagues submit that this limitation violates s. 15(1) of the *Charter* on the basis of sex and, alternatively, on the basis of family/parental status.

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

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.

[27] Section 15(1) reflects a profound commitment to promote equality and prevent discrimination

⁴ The *Regulations* use the phrase “normal number of hours of work”, which are set at 40 hours per week.

congé non payé. Même en supposant que le partage de poste ait des conséquences négatives, celles-ci découlaient du choix du participant de s’inscrire au programme. La demande fondée sur la *Charte* a donc été rejetée.

[23] L’appel interjeté à la Cour d’appel fédérale a également été rejeté. La cour a jugé que les membres de la GRC qui partageaient un poste ne recevaient pas une rémunération inférieure à celle des membres en congé non payé et que tout effet préjudiciable subi par les participants au programme de partage de poste découlait de leur choix de travailler à temps partiel et non du régime de pension.

[24] Pour les motifs qui suivent, j’accueillerais le pourvoi.

Analyse

[25] Contrairement aux membres à temps plein qui ont un horaire de travail régulier⁴, qui sont suspendus ou qui prennent des congés non payés, les membres à temps plein de la GRC qui partagent un poste sont considérés comme des travailleurs à temps partiel au sens du *Règlement* et ne peuvent pas, selon les modalités du régime de pension, racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension. Madame Fraser et ses collègues soutiennent que cette restriction constitue une violation du par. 15(1) de la *Charte* fondée sur le sexe ou, à titre subsidiaire, sur le statut de famille ou le statut de parent.

[26] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit ce qui suit :

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.

[27] Le paragraphe 15(1) reflète un engagement profond à promouvoir l’égalité et à prévenir

⁴ Le *Règlement* emploie l’expression « nombre normal d’heures de travail », qui est fixé à 40 heures par semaine.

against disadvantaged groups (*Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 332; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20). To prove a *prima facie* violation of s. 15(1), a claimant must demonstrate that the impugned law or state action:

- on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds; and
- imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage.

(*Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, [2018] 1 S.C.R. 464, at para. 25; *Centrale des syndicats du Québec v. Quebec (Attorney General)*, [2018] 1 S.C.R. 522, at para. 22.)

[28] Ms. Fraser does not suggest that the negative pension consequences of job-sharing are explicitly based on sex. Rather, she claims that they have an adverse *impact* on women with children.

[29] How adverse impact or systemic discrimination is applied has received extensive academic consideration (see, for example, Colleen Sheppard, *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), at pp. 19-21; Evelyn Braun, “Adverse Effect Discrimination: Proving the *Prima Facie* Case” (2005), 11 *Rev. Const. Stud.* 119; Jonnette Watson Hamilton and Jennifer Koshan, “Adverse Impact: The Supreme Court’s Approach to Adverse Effects Discrimination under Section 15 of the *Charter*” (2015), 19 *Rev. Const. Stud.* 191; Michèle Rivet and Anne-Marie Santorineos, “Juger à l’ère des droits fondamentaux” (2012), 42 *R.D.U.S.* 363, at p. 374; Diane L. Demers, “La discrimination systémique: variation sur un concept unique” (1993), 8 *C.J.L.S.* 83; Lisa Philipps and Margot Young, “Sex, Tax and the *Charter*: A Review of *Thibaudeau v. Canada*” (1995), 2 *Rev. Const. Stud.* 221). As Prof. Colleen Sheppard notes:

la discrimination contre les groupes défavorisés (*Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 332; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20). Pour prouver une violation *prima facie* du par. 15(1), le demandeur doit démontrer que la loi contestée ou l’acte de l’État :

- crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue;
- impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage.

(*Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 25; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2018] 1 R.C.S. 522, par. 22.)

[28] Madame Fraser ne suggère pas que les conséquences négatives du partage de poste sur la pension sont explicitement fondées sur le sexe. Elle affirme plutôt qu’elles *désavantagent* les femmes ayant des enfants.

[29] Les universitaires se sont beaucoup penchés sur la façon dont les effets préjudiciables ou la discrimination systémique se traduisent (voir, par exemple, Colleen Sheppard, *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), p. 19-21; Evelyn Braun, « Adverse Effect Discrimination : Proving the *Prima Facie* Case » (2005), 11 *R. études const.* 119; Jonnette Watson Hamilton et Jennifer Koshan, « Adverse Impact: The Supreme Court’s Approach to Adverse Effects Discrimination under Section 15 of the *Charter* » (2015), 19 *R. études const.* 191; Michèle Rivet et Anne-Marie Santorineos, « Juger à l’ère des droits fondamentaux » (2012), 42 *R.D.U.S.* 363, p. 374; Diane L. Demers, « La discrimination systémique : variation sur un concept unique » (1993), 8 *R.C.D.S.* 83; Lisa Philipps et Margot Young, « Sex, Tax and the *Charter* : A Review of *Thibaudeau v. Canada* » (1995), 2 *R. études const.* 221). Comme le souligne la professeure Colleen Sheppard :

Why is it so critical to expand on our understanding of adverse effect discrimination? If we do not, there is a significant risk that discrimination embedded in apparently neutral institutional policies, rules, or procedures will not be recognized as discriminatory. This risk is accentuated by the necessity in anti-discrimination law to connect the experience of exclusion, harm, prejudice, or disadvantage to a recognized ground of discrimination. . . . We need a sophisticated and coherent theory of adverse effect discrimination to assist claimants, lawyers, and adjudicators with the complexities of the manifestations of systemic discrimination.

(“Of Forest Fires and Systemic Discrimination: A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.*” (2001), 46 *McGill L.J.* 533, at p. 542; see also Braun, at p. 122)

[30] It is helpful to start by defining the concept. Adverse impact discrimination occurs when a seemingly neutral law has a disproportionate impact on members of groups protected on the basis of an enumerated or analogous ground (see Watson Hamilton and Koshan (2015), at p. 196; Sheppard (2001), at p. 549; see also *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 64; *Taypotat*, at para. 22). Instead of explicitly singling out those who are in the protected groups for differential treatment, the law indirectly places them at a disadvantage (Sophia Moreau, “What Is Discrimination?” (2010), 38 *Philosophy & Public Affairs* 143, at p. 155).

[31] Increased awareness of adverse impact discrimination has been a “central trend in the development of discrimination law”, marking a shift away from a fault-based conception of discrimination towards an effects-based model which critically examines systems, structures, and their impact on disadvantaged groups (Denise G. Réaume, “Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination” (2001), 2 *Theor. Inq. L.* 349, at pp. 350-51; see also Béatrice Vizkelety, *Proving Discrimination in*

[TRADUCTION] Pourquoi est-ce aussi crucial de mieux comprendre la discrimination par suite d’un effet préjudiciable? Parce que si nous ne le faisons pas, il y a un grand risque que la discrimination intégrée à des politiques, des règles ou des procédures institutionnelles qui semblent neutres ne soit pas reconnue comme de la discrimination. Ce risque est accentué par la nécessité, dans les lois anti-discrimination, d’établir un lien entre l’expérience de l’exclusion, le préjudice ou le désavantage et un motif de discrimination reconnu. [. . .] Nous avons besoin d’une théorie sophistiquée et cohérente en matière de discrimination par suite d’un effet préjudiciable pour aider les demandeurs, les avocats et les décideurs à faire face aux complexités des manifestations de la discrimination systémique.

(« Of Forest Fires and Systemic Discrimination : A Review of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. B.C.G.S.E.U.* » (2001), 46 *R.D. McGill* 533, p. 542; voir aussi Braun, p. 122.)

[30] Il est utile de commencer par définir le concept. La discrimination par suite d’un effet préjudiciable survient lorsqu’une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d’une protection contre la discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue (voir Watson Hamilton et Koshan (2015), p. 196; Sheppard (2001), p. 549; voir aussi *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 64; *Taypotat*, par. 22). Plutôt que de cibler explicitement ceux qui font partie des groupes protégés contre une différence de traitement, la loi les désavantage indirectement (Sophia Moreau, « What Is Discrimination? » (2010), 38 *Philosophy & Public Affairs* 143, p. 155).

[31] La sensibilisation accrue à ce qu’est la discrimination par suite d’un effet préjudiciable est [TRADUCTION] « une tendance centrale dans l’évolution du droit en matière de discrimination », qui marque le passage d’une conception de la discrimination fondée sur la faute vers un modèle fondé sur les effets qui examine avec un regard critique les systèmes, les structures et leurs répercussions sur les groupes défavorisés (Denise G. Réaume, « Harm and Fault in Discrimination Law : The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination » (2001), 2 *Theor.*

Canada (1987), at p. 18; Sheppard (2010), at pp. 19-20). Accompanying this shift was the recognition that discrimination is “frequently a product of continuing to do things ‘the way they have always been done’”, and that governments must be “particularly vigilant about the effects of their own policies” on members of disadvantaged groups (Fay Faraday, “One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada” (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 310; Sophia Moreau, “The Moral Seriousness of Indirect Discrimination”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 123, at p. 145).

[32] *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), was one of the first cases to apply this concept and is a classic example of adverse impact discrimination. An employer required employees to have a high school diploma and pass standardized tests to work in certain departments at a power plant. Neither requirement was significantly related to successful job performance; both, however, had the effect of disqualifying African Americans at a substantially higher rate than white applicants.

[33] The United States Supreme Court held that the education and testing requirements infringed Title VII of the *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964). The court emphasized that the *Act* prohibits “practices that are fair in form, but discriminatory in operation”:

Congress has now provided that tests or criteria for employment or promotion may not provide equality of opportunity merely in the sense of the fabled offer of milk to the stork and the fox. On the contrary, Congress has now required that the posture and condition of the job seeker be taken into account. It has — to resort again to the fable — provided that the vessel in which the milk is proffered be one all seekers can use. The Act proscribes not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. . . . Good

Inq. L. 349, p. 350-351; voir aussi Béatrice Vizkelety, *Proving Discrimination in Canada* (1987), p. 18; Sheppard (2010), p. 19-20). Ce passage s’est accompagné de la reconnaissance que la discrimination est [TRADUCTION] « souvent le résultat du fait d’agir comme nous l’avons toujours fait », et que les gouvernements doivent se montrer « particulièrement vigilants à l’égard des effets de leurs propres politiques » sur les membres de groupes défavorisés (Fay Faraday, « One Step Forward, Two Steps Back? Substantive Equality, Systemic Discrimination and Pay Equity at the Supreme Court of Canada » (2020), 94 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 310; Sophia Moreau, « The Moral Seriousness of Indirect Discrimination », dans Hugh Collins et Tarunabh Khaitan, dir., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 123, p. 145).

[32] L’arrêt *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), a été l’un des premiers arrêts à appliquer ce concept, et il constitue un exemple classique de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. L’employeur obligeait ses employés à détenir un diplôme d’études secondaires et à réussir des tests uniformes pour pouvoir travailler dans certains services d’une centrale électrique. Aucune de ces exigences n’était liée substantiellement à un bon rendement au travail, mais les deux avaient pour effet de disqualifier les Afro-Américains dans une proportion beaucoup plus élevée que les candidats blancs.

[33] La Cour suprême des États-Unis a conclu que les exigences en matière d’études et les tests imposés allaient à l’encontre du titre VII du *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964). La cour a souligné que cette loi interdisait les [TRADUCTION] « pratiques équitables sur le plan de la forme, mais discriminatoires dans leur application » :

Le Congrès reconnaît que les tests ou les critères d’emploi ou de promotion peuvent ne pas offrir une occasion équitable tout comme c’est le cas du lait offert dans la fable du renard et de la cigogne. Au contraire, il exige maintenant que la situation du chercheur d’emploi soit prise en compte. Pour reprendre le lien avec la fable, il prévoit que le récipient dans lequel le lait est offert en soit un que tous les chercheurs d’emploi peuvent utiliser. La Loi n’interdit pas seulement la discrimination manifeste, mais aussi les pratiques dont la forme est équitable, mais l’application est

intent or absence of discriminatory intent does not redeem employment procedures or testing mechanisms that operate as “built-in headwinds” for minority groups and are unrelated to measuring job capability. [Emphasis added; pp. 431-32.]

[34] *Griggs* explains that the application of “neutral” rules may not produce equality in substance for disadvantaged groups. Membership in such groups often brings with it a unique constellation of physical, economic and social barriers. Laws which distribute benefits or burdens without accounting for those differences — without accounting for the “posture and condition of the job seeker”, as in *Griggs* — are the prime targets of indirect discrimination claims. I agree with Profs. Lisa Philipps and Margot Young that

we are not always conscious of the ways in which the distinctions we draw . . . will implicate group identities and single out specific groups for distinctive treatment. This is because the constellations of factors or characteristics that go into the construction of identities often masquerade as unconnected, purely individual traits, behaviours, choices, or situations. Yet, in social reality they may be tightly linked to one group or another. So the law has had to recognize that state action may be discriminatory even though on its face and in terms of the intentions informing it there is no obvious evidence that such discrimination is occurring. [p. 258]

(See also Sandra Fredman, *Discrimination Law* (2nd ed. 2011), at pp. 38 and 108.)

[35] Addressing adverse impact discrimination can be among the “most powerful legal measures available to disadvantaged groups in society to assert their claims to justice” (Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, “Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 1, at p. 30). Not only is such discrimination “much more prevalent than the cruder brand of openly direct

discriminatoire. [. . .] Une bonne intention ou une absence d’intention discriminatoire ne pardonne pas des procédures ou des mécanismes d’examen qui agissent comme un « obstacle intégré » à l’égard des groupes minoritaires et qui n’ont aucun lien avec l’évaluation des capacités à accomplir le travail demandé. [Italique ajouté; p. 431-432.]

[34] L’arrêt *Griggs* explique que l’application de règles [TRADUCTION] « neutres » pourrait entraîner des inégalités de fond pour des groupes défavorisés. L’appartenance à ces groupes s’accompagne souvent d’un éventail unique d’obstacles physiques, économiques et sociaux. Les lois qui attribuent des avantages ou des fardeaux sans tenir compte de ces différences — sans tenir compte de la [TRADUCTION] « situation du chercheur d’emploi », comme dans l’arrêt *Griggs* — sont les principales cibles des allégations de discrimination indirecte. Je souscris à l’opinion suivante exprimée par les professeurs Lisa Philipps et Margot Young :

[TRADUCTION] [N]ous ne sommes pas toujours conscients des façons dont les distinctions que nous établissons [. . .] font intervenir l’identité des groupes et en ciblent certains en les traitant différemment. Cela s’explique par le fait que la constellation de facteurs ou de caractéristiques qui forment l’identité passent souvent pour des traits, des comportements, des choix ou des situations purement individuels sans lien les uns avec les autres. Pourtant, dans la réalité sociale, ils peuvent être étroitement liés à un groupe ou à un autre. La loi doit donc reconnaître que les actes de l’État peuvent être discriminatoires, même s’il n’existe aucun élément de preuve évident d’une telle discrimination à première vue et si cela n’était pas l’intention. [p. 258]

(Voir aussi Sandra Fredman, *Discrimination Law* (2^e éd. 2011), p. 38 et 108.)

[35] Lutter contre la discrimination par suite d’un effet préjudiciable peut être l’une des [TRADUCTION] « mesures juridiques les plus efficaces dont disposent les groupes défavorisés de la société pour faire valoir leur droit à la justice » (Hugh Collins et Tarunabh Khaitan, « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », dans Hugh Collins et Tarunabh Khaitan, dir., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 1, p. 30). Non seulement une telle discrimination est-elle

discrimination”,⁵ it often poses a greater threat to the equality aspirations of disadvantaged groups:

... even more common are situations where the discrimination occurs in a context like an employment relationship, government program or statute, or educational setting, and there is no single identifiable “villain”, no single action identifiable as “discriminatory”, and the outward appearance of a neutral set of rules or practices being applied across the board. This invisible structure, with its accompanying set of practices, is a powerful limit on the equality aspirations of many who must deal within that structure but have characteristics that do not match those of persons intended to benefit from the structure.

(Mary Eberts and Kim Stanton, “The Disappearance of the Four Equality Rights and Systemic Discrimination from Canadian Equality Jurisprudence” (2018), 38 *N.J.C.L.* 89, at p. 92)

[36] By recognizing the exclusionary impact of such discrimination, courts can better address “discrimination in its diverse forms”, including at “the systemic or institutional level” (Vizkelety, at p. viii; see also Colleen Sheppard, “Mapping anti-discrimination law onto inequality at work: Expanding the meaning of equality in international labour law” (2012), 151 *Int’l Lab. Rev.* 1, at p. 8; Faraday, at p. 319). Remedying adverse effects discrimination allows courts

[to] go to the heart of the equality question, to the goal of transformation, to an examination of the way institutions and relations must be changed in order to make them available, accessible, meaningful and rewarding for the many diverse groups of which our society is composed.

⁵ *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”), at para. 29, citing *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 931.

« beaucoup plus courante que la forme plus rudimentaire que constitue la discrimination directe flagrante »⁵, mais elle représente souvent une plus grande menace pour les aspirations à l’égalité des groupes défavorisés :

[TRADUCTION] . . . il est encore plus courant de voir des situations où la discrimination se manifeste dans une relation d’emploi, une loi ou un programme gouvernemental ou un contexte scolaire, où il n’y a pas de « villain » identifiable, pas d’acte précis pouvant être considéré comme étant « discriminatoire » et où, vu de l’extérieur, un ensemble de règles ou de pratiques appliquées partout semble neutre. Cette structure invisible et les pratiques qui l’accompagnent sont une limite importante aux aspirations à l’égalité de beaucoup de gens qui doivent naviguer dans cette structure, mais dont les caractéristiques ne correspondent pas à celles des personnes à qui cette structure est censée profiter.

(Mary Eberts et Kim Stanton, « The Disappearance of the Four Equality Rights and Systemic Discrimination from Canadian Equality Jurisprudence » (2018), 38 *R.N.D.C.* 89, p. 92)

[36] En reconnaissant l’effet d’exclusion qu’a ce genre de discrimination, les tribunaux peuvent mieux examiner [TRADUCTION] « la discrimination sous ses diverses formes », y compris « sur le plan systémique ou institutionnel » (Vizkelety, p. viii; voir aussi Colleen Sheppard, « Mapping anti-discrimination law onto inequality at work : Expanding the meaning of equality in international labour law » (2012), 151 *R. int. Trav.* 1, p. 8; Faraday, p. 319). Remédier à la discrimination par suite d’un effet préjudiciable permet aux tribunaux

[TRADUCTION] [de toucher au] cœur de la question de l’égalité, [au] but de la transformation, [à] l’examen de la façon dont les institutions et les rapports doivent être modifiés pour les rendre disponibles, accessibles, significatifs et gratifiants pour la multitude de groupes qui composent notre société.

⁵ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), par. 29, citant *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 931.

(*Meiorin*, at para. 41, quoting Shelagh Day and Gwen Brodsky, “The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433, at p. 462)

[37] This Court first dealt with adverse impact discrimination in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536. Employees at a department store were periodically required to work on Friday evenings and Saturdays. Theresa O’Malley, an employee of the store and a member of the Seventh-Day Adventist Church, was required by her faith to observe the Sabbath from sundown Friday until sundown Saturday. She brought a complaint against the store under the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340, claiming that the rule requiring her to work on Saturdays discriminated against her on the basis of religion.

[38] Writing for a unanimous Court, McIntyre J. agreed. He stressed that the *Ontario Human Rights Code* was meant to provide protection against the “result or the effect” of discriminatory conduct (p. 547). Citing *Griggs* and several Canadian decisions, McIntyre J. concluded that the *Act* prohibited adverse effects discrimination, which he distinguished from direct discrimination as follows:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, “No Catholics or no women or no blacks employed here.” There is, of course, no disagreement in the case at bar that direct discrimination of that nature would contravene the *Act*. On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations,

(*Meiorin*, par. 41, citant Shelagh Day et Gwen Brodsky, « The Duty to Accommodate: Who Will Benefit? » (1996), 75 *R. du B. Can.* 433, p. 462)

[37] Notre Cour s’est penchée pour la première fois sur la discrimination par suite d’un effet préjudiciable dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536. Les employés d’un grand magasin devaient périodiquement travailler les vendredis et les samedis soirs. Therese O’Malley, une employée du magasin et membre de l’église adventiste du septième jour, était tenue par sa foi d’observer le sabbat du coucher du soleil le vendredi au coucher du soleil le samedi. Elle a déposé une plainte contre le magasin en vertu du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, c. 340, alléguant que la règle l’obligeant à travailler les samedis constituait de la discrimination fondée sur la religion.

[38] S’exprimant au nom de la Cour à l’unanimité, le juge McIntyre lui a donné raison. Il a souligné que le *Code ontarien des droits de la personne* visait à protéger contre le « résultat ou l’effet » d’une conduite discriminatoire (p. 547). Citant l’arrêt *Griggs* et plusieurs décisions canadiennes, le juge McIntyre a conclu que la *Loi* interdisait la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, qu’il a distingué ainsi de la discrimination directe :

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu’on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable en matière d’emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu’un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, “Ici, on n’embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir”. En l’espèce, il est évident que personne ne conteste que la discrimination directe de cette nature contrevient à la *Loi*. D’autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu’un employeur adopte, pour des raisons d’affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s’applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d’employés en ce qu’elle leur

penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. [p. 551]

[39] *Simpsons-Sears* was the first of several human rights decisions where this Court grappled with adverse effects discrimination. In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (“*Action Travail*”), Dickson C.J. upheld a discrimination claim against an employer whose hiring and promotion practices led to women being drastically under-represented in certain jobs. Some of these practices were neutral on their face; Dickson C.J., however, highlighted the importance of looking “at the results of a system”:

A thorough study of “systemic discrimination” in Canada is to be found in the Abella Report on equality in employment

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

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

This is why it is important to look at the results of a system [Emphasis added; pp. 1138-39.]

[40] These principles were soon imported into the Court’s s. 15 jurisprudence. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, the Court rejected a “sameness” or formal theory

impose, en raison d’une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d’employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. [p. 551]

[39] L’arrêt *Simpsons-Sears* a été la première de plusieurs décisions sur les droits de la personne où notre Cour s’est attaquée à la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (« *Action Travail* »), le juge en chef Dickson a confirmé le bien-fondé d’une allé-gation de discrimination formulée contre un employeur dont les pratiques en matière d’embauche et d’avancement faisaient en sorte que les femmes étaient grandement sous-représentées dans certains emplois. Certaines de ces pratiques semblaient neutres à première vue, mais le juge en chef Dickson a souligné l’importance d’analyser « les conséquences des pratiques et des systèmes d’emploi » :

On trouve une étude exhaustive de la « discrimination systémique » au Canada dans le rapport Abella sur l’égalité en matière d’emploi

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

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

Voilà pourquoi il est important d’analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d’emploi. [Italique ajouté; p. 1138-1139.]

[40] Ces principes ont vite été importés dans la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 15. Dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, la Cour a rejeté l’idée de la

of equality, instead identifying substantive equality as the philosophical premise of s. 15 and outlining a theory of equality centred on “the impact of the law on the individual or the group concerned” (p. 165). In developing this theory, McIntyre J. emphatically rejected the approach to s. 15 adopted by the British Columbia Court of Appeal, which had defined the “essential meaning” of equality as ensuring that the “similarly situated be similarly treated” ((1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305, at p. 311, quoting Joseph Tussman and Jacobus tenBroek, “The Equal Protection of the Laws” (1949), 37 *Cal. L. Rev.* 341, at p. 344). Justice McIntyre described this approach as “seriously deficient”, on the basis that “mere equality of application to similarly situated groups or individuals does not afford a realistic test for a violation of equality rights” (pp. 165-67).

[41] Drawing on the Court’s human rights jurisprudence, while recognizing that “not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory” (at p. 182), McIntyre J. endorsed an approach to equality and discrimination that was centred on the actual effects, rather than the purpose or facial neutrality of a law on a claimant group:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. [p. 174]

Andrews provided a robust template for substantive equality that subsequent decisions “enriched but never abandoned” (*R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 14). It was a remedy for exclusion and a recipe for inclusion.

« similitude » ou théorie formelle de l’égalité, qualifiant plutôt l’égalité réelle de prémisses philosophiques de l’art. 15 et décrivant une théorie de l’égalité axée sur « l’effet de la loi sur l’individu ou le groupe concerné » (p. 165). En développant cette théorie, le juge McIntyre a catégoriquement rejeté l’approche adoptée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique à l’égard de l’art. 15. Celle-ci avait défini le [TRADUCTION] « sens fondamental » de l’égalité comme signifiant que « les personnes qui se trouvent dans “une situation analogue doivent être traitées de façon analogue” » ((1986), 2 B.C.L.R. (2d) 305, p. 311, citant Joseph Tussman et Jacobus tenBroek, « The Equal Protection of the Laws » (1949), 37 *Cal. L. Rev.* 341, p. 344). Le juge McIntyre a dit que cette approche comportait un « grave défaut » parce que « la simple égalité d’application de la loi à des groupes ou à des individus qui se trouvent dans une situation analogue ne peut constituer un critère réaliste en ce qui concerne la violation des droits à l’égalité » (p. 165-167).

[41] Se fondant sur la jurisprudence de notre Cour en matière de droits de la personne, tout en reconnaissant que « ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires » (p. 182), le juge McIntyre a avalisé une conception de l’égalité et de la discrimination qui était axée sur les effets réels d’une loi sur un groupe de demandeurs plutôt que sur l’objectif ou la neutralité apparente de cette loi :

J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société. [p. 174]

L’arrêt *Andrews* s’est révélé un solide modèle en matière d’égalité réelle qui a été « enrichi mais qui n’a jamais été abandonné » par la jurisprudence ultérieure (*R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 14). Il a constitué un remède contre l’exclusion et une recette pour l’inclusion.

[42] Our subsequent decisions left no doubt that substantive equality is the “animating norm” of the s. 15 framework (*Withler*, at para. 2; see also *Kapp*, at paras. 15-16; *Alliance*, at para. 25); and that substantive equality requires attention to the “full context of the claimant group’s situation”, to the “actual impact of the law on that situation”, and to the “persistent systemic disadvantages [that] have operated to limit the opportunities available” to that group’s members (*Withler*, at para. 43; *Taypotat*, at para. 17; see also *Quebec v. A*, at paras. 327-32; *Alliance*, at para. 28; *Centrale*, at para. 35).

[43] The Court, applying these principles, has acknowledged the existence of adverse impact discrimination under s. 15(1). In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, the Court recognized that there is a disparate impact on persons with hearing loss in a health-care system in which they are unable to access interpreters. The Court confirmed that a s. 15(1) violation could arise through “the adverse effects of rules of general application” (para. 77).

[44] Similarly, in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the Court declared unconstitutional an Alberta human rights statute which did not include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination, because of its “disproportionate impact” on members of the LGBTQ+ community:

... there is, on the surface, a measure of formal equality: gay or lesbian individuals have the same access as heterosexual individuals to the protection of the [Act] in the sense that they could complain to the Commission about an incident of discrimination on the basis of any of the grounds currently included. However, the exclusion of the ground of sexual orientation, *considered in the context of the social reality of discrimination against gays and lesbians, clearly has a disproportionate impact on them as opposed to heterosexuals*. Therefore the [Act] in its underinclusive state denies substantive equality to the former group. [Emphasis added; para. 82.]

[42] Nos décisions subséquentes n’ont laissé aucun doute sur le fait que l’égalité réelle est la « norme fondamentale » du cadre établi à l’égard de l’art. 15 (*Withler*, par. 2; voir aussi *Kapp*, par. 15-16; *Alliance*, par. 25) et que l’égalité réelle exige que l’on porte attention à « tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs », à « l’effet réel de la mesure législative sur leur situation » et aux « désavantages systémiques persistants [qui] ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes » aux membres du groupe (*Withler*, par. 43; *Taypotat*, par. 17; voir également *Québec c. A*, par. 327-332; *Alliance*, par. 28; *Centrale*, par. 35).

[43] Appliquant ces principes, notre Cour a reconnu l’existence de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable au regard du par. 15(1). Dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, elle a reconnu que les personnes ayant une perte d’acuité auditive subissaient un effet différent dans le système de santé, parce qu’elles étaient incapables d’obtenir les services d’interprètes. La Cour a confirmé que les « effets préjudiciables de règles d’application générale » pouvaient entraîner une violation du par. 15(1) (par. 77).

[44] De même, dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une loi de l’Alberta sur les droits de la personne qui ne reconnaissait pas l’orientation sexuelle comme un motif de distinction illicite, parce que cette loi avait un « effet disproportionné » sur les membres de la communauté LGBTQ+ :

... il y a en apparence une certaine égalité formelle : les homosexuels ont un même droit à la protection de [la Loi] que les hétérosexuels dans la mesure où ils peuvent saisir la commission d’une plainte de discrimination fondée sur l’un des motifs actuellement énumérés. Cependant, *compte tenu de la réalité sociale de la discrimination exercée contre les homosexuels*, l’exclusion de l’orientation sexuelle *a de toute évidence un effet disproportionné sur ces derniers par comparaison avec les hétérosexuels*. En raison de son caractère trop limitatif, [la Loi] nie donc aux homosexuels le droit à l’égalité réelle. [Italique ajouté; par. 82.]

[45] Several other decisions of this Court have confirmed that “not only does the *Charter* protect from direct or intentional discrimination, it also protects from adverse impact discrimination” (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 279; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 41; see also *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 36; *Withler*, at para. 64; *Taypotat*, at para. 23).

[46] The Court most recently addressed this issue in *Taypotat*. While concluding that there was no discrimination demonstrated on the facts of the case, the Court acknowledged that “facially neutral qualifications like education requirements” can be a breach of s. 15(1) because of their “disproportionate effect” on protected groups (paras. 15 and 22).

[47] There is no doubt, therefore, that adverse impact discrimination “violat[e]s the norm of substantive equality” which underpins this Court’s equality jurisprudence (*Withler*, at para. 2). At the heart of substantive equality is the recognition that identical or facially neutral treatment may “frequently produce serious inequality” (*Andrews*, at p. 164). This is precisely what happens when “neutral” laws ignore the “true characteristics of [a] group which act as headwinds to the enjoyment of society’s benefits” (*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 67; *Eldridge*, at para. 65).

[48] The “animating norm” of the current s. 15 framework guaranteeing substantive equality is also the core value engaged in cases of adverse effects discrimination (*Withler*, at para. 2; Watson Hamilton and Koshan (2015), at pp. 192 and 197). This Court has never suggested that cases of adverse impact discrimination should be resolved under a different approach (see, for example, *Andrews*, at pp. 173-74; *Eldridge*, at paras. 59-60; *Vriend*, at paras. 81-82 and 87-89; *Law*, at paras. 36-39; *Taypotat*, at paras. 19-22; *Alliance*, at para. 25). On the contrary, we have

[45] Dans plusieurs autres décisions, notre Cour a confirmé que, « non seulement la *Charte* confère une protection contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore elle confère une protection contre la discrimination par suite d’un effet préjudiciable » (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 279; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 41; voir aussi *Law c. Canada (Ministre de l’emploi et de l’immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 36; *Withler*, par. 64; *Taypotat*, par. 23).

[46] Notre Cour a tout récemment examiné cette question dans l’arrêt *Taypotat*. Bien qu’elle ait conclu qu’aucune discrimination n’avait été démontrée au vu des faits de l’affaire, la Cour a reconnu que « des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité » peuvent violer le par. 15(1) en raison de leur « effet disproportionné » sur les groupes protégés (par. 15 et 22).

[47] Il ne fait donc aucun doute que la discrimination par suite d’un effet préjudiciable « transgresse la norme fondamentale d’égalité réelle » qui sous-tend la jurisprudence de notre Cour sur l’égalité (*Withler*, par. 2). La reconnaissance du fait qu’un traitement identique ou neutre à première vue peut « fréquemment engendrer de graves inégalités » touche au cœur de l’égalité réelle (*Andrews*, p. 164). C’est précisément ce qui arrive quand des lois « neutres » ignorent les « véritables caractéristiques [d’un] groupe qui l’empêchent de jouir des avantages de la société » (*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, par. 67; *Eldridge*, par. 65).

[48] La « norme fondamentale » du cadre actuel de l’art. 15 garantissant l’égalité réelle est également la valeur centrale dans les cas de discrimination par suite d’un effet préjudiciable (*Withler*, par. 2; Watson Hamilton et Koshan (2015), p. 192 et 197). Notre Cour n’a jamais laissé entendre que les affaires de discrimination par suite d’un effet préjudiciable devraient être réglées au moyen d’une approche différente (voir, par exemple, *Andrews*, p. 173-174; *Eldridge*, par. 59-60; *Vriend*, par. 81-82 et 87-89; *Law*, par. 36-39; *Taypotat*, par. 19-22;

clarified that the same approach applies regardless of whether the discrimination alleged is direct or indirect. *Withler* leaves little doubt on this point:

The substantive equality analysis under s. 15(1), as discussed earlier, proceeds in two stages

The role of comparison at the first step is to establish a “distinction”

...

In some cases, identifying the distinction will be relatively straightforward, because a law will, on its face, make a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground (direct discrimination) In other cases, *establishing the distinction will be more difficult, because what is alleged is indirect discrimination: that 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* In that kind of case, the claimant will have more work to do *at the first step*. Historical or sociological disadvantage may assist in demonstrating that the law imposes a burden or denies a benefit to the claimant that is not imposed on or denied to others. The focus will be on the effect of the law and the situation of the claimant group. [Emphasis added; paras. 61-62 and 64.]

[49] In the human rights context, the Court has not used different legal tests for direct and indirect discrimination since *Meiorin* (paras. 50-54; see also *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, at paras. 18-19; *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360, at para. 61). A unified approach, in my view, is equally justified under the *Charter*.

[50] To prove discrimination under s. 15(1), claimants must show that a law or policy creates a distinction based on a protected ground, and that the law perpetuates, reinforces or exacerbates disadvantage. These requirements do not require revision in adverse effects cases. What is needed, however, is a

Alliance, par. 25). Au contraire, nous avons précisé que la même approche s’applique, peu importe que la discrimination alléguée soit directe ou indirecte. L’arrêt *Withler* laisse peu de doute à cet égard :

Comme nous l’avons vu, l’analyse de l’égalité réelle pour l’application du par. 15(1) comporte deux étapes . . .

Le rôle de la comparaison consiste, à la première étape, à établir l’existence d’une « distinction » . . .

...

Dans certains cas, il sera relativement simple d’établir l’existence d’une distinction, par exemple lorsque la loi, à sa face même, crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue (discrimination directe). [. . .] Dans d’autres cas, ce sera plus difficile, parce que les allégations portent sur une discrimination indirecte : bien qu’elle prévoie un traitement égal pour tous, la loi a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues. [. . .] Dans ce cas, le demandeur aura une tâche plus lourde à la première étape. L’existence d’un désavantage historique ou sociologique pourrait aider à démontrer que la loi impose au demandeur un fardeau qu’elle n’impose pas à d’autres ou lui refuse un avantage qu’elle accorde à d’autres. Le débat sera centré sur l’effet de la loi et sur la situation du groupe de demandeurs. [Italique ajouté; par. 61-62 et 64.]

[49] Dans le contexte des droits de la personne, notre Cour n’a pas utilisé d’analyses juridiques différentes pour la discrimination directe et la discrimination indirecte depuis l’arrêt *Meiorin* (par. 50-54; voir aussi *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, par. 18-19; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 61). À mon avis, une approche unifiée est tout aussi justifiée pour ce qui est de la *Charte*.

[50] Afin de prouver qu’il y a discrimination prohibée par le par. 15(1), les demandeurs doivent démontrer qu’une loi ou une politique crée une distinction fondée sur un motif protégé et qu’elle perpétue, renforce ou accentue un désavantage. Ces exigences ne nécessitent pas d’examen dans les cas

clear account of how to identify adverse effects discrimination, because the impugned law will not, on its face, include any distinctions based on prohibited grounds (*Withler*, at para. 64). Any such distinctions must be discerned by examining the *impact* of the law (*Alliance*, at para. 25).

[51] This inquiry has frequently been described as a search for a “disproportionate” impact on members of protected groups (see *Vriend*, at para. 82; *Withler*, at para. 64; *Taypotat*, at paras. 21-23; *Action Travail*, at p. 1139; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 138, per Cory and Iacobucci JJ. dissenting; Moreau (2010), at p. 154; Braun, at pp. 124-25; Vizkelety, at p. 176; Watson Hamilton and Koshan (2015), at p. 196; Collins and Khaitan, at pp. 3-4; Dianne Pothier, “M’Aider, Mayday: Section 15 of the *Charter* in Distress” (1996), 6 *N.J.C.L.* 295, at p. 322).

[52] In other words, in order for a law to create a distinction based on prohibited grounds through its effects, it must have a disproportionate impact on members of a protected group. If so, the first stage of the s. 15 test will be met.

[53] How does this work in practice? Instead of asking whether a law explicitly targets a protected group for differential treatment, a court must explore whether it does so indirectly through its impact on members of that group (see *Eldridge*, at paras. 60-62; *Vriend*, at para. 82). A law, for example, may include seemingly neutral rules, restrictions or criteria that operate in practice as “built-in headwinds” for members of protected groups. The testing requirement in *Griggs* is the paradigmatic example; other examples include the aerobic fitness requirement in *Meiorin*, and the policy requiring employees to work on Saturdays in *Simpsons-Sears* (see also *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489). To assess the adverse impact of these policies, courts looked beyond the facially neutral criteria on which they were based, and examined whether they had the

de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Il faut cependant expliquer clairement ce qui permet de reconnaître cette discrimination, car la loi contestée n’inclura pas, à première vue, de distinctions fondées des motifs interdits (*Withler*, par. 64). De telles distinctions doivent être établies en examinant l’*incidence* de la loi (*Alliance*, par. 25).

[51] Cet examen est souvent qualifié de recherche de l’effet « disproportionné » sur les membres des groupes protégés (voir *Vriend*, par. 82; *Withler*, par. 64; *Taypotat*, par. 21-23; *Action Travail*, p. 1139; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 138, les juges Cory et Iacobucci, dissidents; Moreau (2010), p. 154; Braun, p. 124-125; Vizkelety, p. 176; Watson Hamilton et Koshan (2015), p. 196; Collins et Khaitan, p. 3-4; Dianne Pothier, « M’Aider, Mayday : Section 15 of the *Charter* in Distress » (1996), 6 *R.N.D.C.* 295, p. 322).

[52] Autrement dit, pour qu’une loi crée par son effet une distinction fondée sur des motifs interdits, elle doit avoir un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé. Si c’est le cas, la première étape de l’analyse relative à l’art. 15 est franchie.

[53] Comment cela fonctionne-t-il en pratique? Plutôt que de se demander si une loi cible explicitement un groupe protégé et le traite différemment, le tribunal doit se demander si elle le fait indirectement par suite de son effet sur les membres de ce groupe (voir *Eldridge*, par. 60-62; *Vriend*, par. 82). Par exemple, une loi peut comporter des règles en apparence neutres, des restrictions ou des critères qui agissent en fait comme des « obstacles intégrés » pour les membres des groupes protégés. L’obligation de passer des tests dont il est question dans l’arrêt *Griggs* en est l’exemple paradigmatique. Parmi les autres exemples, notons l’obligation de satisfaire à une norme aérobique dans l’arrêt *Meiorin* et la politique obligeant les employés à travailler les samedis dans l’arrêt *Simpson-Sears* (voir aussi *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489). Pour évaluer

effect of placing members of protected groups at a disadvantage (Moreau (2018), at p. 125).

[54] In other cases, the problem is not “headwinds” built into a law, but the *absence* of accommodation for members of protected groups (Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law* (2015), at p. 77; Dianne Pothier, “Tackling Disability Discrimination at Work: Toward a Systemic Approach” (2010), 4 *McGill J.L. & Health* 17, at pp. 23-24). *Eldridge* is a good example. Under the health care scheme in that case, *all* patients lacked access to sign language interpreters — but this lack of access had a disproportionate impact on those who had hearing loss and required interpreters to meaningfully communicate with health care providers (paras. 69, 71 and 83).

[55] Disproportionate impact can be proven in different ways. In *Eldridge*, it was established because “the *quality* of care received by [those with hearing loss] was inferior to that available to hearing persons” (para. 83 (emphasis added)). In *Griggs* and *Meiorin*, by contrast, the relevant impact was the higher *rate* at which African Americans and women were disqualified from employment. Both are examples of how a law or policy can have a disproportionate impact on members of a protected group. *Griggs*, *Meiorin*, and other leading cases leave no doubt that disproportionate impact can be established if members of protected groups are denied benefits or forced to take on burdens more frequently than others. A difference in “quality” of treatment, as in *Eldridge*, may strengthen a claim of disproportionate impact, but it is not a necessary element (Philipps and Young, at pp. 244-45; see also Pothier (1996), at p. 322; Selene Mize, “Indirect Discrimination Reconsidered” (2007), *N.Z.L. Rev.* 27, at p. 39).

l’effet préjudiciable de ces politiques, les tribunaux sont allés au-delà des critères en apparence neutres sur lesquels elles reposaient et se sont demandé si elles avaient pour effet de désavantager les membres des groupes protégés (Moreau (2018), p. 125).

[54] Dans d’autres affaires, le problème n’est pas la présence d’« obstacles » intégrés à la loi, mais l’*absence* de mesures d’adaptation pour les membres des groupes protégés (Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law* (2015), p. 77; Dianne Pothier, « Tackling Disability Discrimination at Work : Towards a Systemic Approach » (2010), 4 *R.D. & santé McGill* 17, p. 23-24). L’arrêt *Eldridge* représente un bon exemple. Selon le régime de soins de santé en cause dans cette affaire, *aucun* patient ne pouvait obtenir les services d’interprètes gestuels — mais ce manque d’accès avait un effet disproportionné sur les personnes ayant une perte d’acuité auditive et qui avaient besoin d’un interprète pour bien communiquer avec les fournisseurs de soins de santé (par. 69, 71 et 83).

[55] Un effet disproportionné peut se prouver de différentes façons. Dans l’arrêt *Eldridge*, son existence a été établie parce que « la *qualité* des soins reçus par les [personnes ayant une perte d’acuité auditive] était inférieure à celle des soins offerts aux entendants » (par. 83 (italique ajouté)). Par comparaison, dans les affaires *Griggs* et *Meiorin*, l’effet pertinent était le *taux* plus élevé de disqualification des Afro-Américains et des femmes en matière d’emploi. Ces deux cas sont des exemples de façons dont une loi ou une politique peut avoir un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé. Les arrêts *Griggs*, *Meiorin* et d’autres décisions faisant autorité ne laissent aucun doute qu’un effet disproportionné peut être démontré si les membres de groupes protégés se voient refuser des avantages ou imposer des fardeaux plus fréquemment que d’autres. Une différence au titre de la « qualité » du traitement réservé aux personnes concernées, comme dans *Eldridge*, peut renforcer une allévation d’effet disproportionné, mais il ne s’agit pas d’un élément nécessaire (Philipps et Young, p. 244-245; voir aussi Pothier (1996), p. 322; Selene Mize, « Indirect Discrimination Reconsidered » (2007), *N.Z.L. Rev.* 27, p. 39).

[56] Two types of evidence will be especially helpful in proving that a law has a disproportionate impact on members of a protected group. The first is evidence about the situation of the claimant group. The second is evidence about the results of the law.

[57] Courts will benefit from evidence about the physical, social, cultural or other barriers which provide the “full context of the claimant group’s situation” (*Withler*, at para. 43; see also para. 64). This evidence may come from the claimant, from expert witnesses, or through judicial notice (see *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458). The goal of such evidence is to show that membership in the claimant group is associated with certain characteristics that have disadvantaged members of the group, such as an inability to work on Saturdays or lower aerobic capacity (*Homer v. Chief Constable of West Yorkshire Police*, [2012] 3 All E.R. 1287 (S.C.), at para. 14; *Simpsons-Sears*; *Meiorin*, at para. 11). These links may reveal that seemingly neutral policies are “designed well for some and not for others” (*Meiorin*, at para. 41). When evaluating evidence about the group, courts should be mindful of the fact that issues which predominantly affect certain populations may be under-documented. These claimants may have to rely more heavily on their own evidence or evidence from other members of their group, rather than on government reports, academic studies or expert testimony.

[58] Courts will also benefit from evidence about the outcomes that the impugned law or policy (or a substantially similar one) has produced in practice. Evidence about the “results of a system” may provide concrete proof that members of protected groups are being disproportionately impacted (*Action Travail*, at p. 1139; *Vizkelety*, at pp. 170-74). This evidence may include statistics, especially if the pool of people adversely affected by a criterion or standard includes *both* members of a protected group *and* members of more advantaged groups (*Sheppard* (2001), at pp. 545-46; *Braun*, at pp. 120-21).

[56] Deux types d’éléments de preuve sont particulièrement utiles pour prouver qu’une loi a un effet disproportionné sur des membres d’un groupe protégé. Le premier porte sur la situation du groupe de demandeurs. Le deuxième porte sur les conséquences de la loi.

[57] Les éléments de preuve sur les obstacles, notamment physiques, sociaux ou culturels qui décrivent « la situation du groupe de demandeurs » sont utiles aux tribunaux (*Withler*, par. 43; voir aussi par. 64). Ces éléments peuvent provenir du demandeur, de témoins experts ou d’un avis juridique (voir *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458). De tels éléments de preuve ont pour objectif de démontrer que l’appartenance au groupe de demandeurs est associée à certaines caractéristiques qui ont désavantagé des membres du groupe, comme l’incapacité de travailler les samedis ou une capacité aérobique moindre (*Homer c. Chief Constable of West Yorkshire Police*, [2012] 3 All E.R. 1287 (S.C.), par. 14; *Simpsons-Sears*; *Meiorin*, par. 11). Ces liens peuvent révéler que des politiques en apparence neutres sont « bien conçue[s] pour certains mais pas pour d’autres » (*Meiorin*, par. 41). Dans l’évaluation de la preuve au sujet du groupe, les tribunaux doivent garder à l’esprit le fait que les questions qui touchent principalement certains groupes sont parfois sous-documentées. Les demandeurs en question peuvent être obligés de recourir davantage à leurs propres éléments de preuve ou à ceux d’autres membres de leur groupe, plutôt qu’à des rapports gouvernementaux, études universitaires ou témoignages d’experts.

[58] Des éléments de preuve sur les conséquences pratiques de la loi ou politique contestée (ou d’une loi ou politique essentiellement semblable) sont également utiles aux tribunaux. Des éléments de preuve sur « les conséquences des pratiques et des systèmes » peuvent démontrer concrètement que les membres de groupes protégés subissent un effet disproportionné (*Action Travail*, p. 1139; *Vizkelety*, p. 170-174). Cette preuve peut inclure des statistiques, surtout si le bassin de gens touchés négativement par un critère ou une norme compte à la fois des membres d’un groupe protégé *et* des membres des groupes plus avantagés (*Sheppard* (2001), p. 545-546; *Braun*, p. 120-121).

[59] There is no universal measure for what level of statistical disparity is necessary to demonstrate that there is a disproportionate impact, and the Court should not, in my view, craft rigid rules on this issue. The goal of statistical evidence, ultimately, is to establish “a disparate pattern of exclusion or harm that is statistically significant and not simply the result of chance” (Sheppard (2001), at p. 546; see also Vizkelely, at p. 175; Fredman (2011), at pp. 186-87). The weight given to statistics will depend on, among other things, their quality and methodology (Vizkelely, at pp. 178-84).

[60] Ideally, claims of adverse effects discrimination should be supported by evidence about the circumstances of the claimant group *and* about the results produced by the challenged law. Evidence about the claimant group’s situation, on its own, may amount to merely a “web of instinct” if too far removed from the situation in the actual workplace, community or institution subject to the discrimination claim (*Taypotat*, at para. 34). Evidence of statistical disparity, on its own, may have significant shortcomings that leave open the possibility of unreliable results. The weaknesses with each type of evidence can be overcome if they are both present (Braun, at p. 135; Vizkelely, at p. 192; *Vancouver Area Network of Drug Users v. Downtown Vancouver Business Improvement Association* (2018), 10 B.C.L.R. (6th) 175 (C.A.), at para. 98). Prof. Colleen Sheppard (2001) recognizes this possibility:

While in some cases the overwhelming correspondence between certain categories and the gender or racial composition of the category makes the sex or race discrimination claims relatively easy to substantiate, in other cases the statistical preponderance may be less marked. In such cases it may also be important to consider the qualitative components of the harm that constitutes discrimination. [p. 548]

[61] This is not to say, of course, that both kinds of evidence are always required. In some cases,

[59] Il n’existe aucune mesure universelle permettant de déterminer le niveau de disparité statistique nécessaire pour démontrer qu’il y a un effet disproportionné, et la Cour ne devrait pas, à mon avis, concevoir de règles rigides à cet égard. L’objectif de la preuve statistique, en fin de compte, est d’établir l’existence [TRADUCTION] « [d’]un comportement distinct d’exclusion ou de préjudice statistiquement important et qui n’est pas simplement le résultat de la chance » (Sheppard (2001), p. 546; voir aussi Vizkelely, p. 175; Fredman (2011), p. 186-187). Le poids accordé aux statistiques dépendra, entre autres, de la qualité de celles-ci et de la méthode utilisée pour les obtenir (Vizkelely, p. 178-184).

[60] Idéalement, les allégations de discrimination par suite d’un effet préjudiciable doivent être étayées par des éléments de preuve sur la situation du groupe de demandeurs *et* sur les effets de la loi contestée. Sans autre chose, des éléments de preuve sur la situation du groupe de demandeurs peuvent constituer une simple « accumulation d’intuitions » s’ils sont trop éloignés de la situation réelle dans le lieu de travail, la communauté ou l’institution faisant l’objet de l’allégation de discrimination (*Taypotat*, par. 34). La preuve de disparité statistique, quant à elle, peut comporter des lacunes importantes laissant la porte ouverte à des résultats qui ne sont pas fiables. Les faiblesses de chaque type d’éléments de preuve peuvent être surmontées si les deux types sont présents (Braun, p. 135; Vizkelely, p. 192; *Vancouver Area Network of Drug Users c. Downtown Vancouver Business Improvement Association* (2018), 10 B.C.L.R. (6th) 175 (C.A.), par. 98). La professeure Colleen Sheppard (2001) reconnaît cette possibilité :

[TRADUCTION] Bien que dans certains cas, la correspondance évidente entre certaines catégories et le genre ou la composition raciale de cette catégorie rende les allégations de discrimination fondée sur le sexe ou la race relativement faciles à étayer, dans d’autres cas, la prépondérance statistique peut être moins prononcée. Dans de tels cas, il peut aussi être important d’examiner les composantes qualitatives du préjudice qui constitue la discrimination. [p. 548]

[61] Cela ne veut pas dire, évidemment, que les deux types d’éléments de preuve sont toujours requis.

evidence about a group will show such a strong association with certain traits — such as pregnancy with gender — that the disproportionate impact on members of that group “will be apparent and immediate” (*Taypotat*, at para. 33; see also Fredman (2011), at pp. 187-88; Sheppard (2001), at pp. 544-45; *Gaz métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, at paras. 27 and 47 (CanLII); *Oršuš v. Croatia*, No. 15766/03, ECHR 2010-II, at para. 153).

[62] Similarly, clear and consistent statistical disparities can show a disproportionate impact on members of protected groups, even if the precise reason for that impact is unknown. Prof. Sandra Fredman has argued forcefully against requiring claimants to specify “the reason why” they are being disadvantaged by a rule or policy:

To require the complainants to show the ‘reason why’ the PCP [policy, criteria or practice] disadvantages the group as a whole is to fundamentally misunderstand the meaning of indirect discrimination. It is the disparate impact on the group of a PCP itself which constitutes the prima facie discrimination

(“Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide?”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 31, at p. 46; see also Sandra Fredman, “The Reason Why: Unravelling Indirect Discrimination” (2016), 45 *Indus. L.J.* 231.)

[63] I agree. If there are clear and consistent statistical disparities in how a law affects a claimant’s group, I see no reason for requiring the claimant to bear the additional burden of explaining *why* the law has such an effect. In such cases, the statistical evidence is itself a compelling sign that the law has not been structured in a way that takes into account the protected group’s circumstances (see Fredman (2011), at p. 181; Vizkelety, at pp. 174-76; *Action Travail*, at p. 1139).

Dans certains cas, les éléments de preuve concernant un groupe démontreront un lien si puissant avec certains traits — comme celui entre la grossesse et le sexe — que l’effet disproportionné sur les membres de ce groupe « sera visible et immédiat » (*Taypotat*, par. 33; voir aussi Fredman (2011), p. 187-188; Sheppard (2001), p. 544-545; *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2011] R.J.Q. 1253 (C.A.), par. 27 et 47; *Oršuš c. Croatie*, n° 15766/03, CEDH 2010-II, par. 153).

[62] De même, des disparités statistiques claires et constantes peuvent démontrer l’existence d’un effet disproportionné sur les membres de groupes protégés, même si la raison précise de l’effet est inconnue. La professeure Sandra Fredman s’oppose vigoureusement à l’idée d’obliger les demandeurs à préciser [TRADUCTION] « la raison pour laquelle » ils sont désavantagés par une règle ou une politique :

Le fait d’exiger des demandeurs qu’ils démontrent la « raison pour laquelle » la PCP [la politique, le critère ou la pratique] désavantage le groupe dans son ensemble en revient à mal interpréter de manière fondamentale la signification de la discrimination indirecte. C’est l’effet distinct d’une politique, d’un critère ou d’une pratique en soi sur le groupe qui constitue de la discrimination à première vue

(« Direct and Indirect Discrimination : Is There Still a Divide? », dans Hugh Collins et Tarunabh Khaitan, dir., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 31, p. 46; voir aussi Sandra Fredman, « The Reason Why : Unravelling Indirect Discrimination » (2016), 45 *Indus. L.J.* 231.)

[63] Je suis d’accord. S’il existe des disparités claires et constantes dans la façon dont une loi affecte un groupe de demandeurs, je ne vois aucune raison d’exiger de ceux-ci qu’ils assument le fardeau additionnel d’expliquer *pourquoi* la loi a un tel effet. En pareils cas, la preuve statistique est en soi un signe convaincant que la loi n’a pas été structurée de manière à tenir compte de la situation du groupe protégé (voir Fredman (2011), p. 181; Vizkelety, p. 174-176; *Action Travail*, p. 1139).

[64] The United Kingdom Supreme Court reached a similar conclusion in *Essop v. Home Office (U.K. Border Agency)*, [2017] 3 All E.R. 551. At issue was a core skills assessment that immigration officers had to pass to be promoted. Racial minorities and older candidates were shown to be less likely to pass the assessment, but there was no evidence available to explain why this disparity was occurring (para. 9).

[65] The Supreme Court concluded that there was disparate impact. Lady Hale D.P.S.C. explained that a claimant does not need to “establish the reason for the particular disadvantage to which the group is put” (para. 33). She noted that such a requirement made it more difficult to combat “hidden barriers which are not easy to anticipate or to spot” (para. 25). She also recognized that it is “commonplace for the disparate impact, or particular disadvantage, to be established on the basis of statistical evidence” — which would be impossible if claimants *had* to offer an explanation for why any given statistical imbalances had occurred (para. 28).

[66] *Essop* confirmed a flexible approach to proving disparate impact, under which proof of statistical disparity and broader group disadvantage may each be sufficient to establish a claim, but are not rigid requirements (see also *O’Connor v. Bar Standards Board*, [2018] 2 All E.R. 779 (S.C.), at para. 43). The European Court of Human Rights has similarly held that “when it comes to assessing the impact of a measure or practice on an individual or group, statistics which appear on critical examination to be reliable and significant *will be sufficient to constitute the prima facie evidence the applicant is required to produce*”; however, “[t]his does not . . . mean that indirect discrimination cannot be proved without statistical evidence” (*D.H. v. the Czech Republic*, No. 57325/00, ECHR 2007-IV, at para. 188 (emphasis added); see also *Oršuš*, at paras. 152-53; *Horváth and Kiss v. Hungary*, [2013] E.L.R. 102 (E.C.H.R.), at para. 107).

[64] La Cour suprême du Royaume-Uni est parvenue à une conclusion semblable dans l’arrêt *Essop c. Home Office (U.K. Border Agency)*, [2017] 3 All E.R. 551. La question en litige dans cette affaire concernait un processus d’évaluation des qualifications essentielles que les agents d’immigration devaient réussir pour être promus. Il a été démontré que les minorités raciales et les candidats plus âgés étaient moins susceptibles de réussir l’évaluation, mais on ne disposait d’aucun élément de preuve expliquant cette disparité (par. 9).

[65] La Cour suprême a conclu qu’il y avait un effet distinct. Lady Hale, présidente adjointe de la cour, a expliqué qu’un demandeur n’a pas besoin [TRADUCTION] « d’établir la raison pour laquelle le groupe subit un désavantage particulier » (par. 33). Elle a souligné qu’une telle exigence faisait en sorte qu’il était plus difficile de lutter contre « les obstacles cachés qui ne sont pas faciles à prévoir ou à déceler » (par. 25). Elle a également reconnu qu’il arrive « fréquemment que l’existence d’un effet distinct ou d’un désavantage particulier soit établie au moyen d’une preuve statistique » — ce qui serait impossible si les demandeurs *étaient tenus* d’expliquer chaque disparité statistique (par. 28).

[66] L’arrêt *Essop* a confirmé une approche souple permettant d’établir l’existence d’un effet distinct, selon laquelle une preuve de disparité statistique et de désavantage sur le groupe dans son ensemble pouvait suffire à étayer une allégation, mais ne constituait pas une exigence rigide (voir aussi *O’Connor c. Bar Standards Board*, [2018] 2 All E.R. 779 (S.C.), par. 43). La Cour européenne des droits de l’homme a elle aussi conclu que, « lorsqu’il s’agit d’évaluer l’incidence de mesures ou de pratiques sur un individu ou sur un groupe, les statistiques qui, après avoir été soumises à un examen critique de la Cour, paraissent fiables et significatives *suffisent pour constituer le commencement de preuve à apporter par le requérant* »; cependant, « [c]ela ne veut [. . .] pas dire que la production des statistiques soit indispensable pour prouver la discrimination indirecte » (*D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00, CEDH 2017-IV, par. 188 (italique ajouté); voir aussi *Oršuš*, par. 152-153; *Horváth and Kiss c. Hongrie*, [2013] E.L.R. 102 (C.E.D.H.), par. 107).

[67] I agree with this approach. Both evidence of statistical disparity and of broader group disadvantage may demonstrate disproportionate impact; but neither is mandatory and their significance will vary depending on the case.

[68] Some further observations.

[69] First, whether the legislature *intended* to create a disparate impact is irrelevant (Sheppard (2001), at pp. 543-44; Watson Hamilton and Koshan (2015), at pp. 196-97; Faraday, at p. 310). Proof of discriminatory intent has never been required to establish a claim under s. 15(1) (*Andrews*, at pp. 173-74; *Eldridge*, at para. 62; *Vriend*, at para. 93; *Alliance*, at para. 28; *Centrale*, at para. 35). Nor is an ameliorative purpose sufficient to shield legislation from s. 15(1) scrutiny (*Centrale*, at paras. 8 and 35; *Alliance*, at paras. 32-33).

[70] Second, if claimants successfully demonstrate that a law has a disproportionate impact on members of a protected group, they need not independently prove that the protected characteristic “caused” the disproportionate impact (Tarunabh Khaitan and Sandy Steel, “Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination Law”, in Hugh Collins and Tarunabh Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 197, at pp. 203-4 and 220; Fredman (2018), at p. 46; Braun, at p. 146; Watson Hamilton and Koshan (2015), at p. 197; *West Yorkshire Police*, at paras. 12-14; *Essop*, at paras. 24-27). Put differently, there was no need for the claimant in *Griggs* to address whether his exclusion was based on his *race* or *lack of a high school education*. The whole point of the adverse impact analysis was to show that the use of a high school education as a criteria for employment had a disproportionate impact on African Americans (Fredman (2011), at p. 189).

[71] It is also unnecessary to inquire into whether the law itself was responsible for creating the background social or physical barriers which made a

[67] Je souscris à cette approche. Tant une preuve de disparité statistique qu’une preuve de désavantage sur le groupe dans son ensemble peuvent démontrer un effet disproportionné, mais aucune n’est obligatoire et leur importance variera selon l’affaire.

[68] Je tiens à faire quelques autres observations.

[69] Premièrement, la question de savoir si le législateur *avait l’intention* de créer un effet distinct n’est pas pertinente (Sheppard (2001), p. 543-544; Watson Hamilton et Koshan (2015), p. 196-197; Faraday, p. 310). Il n’a jamais été obligatoire de fournir une preuve de l’intention discriminatoire pour étayer une allégation de violation du par. 15(1) (*Andrews*, p. 173-174; *Eldridge*, par. 62; *Vriend*, par. 93; *Alliance*, par. 28; *Centrale*, par. 35). L’existence d’un objectif d’amélioration de la situation ne suffit pas non plus à soustraire une loi à l’examen fondé sur le par. 15(1) de la *Charte* (*Centrale*, par. 8 et 35; *Alliance*, par. 32-33).

[70] Deuxièmement, si les demandeurs réussissent à démontrer qu’une loi a un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé, ils n’ont pas besoin de prouver indépendamment que la caractéristique protégée a [TRADUCTION] « causé » l’effet disproportionné (Tarunabh Khaitan et Sandy Steel, « Wrongs, Group Disadvantage and the Legitimacy of Indirect Discrimination Law », dans Hugh Collins et Tarunabh Khaitan, dir., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 197, p. 203-204 et 220; Fredman (2018), p. 46; Braun, p. 146; Watson Hamilton et Koshan (2015), p. 197; *West Yorkshire Police*, par. 12-14; *Essop*, par. 24-27). Autrement dit, il n’était pas nécessaire pour le demandeur dans l’affaire *Griggs* d’aborder la question de savoir si son exclusion était fondée sur sa *race* ou sur le fait qu’il *ne possédait pas de diplôme d’études secondaires*. L’objectif global de l’analyse de l’effet préjudiciable était de démontrer que le fait d’exiger un diplôme d’études secondaires comme critère d’emploi avait un effet disproportionné sur les Afro-Américains (Fredman (2011), p. 189).

[71] Il n’est pas non plus nécessaire de se demander si la loi a en soi pour effet de créer des obstacles sociaux ou physiques de fond qui ont rendu une

particular rule, requirement or criterion disadvantageous for the claimant group. Returning to *Griggs*, this would amount to asking whether Duke Power Co. was responsible for lower rates of high school education among African Americans. Plainly, it was not — but this was entirely irrelevant to whether a disproportionate impact had been established. Section 15(1) has always required attention to the systemic disadvantages affecting members of protected groups, even if the state did not create them (*Alliance*, at para. 41; *Centrale*, at para. 32; *Vriend*, at paras. 84 and 97; *Eldridge*, at paras. 64-66; *Eaton*, at para. 67; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1331-32).

[72] Third, claimants need not show that the criteria, characteristics or other factors used in the impugned law affect all members of a protected group in the same way. This Court has long held that “[t]he fact that discrimination is only partial does not convert it into non-discrimination” (*Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1248, quoting James MacPherson, “Sex Discrimination in Canada: Taking Stock at the Start of a New Decade” (1980), 1 C.H.R.R. C/7, at p. C/11). In *Brooks*, the Court held that a corporate plan which denied benefits to employees during pregnancy discriminated on the basis of sex. The employer argued that the plan did not deny benefits to “women”, but only to “women who are pregnant” (p. 1248, quoting MacPherson, at p. C/11). Writing for the Court, Dickson C.J. explained that practices amounting to “partial discrimination” are no less discriminatory than those in which all members of a protected group are affected (pp. 1247-48).

[73] The Court reiterated this principle in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, where it held that the sexual harassment of two female employees was discrimination on the basis of sex. The Court rejected the employer’s argument that sex discrimination had not occurred because only some

régie, une exigence ou un critère particulier désavantageux pour le groupe de demandeurs. Si l’on revient à l’affaire *Griggs*, cela reviendrait à se demander si Duke Power Co. était responsable du pourcentage peu élevé d’Afro-Américains détenant un diplôme d’études secondaires. Visiblement, ce n’était pas le cas — mais cette question n’était absolument pas pertinente pour décider si un effet disproportionné avait été établi. Il a toujours été nécessaire dans l’examen requis par le par. 15(1) de porter attention aux désavantages systémiques touchant les membres des groupes protégés, même si ces désavantages ne sont pas créés par l’État (*Alliance*, par. 41; *Centrale*, par. 32; *Vriend*, par. 84 et 97; *Eldridge*, par. 64-66; *Eaton*, par. 67; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, p. 1331-1332).

[72] Troisièmement, les demandeurs n’ont pas à démontrer que les critères, les caractéristiques ou les autres facteurs utilisés dans la loi contestée affectent tous les membres d’un groupe protégé de la même manière. Notre Cour considère depuis longtemps que le fait « [q]ue la discrimination ne soit que partielle n’en change pas la nature » (*Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, p. 1248, citant James MacPherson, « Sex Discrimination in Canada : Taking Stock at the Start of a New Decade » (1980), 1 C.H.R.R. C/7, p. C/11). Dans l’arrêt *Brooks*, la Cour a jugé que le fait que le régime établi par une entreprise refusait des prestations aux employées durant leur grossesse constituait de la discrimination fondée sur le sexe. L’employeur avait fait valoir que le régime ne refusait pas de prestations aux « femmes », mais seulement aux « femmes enceintes » (p. 1248, citant MacPherson, p. C/11). S’exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Dickson a expliqué que les pratiques « partiellement discriminatoires » ne sont pas moins discriminatoires que celles qui défavorisent tous les membres d’un groupe protégé (p. 1247-1248).

[73] La Cour a réitéré ce principe dans l’arrêt *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, où elle a conclu que le harcèlement sexuel dont avait fait l’objet deux employées constituait de la discrimination fondée sur le sexe. Elle a rejeté l’argument de l’employeur selon lequel il n’y avait eu aucune

of the female employees at the store had been sexually harassed. Dickson C.J. reiterated the approach to partial discrimination he had previously set out in *Brooks*:

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.]

[74] The Court’s approach in *Brooks* and *Janzen* “had obvious implications for claims based on multiple grounds of discrimination” (Dianne Pothier, “Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences” (2001), 13 *C.J.W.L.* 37, at p. 58). As Dianne Pothier has explained:

It is an easy step to move from saying, as in *Janzen*, that not all women need be affected to constitute sex discrimination to also accepting that different groups of women . . . can be differently affected by, or have different experiences of, sex discrimination. *Janzen* also meant that a claim based on, for example, both gender and race could not be defeated simply by saying that it could not be sex discrimination because white women were unaffected or that it could not be race discrimination because Black men were unaffected. [p. 58]

[75] The Court subsequently confirmed that “heterogeneity within a claimant group does not defeat a

discrimination fondée sur le sexe, parce que certaines des employées du magasin avaient été harcelées sexuellement. Le juge en chef Dickson a réitéré l’approche relative à la discrimination partielle qu’il avait précédemment exposée dans l’arrêt *Brooks* :

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. [Italique ajouté; p. 1288-1289.]

[74] L’approche adoptée par la Cour dans les arrêts *Brooks* et *Janzen* [TRADUCTION] « a eu des répercussions évidentes pour les demandes fondées sur de nombreux motifs de discrimination » (Dianne Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37, p. 58). Comme l’a expliqué Dianne Pothier :

[TRADUCTION] Il est facile de passer de l’affirmation, comme dans *Janzen*, que toutes les femmes n’ont pas à être touchées pour qu’il y ait discrimination fondée sur le sexe à accepter également que divers groupes de femmes [. . .] peut être atteintes différemment par ce type de discrimination ou vivre des expériences différentes à cet égard. L’arrêt *Janzen* établit en outre qu’on ne peut faire échec à une demande reposant, par exemple, à la fois sur le sexe et la race simplement en disant qu’il ne pouvait s’agir de discrimination fondée sur le sexe parce que les femmes blanches n’ont pas été touchées ou qu’il ne pouvait s’agir de discrimination fondée sur la race parce que les hommes noirs ne l’ont pas été. [p. 58]

[75] La Cour a par la suite confirmé que « l’hétérogénéité d’un groupe de demandeurs n’est pas

claim of discrimination” (*Quebec v. A*, at para. 354). In *Quebec v. A*, for example, the Court held that certain provisions of the *Civil Code of Québec* that distinguished between *de facto* and legally married spouses for the purposes of support and division, discriminated on the basis of marital status. It reached this conclusion even though there was “a range of need or vulnerability among *de facto* spouses” (para. 354). Similarly, in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, the Court held that a provincial compensation scheme that provided lesser benefits to those suffering from chronic pain, discriminated on the basis of disability. The Court confirmed that “differential treatment can occur on the basis of an enumerated ground despite the fact that not all persons belonging to the relevant group are equally mistreated” (para. 76; see also *Centrale*, at para. 28; Pothier (2010), at pp. 35-36; Watson Hamilton and Koshan (2015), at pp. 197-98; Braun, at p. 147; Sheppard (2001), at p. 549).

[76] This brings us to the second step of the s. 15 test: whether the law has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Alliance*, at para. 25). This inquiry will usually proceed similarly in cases of disparate impact and explicit discrimination. There is no “rigid template” of factors relevant to this inquiry (*Quebec v. A*, at para. 331, quoting *Withler*, at para. 66). The goal is to examine the impact of the harm caused to the affected group. The harm may include “[e]conomic exclusion or disadvantage, [s]ocial exclusion . . . [p]sychological harms . . . [p]hysical harms . . . [or] [p]olitical exclusion”, and must be viewed in light of any systemic or historical disadvantages faced by the claimant group (Sheppard (2010), at pp. 62-63 (emphasis deleted)).

[77] The purpose of the inquiry is to keep s. 15(1) focussed on the protection of groups that have experienced exclusionary disadvantage based on group characteristics, as well as the protection of those

fatale à une plainte de discrimination » (*Québec c. A*, par. 354). Par exemple, dans l’arrêt *Québec c. A*, elle a conclu que certaines dispositions du *Code civil du Québec* établissant une distinction entre les conjoints de fait et les couples légalement mariés aux fins du soutien alimentaire et du partage des biens constituaient de la discrimination fondée sur l’état matrimonial. Elle a tiré cette conclusion même s’il existait « un éventail de besoins ou de situations de vulnérabilité à l’intérieur du groupe des conjoints de fait » (par. 354). De même, dans l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, la Cour a conclu qu’un régime d’indemnisation provincial offrant des prestations moins élevées aux personnes souffrant de douleur chronique constituait de la discrimination fondée sur l’incapacité. Elle a confirmé qu’une « différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent ne sont pas tous également maltraités » (par. 76; voir aussi *Centrale*, par. 28; Pothier (2010), p. 35-36; Watson Hamilton et Koshan (2015), p. 197-198; Braun, p. 147; Sheppard (2001), p. 549).

[76] Cela nous amène à la deuxième étape de l’analyse relative à l’art. 15 : la question de savoir si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer un désavantage (*Alliance*, par. 25). Cet examen se déroule habituellement de la même façon dans les cas d’effet distinct et de discrimination explicite. Il n’existe pas de « modèle rigide » de facteurs pertinents à prendre en considération dans cette analyse (*Québec c. A*, par. 331, citant *Withler*, par. 66). L’objectif est d’examiner l’effet du préjudice causé au groupe touché. Le préjudice peut inclure [TRANSDUCTION] « une exclusion ou un désavantage économique, une exclusion sociale [. . .] des préjudices psychologiques [. . .] des préjudices physiques [. . .], [ou] une exclusion politique », et il doit être examiné à la lumière des désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs (Sheppard (2010), p. 62-63 (soulignement omis)).

[77] Le but de l’examen est de faire en sorte que le par. 15(1) reste axé sur la protection des groupes qui sont défavorisés et exclus en raison de leurs caractéristiques, de même que sur la protection des

“who are members of more than one socially disadvantaged group in society” (Colleen Sheppard, “Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 893, at p. 896; see also *Withler*, at para. 58). As the Court noted in *Quebec v. A* when discussing the second stage of the s. 15 test:

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. [para. 332]

(See also *Taypotat*, at para. 20.)

[78] Notably, the presence of social prejudices or stereotyping are not necessary factors in the s. 15(1) inquiry. They may assist in showing that a law has negative effects on a particular group, but they “are neither separate elements of the *Andrews* test, nor categories into which a claim of discrimination must fit” (*Quebec v. A*, at para. 329), since

[w]e 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*. [Emphasis in original; para. 327.]

(See also paras. 329-31.)

[79] The perpetuation of disadvantage, moreover, does not become less serious under s. 15(1) simply because it was *relevant* to a legitimate state objective. I agree with Dean Mayo Moran that adding relevance to the s. 15(1) test — even as one contextual factor among others — risks reducing the inquiry to a search for a “rational basis” for the impugned law (“Protesting Too Much: Rational Basis Review Under Canada’s Equality Guarantee”, in Sheila

personnes [TRADUCTION] « qui appartiennent à plus d’un groupe socialement défavorisé dans la société » (Colleen Sheppard, « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach » (2001), 80 *R. du B. can.* 893, p. 896; voir aussi *Withler*, par. 58). Comme la Cour l’a précisé dans *Québec c. A* au moment d’aborder la deuxième étape de l’analyse relative à l’art. 15 :

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. [par. 332]

(Voir aussi *Taypotat*, par. 20.)

[78] En particulier, la présence de préjugés et l’application de stéréotypes sociaux ne sont pas nécessairement des facteurs à prendre en compte dans l’analyse relative au par. 15(1). Ceux-ci peuvent aider à démontrer qu’une loi a des effets négatifs sur un groupe particulier, mais ils ne sont « ni des éléments particuliers du critère établi dans l’arrêt *Andrews*, ni des catégories auxquelles doit se rattacher la plainte de discrimination » (*Québec c. A*, par. 329), car

[i]l 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*. [En italique dans l’original; par. 327.]

(Voir aussi par. 329-331.)

[79] Qui plus est, la perpétuation du désavantage ne devient pas moins grave au regard du par. 15(1) simplement parce qu’elle était *pertinente* à l’égard d’un objectif légitime de l’État. Je suis d’accord avec la doyenne Mayo Moran sur le fait que l’ajout d’un critère de pertinence à l’analyse relative au par. 15(1) — même en tant que facteur contextuel parmi d’autres — risque de réduire l’examen à une simple recherche du [TRADUCTION] « fondement

McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 71, at pp. 81-84; Eberts and Stanton, at pp. 90 and 119-20; 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 pp. 108-13). The test for a *prima facie* breach of s. 15(1) is concerned with the discriminatory impact of legislation on disadvantaged groups, not with whether the distinction is justified, an inquiry properly left to s. 1 (*Andrews*, at pp. 181-82; *Turpin*, at pp. 1325-26; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at paras. 129-30; *Eldridge*, at paras. 77 and 79; *Quebec v. A*, at para. 333; *Centrale*, at para. 35).

[80] Similarly, there is no burden on a claimant to prove that the distinction is arbitrary to prove a *prima facie* breach of s. 15(1). It is for the government to demonstrate that the law is *not* arbitrary in its justificatory submissions under s. 1 (see Eberts and Stanton, at p. 117; Jonnette Watson Hamilton and Jennifer Koshan, “*Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat: An Arbitrary Approach to Discrimination*” (2016), 76 S.C.L.R. (2d) 243, at pp. 259-60; Alicja Puchta, “*Quebec v A and Taypotat: Unpacking the Supreme Court’s Latest Decisions on Section 15 of the Charter*” (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665, at p. 704).

[81] In sum, then, the first stage of the s. 15 test is about establishing that the law imposes differential treatment based on protected grounds, either explicitly or through adverse impact. At the second stage, the Court asks whether it has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Alliance*, at para. 25).

[82] Where possible, the two inquiries should be kept distinct, but there is clearly potential for overlap in adverse effects cases based on “the impossibility

rationnel » de la loi contestée (« *Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada’s Equality Guarantee* », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 71, p. 81-84; Eberts et Stanton, p. 90 et 119-120; 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. 108-113). Le critère à appliquer pour déterminer s’il y a violation à première vue du par. 15(1) concerne l’effet discriminatoire de la loi sur les groupes défavorisés et non la question de savoir si la distinction est justifiée, un examen qu’il convient d’effectuer au regard de l’article premier (*Andrews*, p. 181-182; *Turpin*, p. 1325-1326; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 129-130; *Eldridge*, par. 77 et 79; *Québec c. A*, par. 333; *Centrale*, par. 35).

[80] De même, un demandeur n’est pas tenu de prouver que la distinction est arbitraire pour démontrer une violation à première vue du par. 15(1). C’est au gouvernement qu’il incombe de démontrer que la loi *n’est pas* arbitraire dans les observations qu’il présente pour justifier l’atteinte au regard de l’article premier (voir Eberts et Stanton, p. 117; Jonnette Watson Hamilton et Jennifer Koshan, « *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat : An Arbitrary Approach to Discrimination* » (2016), 76 S.C.L.R. (2d) 243, p. 259-260; Alicja Puchta, « *Quebec v A and Taypotat : Unpacking the Supreme Court’s Latest Decisions on Section 15 of the Charter* » (2018), 55 *Osgoode Hall L.J.* 665, p. 704).

[81] En résumé, donc, la première étape de l’analyse relative à l’art. 15 vise à établir que la loi impose un traitement différent sur la base de motifs protégés, soit explicitement soit par un effet préjudiciable. À la deuxième étape, la Cour doit se demander si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer un désavantage (*Alliance*, par. 25).

[82] Lorsque c’est possible, les deux étapes de l’analyse doivent rester distinctes, mais il se peut évidemment qu’il y ait un chevauchement dans les

of rigid categorizations” (Sheppard (2010), at p. 21). What matters in the end is that a court asks and answers the necessary questions relevant to the s. 15(1) inquiry, not whether it keeps the two steps of the inquiry in two impermeable silos.

Application

[83] Returning to the claim before us in this appeal, as previously noted, full-time RCMP members who work regular hours, who are suspended, or who go on unpaid leave can obtain full pension credit for those periods of service under the pension plan. Full-time members who temporarily reduce their hours under a job-sharing agreement, however, are classified as part-time workers under the *Regulations* and are unable to acquire full-time pension credit for their service.

[84] Under the pension scheme, therefore, a full-time RCMP member’s temporary reduction in working hours results in their losing out on potential pension benefits. The question is whether this arrangement has a disproportionate impact on women.

[85] The Federal Court and Court of Appeal acknowledged that the vast majority of members in the job-sharing program who lose out on pension benefits are women with children. In their view, however, these losses occurred because “the appellants . . . elected to job-share”, not because of their gender or parental status (C.A. reasons, at para. 53).

[86] In relying on Ms. Fraser’s “choice” to job-share as grounds for dismissing her claim, the Federal Court and Court of Appeal, with respect, misapprehended our s. 15(1) jurisprudence. This Court has consistently held that differential treatment

cas d’effet préjudiciable en raison de [TRADUCTION] « l’impossibilité d’établir des catégories strictes » (Sheppard (2010), p. 21). En fin de compte, ce qui importe, c’est que le tribunal se pose les questions pertinentes nécessaires lors de l’analyse relative au par. 15(1) et y réponde, et non qu’il maintienne des cloisons étanches entre les deux étapes de l’analyse.

Application

[83] Revenons maintenant à la demande dont nous sommes saisis en l’espèce. Comme nous l’avons mentionné précédemment, le régime de pension de la GRC permet à ses membres à temps plein qui ont un horaire de travail régulier, qui sont suspendus ou qui prennent des congés non payés de racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension. Les membres à temps plein qui réduisent temporairement leurs heures dans le cadre d’une entente de partage de poste sont toutefois considérés comme des employés à temps partiel au sens du *Règlement* et ils ne peuvent racheter de période de service à temps plein ouvrant droit à pension.

[84] Ainsi, selon le régime de pension, la réduction temporaire des heures de travail d’un membre à temps plein de la GRC fait en sorte qu’il perd des prestations de pension potentielles. La question est de savoir si cette entente de partage de poste a un effet disproportionné sur les femmes.

[85] La Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont reconnu que la vaste majorité des membres participant au programme de partage de poste qui perdent des prestations de pension sont des femmes ayant des enfants. Cependant, à leur avis, ces pertes ont été subies parce que « les appelantes [. . .] ont choisi de conclure une entente de partage de poste » et non à cause de leur sexe ou de leur statut de parent (motifs de la C.A., par. 53).

[86] En fondant le rejet de la demande de M^{me} Fraser sur le « choix » qu’a fait cette dernière de conclure une entente de partage de poste, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont, soit dit en tout respect, mal interprété la jurisprudence de notre

can be discriminatory even if it is based on choices made by the affected individual or group.

[87] In *Brooks*, for example, Dickson C.J. rejected an employer’s argument that providing unequal benefits to pregnant women is not sex discrimination because pregnancy is “voluntary” (pp. 1237-38). After *Brooks*, the Court “repeatedly rejected arguments that choice protects a distinction from a finding of discrimination” (*Quebec v. A*, at para. 336). In *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, for example, the Court held that a statute which gave preferential treatment to Canadian citizens infringed s. 15(1), despite the government’s argument that becoming a Canadian citizen was a choice. Chief Justice McLachlin and Justice L’Heureux-Dubé, concurring on this issue, made clear that

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 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)*. The Court in *Andrews* was not deterred by such considerations. On the contrary, La Forest J. specifically noted that acquiring Canadian citizenship could in some cases entail the “serious hardship” of losing an existing citizenship. He left no doubt that this hardship was a cost to be considered in favour of the individual affected by the discrimination. [Emphasis added; citation omitted; para. 5.]

(See also para. 51, per Bastarache J.)

Cour sur le par. 15(1). La Cour a toujours conclu qu’une différence de traitement pouvait être discriminatoire même si elle est fondée sur des choix faits par l’individu ou le groupe touché.

[87] Dans l’arrêt *Brooks*, par exemple, le juge en chef Dickson a rejeté l’argument d’un employeur selon lequel le fait d’offrir des prestations moindres aux femmes enceintes ne constitue pas de la discrimination fondée sur le sexe, parce que la grossesse est « voulue » (p. 1237-1238). Après cet arrêt, 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 » (*Québec c. A*, par. 336). Dans l’arrêt *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, par exemple, la Cour a conclu qu’une loi qui accorde un traitement préférentiel aux citoyens canadiens enfreignait le par. 15(1), malgré l’argument avancé par le gouvernement suivant lequel le fait de devenir un citoyen canadien était un choix. S’accordant sur ce point, la juge en chef McLachlin et la juge L’Heureux-Dubé l’ont énoncé clairement :

... 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 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)*. Dans *Andrews*, la Cour ne s’est pas arrêtée à ces considérations. Au contraire, le juge La Forest dit expressément que, dans certains cas, l’acquisition de la citoyenneté canadienne peut être « fort préjudiciable » lorsqu’elle cause la perte de la citoyenneté d’origine et il ne laisse aucun doute que ce coût doit jouer en faveur de la personne touchée par la mesure discriminatoire. [Italique ajouté; référence omise; par. 5.]

(Voir aussi par. 51, le juge Bastarache.)

[88] Justice L’Heureux-Dubé had expressed a similar view in her dissenting reasons in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, a decision the Court overturned in *Quebec v. A*, explaining that a choice-based approach was fundamentally flawed:

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] play] out”*. [Emphasis added; citation omitted; para. 342.]

[89] Several scholars have made this point as well. Prof. Margot Young, for example, points out that

th[e] closure of critical examination by way of characterization of the inequality of which an individual complains as “natural”, “chosen” or “merited” is deeply problematic. Indeed, many of the major steps in the progression towards women’s equality have come precisely from the revelation of the “natural” as “social”, the “chosen” as “coerced” and the “merited” as “undeserved”.

...

Claims of merit, nature and choice are difficult to critically unpack; they so often are the roots of discrimination. This makes these notions deeply functional in the perpetuation and obfuscation of inequality.

(“Blissed Out: Section 15 at Twenty”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 45, at pp. 55-56; see also Margot Young, “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15” (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183, at pp. 190-91 and 196.)

[88] La juge L’Heureux-Dubé a exprimé un point de vue similaire dans ses motifs dissidents dans *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, une décision que notre Cour a infirmée dans l’arrêt *Québec c. A*, expliquant qu’une approche fondée sur le choix présentait des lacunes fondamentales :

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] »*. [Italique ajouté; référence omise; par. 342.]

[89] Plusieurs universitaires ont également avancé cette opinion. La professeure Margot Young, par exemple, précise ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . clore un examen critique en qualifiant de « naturelle », de « choisie » ou de « méritée » l’inégalité dont une personne se plaint est profondément problématique. En effet, la plupart des avancées majeures des femmes vers l’égalité découlent précisément de la révélation que « naturelle » veut dire « sociale », que « choisie » veut dire « forcée » et que « méritée » veut dire « injustifiée ».

...

Les arguments basés sur les notions de mérite, la nature et le choix sont difficiles à démêler de façon critique; ils sont si souvent à l’origine de la discrimination. Cela rend ces notions profondément efficaces dans la perpétuation et l’obfuscation de l’inégalité.

(« Blissed Out : Section 15 at Twenty », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 45, p. 55-56; voir aussi Margot Young, « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 » (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183, p. 190-191 et 196.)

[90] Prof. Sonia Lawrence makes the critical point that choices are themselves shaped by systemic inequality:

. . . a contextual account of choice produces a sadly impoverished narrative, in which choices more theoretical than real serve to eliminate the possibility of a finding of discrimination The result is a jurisprudence which almost mocks a more nuanced version of the what and how of discrimination, through frequent recourse to the idea that any harm to the claimant was actually the result of her choice, or her unwise exercise of her own judicially protected liberty.

...

Any number of structural conditions push people towards their choices, with the result that certain choices may be made more often by people with particular “personal characteristics”. This is a key feature of systemic inequality — it develops not out of direct statutory discrimination, but rather out of the operation of institutions which may seem neutral at first glance. [Emphasis added.]

(“Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination: Reading the Supreme Court on Section 15”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 115, at pp. 115-16 and 124-25; see also Diana Majury, “Women Are Themselves to Blame: Choice as a Justification for Unequal Treatment”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 209, at pp. 219-25.)

[91] The case before us highlights the flaws of over-emphasizing choice in the s. 15 inquiry. For many women, the decision to work on a part-time basis, far from being an unencumbered choice, “often lies beyond the individual’s effective control” (*Miron*, at para. 153; *Quebec v. A*, at para. 316; see also Watson Hamilton and Koshan (2015), at p. 202). Deciding to work part-time, for many women, is a

[90] La professeure Sonia Lawrence formule l’argument crucial selon lequel les choix sont eux-mêmes façonnés par l’inégalité systémique :

[TRADUCTION] . . . une description contextuelle du choix produit un exposé narratif malheureusement appauvri, dans lequel l’existence de choix plus théoriques que réels sert à éliminer la possibilité de constater une discrimination. [. . .] Il en résulte une jurisprudence qui tourne presque en dérision une version plus nuancée du contenu de la discrimination et de la manière dont elle se manifeste, en ayant fréquemment recours à l’idée voulant que tout préjudice subi par la demanderesse soit en réalité le résultat du choix qu’elle a fait, ou encore d’un exercice malavisé par celle-ci de sa propre liberté judiciairement protégée.

...

Toutes sortes de conditions structurelles poussent les gens à faire leurs les choix qu’ils font, ce qui fait que certains choix peuvent être faits plus souvent par des gens présentant des « caractéristiques personnelles » particulières. Il s’agit d’un élément clé de l’inégalité systémique — elle ne découle pas de discrimination directe créée par une loi, mais plutôt du fonctionnement d’institutions qui peuvent sembler neutres à première vue. [Italique ajouté.]

(« Choice, Equality and Tales of Racial Discrimination : Reading the Supreme Court on Section 15 », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 115, p. 115-116 et 124-125; voir aussi Diana Majury, « Women Are Themselves to Blame : Choice as a Justification for Unequal Treatment », dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 209, p. 219-225.)

[91] L’affaire qui nous occupe met en évidence les lacunes du fait d’accorder une trop grande importance au choix dans l’analyse relative à l’art. 15. Pour beaucoup de femmes, loin d’être un choix libre, la décision de travailler à temps partiel « échappe souvent au contrôle de la personne » (*Miron*, par. 153; *Québec c. A*, par. 316; voir aussi Watson Hamilton et Koshan (2015), p. 202). Pour bon nombre de femmes,

“choice” between either staying above or below the poverty line. The job-sharing program, moreover, was introduced precisely because some members required access to an alternative to taking leave without pay “due to [their] personal or family circumstances” (A.R., vol. V, at p. 810). Ms. Fox made a similar point in her affidavit:

In my experience, this policy is particularly harmful to women who work in rural or isolated communities. The RCMP regularly posts women members in such communities where there is simply no around-the-clock child care available. As such, job-sharing is often the only child care solution for members with children.

[92] By invoking the “choice” to job-share as a basis for rejecting the s. 15(1) claim, the Federal Court and Court of Appeal removed the “challenged inequality from scrutiny, effectively taking it off the radar screen so as to circumvent examination of the equality issues at stake” (Majury, at p. 219). It is an approach that this Court’s s. 15 jurisprudence eschews.

[93] The Federal Court and Court of Appeal also held that the pension plan does not treat those who job-share less favourably than those who go on unpaid leave. They reached this conclusion based on a formalistic comparison between the remuneration offered under job-sharing and leave without pay.

[94] This is precisely the type of “mirror comparator group” analysis that this Court squarely rejected in *Withler* (paras. 55-64; see also *Moore*, at paras. 28-31). Section 15(1) guarantees Ms. Fraser and others in the job-sharing program the right to substantive equality with respect to *full-time* RCMP workers, not merely members on leave without pay. A narrow focus on the buy-back provisions ignores their role

la décision de travailler à temps partiel constitue un « choix » entre rester au-dessus ou en dessous du seuil de la pauvreté. Qui plus est, le programme de partage de poste a été mis en place précisément parce que certains membres avaient besoin d’une solution de rechange au congé non payé [TRADUCTION] « en raison de leur situation personnelle ou familiale » (d.a., vol. V, p. 810). Madame Fox a tenu des propos semblables dans son affidavit :

[TRADUCTION] Selon mon expérience, cette politique est particulièrement préjudiciable envers les femmes qui travaillent dans des collectivités rurales ou éloignées. La GRC affecte régulièrement des femmes dans de telles collectivités où il n’y a tout simplement pas de services de garde pour enfants disponibles à toute heure du jour. Par conséquent, pour les membres ayant des enfants, le partage de poste est souvent la seule solution en matière de services de garde.

[92] En invoquant le « choix » qui a été fait de partager un poste comme motif pour rejeter la demande fondée sur le par. 15(1), la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont soustrait [TRADUCTION] « l’inégalité contestée à un examen minutieux, l’ignorant complètement afin de ne pas avoir à examiner les questions d’égalité en cause » (Majury, p. 219). Il s’agit d’une approche que rejette la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 15.

[93] La Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont également conclu que le régime de pension ne traite pas les participants au programme de partage de poste moins favorablement que ceux qui prennent un congé non payé. Les deux cours sont arrivées à cette conclusion en se fondant sur une comparaison formaliste entre la rémunération offerte en vertu du programme de partage de poste et le programme de congé non payé.

[94] Il s’agit précisément du type d’analyse du « groupe de comparaison aux caractéristiques identiques » que notre Cour a carrément rejetée dans l’arrêt *Withler* (par. 55-64; voir aussi *Moore*, par. 28-31). Le paragraphe 15(1) garantit à M^{me} Fraser et aux autres participants au programme de partage de poste le droit à l’égalité réelle par rapport aux employés à *temps plein* de la GRC, et non pas simplement par

within the pension scheme: they are *themselves* the means by which those who go on unpaid leave “get meaningful access” to the pension benefits available to *all* full-time employees (*Moore*, at para. 28).

[95] This aspect of Ms. Fraser’s claim is indistinguishable from *Centrale*. In that case, Quebec delayed implementation of a pay equity program by up to four years for women employed in workplaces with male comparators, and six years for women employed in workplaces with no male comparators. This Court held that the implementation delay infringed s. 15(1). Rather than comparing the situation of women in different workplaces, the Court explained how the delay in implementing pay equity disadvantaged women relative to *men* in other workplaces earning full value for their work:

The legislature chose to act to address pay discrimination against women, but denied access by delaying it for a group of women, *leaving them, in comparison to male workers, paid less for longer*. Whatever the motives behind the decision, this is “discrimination reinforced by law”, which this Court has denounced since *Andrews* (p. 172). The fact, then, that women in one type of workplace — with male comparators — received a remedy promptly is not an answer to the question of whether women in another type of workplace were also disadvantaged. It is no defence to a claim of discrimination by one group of women to suggest that another group has had its particular discrimination addressed. [Emphasis added; para. 33.]

rapport aux membres en congé non payé. Le fait de se concentrer étroitement sur les dispositions de rachat revient à ignorer leur rôle à l’intérieur du régime de pension : ces dispositions sont *en soi* le moyen par lequel les employés qui prennent un congé non payé « peuvent accéder concrètement » aux prestations de pension offertes à *tous* les employés à temps plein (*Moore*, par. 28).

[95] Cet aspect de la demande de M^{me} Fraser ne distingue pas sa demande de celle qui était en cause dans l’arrêt *Centrale*. Dans cette affaire, le Québec avait reporté la mise en œuvre d’un programme d’équité salariale de quatre ans pour les femmes travaillant dans des milieux où il existe des comparateurs masculins, et de six ans pour les femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins. Notre Cour a jugé que le report de la mise en œuvre du programme enfreignait le par. 15(1). Au lieu de comparer la situation des femmes dans différents milieux de travail, la Cour a expliqué en quoi le report de la mise en œuvre du programme d’équité salariale défavorisait les femmes par rapport *aux hommes* travaillant dans d’autres milieux où leur travail est rémunéré à sa pleine valeur :

Le législateur a décidé de s’attaquer à la discrimination salariale exercée envers les femmes, mais, en différant l’accès au régime pour un certain groupe de femmes, il a refusé cet accès à celles-ci, *faisant en sorte que les femmes de ce groupe seraient moins bien payées en comparaison des travailleurs de sexe masculin pendant une plus longue période*. Quels que soient les motifs qui sous-tendent sa décision, il s’agit de « discrimination consacrée par la loi », une forme de discrimination que la Cour dénonce depuis l’arrêt *Andrews* (p. 172). En conséquence, le fait que les femmes travaillant dans un certain type de milieu — où il existe des comparateurs masculins — aient obtenu une réparation rapidement ne résout en rien la question de savoir si les femmes occupant un emploi dans un autre type de milieu ont également subi un désavantage. On ne saurait faire valoir, comme moyen de défense à une allégation de discrimination portée par un groupe de femmes, que le problème de discrimination vécu par un autre groupe a été réglé. [Italique ajouté; par. 33.]

(See also paras. 29, per Abella J., and 155-56, per McLachlin C.J., concurring on this point.)

[96] This leaves the question of whether, under a proper assessment, the s. 15(1) claim should succeed.

[97] In my respectful view, the use of an RCMP member's temporary reduction in working hours as a basis to impose less favourable pension consequences plainly has a disproportionate impact on women. The relevant evidence — the results of the system — showed that:

- RCMP members who worked reduced hours in the job-sharing program were predominantly women with young children.
- From 2010-2014, 100 percent of members working reduced hours through job-sharing were women, and most of them cited childcare as their reason for doing so.

[98] These statistics were bolstered by compelling evidence about the disadvantages women face as a group in balancing professional and domestic work. Evidence submitted by Ms. Fraser indicated that women have historically borne the overwhelming share of childcare responsibilities, that part-time workers in Canada are disproportionately women, and that they are far more likely than men to work part-time due to child care responsibilities. As a result, they experience less stable employment and periods of “scaling back at work”, including within police services.

[99] This evidence finds firm support in commission reports, judicial decisions and academic work. The landmark *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada* (1970, Florence

(Voir aussi par. 29, la juge Abella, et par. 155-156, la juge en chef McLachlin, en accord sur ce point.)

[96] Reste donc la question de savoir si, au terme d'une évaluation adéquate, la demande fondée sur le par. 15(1) devrait être accueillie.

[97] Avec égards, le fait de se baser sur la réduction temporaire des heures de travail d'un membre de la GRC pour imposer des conséquences moins avantageuses en matière de pension a clairement un effet disproportionné sur les femmes. Les éléments de preuve pertinents — les conséquences du système — ont démontré ceci :

- Les membres de la GRC qui ont réduit leurs heures de travail en participant au programme de partage de poste étaient principalement des femmes ayant de jeunes enfants.
- De 2010 à 2014, la totalité des membres ayant réduit leurs heures de travail par le truchement du programme de partage de poste étaient des femmes, et la plupart ont déclaré avoir participé au programme afin de s'occuper de leurs enfants.

[98] Ces statistiques ont été renforcées par des éléments de preuve convaincants sur les désavantages auxquels les femmes font face en tant que groupe lorsqu'elles concilient leur vie professionnelle et les travaux ménagers. Les éléments de preuve soumis par M^{me} Fraser ont démontré que les femmes assument depuis toujours une part écrasante des responsabilités à l'égard des enfants, que les travailleurs à temps partiel au Canada sont disproportionnellement des femmes et que celles-ci sont beaucoup plus susceptibles que les hommes de travailler à temps partiel pour s'occuper des enfants. Par conséquent, elles connaissent moins de stabilité en matière d'emploi ainsi que des périodes de « réduction du temps de travail », y compris au sein de services de police.

[99] Ces éléments de preuve trouvent un appui solide dans les rapports de commission, les décisions judiciaires et les recherches universitaires. L'historique *Rapport de la Commission royale*

Bird, chair) acknowledged that a “larger proportion of women work[ed] only part-time” (at p. 61) and warned that the inequitable treatment of part-time workers would disadvantage women:

We recognize one major problem in the use of part-time workers: the provision of fringe benefits for those not employed on a regular basis. We nevertheless believe that ways must be found to provide these employees with pay and working conditions no less equitable than those provided for the full-time worker. [p. 105]

[100] In its report, the Commission of Inquiry into Part-time Work (1983, Joan Wallace, comm.) confirmed that most employees in part-time, lower-paid positions were women (*Part-time Work in Canada: Report of the Commission of Inquiry into Part-time Work* (1983), at pp. 21-22, 46 and 151). The Commission also studied the use of job-sharing programs across Canada. The data it collected suggested that almost all job-sharing participants were women, and that “[t]he arrival of a new baby was the most common primary reason for initiating job sharing” (pp. 177-78).

[101] *The Report of the Commission on Equality in Employment* (1984, Rosalie Silberman Abella, comm.) expanded on the link between part-time work and childcare, observing that

[t]he demand and the need for remedial measures derive from the increasing number of mothers in the workforce. Their children need adequate care. By Canadian law both parents have a duty to care for their children, but by custom this responsibility has consistently fallen to the mother. It is the mother, therefore, who bears any guilt or social disapprobation for joining the workforce. And it is the mother who normally bears the psychological and actual responsibility for making childcare arrangements.

d’enquête sur la situation de la femme au Canada (1970, Florence Bird, présidente) a reconnu que « les femmes [étaient] plus nombreuses à travailler à temps partiel » (p. 69) et a prévenu que le traitement inéquitable des travailleurs à temps partiel défavoriserait les femmes :

Nous reconnaissons qu’il existe un problème sérieux dans l’emploi des travailleurs à temps partiel; c’est celui des dispositions concernant les avantages sociaux pour ceux qui ne sont pas employés de façon régulière. Nous estimons toutefois qu’il faut trouver le moyen d’accorder à ces employés des salaires et des conditions de travail qui ne soient pas moins équitables que ceux qui sont consentis aux employés à plein temps. [p. 119]

[100] Dans son rapport, la Commission d’enquête sur le travail à temps partiel (1983, Joan Wallace, commissaire) a confirmé que la plupart des employés à temps partiel occupant des postes moins rémunérés étaient des femmes (*Le travail à temps partiel au Canada : Rapport de la Commission d’enquête sur le travail à temps partiel* (1983), p. 23-24, 48 et 158). La Commission a également étudié le recours à des programmes de partage de poste au Canada. Les données recueillies par la Commission portaient à croire que la quasi-totalité des participants à ces programmes étaient des femmes et que « [l]a naissance d’un enfant a été la raison la plus souvent donnée pour la formule du partage d’emploi » (p. 183-184).

[101] *Le Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984, Rosalie Silberman Abella, commissaire) a précisé le lien entre le travail à temps partiel et le soin des enfants. Il renferme l’observation suivante à cet égard :

La demande et le besoin de mesures correctives tiennent au nombre croissant de mères de famille dans la population active. Leurs enfants ont besoin de soins satisfaisants. Selon le droit canadien, il incombe aux deux parents de prendre soin des enfants. Toutefois, selon la coutume, c’est la mère qui s’est toujours vu attribuer cette responsabilité. Par conséquent, c’est sur elle que retombe la culpabilité ou [c’est elle] qui est critiquée par la société lorsqu’elle se joint à la population active. Et c’est elle qui habituellement a la responsabilité morale de faire garder les enfants et de prendre les dispositions nécessaires.

...

From the point of view of mothers, access to childcare and the nature of such care limits employment options. “In balancing the responsibilities of family and career, women more frequently than men must make decisions (such as to withdraw from the labour force to care for young children) of consequence to their career”.

... *Various studies show that a major reason women are over-represented in part-time work is that they are combining childcare responsibilities with jobs in the paid labour market.* [Emphasis added.]

(pp. 177 and 185-86, quoting Ontario Manpower Commission, *The Employment of Women in Ontario: Background Paper* (1983), at p. 17.)

[102] The final report of the Law Commission of Ontario’s 2012 study on vulnerable workers also confirmed that

Canadian studies show that women are more likely to be engaged in precarious work than men. For example, women are over-represented in part-time and temporary work.

...

The high numbers of women in precarious work are, in some measure, the result of their traditional social role as caregivers. Under the “gender contract” that typified the 1950s middle class, men were primarily responsible for financial support and women stayed home to care for the family. (Women in many working-class families have always worked outside the home, caring for other women’s children, cleaning homes and working in factories and shops, for example.) Today, under current social and economic conditions, two incomes are often necessary to support a family and women’s choices and involvement in many spheres of life have expanded. The majority of women have joined the workforce. The family unit is also more varied with increasing numbers of single parents. *And yet women continue to bear primary responsibility for care-giving. In 2010 Canadian women spent an average total of 50 hours per week caring for household children, double that spent by men (24 hours). In 2008, just over*

...

Du point de vue de la mère, les possibilités de choisir un emploi sont limitées en raison du manque de services de soins aux enfants et de la nature même de ces services. « Ce sont les femmes qui, pour s’acquitter de leurs responsabilités familiales et professionnelles, sont appelées, plus souvent que les hommes, à prendre des décisions difficiles (par exemple, quitter leur emploi pour prendre soin de jeunes enfants) ».

... *Diverses études montrent que si les femmes sont si nombreuses à travailler à temps partiel, c’est qu’elles doivent concilier le soin des enfants avec l’emploi rémunéré qu’elles occupent sur le marché du travail.* [Italique ajouté.]

(p. 195 et 204, citant Ontario Manpower Commission, *The Employment of Women in Ontario: Background Paper* (1983), p. 17.)

[102] Le rapport final de 2012 de la Commission du droit de l’Ontario sur les travailleurs vulnérables a également confirmé ce qui suit :

Il ressort des études canadiennes que les femmes exercent plus d’emplois précaires que les hommes. Par exemple, les femmes sont surreprésentées dans le secteur du travail à temps partiel et temporaire.

...

Le nombre élevé de femmes qui exercent un travail précaire est, dans une certaine mesure, le résultat de leur rôle social classique de pourvoyeuses de soins. Selon le « contrat entre les sexes » qui typifiait la classe moyenne dans les années 1950, les hommes étaient principalement chargés du soutien financier et les femmes restaient à la maison pour prendre soin de la famille. (Dans de nombreuses familles de la classe ouvrière, les femmes ont toujours travaillé à l’extérieur du foyer, prenant soin des enfants d’autres femmes, veillant à l’entretien de maisons et travaillant dans des usines et des magasins, par exemple.) De nos jours, en raison de la conjoncture socioéconomique actuelle, il faut souvent deux revenus pour subvenir aux besoins d’une famille, et, dans de nombreuses sphères de la vie, les choix et la participation des femmes ont augmenté. La majorité d’entre elles se sont jointes à la population active. L’unité familiale est elle aussi plus variée, et compte un nombre croissant de parents seuls. *Et*

9 percent of women reported working part-time because of childcare responsibilities as compared to less than 1 percent of men. As a result, the precarity of women's jobs is partly influenced by public policy on maternity benefits and childcare. [Emphasis added.]

(*Vulnerable Workers and Precarious Work*, at pp. 19-20; see also Statistics Canada, *Women in Canada: A Gender-based Statistical Report* (7th ed. 2017).)

[103] Judgments of this Court have also recognized that women face disadvantages in the workplace because of their largely singular responsibility for domestic work. The Court has acknowledged the sacrifices women make at work “for the sake of domestic considerations” (*Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 861; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 113, per L’Heureux-Dubé J., concurring); and that “women bear a disproportionate share of the child care burden in Canada” (*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 762-63; see also *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 49-50, per L’Heureux-Dubé J., dissenting).

[104] Recognizing the reality of gender divisions in domestic labour and their impact on women’s working lives is neither new nor disputable (see *Beijing Declaration and Platform for Action*, U.N. Doc. A/CONF.177/20, October 17, 1995, at paras. 155-56 and 158). Elizabeth Shilton has eloquently described the link between the division of unpaid care work and women’s over-representation in part-time work:

In twenty-first-century Canada, the male breadwinner family has largely vanished along with the idea of the

pourtant, les femmes continuent d’assumer la responsabilité première de la prestations [sic] des soins. En 2010, les femmes canadiennes ont passé en moyenne un nombre total de cinquante heures par semaine à prendre soin des enfants du ménage, soit deux fois plus que les hommes (vingt-quatre heures). En 2008, tout juste plus de 9 % des femmes ont déclaré travailler à temps partiel à cause de leurs responsabilités en matière de soin des enfants, comparativement à moins de 1 % chez les hommes. De ce fait, la précarité des emplois qu’exercent les femmes est influencée en partie par les politiques publiques concernant les prestations de maternité et le soin des enfants. [Italique ajouté.]

(*Travailleurs vulnérables et travail précaire*, p. 22-23; voir aussi Statistique Canada, *Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe* (7^e éd. 2017).)

[103] Notre Cour a aussi reconnu que les femmes se heurtent à des désavantages dans le milieu de travail en raison des responsabilités relatives aux travaux ménagers qu’elles assument en grande partie seules. Elle a souligné les sacrifices que les femmes font au travail « pour des motifs d’ordre domestique » (*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 861; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 113, motifs concordants de la juge L’Heureux-Dubé); et que « les femmes assument une part disproportionnée du fardeau de la garde des enfants au Canada » (*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 762-763; voir aussi *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 49-50, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente).

[104] Reconnaître la réalité de la division des tâches ménagères entre les genres et ses répercussions sur la vie professionnelle des femmes n’est pas une question nouvelle, pas plus qu’elle n’est contestable (voir *Déclaration et Programme d’action de Beijing*, Doc. N.-U. A/CONF.177/20, 17 octobre 1995, par. 155-156 et 158). Elizabeth Shilton a décrit en termes éloquents le lien qui existe entre la division des soins non rémunérés et la surreprésentation des femmes dans les emplois à temps partiel :

[TRADUCTION] Au 21^e siècle, au Canada, l’image de la famille où l’homme est le pourvoyeur a largement disparu,

“family wage”; women are almost as likely as men to belong to the paid workforce. Two constants remain, however. Employers continue to demand an “unencumbered worker,” along with the right to organize work without regard to workers’ care obligations. And gender roles within families have been slow to change. Care work still needs to be done, and women still bear most of the practical responsibility for doing it. In consequence, women are forced to manage family care without impinging on their work obligations. *Their strategies — euphemistically labelled “choices” — often include part-time and precarious forms of work that typically come with lower wages, fewer benefits, fewer promotional opportunities, and minimal or no retirement pensions.* The impact on women’s economic welfare is compounded by stereotypical assumptions that women do not merit or want more responsible, higher-paying jobs because they will inevitably prioritize family over work. The unequal burden of family care creates and reinforces women’s continuing inequality both inside and outside the workplace. [Emphasis added.]

(“Family Status Discrimination: ‘Disruption and Great Mischief’ or Bridge over the Work-Family Divide?” (2018), 14 *J.L. & Equality* 33, at p. 35; see also Sheppard (2010), at p. 26; Richard P. Chaykowski and Lisa M. Powell, “Women and the Labour Market: Recent Trends and Policy Issues” (1999), 25 *Can. Pub. Pol’y* S1; Braun, at pp. 137-38; Fredman (2011), at pp. 38, 45 and 181; Rivet and Santorineos, at p. 373; Suzi Macpherson, “Reconciling employment and family care-giving: a gender analysis of current challenges and future directions for UK policy”, in Nicole Busby and Grace James, eds., *Families, Care-giving and Paid Work: Challenging Labour Law in the 21st Century* (2011), 13, at pp. 13-30; Susan Bisom-Rapp, “What We Know About Equal Employment Opportunity Law After Fifty Years of Trying” (2018), 22 *Employee Rts. & Employment Pol’y J.* 337, at pp. 348-49.)

[105] Courts, by identifying adverse impact discrimination, have “been particularly effective in dealing with criteria which specifically disadvantage

tout comme l’idée de « salaire familial »; il y a pratiquement autant de chances que la femme fasse partie de la population active rémunérée que l’homme. Cependant, deux constantes demeurent. Les employeurs continuent de demander un « employé sans attache », ainsi que le droit d’organiser le travail sans égard aux obligations de ses employés en matière de soins. De plus, les rôles attribués à chaque genre au sein des familles ont été lents à changer. Les enfants ont encore besoin de soins, et les femmes assument encore la plupart des responsabilités pratiques que cela implique. En conséquence, elles sont forcées de gérer les soins familiaux sans que cela n’empiète sur leurs obligations professionnelles. *Leurs stratégies — que l’on appelle euphémiquement des « choix » — incluent souvent le travail à temps partiel et des formes de travail précaires qui s’accompagnent habituellement de salaires moins élevés, de peu d’avantages, de moins de possibilités d’avancement et d’une pension de retraite minime ou inexistante.* L’incidence sur le bien-être économique des femmes est exacerbée par les idées préconçues selon lesquelles les femmes ne méritent pas ou ne veulent pas de postes comportant de grandes responsabilités et un salaire élevé, parce qu’elles vont inévitablement accorder la priorité à leur famille plutôt qu’à leur travail. Le fardeau inéquitable des soins familiaux crée et renforce l’inégalité persistante que vivent les femmes, tant sur le marché du travail qu’à l’extérieur de celui-ci. [Italique ajouté.]

(« Family Status Discrimination : “Disruption and Great Mischief” or Bridge over the Work-Family Divide? » (2018), 14 *J.L. & Equality* 33, p. 35; voir aussi Sheppard (2010), p. 26; Richard P. Chaykowski et Lisa M. Powell, « Women and the Labour Market : Recent Trends and Policy Issues » (1999), 25 *Can. Pub. Pol’y* S1; Braun, p. 137-138; Fredman (2011), p. 38, 45 et 181; Rivet et Santorineos, p. 373; Suzi Macpherson, « Reconciling employment and family care-giving : a gender analysis of current challenges and future directions for UK policy », dans Nicole Busby et Grace James, dir., *Families, Care-giving and Paid Work : Challenging Labour Law in the 21st Century* (2011), 13, p. 13-30; Susan Bisom-Rapp, « What We Know About Equal Employment Opportunity Law After Fifty Years of Trying » (2018), 22 *Employee Rts. & Employment Pol’y J.* 337, p. 348-349.)

[105] En décelant l’existence de discrimination par suite d’un effet préjudiciable, les tribunaux [TRA-
DUCTION] « agissent de manière particulièrement

women with childcare responsibilities” (Fredman (2011), at p. 181). The European Court of Justice, for example, has held that providing workers with less favourable benefits based on their working hours can amount to adverse impact discrimination against women (see *Jenkins v. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, C-96/80, [1981] E.C.R. I-911; *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber von Hartz*, C-170/84, [1986] E.C.R. I-1607; *Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH*, C-171/88, [1989] E.C.R. I-2743; *Vroege v. NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV*, C-57/93, [1994] E.C.R. I-4541; *Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main*, C-4/02 and C-5/02, [2003] E.C.R. I-12575; see also *Reg. v. Secretary of State for Employment, Ex parte Equal Opportunities Commission*, [1995] 1 A.C. 1 (H.L.); Braun, at pp. 137-40).

[106] All of these sources — and more — show the clear association between gender and fewer or less stable working hours. They provide powerful support for Ms. Fraser’s core argument: that the RCMP’s use of a temporary reduction in working hours as a basis for imposing less favourable pension consequences has an adverse impact on women. The first part of the s. 15(1) test has therefore been met.

[107] This leads me to the second part of the s. 15(1) inquiry: whether this adverse impact reinforces, exacerbates or perpetuates disadvantage.

[108] There is no doubt that it does. I agree with Ms. Fraser that the negative pension consequences of job-sharing perpetuate a long-standing source of disadvantage to women: gender biases within pension plans, which have historically been designed “for middle and upper-income full-time employees with long service, typically male” (*Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario* (1980), at p. 116).

efficace à l’égard des critères qui désavantagent spécifiquement les femmes ayant des responsabilités en ce qui concerne le soin des enfants » (Fredman (2011), p. 181). La Cour de justice européenne, par exemple, a jugé que le fait d’offrir à certains travailleurs des conditions de rémunération moins favorables en fonction de leurs heures de travail pouvait constituer de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable envers les femmes (voir *Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, C-96/80, [1981] E.C.R. I-911; *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz*, C-170/84, [1986] E.C.R. I-1607; *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH*, C-171/88, [1989] E.C.R. I-2743; *Vroege c. NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV*, C-57/93, [1994] E.C.R. I-4541; *Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main*, C-4/02 et C-5/02, [2003] E.C.R. I-12575; voir aussi *Reg. c. Secretary of State for Employment, Ex parte Equal Opportunities Commission*, [1995] 1 A.C. 1 (H.L.); Braun, p. 137-140).

[106] Toutes ces sources — et d’autres encore — établissent un lien clair entre les femmes et des heures de travail moindres ou instables. Elles appuient solidement l’argument central de M^{me} Fraser : le fait pour la GRC de se baser sur la réduction temporaire des heures de travail d’un de ses membres pour imposer des conséquences moins avantageuses en matière de pension a un effet disproportionné sur les femmes. Il est donc satisfait au premier volet de l’analyse relative au par. 15(1).

[107] Cela m’amène au deuxième volet de l’analyse relative au par. 15(1) : la question de savoir si cet effet préjudiciable renforce, perpétue ou accentue un désavantage.

[108] Il ne fait aucun doute que c’est le cas. Je souscris à l’argument de M^{me} Fraser selon lequel les répercussions négatives du partage de poste sur la pension perpétuent une source de désavantage de longue date pour les femmes : les préjugés fondés sur le sexe ancrés dans les régimes de pension, qui favorisent depuis toujours [TRADUCTION] « les employés à temps plein à revenu moyen et élevé comptant de nombreuses années de services, habituellement des hommes » (*Report of the Royal Commission on the Status of Pensions in Ontario* (1980), p. 116).

[109] The National Action Committee on the Status of Women (“NAC”) expressed concerns about gender biases within pension plans in a brief to the House of Commons Sub-Committee on Equality Rights (presented in June 1985 by Louise Dulude and Carole Wallace). In the brief, the NAC described how pension plans treat women unequally:

The differences in impact of pensions on women and men are well known and amply documented. They are the results of the combined effects of the elements which make up the multilayered cake that is Canada’s pension system today.

...

Women are more affected by these inadequacies than men because they have a higher rate of turnover and drop out of the labour force more often than their male counterparts. As a result, the small proportion of female earners who are members of employer pension plans are exceedingly unlikely to ever collect decent pensions from that source. In fact, experts have said that many women who participate in employer-sponsored pension plans would probably have been better off putting their contributions to them in a bank.

(Brief on Equality for Women in Pensions, Taxation and Federal Benefits to Parents, at pp. 2 and 8-9)

[110] Others have echoed these concerns. Elizabeth Shilton notes that although progress has been made in securing equal pension *coverage* for women, the level of *benefits* they derive from those pensions remains unequal (“Gender Risk and Employment Pension Plans in Canada” (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 101, at pp. 110-12). She links the gender biases in pension plans to their preference for “male pattern employment”:

From the beginning, pension plans were calibrated to the career trajectories of skilled workers whose training and experience were particularly valuable to their employers.

[109] Dans un mémoire présenté au Sous-comité de la Chambre des communes sur les droits à l’égalité (en juin 1985 par Louise Dulude et Carole Wallace), le Comité canadien d’action sur le statut de la femme (« CCA ») a exprimé des inquiétudes à propos des préjugés fondés sur le sexe dans les régimes de pension. Dans ce mémoire, le Comité a décrit comment les régimes de pension traitaient les femmes de façon inéquitable :

[TRADUCTION] Les différences dans l’incidence des pensions sur les femmes et sur les hommes sont bien connues et amplement documentées. Elles sont le résultat des effets combinés des divers éléments qui forment le régime de pension à plusieurs couches au Canada aujourd’hui.

...

Les femmes sont plus touchées par ces lacunes que les hommes, parce qu’elles changent de poste et quittent le marché du travail plus souvent que leurs homologues masculins. Par conséquent, la faible proportion de femmes qui participent à un régime de pension établi par l’employeur sont très peu susceptibles de toucher des pensions décentes provenant de cette source. En fait, des experts affirment que bon nombre de femmes qui participent à des régimes de pension soutenus par l’employeur auraient probablement mieux fait de placer à la banque leurs cotisations à ces régimes.

(Brief on Equality for Women in Pensions, Taxation and Federal Benefits to Parents, p. 2 et 8-9)

[110] D’autres aussi ont exprimé ces mêmes inquiétudes. Elizabeth Shilton indique que, bien que des progrès aient été réalisés en vue d’assurer aux femmes une *protection* égale en matière de pension, le montant des *prestations* qu’elles touchent demeure inégal (« Gender Risk and Employment Pension Plans in Canada » (2013), 17 *C.L.E.L.J.* 101, p. 110-112). L’auteure établit un lien entre les préjugés fondés sur le genre ancrés dans les régimes de pension et la préférence observée dans ces régimes à l’égard du [TRADUCTION] « parcours professionnel masculin » :

Dès le départ, les régimes de pension étaient conçus en fonction des parcours professionnels des travailleurs qualifiés dont la formation et l’expérience étaient

The reward structures embedded in those plans therefore favoured permanent, full-time workers with long service and relatively high pay — what has been called “male pattern employment.” Long after explicitly gendered pension plan rules were made illegal, typical benefit structures still forced lower-paid, temporary or part-time employees — those in typical “female pattern employment” — to subsidize the benefits of workers with more market power. This is true of all pension plans, although the way in which the gender dynamic works depends on the type of plan. [p. 112]

[111] The International Labour Organization has also commented on how increased periods of part-time work result in lower pension benefits for women:

Throughout their life cycles, women accumulate disadvantages that pile up at older ages. Double or triple discrimination is often amplified as women advance in age. Women are especially vulnerable owing to their high numbers in unpaid, low-paid, part-time, frequently interrupted, or informal economy work. As a result they are less often entitled to any contributory pension benefits in their own right. Even if they are, their pensions are often significantly lower than those of men due to lower earnings and shorter contribution periods.

(Rights, jobs and social security: New visions for older women and men (2008))

[112] The structural inequality within pension plans has tangible impacts for women upon retirement. This Court has described the “feminization of poverty” as an “entrenched social phenomenon” in Canada (*Moge*, at p. 853). Claire Young has linked this problem to disparities in pension policies:

. . . when one examines statistics on income security in retirement, women are disproportionately worse off financially than men, with 7.6 percent of women having

particulièrement utiles à leur employeur. Les structures de rémunération intégrées dans ces régimes favorisaient donc les travailleurs permanents à temps plein qui comptaient de nombreuses années de service et qui touchent un salaire relativement élevé — ce que l’on appelle le « parcours professionnel masculin ». Longtemps après que les règles relatives aux régimes de pension explicitement genrés soient devenues illégales, les structures habituelles des avantages sociaux forçaient encore les employés temporaires ou à temps partiel à faible revenu — ceux correspondant au « parcours professionnel féminin » typique — à subventionner les avantages sociaux des travailleurs possédant un plus grand pouvoir sur le marché. C’est le cas pour tous les régimes de pension, quoique la façon dont la dynamique des genres opère dépend du type de régime. [p. 112]

[111] L’Organisation internationale du Travail a également commenté la façon dont les périodes accrues de travail à temps partiel entraînent des prestations de pension réduites pour les femmes :

Tout au long de leur vie, les femmes sont confrontées à des obstacles qui s’accumulent avec l’âge. Une double, voire triple discrimination se retrouve ainsi souvent amplifiée au fur et à mesure qu’elles vieillissent. Les femmes sont particulièrement vulnérables en raison de leur surreprésentation dans le travail non payé, faiblement rémunéré, à temps partiel, fréquemment interrompu ou dans l’économie informelle. En conséquence, elles sont moins souvent en droit de bénéficier de prestations de retraite contributives à part entière. Même quand elles y ont droit, leurs pensions sont souvent nettement inférieures à celles des hommes en raison de revenus plus modestes et de périodes de cotisations plus courtes.

(Droits, emplois et sécurité sociale : Une nouvelle vision pour les hommes et les femmes âgés (2008))

[112] L’inégalité structurelle des régimes de pension a des effets tangibles sur les femmes à leur retraite. Notre Cour a qualifié la « féminisation de la pauvreté » de « phénomène social bien établi » au Canada (*Moge*, p. 853). Claire Young a lié ce problème aux disparités dans les politiques en matière de pension :

[TRADUCTION] . . . lorsque l’on examine les statistiques sur la sécurité du revenu à la retraite, les femmes sont disproportionnellement en plus mauvaise posture que les

incomes below the low income cut off (LICO), which is colloquially called the poverty line, compared to 3.6 percent of elderly men [C]urrent Canadian pension policies are a major contributing factor to this income disparity.

...

. . . over 72 percent of those aged sixty-five or older living below the poverty line are women. It is also important to note that single elderly women are the poorest of the poor in Canada, with 80 percent of unattached women over the age of sixty-five living in poverty. [Emphasis added.]

(“Pensions, Privatization, and Poverty: The Gendered Impact” (2011), 23 *C.J.W.L.* 661, at pp. 663 and 665; see also Shilton (2013), at pp. 102-3; Commission of Inquiry into Part-time Work, at p. 151; Gender Wage Gap Strategy Steering Committee, *Final Report and Recommendations of the Gender Wage Gap Strategy Steering Committee* (2016), at pp. 18 and 60-61; Fredman (2011), at pp. 47-48; Susan Bisom-Rapp and Malcolm Sargeant, “It’s Complicated: Age, Gender, and Lifetime Discrimination Against Working Women — The United States and the U.K. as Examples” (2014), 22 *Elder L.J.* 1, at p. 99.)

[113] Pension design choices have, in sum, “far-reaching normative, political and tangible economic implications for women” (Shilton (2013), at p. 140, quoting Bernd Marin, “Gender Equality, Neutrality, Specificity and Sensitivity — and the Ambivalence of Benevolent Welfare Paternalism”, in Bernd Marin and Eszter Zólyomi, eds., *Women’s Work and Pensions: What is Good, What is Best? Designing Gender-Sensitive Arrangements* (2010), 203, at p. 210). Because the RCMP’s design perpetuates a long-standing source of economic disadvantage for women, the second stage of the s. 15(1) test is satisfied and there is a *prima facie* breach of s. 15 based on the enumerated ground of sex.

hommes sur le plan financier, 7,6 pour cent ayant des revenus sous le seuil de faible revenu (SFR), que l’on appelle communément le seuil de la pauvreté, comparativement à 3,6 pour cent des hommes âgés. [. . .] [L]es politiques canadiennes actuelles en matière de pension sont un facteur qui contribue grandement à cet écart dans le revenu.

...

. . . plus de 72 pour cent de gens âgés de 65 ans ou plus vivant sous le seuil de la pauvreté sont des femmes. Il importe aussi de noter que les femmes âgées célibataires sont les plus pauvres parmi les pauvres au Canada, 80 pour cent des femmes seules de plus de 65 ans vivant dans la pauvreté. [Italique ajouté.]

(« Pensions, Privatization, and Poverty : The Gendered Impact » (2011), 23 *R.F.D.* 661, p. 663 et 665; voir aussi Shilton (2013), p. 102-103; Commission d’enquête sur le travail à temps partiel, p. 151; Comité directeur de la Stratégie pour l’équité salariale entre les sexes, *Rapport final et recommandations du Comité directeur de la Stratégie pour l’équité salariale entre les sexes* (2016), p. 18 et 60-61; Fredman (2011), p. 47-48; Susan Bisom-Rapp et Malcolm Sargeant, « It’s Complicated : Age, Gender and Lifetime Discrimination Against Working Women — The United States and the U.K. as Examples » (2014), 22 *Elder L.J.* 1, p. 99.)

[113] Les choix faits lors de la conception des régimes de pension ont, en somme, des [TRADUCTION] « répercussions normatives, politiques et économiques tangibles et de portée considérable sur les femmes » (Shilton (2013), p. 140, citant Bernd Marin, « Gender Equality, Neutrality, Specificity and Sensitivity — and the Ambivalence of Benevolent Welfare Paternalism », dans Bernd Marin et Eszter Zólyomi, dir., *Women’s Work and Pensions : What is Good, What is Best? Designing Gender-Sensitive Arrangements* (2010), 203, p. 210). Comme le modèle de la GRC perpétue une source de désavantage économique de longue date pour les femmes, la deuxième étape de l’analyse relative au par. 15(1) est franchie et il y a, à première vue, violation de l’art. 15 sur la base du motif énuméré que constitue le sexe.

[114] In light of the conclusion that there is a *prima facie* breach of s. 15(1) based on sex, it is unnecessary to decide whether Ms. Fraser’s alternative argument that this Court recognize parental/family status as an analogous ground should succeed.⁶ Some observations may be helpful, however, for future cases.

[115] The Attorney General was prepared to accept that the narrower ground of “parental” status should be recognized as an analogous ground under s. 15(1), but only for these proceedings. I am uncomfortable with this Court accepting a new analogous ground as a one-off. It is either a sustainable legal principle that this Court should accept or it is not. It should not get a trial run subject to periodic review. Moreover, where it is protected in human rights statutes in Canada, parental status is part of family status, not a distinct category. I would be reluctant to sever them without submissions on what the implications are.

[116] In my respectful view, this is not the right case to resolve whether family/parental status should be recognized as an analogous ground under s. 15(1). Not only is recognizing a new analogous ground unnecessary to fully and fairly resolve Ms. Fraser’s discrimination claim, a robust intersectional analysis of gender and parenting — as this case shows — can be carried out under the enumerated ground of sex, by acknowledging that the uneven division of childcare responsibilities is one of the “persistent systemic disadvantages [that] have operated to limit the opportunities available” to women in Canadian society (*Taypotat*, at para. 17; see also *Withler*, at para. 43; *Quebec v. A*, at paras. 327-32; *Alliance*, at para. 28; *Centrale*, at para. 35). Human rights cases

⁶ Ms. Fraser’s Notice of Constitutional Question identified “parental status” as the relevant analogous ground under s. 15(1). Before this Court, she identified the relevant ground as “family status”.

[114] Vu la conclusion qu’il y a violation à première vue du par. 15(1) sur la base du sexe, il n’est pas nécessaire de décider s’il y a lieu de retenir l’argument subsidiaire de M^{me} Fraser suivant lequel notre Cour devrait reconnaître le statut de parent ou le statut de famille comme un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1)⁶. Il pourrait toutefois être utile, en prévision de futures affaires, de formuler certaines observations.

[115] Le procureur général était disposé à accepter que le motif plus restreint du statut de « parent » devait être reconnu comme motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1), mais seulement dans le cadre de la présente instance. Je ne suis pas à l’aise en ce qui concerne l’idée que notre Cour accepte un nouveau motif analogue pour un seul cas. Soit il s’agit d’un principe juridique durable que notre Cour doit accepter, soit ce n’en est pas un. Il ne devrait pas constituer un ballon d’essai réévalué périodiquement. En outre, là où il est protégé par les lois sur les droits de la personne au Canada, le statut de parent fait partie du statut de famille et non d’une catégorie distincte. J’hésiterais à dissocier ces deux situations sans avoir entendu d’arguments sur les conséquences d’une telle mesure.

[116] Avec égards, la présente affaire ne se prête pas à une décision tranchant la question de savoir si le statut de famille ou le statut de parent devrait être reconnu comme un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Non seulement la reconnaissance d’un nouveau motif analogue n’est-elle pas nécessaire pour résoudre de façon exhaustive et équitable l’allégation de discrimination formulée par M^{me} Fraser, mais — comme le démontre la présente affaire — il est possible d’effectuer une solide analyse intersectionnelle du sexe et du rôle parental en fonction du motif énuméré que constitue le sexe, en reconnaissant que le partage inégal des responsabilités en matière d’éducation des enfants est un des « désavantages systémiques persistants [qui] ont eu

⁶ Dans son avis de question constitutionnelle, M^{me} Fraser a désigné le « statut de parent » comme étant le motif analogue pertinent suivant le par. 15(1). Devant notre Cour, elle a affirmé que le motif applicable était celui du « statut de famille ».

in other jurisdictions confirm that claims of parental discrimination can be brought as claims of adverse impact discrimination on the basis of sex (see Fredman (2011), at pp. 181-82; Shilton (2018), at p. 36; *London Underground Ltd. v. Edwards (No. 2)*, [1999] I.C.R. 494 (E.W.C.A.); *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (1971); *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 140 S. Ct. 1731 (2020), at p. 1743).

[117] There is another more compelling basis for not definitively resolving the issue in this appeal: the record and submissions before us do not provide the necessary assistance in exploring the implications of such a step. There are several complex questions about recognizing family/parental status as an analogous ground that have not been addressed at any stage of these proceedings. There was only a brief discussion of family/parental status in Ms. Fraser's factum, the issue was largely unaddressed in the submissions of the Attorney General, almost all the interveners and during oral argument,⁷ and it was completely absent in the reasons of the Federal Court and Court of Appeal.

[118] The parties recognized that family status is a protected ground in most provincial human rights statutes, and that while there is no separate express protection for parental status, family status has been defined or interpreted to include protection

pour effet de restreindre les possibilités offertes » aux femmes au sein de la société canadienne (*Taypotat*, par. 17; voir aussi *Withler*, par. 43; *Québec c. A*, par. 327-332; *Alliance*, par. 28; *Centrale*, par. 35). La jurisprudence d'autres pays en matière de droits de la personne confirme que les allégations de discrimination parentale peuvent être présentées sous forme de plaintes de discrimination par suite d'un effet préjudiciable fondée sur le sexe (voir Fredman (2011), p. 181-182; Shilton (2018), p. 36; *London Underground Ltd. c. Edwards (No. 2)*, [1999] I.C.R. 494 (E.W.C.A.); *Phillips c. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (1971); *Bostock c. Clayton County, Georgia*, 140 S. Ct. 1731 (2020), p. 1743).

[117] Il y a une autre raison plus convaincante de ne pas trancher définitivement la question en litige dans le présent pourvoi : le dossier et les observations qui nous ont été soumis ne nous fournissent pas l'aide nécessaire pour étudier les répercussions d'une telle mesure. Il y a plusieurs questions complexes concernant la reconnaissance du statut de famille ou du statut de parent en tant que motif analogue qui n'ont pas été abordées à quelque stade que ce soit de la présente instance. Le statut de famille et le statut de parent ne sont traités que brièvement dans le mémoire de M^{me} Fraser, la question n'a pratiquement pas été discutée lors des plaidoiries orales et dans les observations du procureur général et de presque tous les intervenants⁷, et elle est complètement absente des motifs de la Cour fédérale et de ceux de la Cour d'appel.

[118] Les parties reconnaissent que le statut de famille est un motif protégé par la plupart des lois provinciales sur les droits de la personne et que, même si le statut de parent ne bénéficie pas d'une protection explicite distincte, le statut de famille a été interprété

⁷ At the appeal hearing, counsel for Ms. Fraser was questioned on whether it is necessary for the Court to recognize family or parental status as an analogous ground under s. 15(1) (transcript, at pp. 36-40). Counsel acknowledged that "one could just argue [the appeal] on sex", but did not abandon his position on family status (p. 37). The intervener Women's Legal Education and Action Fund Inc. argued that the Court does not "need the analogous ground of family status" to rule for Ms. Fraser (p. 64).

⁷ À l'audience, on a demandé à l'avocat de M^{me} Fraser s'il était nécessaire que la Cour reconnaisse le statut de famille ou le statut de parent comme motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1) (transcription, p. 36-40). L'avocat a reconnu que [TRADUCTION] « [l'appel] pourrait être plaidé uniquement sur la base du motif fondé sur le sexe », sans toutefois renoncer à sa thèse sur le statut de famille (p. 37). L'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc. a fait valoir que la Cour « n'a pas besoin du motif analogue fondé sur le statut de famille » pour trancher en faveur de M^{me} Fraser (p. 64).

for parents (British Columbia Law Institute, *Human Rights and Family Responsibilities: Family Status Discrimination under Human Rights Law in British Columbia and Canada* (2012), at p. 26). The question of what constitutes a *prima facie* case of family status discrimination has been the source of considerable “uncertainty and controversy” in the human rights arena (British Columbia Law Institute, at p. 10; see Ontario Human Rights Commission, *The Cost of Caring: Report on the Consultation on Discrimination on the Basis of Family Status* (2006), at p. 4; *Campbell River & North Island Transition Society v. Health Sciences Assn. of British Columbia* (2004), 28 B.C.L.R. (4th) 292 (C.A.); *Brown v. Department of National Revenue* (1993), 93 CLLC ¶17,013 (C.H.R.T.); *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, [2015] 2 F.C.R. 595 (C.A.); *Misetich v. Value Village Stores Inc.* (2016), 39 C.C.E.L (4th) 129 (Ont. H.R.T.), at paras. 35-48; see also Shilton (2018); Sheila Osborne-Brown, “Discrimination and Family Status: The Test, the Continuing Debate, and the Accommodation Conversation” (2018), 14 *J.L. & Equality* 87; Lyle Kanee and Adam Cembrowski, “Family Status Discrimination and the Obligation to Self-Accommodate” (2018), 14 *J.L. & Equality* 61).

[119] But there were almost no submissions before us about whether or how the unsettled state of the human rights jurisprudence does or should affect the recognition of family/parental status under the *Charter*, about the definition or possible scope of “family” or “parental” status, or about the possibility of addressing parental or family status discrimination by recognizing other grounds (see *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at pp. 722-25, per McLachlin J., dissenting (“separated or divorced custodial parent”); *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, [2003] 2 F.C. 697 (C.A.), at para. 37 (“women in a parental status”)).

[120] Nor did we receive any submissions or evidence on how or whether recognition of family/

comme englobant la protection des parents (British Columbia Law Institute, *Human Rights and Family Responsibilities : Family Status Discrimination under Human Rights Law in British Columbia and Canada* (2012), p. 26). La question de savoir ce qui constitue une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur le statut de famille a suscité beaucoup [TRADUCTION] « d’incertitude et de controverse » dans le domaine des droits de la personne (British Columbia Law Institute, p. 10; voir Commission ontarienne des droits de la personne, *Le coût de la prestation de soins : Rapport de consultation sur la discrimination fondée sur l’état familial* (2006), p. 4; *Campbell River & North Island Transition Society c. Health Sciences Assn. of British Columbia* (2004), 28 B.C.L.R. (4th) 292 (C.A.); *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national)*, 1993 CanLII 683 (T.C.D.P); *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, [2015] 2 R.C.F. 595 (C.A.); *Misetich c. Value Village Stores Inc.* (2016), 39 C.C.E.L (4th) 129 (T.D.P. Ont.), par. 35-48; voir également Shilton (2018); Sheila Osborne-Brown, « Discrimination and Family Status : The Test, the Continuing Debate, and the Accommodation Conversation » (2018), 14 *J.L. & Equality* 87; Lyle Kanee et Adam Cembrowski, « Family Status Discrimination and the Obligation to Self-Accommodate » (2018), 14 *J.L. & Equality* 61).

[119] Mais on ne nous a soumis pratiquement aucune observation sur la question de savoir si — ou de quelle manière — la jurisprudence incertaine en matière de droits de la personne influe ou est susceptible d’influer sur la reconnaissance dans la *Charte* du statut de famille ou du statut de parent, sur la définition ou la portée éventuelle du « statut de famille » ou du « statut de parent », ou sur la possibilité de s’attaquer à la discrimination fondée sur le statut de parent ou le statut de famille par la reconnaissance d’autres motifs (voir *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, p. 722-725, la juge McLachlin, dissidente (« statut de parent gardien séparé ou divorcé »); *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, [2003] 2 C.F. 697 (C.A.), par. 37; (« femmes exerçant des responsabilités parentales »)).

[120] On ne nous a pas non plus soumis d’arguments ou de preuves sur la question de savoir si — ou

parental status would affect protection for women above and beyond that available under the enumerated ground of sex. The record is similarly silent on the nature of the disadvantages that fathers may have experienced or continue to experience because of parenting responsibilities, or on the possible impact of recognizing a new analogous ground on fathers' relationships with a co-parent.

[121] And finally, we received no submissions on whether or how these questions are or should be relevant to the test for recognizing a new analogous ground under s. 15(1), a test which has itself been the subject of renewed scholarly attention (see Joshua Sealy-Harrington, "Assessing Analogous Grounds: The Doctrinal and Normative Superiority of a Multi-Variable Approach" (2013), 10 *J.L. & Equality* 37; Jessica Eisen, "Grounding Equality in Social Relations: Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory" (2017), 42 *Queen's L.J.* 41).

[122] These are some of the issues that merit close examination by this Court, as do issues like the "growing and urgent need related to eldercare" (Ontario Human Rights Commission, at p. 12), and the implications of our evolutionary understanding from a conjugal-centric meaning of "family", to one more appreciative of the variations in intimate relationships that make up today's households (see Elaine Craig, "Family as Status in *Doe v. Canada: Constituting Family Under Section 15 of the Charter*" (2007), 20 *N.J.C.L.* 197, at pp. 207-8). But these issues were barely addressed in this appeal.

[123] While recognizing multiple, interactive grounds of discrimination can allow for a fuller appreciation of the discrimination involved in particular cases, the gap in submissions and evidence means that critical questions about the implications of adopting family/parental status as an analogous ground were not explored in the record. That is not

de quelle manière — la reconnaissance du statut de famille ou du statut de parent accorderait aux femmes une plus grande protection que celle que leur offre déjà le motif énuméré que constitue le sexe. Le dossier est tout aussi muet sur la nature des désavantages que les pères ont subis ou continuent de subir dans l'exercice des responsabilités parentales, ou sur les éventuelles répercussions de la reconnaissance d'un nouveau motif analogue sur les relations du père avec le coparent.

[121] Enfin, aucune observation ne nous a été présentée sur le point de savoir si — ou de quelle manière — ces questions se rapportent au critère qu'il faut respecter pour pouvoir reconnaître un nouveau motif analogue, critère qui a lui-même fait l'objet d'une attention renouvelée de la part des universitaires (voir Joshua Sealy-Harrington, « Assessing Analogous Grounds : The Doctrinal and Normative Superiority of a Multi-Variable Approach » (2013), 10 *J.L. & Equality* 37; Jessica Eisen, « Grounding Equality in Social Relations : Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory » (2017), 42 *Queen's L.J.* 41).

[122] Voilà quelques-unes des questions qui méritent un examen attentif par notre Cour, tout comme celles ayant trait aux « besoins croissants et urgents reliés aux soins aux aînés » (Commission ontarienne des droits de la personne, p. 12) et aux répercussions de l'évolution de notre conception de la notion de « famille », qui s'articulait autrefois autour du lien conjugal, et qui tient désormais davantage compte des diverses façons dont les relations intimes se vivent de nos jours dans les ménages (voir Elaine Craig, « Family as Status in *Doe v. Canada : Constituting Family Under Section 15 of the Charter* » (2007), 20 *R.N.D.C.* 197, p. 207-208). Mais ces questions ont été à peine effleurées dans le présent pourvoi.

[123] Bien que la reconnaissance de motifs de discrimination multiples et interactifs permette de mieux apprécier la discrimination en cause dans certaines affaires, les lacunes de la preuve et des observations font en sorte que des questions fondamentales portant sur les répercussions de l'adoption du statut de famille ou du statut de parent comme

to say that this status should not eventually be recognized as an analogous ground, or that we should shy away from recognizing analogous grounds which raise complexities — rarely do enumerated or analogous grounds come neatly packaged — but before we do so, it seems to me to be wiser to have the benefit of sufficient argument and submissions so that the recognition, when it comes, pays full tribute to the breadth of what is at stake.

[124] And so to s. 1.

[125] Section 1 allows the state to justify a limit on a *Charter* right as “demonstrably justified in a free and democratic society”. To start, the state must identify a pressing and substantial objective for limiting the *Charter* right (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39). The Attorney General bears the burden of showing that classifying full-time RCMP members who enter job-sharing as part-time workers and excluding them from accessing full-time pension credit, achieves a compelling state objective. As the Court noted in *Alliance*, it is the *limitation* on equality rights that must be justified, not the legislative scheme as a whole:

Where a court finds that a specific legislative provision infringes a *Charter* right, the state’s burden is to justify *that limitation*, not the whole legislative scheme. Thus, the “objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144; *R. v. K.R.J.*, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 62). [Emphasis in original; para. 45.]

[126] The Attorney General, in my respectful view, has identified no pressing and substantial policy concern, purpose or principle that explains why

motif analogue n’ont pas été étudiées dans le dossier. Cela ne veut pas dire pour autant qu’un tel statut ne devrait pas être reconnu un jour comme motif analogue ou que nous devrions éviter de reconnaître des motifs analogues qui soulèvent des questions complexes — il est rare que les motifs analogues ou énumérés soient clairement présentés —, mais avant de le faire, il me semble plus sage de bénéficier d’un débat en bonne et due forme et d’une présentation d’arguments sur ce qui est en cause afin que la reconnaissance, lorsqu’elle est accordée, reflète pleinement la portée de ce qui est en jeu.

[124] Examinons maintenant l’article premier.

[125] L’article premier permet à l’État d’imposer, à l’égard d’un droit garanti par la *Charte*, une limite « dont la justification p[eut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Tout d’abord, l’État doit énoncer un objectif réel et urgent pour limiter le droit garanti par la *Charte* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-139). C’est au procureur général qu’il incombe de démontrer que le fait de catégoriser comme des employés à temps partiel les membres à temps plein de la GRC qui partagent un poste et de les empêcher de racheter des périodes de services à temps plein ouvrant droit à pension permet d’atteindre un objectif réel et urgent. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Alliance*, c’est la *limitation* des droits à l’égalité qui doit être justifiée et non le régime législatif dans son ensemble :

Lorsqu’un tribunal conclut qu’une disposition législative donnée viole un droit garanti par la *Charte*, il incombe à l’État de justifier *cette restriction*, et non l’ensemble du régime législatif. Par conséquent, « [a]ux fins d’une analyse fondée sur l’article premier, l’objectif pertinent est l’objectif de la mesure attentatoire puisque c’est cette dernière et rien d’autre que l’on cherche à justifier » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144; *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 62). [En italique dans l’original; par. 45.]

[126] Avec égards, le procureur général n’a pas identifié de considération d’intérêt général, de principe ou d’objectif urgent et réel expliquant pourquoi

job-sharers should not be granted full-time pension credit for their service. On the contrary, this limitation is entirely detached from the purposes of both the job-sharing scheme and the buy-back provisions, which were intended to ameliorate the position of female RCMP members who take leave to care for their children. As the Hon. Gilles Loiselle, then President of the Treasury Board, said in support of amendments to the public service superannuation legislation:

I might mention too that this provision, like that for coverage of part-time employees, would particularly benefit women who continue to be the employees with the greatest need for room to balance family and career commitments. *Many women, for example, take advantage of extended periods of leave without pay for the purpose of caring for young children or for elders, and this provision would enhance their ability to return to work without undue financial hardship.* [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. VI, 3rd Sess., 34th Parl., February 24, 1992, at p. 7487)

[127] The job-sharing program had a similar objective, as confirmed in an affidavit filed as part of the Attorney General's record for the application hearing:

The job-sharing policy was instituted to facilitate work-life balance for members of the Force who, due to personal or family circumstances, *would benefit from being able to work part-time instead of taking extended leaves of absence in the form of LWOP.* Job-sharing was thus seen as being mutually beneficial as it enabled members to remain operationally connected to the Force while having a work schedule that better accommodated their individual circumstances. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at p. 810)

les employés qui partagent un poste ne devraient pas se voir accorder le droit de racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension. Au contraire, cette restriction est entièrement sans rapport avec les objectifs du régime de partage de poste et des dispositions de rachat, qui visent à améliorer la situation des employées de la GRC qui prennent congé pour s'occuper de leurs enfants. Comme l'a affirmé l'honorable Gilles Loiselle, alors président du Conseil du Trésor, au soutien des modifications apportées à la loi sur la pension de la fonction publique :

J'aimerais ajouter que cette disposition, tout comme celle qui concerne la participation des employés à temps partiel, avantagerait tout particulièrement les femmes, car ce sont ces employées qui ont le plus besoin d'une marge de manœuvre pour établir un équilibre entre leurs obligations familiales et leurs obligations professionnelles. *Par exemple, nombreuses sont les femmes qui prennent des congés non payés, des congés prolongés, pour s'occuper de jeunes enfants ou de personnes âgées. La disposition proposée permettrait leur retour au travail sans qu'il leur soit imposé des difficultés financières excessives.* [Italique ajouté.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 3^e sess., 34^e lég., 24 février 1992, p. 7487)

[127] Le programme de partage de poste avait un objectif similaire, comme l'a confirmé l'affidavit déposé en tant que pièce du dossier du procureur général en vue de l'instruction de la demande :

[TRADUCTION] Le programme de partage de poste a été mis en place afin de faciliter l'équilibre travail-vie personnelle pour les membres de la Gendarmerie qui, en raison de circonstances personnelles ou familiales, *tireraient un avantage de pouvoir travailler à temps partiel plutôt que de prendre des congés prolongés non payés.* Le partage de poste était donc vu comme un avantage réciproque, car il permettait aux membres de rester opérationnellement liés à la Gendarmerie tout en ayant un horaire de travail qui correspondait mieux à leur situation individuelle. [Italique ajouté.]

(d.a., vol. V, p. 810)

[128] Job-sharing was clearly intended as a substitute for leave without pay for those members who could not take such leave “due to personal or family circumstances”. It is unclear, then, what purpose is served by treating the two forms of work reduction differently when extending pension buy-back rights. The RCMP’s plan provides buy-back rights when a full-time member reduces her hours from 40 to 0 to care for her child, but, inexplicably, withholds such rights if the same member for the same reasons reduces her hours from 40 to 10, 20, 30 or some other number. And this despite the RCMP benefitting from the member’s services in the latter scenario. I see no justification for this limitation, let alone a pressing and substantial one. The distinction becomes even more difficult to understand when considering that buy-back rights are available to members who have been suspended.

[129] In my respectful view, therefore, the government has not offered a compelling objective for the limitation on job-sharing participants wishing to buy back full-time pension credit.

[130] Since the *prima facie* breach cannot be justified under s. 1, it is a violation of s. 15 to preclude Ms. Fraser and her colleagues from buying back their pension credits.

[131] Finally, my colleagues’ reasons call for response.

[132] The version of s. 15(1) advanced in my colleagues’ reasons is essentially that advanced in the dissenting reasons in *Alliance*. They argued then, as they do now, that a finding of a breach would have a

[128] Le programme de partage de poste visait clairement à remplacer les congés non payés pour les membres qui ne pouvaient pas prendre de tels congés [TRADUCTION] « en raison de circonstances personnelles ou familiales ». Il est donc difficile de comprendre pourquoi il traitait les deux formes de réduction des heures de travail différemment pour ce qui est des droits de rachat du service ouvrant droit à pension. Le régime de la GRC prévoit des droits de rachat lorsqu’un membre à temps plein réduit ses heures, les faisant passer de 40 à 0 pour s’occuper de ses enfants, mais inexplicablement, refuse ces droits au même membre qui, pour les mêmes raisons, réduit ses heures en les faisant passer de 40 à 10, 20, 30 ou tout autre nombre. Et tout cela, même si la GRC profite des services du membre dans le dernier scénario. Je ne vois rien qui justifie cette limitation, encore moins de raison urgente et réelle. La distinction devient encore plus difficile à comprendre lorsque l’on voit que des droits de rachat sont octroyés aux membres qui ont été suspendus.

[129] Avec égards, par conséquent, le gouvernement n’a pas présenté d’objectif convaincant pour justifier la limitation des droits des participants au programme de partage de poste qui souhaitent racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension.

[130] Puisque la violation à première vue ne peut se justifier au regard de l’article premier, il s’agit d’une violation de l’art. 15 qui empêche M^{me} Fraser et ses collègues de racheter leur service à temps plein ouvrant droit à pension.

[131] Enfin, les motifs de mes collègues appellent une réponse.

[132] La vision du par. 15(1) que proposent mes collègues dans leurs motifs correspond essentiellement à celle avancée par les juges dissidents dans l’arrêt *Alliance*. Ils faisaient valoir dans cette affaire,

“chilling effect” on legislatures;⁸ that the impugned legislation was not “the source of the differences in compensation between men and women” (at para. 97);⁹ that the Court should not interfere with “incremental” efforts intended to narrow the gap between a group and the rest of society;¹⁰ and that finding a s. 15(1) breach would place legislatures under a freestanding positive obligation “to act in order to obtain specific societal results such as the total and definitive eradication of gender-based pay inequities” (para. 65).¹¹

tout comme dans la présente, que le fait de conclure à une violation aurait un « effet paralysant » sur les législateurs⁸, que la loi contestée n’était pas « à l’origine des écarts salariaux qui existent entre les hommes et les femmes » (par. 97)⁹, que la Cour ne devait pas s’ingérer dans les mesures « graduelles » visant à rétrécir l’écart entre le groupe et le reste de la société¹⁰, et que conclure à une violation du par. 15(1) aurait pour effet d’imposer aux législateurs une obligation positive distincte « d’agir de façon à obtenir certains résultats dans la société, comme l’éradication complète et définitive des iniquités salariales fondées sur le sexe » (par. 65)¹¹.

⁸ Rejected by the majority at para. 42 of *Alliance*: “. . . there is no evidence to support the *in terrorem* view advanced by my colleagues that finding a breach would have a ‘chilling effect’ on legislatures. That amounts to an argument that requiring legislatures to comply with *Charter* standards would have such an effect. Speculative concerns about the potential for inducing statutory timidity on the part of legislatures has never, to date, been an accepted analytic tool for deciding whether the Constitution has been breached. Legislatures understand that they are bound by the *Charter* and that the public expects them to comply with it. The courts are facilitators in that enterprise, not bystanders.”

⁹ Rejected by the majority at para. 41: “. . . my colleagues imply that there is no breach of s. 15(1) of the *Charter* because the Quebec legislature did not *create* pay discrimination against women. No one has suggested that it did. But when the government passes legislation in a way that perpetuates historic disadvantage for protected groups, regardless of who caused their disadvantage, the legislation is subject to review for s. 15 compliance” (emphasis in original).

¹⁰ This argument did not deter the Court from finding a s. 15(1) breach in *Alliance* or in the companion case *Centrale* (see also *McKinney*, at p. 279). And the argument is even less convincing in this case, where no attempt was made by the government to justify the absence of buy-back rights as a necessary part of an ongoing strategy to address inequality, and where no support exists for that position in the record.

¹¹ It was in *rejecting* this concern that the majority in *Alliance* made the two statements at para. 42 which my colleagues repeatedly invoke: “*The result of finding that Quebec’s amendments breach s. 15 in this case is not, as Quebec suggests, to impose a freestanding positive obligation on the state to enact benefit schemes to redress social inequalities. Nor does it undermine the state’s ability to act incrementally in addressing systemic inequality. But s. 15 does require the state to ensure that whatever actions it does take do not have a discriminatory impact*” (emphasis added).

⁸ Cette hypothèse a été rejetée par la majorité au par. 42 d’*Alliance* : « . . . aucun élément de preuve n’était le point de vue *in terrorem* de mes collègues portant que le fait de conclure à une violation aurait un “effet paralysant” sur les législateurs. Cela revient à soutenir que le fait d’exiger de ces derniers qu’ils se conforment aux normes établies dans la *Charte* aurait un tel effet. Des pré-occupations de nature conjecturale quant à la possibilité d’inciter les législateurs à faire montre de timidité en matière législative n’a jamais, jusqu’à maintenant, constitué un outil d’analyse reconnu pour décider s’il y a eu violation de la Constitution. Les législateurs comprennent qu’ils sont liés par la *Charte* et que la population s’attend à ce qu’ils se conforment à celle-ci. Les tribunaux sont des agents de facilitation, et non pas de simples spectateurs, dans cette entreprise. »

⁹ Thèse écartée par les juges majoritaires au par. 41 : « Mes collègues laissent [. . .] entendre qu’il n’y a aucune violation du par. 15(1) de la *Charte* parce que la législature québécoise n’a pas créé de discrimination salariale à l’endroit des femmes. Personne n’a suggéré qu’il l’avait fait. Toutefois, quand le gouvernement adopte une loi de manière à perpétuer un désavantage historique pour des groupes protégés, cette loi est assujettie à un examen de la conformité à l’art. 15, quel que soit l’auteur du désavantage » (en italique dans l’original).

¹⁰ Cet argument n’a pas empêché la Cour de conclure à une violation du par. 15(1) dans l’affaire *Alliance* ou dans le pourvoi connexe *Centrale* (voir également *McKinney*, p. 279). Cet argument est encore moins convaincant en l’espèce, où le gouvernement n’a rien fait pour justifier l’absence de droit de rachat en soutenant que cela s’inscrivait dans le cadre d’une stratégie visant à s’attaquer aux inégalités, et où rien au dossier n’était cette thèse.

¹¹ C’est en *écartant* cette crainte que, dans l’arrêt *Alliance*, la majorité a, au par. 42, fait les deux affirmations que mes collègues invoquent de façon répétée : « Contrairement à ce que fait valoir le Québec, *conclure en l’espèce que les modifications apportées par cette province violent l’art. 15 n’a pas pour effet d’imposer à l’État une obligation positive distincte d’adopter des régimes de prestations visant à corriger des inégalités sociales. Une telle conclusion ne mine pas non plus la capacité de l’État à agir de manière graduelle pour s’attaquer aux inégalités systémiques. L’article 15 exige cependant que l’État veille à ce que toutes les mesures qu’il prend effectivement n’aient pas d’effet discriminatoire* » (italique ajouté).

[133] All of these propositions were squarely rejected by the majority in *Alliance*. Nothing, as far as I can see, has happened since *Alliance* was decided in 2018 to justify discarding its premises. And no one involved in this case argued that we should, except, inferentially, my colleagues, who tug at the strands of a prior decision they disagree with in search of the occasional phrase or paragraph by which they can unravel the precedent. Their arguments are based on conjecture not reality, calling to mind one writer’s wry observation that “setting straw men on fire is not what we mean by illumination”.¹²

[134] And, above all, they continue their insistent attack on the foundational premise of this Court’s s. 15 jurisprudence — substantive equality — in favour of a formalistic approach that embraces “a mechanical and sterile categorization process conducted entirely within the four corners of the impugned legislation” (*Turpin*, at p. 1332). This Court has consistently rejected this “thin and impoverished vision of s. 15(1)” (*Eldridge*, at para. 73), as have even the scholars cited by my colleagues.¹³ It is unfortunate that as the global jurisprudence has increasingly embraced substantive equality, my colleagues continue to endorse an approach which evokes the rejected pre-*Charter* theory whose effect was to deny access to benefits when that access required accommodation based on difference.

[135] Whatever my colleagues’ definition of “rule of law” is, it must surely include the assumption that decisions of the Supreme Court will be respected not only by the public, but by members of the Court.

¹² Adam Gopnik, “The illiberal imagination: Are liberals on the wrong side of history?”, *The New Yorker*, March 20, 2017, 88, at p. 92.

¹³ See also Young (2010), at pp. 192-98; Jennifer Koshan and Jonnette Watson Hamilton, “Meaningless Mantra: Substantive Equality after *Withler*” (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31, at p. 59; Patricia Hughes, “Supreme Court of Canada Equality Jurisprudence and ‘Everyday Life’” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 245, at pp. 271-72.

[133] Toutes ces propositions ont été carrément rejetées par les juges majoritaires dans l’affaire *Alliance*. Autant que je sache, aucun fait nouveau n’est survenu depuis que l’arrêt *Alliance* a été rendu en 2018 qui nous justifierait d’écarter les prémisses de cette décision. De plus, aucune des parties à l’instance n’a prétendu que nous devrions le faire, sauf, par déduction, mes collègues, qui sollicitent la portée d’une décision antérieure avec laquelle ils sont en désaccord en quête de la moindre expression ou du moindre paragraphe qui leur permettrait de démolir ce précédent. Leurs arguments reposent sur des conjectures et non sur la réalité, et ne sont pas sans rappeler l’observation ironique d’un auteur selon laquelle [TRADUCTION] « descendre en flammes des hommes de paille n’est pas ce qu’on entend par illuminer un débat »¹².

[134] Et, surtout, ils persistent à remettre en cause un principe fondamental de la jurisprudence de notre Cour — l’égalité réelle — au profit d’une approche formaliste qui englobe un « processus de classification mécanique et stérile qui dépendra exclusivement du texte de loi contesté » (*Turpin*, p. 1332). Notre Cour a constamment rejeté cette « vision étroite et peu généreuse du par. 15(1) » (*Eldridge*, par. 73), comme l’ont fait même les auteurs cités par mes collègues¹³. Il est regrettable qu’alors que la jurisprudence mondiale adhère de plus en plus au principe de l’égalité réelle, mes collègues continuent de souscrire à une approche qui rappelle la théorie antérieure à la *Charte* — qui a été rejetée depuis — et qui avait pour effet de refuser l’accès à des avantages lorsque cet accès exigeait des accommodements en fonction de certaines différences.

[135] Peu importe ce que mes collègues entendent par « primauté du droit », il faut que la définition de ce principe repose sur le postulat selon lequel les décisions de la Cour suprême sont respectées

¹² Adam Gopnik, « The illiberal imagination : Are liberals on the wrong side of history? », *The New Yorker*, 20 mars 2017, 88, p. 92.

¹³ Voir également Young (2010), p. 192-198; Jennifer Koshan et Jonnette Watson Hamilton, « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31, p. 59; Patricia Hughes, « Supreme Court of Canada Equality Jurisprudence and “Everyday Life” » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 245, p. 271-272.

And it must surely also include an assurance to those seeking constitutional protections that the ongoing repetition in dissenting reasons of rejected arguments will not require them “with each new case, [to] stand ready to defend the exact gains that have been won multiple times in the past” (Faraday, at p. 330; see also Jonnette Watson Hamilton and Jennifer Koshan, “Equality Rights and Pay Equity: Déjà Vu in the Supreme Court of Canada” (2019), 15 *J.L. & Equality* 1).

[136] For over 30 years, the s. 15 inquiry has involved identifying the presence, persistence and pervasiveness of disadvantage, based on enumerated or analogous grounds. Its mandate is ambitious but not utopian: to address that disadvantage where it is identified so that in the pursuit of equality, inequality can be reduced one case at a time. That is why there is a s. 15(1) breach in this case — not because women continue to have disproportionate responsibility for childcare and less stable working hours than men, but because the pension plan “institutionalize[s] those traits as a basis on which to unequally distribute” pension benefits to job-sharing participants (see Faraday, at p. 318). This is “‘discrimination reinforced by law’, which this Court has denounced since *Andrews*” (*Centrale*, at para. 33, quoting *Andrews*, at p. 172). Contrary to the views of my colleagues, there is nothing “extraordinary” about holding, as we do here, that such discrimination violates s. 15(1) of the *Charter*. Based on our jurisprudence, it would be extraordinary if we did not.

[137] The final question relates to remedy.

[138] In my view, the appropriate remedy is a declaration that there has been a breach of the s. 15(1) rights of full-time RCMP members who temporarily

non seulement par les justiciables, mais aussi par les juges de la Cour. En outre, cette définition doit assurément garantir aussi à ceux qui cherchent à se prévaloir des protections constitutionnelles que la reprise constante, dans des opinions dissidentes, d’arguments déjà écartés ne les obligera pas [TRADUCTION] « à chaque nouvelle affaire, à être prêts à se battre pour les gains précis qui ont été réalisés à maintes reprises dans le passé » (Faraday, p. 330; voir également Jonnette Watson Hamilton et Jennifer Koshan, « Equality Rights and Pay Equity : Déjà Vu in the Supreme Court of Canada » (2019), 15 *J.L. & Equality* 1).

[136] Depuis une trentaine d’années, l’analyse effectuée en vertu de l’art. 15 a permis de déterminer la présence, la persistance et la prévalence de désavantages, sur la base de motifs énumérés ou analogues. L’objectif visé par cette analyse est ambitieux mais non utopique : s’attaquer au désavantage dès qu’il est identifié pour faire reculer les inégalités, un dossier à la fois, en vue d’atteindre un jour une égalité complète. Voilà pourquoi il y a violation du par. 15(1) en l’espèce : non pas parce que les femmes assument depuis toujours une part disproportionnée des responsabilités à l’égard des enfants et qu’elles ont des horaires de travail moins stables que les hommes, mais parce que le régime de retraite [TRADUCTION] « institutionnalise ces caractéristiques et s’en sert pour répartir inégalement » les prestations de retraite entre les participants au programme de partage de poste (voir Faraday, p. 318). Il s’agit là d’une « ‘discrimination consacrée par la loi’, une forme de discrimination que la Cour dénonce depuis l’arrêt *Andrews* » (*Centrale*, par. 33, citant *Andrews*, p. 172). Contrairement à ce que mes collègues estiment, il n’y a rien d’« extraordinaire » dans le fait de déclarer, comme nous le faisons dans le présent dossier, que ce type de discrimination viole le par. 15(1) de la *Charte*. Selon notre jurisprudence, il serait au contraire extraordinaire de ne pas tirer cette conclusion.

[137] La dernière question porte sur la réparation.

[138] À mon avis, la réparation appropriée consiste à déclarer qu’il y a eu violation des droits garantis par le par. 15(1) aux membres à temps plein de la

reduced their working hours under a job-sharing agreement, based on the inability of those members to buy back full pension credit for that service. The methodology for facilitating the buy-back of pension credit is for the government to develop, but any remedial measures it takes should be in accordance with this Court's reasons. They should also have retroactive effect in order to give the claimants in this case and others in their position a meaningful remedy (*Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, at para. 20; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 55-58).

[139] I would allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[140] At one level, this appeal presents the simple question: is tying pension benefits to hours worked discriminatory? The Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) allows two or more of its regular members (“members”) to share one full-time position through the option of “job-sharing”. The pension benefits of members who job-share, like all other members, are determined through the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. R-11, and the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 1393 (collectively, the “Plan”). Under the Plan, the pension benefits of members who job-share are prorated to reflect the hours they worked during the job-sharing period.

GRC qui réduisent temporairement leurs heures de travail dans le cadre d’une entente de partage de poste, du fait de l’incapacité de ces membres de racheter leur période de service à temps plein ouvrant droit à pension. Il appartient au gouvernement d’élaborer une méthode pour faciliter le rachat de périodes de service ouvrant droit à pension, mais toute mesure corrective prise par le gouvernement devra être conforme aux motifs de notre Cour. Cette mesure devrait également avoir un effet rétroactif afin d’accorder une véritable réparation aux demanderesse en l’espèce et à d’autres personnes se trouvant dans la même situation qu’elles (*Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, par. 20; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 55-58).

[139] J’accueillerais le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[140] Dans une certaine mesure, le présent pourvoi pose une question fort simple : le fait de calculer le montant de prestations de pension en fonction des heures de travail effectuées constitue-t-il un acte discriminatoire? La Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») permet à deux ou à plusieurs de ses membres réguliers (« membres ») de partager un poste à temps plein au moyen de la formule du « partage de poste ». Les prestations de pension des membres qui partagent un poste sont, à l’instar de celles de tous les autres membres, déterminées conformément à la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-11, et du *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, C.R.C., c. 1393 (appelés collectivement le « régime »). Aux termes du régime, les prestations de pension des membres qui partagent un poste sont calculées au prorata des heures qu’ils ont travaillées au cours de la période visée par le partage de poste.

[141] In addition to job-sharing, the RCMP has also given its members the option of taking leave without pay (“LWOP”). These members may “buy back” pension benefits when they return to work from an extended period of LWOP.

[142] Through its job-sharing policy and the LWOP provisions, the RCMP has sought to provide flexible working arrangements in recognition of the burden women face in pursuing a career due to the unequal distribution of childcare responsibilities in society. For members with childcare responsibilities, job-sharing accommodates those who are able to remain operationally connected to the force and want to keep their policing skills up to date, while LWOP accommodates those who temporarily leave the force by enhancing their ability to return to work without undue financial hardship. The Plan and the RCMP’s policy on job-sharing are not anathema to the vision of equality that underlies s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but instead represent an attempt to *accommodate* employees in light of their particular circumstances.

[143] And yet, our colleague Abella J. finds these aspects of the Plan to be unconstitutional. She describes the historical disadvantages women have faced in the workplace and then concludes, in effect, that the Plan does not do enough to remedy these disadvantages. One may reach this conclusion as a matter of policy, but that is not the question to be decided. Rather, and at its most fundamental level, it is whether, as a matter of law, the Constitution empowers (or even requires) the courts to substitute their views as to how to remedy those disadvantages for those of the legislature and the executive.

[144] The circumstances here are extraordinary, in that it is acknowledged that Parliament was not obliged to enact the Plan (see, e.g., transcript, at p. 66), nor is it barred from repealing it (see *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*,

[141] En plus de l’option du partage de poste, la GRC offre à ses membres la possibilité de prendre un congé non payé et de « racheter » des droits à pension à leur retour au travail au terme d’un long congé non payé.

[142] Reconnaissant les obstacles auxquels, en raison du partage inégal des responsabilités parentales au sein de la société, les femmes qui veulent poursuivre une carrière sont confrontées, la GRC a cherché à offrir des modalités de travail flexibles par sa politique de partage de poste et par les dispositions relatives aux congés non payés. Dans le cas des membres qui ont des responsabilités parentales, le partage de poste répond aux besoins de ceux d’entre eux qui peuvent conserver un lien sur le plan opérationnel avec la Gendarmerie et qui souhaitent garder leurs compétences policières à jour, alors que les congés non payés s’adressent à ceux qui quittent temporairement la Gendarmerie en leur permettant de revenir au travail sans avoir à subir de contraintes financières excessives. Le régime et la politique de la GRC sur le partage de poste ne sont pas incompatibles avec la conception de l’égalité qui est à la base de l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais représentent plutôt une mesure visant à *s’adapter aux besoins* des employés en tenant compte de leur situation particulière.

[143] Et pourtant, notre collègue la juge Abella estime que les aspects susmentionnés du régime sont inconstitutionnels. Elle évoque les désavantages historiques auxquels les femmes se sont toujours heurtées sur le marché du travail pour ensuite conclure, en réalité, que le régime ne corrige pas suffisamment ces désavantages. On peut arriver à cette conclusion pour des raisons de principe, mais ce n’est pas la question à trancher. La question consiste plutôt à déterminer si la Constitution habilite — ou même oblige — en droit les tribunaux à substituer leurs vues sur les moyens de corriger ces désavantages à celles du législateur ou du pouvoir exécutif.

[144] Le cas qui nous occupe est inusité, en ce sens qu’il est admis que le législateur fédéral n’avait aucune obligation d’adopter le régime (voir, p. ex., la transcription de l’audience, p. 66), et que rien ne l’empêche non plus de l’abroger (voir *Québec*

2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 25; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at para. 33). But is not the next extension of our colleague’s line of reasoning that governments (federal and provincial) have a positive duty under s. 15(1) to initiate measures that will remove all effects of historic disadvantage, *and* that they are constitutionally barred from repealing or even amending such measures? These are profoundly complex matters of public policy that no Canadian court is institutionally competent to deal with.

[145] Our colleague’s line of reasoning in this case lays the groundwork for just that position. Among other things, it effectively overrules this Court’s recent statement in *Alliance* that the state may “act incrementally in addressing systemic inequality” (para. 42 (emphasis added)). That the Plan does not *eradicate* disadvantage should not mean that it should attract censure as “discriminatory.” Rather, considered in its entirety and with proper attention to its object, the Plan is a package of benefits designed to balance the needs of some RCMP employees during their child-raising years, prorated according to hours worked. On any permutation of s. 15(1), its effect surely cannot be to hinder government efforts to address pre-existing inequality.

[146] This leads to a more fundamental concern presented by this appeal — a concern which, we observe, has been repeatedly made by legal commentators, but which has yet to be taken up by this Court. The gauge of “substantive equality” by which this Court has measured s. 15(1) claims of right, not having been defined (except by reference to what it is *not* — e.g. “formal equality”), has become an open-ended and undisciplined rhetorical device by which courts may privilege, without making explicit, their own policy preferences. As we explain below,

(*Procureure générale*) c. *Canada* (*Procureur général*), 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 25; *Québec (Procureur général) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, par. 33). Mais si l’on suit jusqu’au bout le raisonnement de notre collègue, ne doit-on pas conclure que les gouvernements — tant fédéral que provinciaux — ont l’obligation au titre du par. 15(1) de prendre des mesures pour faire disparaître toutes les conséquences des désavantages historiques *et* que la Constitution les empêche d’abroger ou même de modifier ces mêmes mesures? Ce sont des questions d’ordre public complexes qu’aucun tribunal canadien n’est institutionnellement compétent pour trancher.

[145] Le raisonnement suivi par notre collègue en l’espèce jette précisément les bases de cette thèse. Son raisonnement a notamment pour effet d’écarter ce que notre Cour a récemment déclaré dans l’arrêt *Alliance*, lorsqu’elle affirmait que l’État peut « agir de manière graduelle pour s’attaquer aux inégalités systémiques » (par. 42, (nous soulignons)). Le fait que le régime n’*élimine* pas le désavantage ne signifie pas que ce régime mérite d’être censuré au motif qu’il est « discriminatoire ». Si l’on examine le régime dans son ensemble et si l’on tient dûment compte de son objet, on constate plutôt qu’il offre une série de prestations conçues pour tenir compte des besoins de certains employés de la GRC pendant les années où ils s’occupent de l’éducation de leurs enfants, et que ces prestations sont calculées au prorata des heures travaillées. Peu importe l’angle sous lequel on l’envisage, le par. 15(1) ne saurait avoir pour conséquence d’entraver les mesures prises par l’État pour corriger des inégalités historiques.

[146] Toutes ces considérations soulèvent dans le présent pourvoi un enjeu plus fondamental qui, comme nous avons pu le constater, a été exprimé à plusieurs reprises par des juristes, mais dont notre Cour n’a pas encore pris acte. Comme il n’a pas été défini — sauf pour expliquer ce qu’il *n’est pas*, en l’occurrence « une égalité formelle » —, le critère de « l’égalité réelle » que notre Cour applique pour se prononcer sur les revendications de droits fondées sur le par. 15(1) est devenu un concept théorique général et flou dont les tribunaux peuvent se servir

and with respect, this case is an instance of that inherent malleability being deployed so as to strike down a scheme which was, after all, designed to be ameliorative.

[147] The impugned provisions of the Plan are not unconstitutional. For the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

II. Facts

[148] While we agree generally with the facts as recounted by our colleague, we would add some observations regarding the appellants' employment status. Further, her description of the Plan obscures some key aspects of how it functions. This is not a small matter: understanding the Plan and the underlying legislative scheme *in its entirety* is key to adjudicating the s. 15 claim. As this Court has explained:

Where . . . the impugned distinction is the denial of a benefit that is part of a statutory benefit scheme that applies to a large number of people, the discrimination assessment must focus on the object of the measure alleged to be discriminatory in the context of the broader legislative scheme, taking into account the universe of potential beneficiaries. [Emphasis added.]

(*Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 3)

A. *The Appellants' Employment Status*

[149] Our colleague does not directly engage with the appellants' employment status. At para. 21, she notes that the appellants argued that "the pension plan, properly interpreted, allows participants in the job-sharing program to acquire full pension credit." This passage refers to an issue before the Federal Court: the appellants argued that job-sharers were "presumptively" full-time members who agreed to work temporarily reduced hours or that they worked full-time with periods of LWOP (2017 FC 557, at

pour privilégier, sans le dire expressément, leurs propres préférences en matière de principes. Comme nous l'expliquons plus loin, la présente affaire est, en toute déférence pour l'opinion contraire, un exemple de cette malléabilité intrinsèque à laquelle on recourt pour invalider un régime qui, après tout, était conçu à l'origine pour améliorer une situation.

[147] Les dispositions contestées du régime ne sont pas inconstitutionnelles. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[148] Bien que nous soyons dans l'ensemble d'accord avec le récit des faits de notre collègue, nous tenons à ajouter quelques observations au sujet du statut d'employée des appelantes. L'exposé de notre collègue occulte par ailleurs certains aspects clés du fonctionnement du régime, ce qui n'est pas négligeable, puisqu'il est essentiel de comprendre le régime et le cadre législatif sous-jacent *dans leur totalité* pour pouvoir statuer sur une demande fondée sur l'art. 15. Comme notre Cour l'a déjà expliqué :

Lorsque [. . .] la distinction invoquée est le déni d'un avantage prévu par un régime légal de prestations applicable à un grand nombre de personnes, l'évaluation du caractère discriminatoire doit être axée sur l'objet de la mesure contestée, dans le contexte global du régime législatif, compte tenu de l'ensemble des bénéficiaires potentiels. [Nous soulignons.]

(*Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 3)

A. *Le statut d'employée des appelantes*

[149] Notre collègue ne traite pas directement du statut d'employée des appelantes. Au paragraphe 21, elle fait observer que les appelantes ont soutenu que « le régime de pension, interprété correctement, permet à ceux qui participent au programme de partage de poste de racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension ». Ce passage renvoie à une des questions qui étaient soumises à la Cour fédérale : les appelantes affirmaient que les employés qui partageaient un poste étaient « présumés » être

paras. 43-44 (CanLII)). This argument was also advanced before this Court. And, having considered this issue in detail, the Federal Court found that the appellants worked *part-time* while job-sharing (para. 47). This finding was based on a thorough review of the record, including the 1997 Bulletin that introduced job-sharing, the RCMP Administration Manual II.10, and the appellants' Memoranda of Agreement (paras. 48-53). We highlight that the Manual explicitly states that "[j]ob sharing is considered as part-time employment" (A.R., vol. II, at p. 238 (emphasis added)). Further, the Federal Court expressly rejected the arguments that job-sharers were partly on LWOP (at para. 55) or worked full-time with temporarily reduced hours (para. 56). The Federal Court of Appeal upheld these findings, noting that the Federal Court's conclusions on this point were "largely factual" (2018 FCA 223, [2019] 2 F.C.R. 541, at para. 33). Applying a standard of palpable and overriding error, it found no basis to interfere (paras. 33-36).

[150] Despite this, our colleague repeatedly refers to job-sharers as "full-time members who temporarily reduced their working hours" (at para. 3; see also paras. 83, 97 and 138) or "full-time RCMP members who job-share" (paras. 5 and 25). She therefore seems to overturn this finding without setting out the applicable standard or explaining the error.

[151] This finding is key to the rest of our colleague's decision. By treating job-sharers *as full-time employees*, she is able to say they are entitled to the same pension benefits *as full-time employees*. With respect, this approach skates over key aspects of the Plan, most notably how it treats part-time members and the different situations in which members take LWOP. In other words, our colleague does not

des membres à temps plein de la GRC qui avaient accepté d'effectuer temporairement moins d'heures ou qui travaillaient à temps plein, mais qui bénéficiaient de périodes de congés non payés (2017 CF 557, par. 43-44 (CanLII)). Cet argument a été repris devant notre Cour. Or, après avoir examiné attentivement cette question, la Cour fédérale a conclu que les appelantes travaillaient à *temps partiel* pendant la durée de leur entente de partage de poste (par. 47). Cette conclusion reposait sur un examen approfondi du dossier, dont le Bulletin de 1997 qui avait instauré le partage de poste, la section II.10 du Manuel d'administration de la GRC et le protocole d'entente des appelantes (par. 48-53). Nous tenons à signaler que le Manuel prévoit explicitement que [TRADUCTION] « [l]e partage de poste est assimilé à un emploi à temps partiel » (d.a., vol. II, p. 238 (nous soulignons)). De plus, la Cour fédérale a expressément rejeté les arguments voulant que les employés qui partagent un poste soient partiellement en congé non payé (par. 55) ou travaillent à temps plein avec des heures temporairement réduites (par. 56). La Cour d'appel fédérale a confirmé ces conclusions, en faisant observer que les conclusions tirées par la Cour fédérale sur ce point « font intervenir principalement des faits » (2018 CAF 223, [2019] 2 R.C.F. 541, par. 33). Appliquant la norme de l'erreur manifeste et dominante, la Cour d'appel fédérale a estimé qu'il n'y avait aucune raison d'intervenir (par. 33-36).

[150] Malgré cela, notre collègue qualifie à plusieurs reprises les employés qui partagent un poste de « membres à temps plein qui ont temporairement réduit leurs heures de travail » (par. 3; voir aussi par. 83, 97 et 138) ou de « membres à temps plein de la GRC qui partagent un poste » (par. 5 et 25). Elle semble donc écarter la conclusion de la Cour fédérale sans pour autant énoncer la norme applicable ou expliquer l'erreur.

[151] Cette conclusion est la clé du reste de la décision de notre collègue. En les assimilant à des *employés à temps plein*, elle est en mesure de dire que les employés qui partagent un poste ont droit aux mêmes prestations de pension que les *employés à temps plein*. À notre humble avis, cette approche occulte des aspects essentiels du régime, notamment en ce qui a trait au traitement réservé aux employés à

account for the context of the entire scheme, which she must do in order to be faithful to *Withler*.

B. *The Operation of the Plan*

[152] At the outset, it is important to note that the appellants do *not* allege that it is unfair in general for members who work part-time to have their pensions adjusted for periods of part-time work. Rather, the core of their argument is that they should be able to “buy back” pensionable service in the same way as members who take LWOP, a submission we dismiss below. To properly assess this submission, it is crucial to understand how the Plan operates and, in particular, how it applies in the same manner to full-time and part-time members except to make adjustments to account for hours actually worked.

[153] The Plan is a “contributory defined benefit pension plan,” which means that contribution rates are based on a percentage of a member’s earnings (A.R., vol. V, at p. 801; see also A. Kaplan and M. Frazer, *Pension Law* (2nd ed. 2013), at pp. 2-3). Both members and the RCMP are required to contribute to the Plan (*Act*, ss. 5 and 29.2). A member’s pension is determined based on the years of “pensionable service,” that is, the period of service credited to a member at retirement (*Act*, s. 6). All members accrue pensionable service at the same rate regardless of whether they work part- or full-time. This means that one-year of part-time work and one year of full-time work both count as one year of pensionable service.

[154] This important nuance is missing from our colleague’s reasons, which speak only of *full-time* pensionable service (see, e.g., para. 14).

temps partiel et aux diverses situations dans lesquels des membres prennent des congés non payés. En d’autres termes, notre collègue ne tient pas compte du contexte de l’ensemble du régime, alors qu’elle doit le faire pour être fidèle à l’arrêt *Withler*.

B. *Application du régime*

[152] D’entrée de jeu, il importe de signaler que les appelantes *ne* prétendent *pas* qu’il est de façon générale injuste pour les membres qui travaillent à temps partiel de voir leur pension rajustée pour les périodes pendant lesquelles ils travaillent à temps partiel. Au contraire, elles soutiennent essentiellement que ces membres devraient pouvoir « racheter » des périodes de service ouvrant droit à pension au même titre que les membres qui prennent des congés non payés, un argument que nous rejetons plus loin. Pour bien évaluer cet argument, il est crucial de comprendre comment le régime s’applique et, en particulier, de tenir compte du fait qu’il s’applique de la même manière aux membres à temps plein et à ceux à temps partiel, sous réserve des rajustements à effectuer pour tenir compte des heures réellement travaillées.

[153] Le régime est un « régime de retraite contributif à prestations déterminées », ce qui signifie que les taux de cotisation sont calculés en fonction d’un pourcentage des revenus du membre (d.a., vol. V, p. 801; voir également A. Kaplan et M. Frazer, *Pension Law* (2^e éd. 2013), p. 2-3). Le membre et la GRC sont tous les deux tenus de verser une contribution au régime (*Loi*, art. 5 et 29.2). La pension du membre est déterminée en fonction des années de « service ouvrant droit à pension », c’est-à-dire selon la période de service portée au crédit du membre au moment de sa retraite (*Loi*, art. 6). Tous les participants au régime accumulent des années de service ouvrant droit à pension au même taux, qu’ils travaillent à temps plein ou à temps partiel. Il s’ensuit qu’une année de travail à temps partiel et une année de travail à temps plein comptent toutes les deux comme une année de service ouvrant droit à pension.

[154] Cette importante nuance est absente des motifs de notre collègue, qui ne parle que de périodes de service à *temps plein* ouvrant droit à pension (voir, p. ex., par. 14).

[155] The only employment statuses provided for under the Plan are full-time, part-time, and LWOP. The *Regulations* define a “full-time member” as one who is engaged to work 40 hours per week (s. 2.1; see also A.R., vol. V, at p. 803). Meanwhile, a “part-time member” is described as a member who is engaged to work a minimum of 12 hours per week and is not a full-time member (ss. 2.1 and 5.2(1)). Importantly, there are no specific provisions relating to job-sharing in the Plan. This makes sense, given that the relevant policies define job-sharing as a form of part-time work. Job-sharers are therefore treated as working part-time during the period in which they job-share.

[156] All members contribute to the pension fund at the same rate, set by Treasury Board as a percentage of their salary. Upon retirement, members receive a pension benefit that is proportional to the assigned hours of work: the benefits are prorated to account for any part-time service. As the respondent’s pension expert explained, “[t]his approach aims to ensure that part-time members and full-time members are treated equitably by tying pension benefits to assigned hours of work” (A.R., vol. V, at p. 805).

[157] Members’ pension benefits are based on the average annual pay received for the five best consecutive years of highest paid pensionable service. For periods of part-time pensionable service, the average annual pay is based on the “full-time equivalent” of the authorized rate of pay and is then prorated to reflect the hours actually worked. The respondent’s pension expert explains that “[t]his method ensures that members will not be penalized based on when in their career the part-time service occurred” (p. 806).

[155] Les seuls statuts d’employés que prévoit le régime sont ceux d’employé à temps plein, d’employé à temps partiel et d’employé en congé non payé. Le *Règlement* définit comme suit le « membre à temps plein » : « membre de la Gendarmerie qui est engagé pour effectuer 40 heures de travail par semaine » (art. 2.1, voir aussi d.a., vol. V, p. 803). Le « membre à temps partiel », quant à lui, est le membre de la Gendarmerie qui est engagé pour effectuer au moins 12 heures de travail par semaine et qui n’est pas un membre à plein temps (art. 2.1 et par. 5.2(1)). Il importe de signaler que le régime ne renferme aucune disposition précise au sujet du partage de poste, ce qui est logique, puisque les politiques applicables définissent le partage de poste comme une forme de travail à temps partiel. Les personnes qui partagent un poste sont par conséquent considérées comme des employés à temps partiel pendant la période où elles partagent un poste.

[156] Tous les membres contribuent au fonds de pension au même taux, fixé par le Conseil du Trésor sous forme de pourcentage de leur salaire. À la retraite, ils reçoivent une prestation de retraite calculée proportionnellement aux heures de travail prédéterminées : les prestations sont calculées au prorata pour tenir compte de toute période de service à temps partiel. Comme l’a expliqué l’expert en pensions de l’intimé : [TRADUCTION] « Cette approche vise à s’assurer de traiter sur un pied d’égalité les membres à temps partiel et les membres à temps plein en calculant les prestations de pension en fonction des heures de travail prédéterminées » (d.a., vol. V, p. 805).

[157] Les prestations de pension des membres sont basées sur le salaire annuel moyen reçu au cours des cinq années consécutives les mieux rémunérées de service ouvrant droit à pension. Pour les périodes de service à temps partiel ouvrant droit à pension, le salaire annuel moyen est basé sur « l’équivalent temps plein » du taux de salaire autorisé et est ensuite calculé au prorata des heures effectivement travaillées. Comme l’a expliqué l’expert en pensions de l’intimé : [TRADUCTION] « Cette méthode permet de ne pas pénaliser les membres, indépendamment du moment de leur carrière où ils ont effectué leur service à temps partiel » (p. 806).

[158] As we will discuss, the core of the appellants' argument focuses on the "buy-back" option available to members who take LWOP. It is therefore also important to understand how the "buy-back" option works. Members who take LWOP have *no* assigned hours of work and are therefore not remunerated but maintain continuity of employment. For the first three months of an LWOP period, members must contribute to the pension fund the amount they would have contributed had they been working (*Act*, s. 6(a)(ii)(A); *Regulations*, s. 10(1)(a) and (4)). Following that period, members may elect *not* to contribute for some or all of the balance of the LWOP period (*Act*, s. 7(1)). However, members who choose to treat the remaining LWOP period as pensionable must pay two or two and a half times the amount they would have paid had they been working (*Act*, s. 7(1); *Regulations*, s. 10(1)(b)).¹⁴ This is what is meant by "buying back" pensionable service.

[159] Crucially, pension benefits for members who take LWOP are determined based on the status they held immediately before taking LWOP (*Regulations*, ss. 5.4, 10(4) and 10.1). In other words, members who worked *part-time* prior to taking LWOP and buy back that pensionable service will earn a *part-time* pension benefit for the period of LWOP.

[160] As the foregoing shows, members who "buy back" pensionable service following a period of LWOP are making contributions for periods in which they did not work. Conceptually, therefore, it makes sense to say that they are "buying back" that time. In contrast, members who job-share make pension contributions throughout the job-sharing period. We

¹⁴ If a member elects *not* to treat the period as pensionable, he or she may later choose to buy back the pensionable service at a rate of two or two and a half times plus interest (*Regulations*, s. 10.8).

[158] Comme nous le verrons plus loin, l'argument des appelantes repose essentiellement sur l'option de « rachat » offerte aux membres qui prennent un congé non payé. Il est donc également important de comprendre comment fonctionne l'option de « rachat ». Les membres qui prennent des congés non payés *n'ont pas* d'heures de travail prédéterminées; ils conservent leur emploi sans être rémunérés. Pour les trois premiers mois de sa période de congé non payé, le membre doit cotiser au fonds de pension de retraite le même montant que celui qu'il aurait payé s'il avait travaillé (*Loi*, div. 6a)(ii)(A); *Règlement*, al. 10(1)a) et par. 10(4)). Après cette période, il peut choisir de *ne pas* cotiser pour la totalité ou pour une partie du reliquat de la période de son congé non payé (*Loi*, par. 7(1)). Toutefois, le membre qui choisit de considérer le reliquat de la période de congé non payé comme une période ouvrant droit à pension doit verser une contribution qui correspond à deux fois ou deux fois et demie la somme qu'il aurait payée s'il avait travaillé (*Loi*, par. 7(1), *Règlement*, al. 10(1)b))¹⁴. C'est ce que l'on entend par « rachat » d'une période de service ouvrant droit à pension.

[159] Fait essentiel, les prestations de pension des membres qui prennent des congés non payés sont déterminées en fonction du statut qu'ils avaient juste avant de prendre leur congé non payé (*Règlement*, art. 5.4, par. 10(4) et art. 10.1). En d'autres termes, les membres qui travaillaient à *temps partiel* avant de prendre un congé non payé et qui rachètent cette période de service ouvrant droit à pension accumulent des prestations de pension à *temps partiel* pour la période couverte par le congé non payé.

[160] Comme le montre ce qui précède, les membres qui « rachètent » une période de service ouvrant droit à pension après une période de congé non payé versent des cotisations pour des périodes au cours desquelles ils n'ont pas travaillé. En principe, il est donc logique de dire qu'ils « rachètent » cette période. En revanche, les membres qui partagent un

¹⁴ Le membre qui choisit de *ne pas* traiter une période de service comme une période ouvrant droit à pension peut ultérieurement choisir de racheter la période de service à un taux équivalent à deux fois ou deux fois et demie cette somme, majorée des intérêts (*Règlement*, art. 10.8).

therefore agree with the respondent that it is inaccurate to speak of “buying back” service when it comes to job-sharing. The hours worked while job-sharing are already fully pensionable; there is no remaining time to be “bought back”. Job-sharers worked part-time hours and received part-time pension benefits for the period they job-shared. The appellants, however, are seeking to obtain a *full-time* pension benefit in respect of a period where they have worked part-time hours. To be clear, *no other members are entitled to such a benefit*. Even members who take LWOP are limited to the hours they worked prior to taking LWOP (e.g. the part-time member who takes LWOP is able to buy back part-time, but not full-time, pension benefits for their time spent on LWOP). The appellants are, in this sense, asking to be put in a *better* position than everyone else under the Plan, and, indeed, under any of the other 10 public sector pension plans. Our colleague elides this vital point, which underlies our reasoning and undermines hers.

[161] Instead, she draws attention to the fact that members who are suspended can obtain full-time pension credit (para. 25). The RCMP’s Administration Manual II.8 does state that “[t]he period of time a member is suspended without pay and allowances will count as pensionable service” (A.R., vol. II, at p. 229). But there is almost no evidence before the Court as to how this works. It may be that a member who worked part-time prior to a suspension is entitled only to *part-time* pension credit, which would seem to align with how the Plan otherwise works. We simply do not know. Moreover, during the hearing, the respondent stated this option is no longer available and has not been for some time, noting that the document relied on by the appellants dates back to 2003. It is not appropriate to ascribe any significance

poste versent des cotisations pendant toute la période de partage de poste. Nous sommes donc d’accord avec l’intimé pour dire qu’il est inexact de parler de « rachat » de service en ce qui concerne le partage de poste. Les heures travaillées dans le cadre du partage de poste ouvrent déjà pleinement droit à pension; il n’y a pas de reliquat de temps à « racheter ». Les employés qui partagent un poste travaillent à temps partiel et reçoivent des prestations de pension à temps partiel pour la période au cours de laquelle ils partagent un poste. Les appelantes cherchent toutefois à se voir reconnaître le droit à des prestations de pension à *temps plein* pour une période au cours de laquelle elles ont travaillé à temps partiel. Soyons clairs : *aucun autre membre n’a droit à de telles prestations*. Même les membres qui prennent un congé non payé n’ont droit qu’aux heures qu’ils ont effectuées avant de prendre leur congé non payé (p. ex., le membre qui travaille à temps partiel et qui prend un congé non payé peut racheter des droits à pension à temps partiel, mais pas à temps plein, pour la période pendant laquelle il était en congé non payé). Les appelantes demandent, en ce sens, à être placées dans une position *plus avantageuse* que celle de toutes les autres personnes visées par le régime et, en fait, que celle de tous les participants des 10 autres régimes de retraite du secteur public. Notre collègue escamote ce point fondamental, qui est à la base de notre raisonnement et qui ébranle le sien.

[161] Notre collègue signale plutôt que les membres suspendus peuvent racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension (par. 25). Le Manuel d’administration de la GRC précise d’ailleurs, à la section II.8, que [TRADUCTION] « [l]a période pendant laquelle un membre est suspendu sans traitement et sans indemnité est comptée comme une période de service ouvrant droit à pension » (d.a., vol. II, p. 229). Mais la Cour ne dispose de pratiquement aucun élément de preuve quant aux modalités d’application de ce mécanisme. Il se peut que le membre qui travaillait à temps partiel avant sa suspension n’ait le droit de racheter que des périodes de service à *temps partiel*, ce qui semblerait correspondre à la façon dont le régime s’applique par ailleurs. Nous ne le savons tout simplement pas.

whatsoever to the situation of suspended members given this evidentiary void.

[162] In short, it is incumbent upon this Court in judging the constitutionality of the Plan to understand and account for how the scheme operates *as a whole*, rather than compare options that are available to different groups line-by-line. And, considering the Plan as a whole, it is clear that it accommodates various stages of a member's life and career. It is meant to be flexible and meet different needs at different times.

III. Analysis

[163] The appellants say the Plan violates s. 15 of the *Charter* in its application to members who job-share, by denying them the right to accrue full-time pension credit for periods when they job-shared for childcare reasons. In our view, it does not.

[164] We stress in coming to this conclusion that the Court is not called upon to decide whether the Plan represents good or bad policy on the part of Parliament (in the legislation) and the executive (in the regulations). The task of the Court, rather, is to assess whether the Plan respects the bounds of the constitutional obligations imposed on the state (*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 136).

[165] Section 15 protects individuals against state-imposed discrimination. Like any other *Charter* right, it applies to the actions of the state, and not to private acts of discrimination (s. 32; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 597; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*

Du reste, à l'audience, l'intimé a affirmé que cette option n'était plus offerte depuis un certain temps, soulignant que le document sur lequel se fondent les appelantes remontait à 2003. Il n'est donc pas opportun d'accorder de l'importance à la situation des membres suspendus, vu l'absence d'éléments de preuve à ce sujet.

[162] En bref, il incombe à notre Cour, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur la constitutionnalité du régime, de bien comprendre le fonctionnement du régime *dans son ensemble*, et non de comparer une à une les options offertes à divers groupes. Or, lorsqu'on prend le régime comme un tout, il tient de toute évidence compte des différentes étapes de la vie et de la carrière des membres. Il est censé être flexible et répondre à des besoins différents à des moments différents.

III. Analyse

[163] Les appelantes affirment que le régime viole l'art. 15 de la *Charte* dans la façon dont il s'applique aux membres qui partagent un poste, parce qu'il leur refuse le droit d'accumuler des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension pour les périodes où ils partagent un poste pour s'occuper de leurs enfants. À notre avis, le régime ne viole pas ainsi l'art. 15.

[164] Nous tenons à souligner que, pour en arriver à cette conclusion, la Cour n'est pas appelée à décider si le régime représente une bonne ou une mauvaise politique du législateur (du fait de la loi qu'il a adoptée) ou de l'exécutif (en raison des règlements qu'il a pris). Il incombe plutôt à la Cour de déterminer si le régime respecte les limites des obligations constitutionnelles imposées à l'État (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 136).

[165] L'article 15 protège les justiciables contre la discrimination exercée par l'État. Comme tout autre droit reconnu par la *Charte*, cet article s'applique aux actes discriminatoires commis par l'État et non aux actes discriminatoires privés (art. 32; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 597;

(5th ed. Supp.), at pp. 55-12 to 55-13). In the case at bar, the appellants' claim is premised on the relationship between their sex, the allocation of childcare responsibilities in society, and the fact they job-shared. Their argument is that, because primary responsibility for childcare has historically fallen on women, the Plan ought to have allowed them to "buy back" additional pensionable service for the time they job-shared to fulfill their childcare responsibilities.

[166] It is indisputable that women have historically been disadvantaged in the workplace in part by the demands of childcare. This Court has recognized this disadvantage, notably in matters of compensation, in *Alliance*, at para. 6, and *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at paras. 2, 58 and 138. In this case, the application judge was presented with, and accepted, evidence showing that "women continue to assume traditional roles in the home and [that] women are more likely than their male counterparts to scale back at work to respond to 'role overload' and work-life conflict" (para. 72). She also accepted evidence that women continue to make up a larger proportion of the part-time labour force, particularly between the ages of 25 and 44 when they are most likely to be raising children (para. 168).

[167] Further, the Federal Court of Appeal has described systemic discrimination as "a continuing phenomenon which has its roots deep in history and in societal attitudes. [And] cannot be isolated to a single action or statement" (*Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.), at para. 16). And it exists within the private and public spheres. Some aspects of government employment policies, for example, have contributed to women's systemic disadvantage (see, e.g., *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381). However, many private sources — that is, longstanding phenomena other than government

P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 55-12 à 55-13). En l'espèce, la revendication des appelantes est fondée sur le rapport qui existe entre leur sexe, le partage des responsabilités parentales au sein de la société et le fait qu'elles ont partagé un poste. Leur argument est que, puisque la responsabilité première de l'éducation des enfants a toujours incombé aux femmes, le régime aurait dû leur permettre de « racheter » des périodes supplémentaires de service ouvrant droit à pension pour tenir compte du temps où elles ont partagé un poste pour s'acquitter de leurs responsabilités parentales.

[166] Il est incontestable que les femmes ont de tout temps été désavantagées sur le marché du travail, en partie en raison des contraintes liées à l'éducation des enfants. Notre Cour a reconnu ce désavantage, notamment en matière de rémunération, dans les arrêts *Alliance*, par. 6, et *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, par. 2, 58 et 138. En l'espèce, la juge saisie de la demande a reçu et accepté des éléments de preuve démontrant que « les femmes continuent d'assumer leurs rôles traditionnels à la maison et [. . .] sont plus susceptibles de réduire leurs heures de travail que leurs homologues masculins pour répondre à la "surcharge de rôles" et de concilier la vie personnelle et la vie professionnelle » (par. 72). Elle a également accepté des éléments de preuve selon lesquels les femmes comptent toujours pour la plupart des employés à temps partiel, particulièrement celles âgées entre 25 et 44 ans qui sont le plus susceptibles d'élever des enfants (par. 168).

[167] Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a qualifié la discrimination systémique de « phénomène continu qui a des origines profondes dans l'histoire et dans les attitudes sociétales. [Elle] ne peut être isolée sous forme d'acte ou de déclaration unique » (*Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.), par. 16). Et elle existe tant dans la sphère privée que dans l'espace public. Certains aspects des politiques gouvernementales en matière d'emploi, par exemple, ont contribué aux désavantages systémiques que subissent les femmes (voir, p. ex., *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381). Il existe

policies — also contribute to women’s ongoing systemic disadvantage. A clear example of this is how parents share and expect each other to share domestic responsibilities, including childcare.

[168] In the present case, the Plan represents neither a public nor private source of ongoing systemic disadvantage. It does not contribute to women’s systemic disadvantage; nor does it reinforce, perpetuate, or exacerbate the pre-existing disadvantage of women in the workplace which arises in part from unequal distribution of parental responsibilities. Rather, it seeks to *ameliorate (although without eliminating)* the effects of that pre-existing disadvantage on women’s careers in the RCMP by providing employment options which allow them the flexibility to continue to pursue their careers while raising children. This case therefore raises the question: can a court strike down part of a statutory scheme for simply being *insufficiently* remedial? In our respectful view, and as we explain below, it cannot.

A. Step One of the Section 15 Analysis

[169] As our colleague explains, this claim alleges adverse-impact discrimination. We agree that the s. 15 test, as it is framed, can address such claims (paras. 48-50). That test consists of the following two steps:

1. Does the law, on its face or in its impact, create a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground?
2. Does the law fail to respond to the actual capacities and needs of the group and instead impose burdens or deny a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating their disadvantage?

toutefois aussi beaucoup de phénomènes provenant de la sphère *privée* — *autres* que les politiques gouvernementales — qui contribuent depuis longtemps aux désavantages systémiques historiques qui sont le lot des femmes. Un exemple fort éloquent de ce phénomène est la façon dont les parents partagent entre eux les obligations familiales, y compris l’éducation des enfants, ainsi que leurs attentes réciproques à ce chapitre.

[168] Dans le cas qui nous occupe, le régime n’est ni une source publique ni une source privée de désavantages systémiques permanents. Il ne contribue pas aux désavantages systémiques dont font l’objet les femmes et il n’a pas non plus pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer les désavantages que subissent déjà les femmes en milieu de travail en raison notamment du partage inégal des responsabilités parentales. Il vise plutôt à *atténuer* — *sans toutefois éliminer* — les conséquences des désavantages que subissent déjà les femmes dans leur carrière au sein de la GRC en leur offrant des options d’emploi qui leur permettent de poursuivre leur carrière tout en élevant des enfants. La présente affaire soulève donc que la question de savoir si un tribunal peut invalider en partie un régime établi par la loi pour la simple raison qu’elle n’est *pas suffisamment* réparatrice. À notre humble avis, comme nous l’expliquons plus loin, il faut répondre à cette question par la négative.

A. Première étape de l’analyse fondée sur l’art. 15

[169] Comme notre collègue l’explique, la présente allégation en est une de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Nous convenons que, tel qu’il est formulé, le critère de l’art. 15 peut s’appliquer à ce type d’allégation (par. 48-50). Ce critère comporte les deux volets suivants :

1. La loi contestée crée-t-elle, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?
2. Est-ce que la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes?

(*Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20; *Alliance*, at para. 25; *Centrale*, at para. 22.)

[170] That the test can account for adverse-impact discrimination is shown by its inquiry into whether a law creates a distinction *in its impact*. As this Court recognized in *Withler*, in adverse-impact cases, “the claimant will have more work to do at the first step” (para. 64).

[171] The concept of a “distinction” has been central to our s. 15 jurisprudence since *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which described discrimination as “a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group” (p. 174 (emphasis added)). As the Court explained in *Withler*:

Inherent in the word “distinction” is the idea that the claimant is treated differently than others. Comparison is thus engaged, in that the claimant asserts that he or she is denied a benefit that others are granted or carries a burden that others do not, by reason of a personal characteristic that falls within the enumerated or analogous grounds of s. 15(1). [Emphasis added; para. 62.]

[172] As this passage demonstrates, the focus at step one upon identifying a *distinction* is consistent with the comparative nature of equality. Indeed, and as this Court has repeatedly emphasized, equality is “an inherently comparative concept” (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 15; see also *Andrews*, at p. 164; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, at para. 77; *Withler*, at para. 62). Comparison is relevant throughout both steps of the s. 15 analysis (*Withler*, at para. 61).

[173] Despite the comparative nature of equality, however, this Court has also cautioned that seeking out a “mirror comparator group” is not the proper

(*Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20; *Alliance*, par. 25; *Centrale*, par. 22.)

[170] La possibilité de tenir compte de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable en appliquant ce critère est démontrée par le fait que le critère pose la question de savoir si la loi crée une distinction *de par son effet*. Comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Withler*, dans les affaires de discrimination par suite d’un effet préjudiciable, « le demandeur aura une tâche plus lourde à la première étape » (par. 64).

[171] Le concept de « distinction » est au cœur de notre jurisprudence sur l’art. 15 depuis l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, qui qualifiait la discrimination de « distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus » (p. 174, (nous soulignons)). Ainsi que la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Withler* :

Il ressort du mot « distinction » l’idée que le demandeur est traité différemment d’autrui. La comparaison entre donc en jeu, en ce sens que le demandeur prétend qu’il s’est vu refuser un avantage accordé à d’autres ou imposer un fardeau que d’autres n’ont pas, en raison d’une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré ou analogue visé par le par. 15(1). [Nous soulignons; par. 62.]

[172] Comme le démontre ce passage, l’accent qui est mis à la première étape sur la recherche d’une *distinction* s’accorde avec la nature comparative de l’égalité. D’ailleurs, comme notre Cour l’a souligné à maintes reprises, l’égalité est « un concept intrinsèquement comparatif » (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 15; voir aussi *Andrews*, p. 164; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, par. 77; *Withler*, par. 62). La comparaison joue un rôle tout au long des deux étapes de l’analyse fondée sur l’art. 15 (*Withler*, par. 61).

[173] Même si l’égalité est un concept de nature comparative, notre Cour a également incité à la prudence en précisant que la recherche d’« un groupe

method to evaluate s. 15 claims (*Withler*, at paras. 55-60). As stated in *Withler*, “[t]he analysis is contextual, not formalistic, grounded in the actual situation of the group and the potential of the impugned law to worsen their [circumstances]” (para. 37; see also *Centrale*, at para. 135). Nonetheless, the identification of a *distinction* is crucial.

[174] Our colleague identifies a distinction between job-sharers and full-time members who work regular hours, who are suspended or who take LWOP (while failing, as noted, to consider individuals who work part-time prior to taking LWOP) (paras. 25 and 83). Yet, she later rejects (at least facially) a comparison to members who take LWOP, dismissing it as a “formalistic” and “mirror comparator group” analysis (at paras. 93-94), maintaining that job-sharers are entitled to substantive equality relative to *full-time* members (para. 94). As we explain below, however, it becomes evident upon closer examination that her rejection of a comparison to members who take LWOP is only superficial. The existence of the buy-back provisions for members who take LWOP is the very reason that she finds a breach; absent that basis for comparison, the alleged breach disappears.

[175] As noted, step one of the s. 15 analysis considers whether there is a distinction “in . . . impact” (*Centrale*, at para. 22 (emphasis added)). A search for impact is a search for causation. The inquiry here is into whether the gap in outcomes is fully explained by pre-existing disadvantage or whether state conduct has contributed to it. In other words, s. 15 is concerned with state conduct that contributes to — that is, *augments* — pre-existing disadvantage (*Taypotat*, at para. 20, citing *Quebec (Attorney*

de comparaison aux caractéristiques identiques » ne constituait pas la bonne méthode pour évaluer les allégations fondées sur l’art. 15 (*Withler*, par. 55-60). Comme elle l’a mentionné dans *Withler*, « [i]l 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 » (par. 37; voir aussi *Centrale*, par. 135). Il est néanmoins essentiel d’établir l’existence d’une *distinction*.

[174] Notre collègue fait une distinction entre, d’une part, les employés qui partagent un poste et, d’autre part, les membres à temps plein qui ont un horaire de travail régulier, qui sont suspendus ou qui prennent un congé non payé (tout en omettant de tenir compte, comme nous l’avons déjà signalé, des personnes qui travaillaient à temps partiel avant de prendre un congé non payé) (par. 25 et 83). Pourtant, elle rejette par la suite — du moins en apparence — toute comparaison avec les membres qui prennent des congés non payés, au motif qu’il s’agit d’une analyse « formaliste » d’un « groupe de comparaison aux caractéristiques identiques » (par. 93-94), et que les employés qui partagent un poste ont droit à l’égalité réelle par rapport aux membres à *temps plein* (par. 94). Comme nous l’expliquons plus loin, il devient toutefois évident, après un examen plus approfondi, que son rejet de toute comparaison avec les membres qui prennent des congés non payés n’est que superficiel. L’existence des dispositions de rachat pour les membres qui prennent des congés non payés est la raison précise pour laquelle elle conclut à une violation; sans cette méthode de comparaison, il n’y a plus de présumée violation.

[175] Comme nous l’avons vu, la première étape de l’analyse fondée sur l’art. 15 vise à déterminer si la loi contestée crée, « de par son effet », une distinction (*Centrale*, par. 22 (nous soulignons)). Pour ce faire, il faut établir l’existence d’un lien de causalité. Il s’agit ici de savoir si l’écart constaté entre le sort réservé à un groupe par rapport à un autre s’explique uniquement par la préexistence d’un désavantage ou si, par ses actes, l’État a contribué à cet écart. En d’autres termes, l’art. 15 s’intéresse

General) v. A, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 332; *Vriend*, at paras. 75-76).

[176] Further, the analysis is directed to “the effects of the challenged law or action on the claimant group” (*Taypotat*, at para. 18 (emphasis added), citing *Quebec v. A*, at para. 331). While disadvantage may persist with or without the impugned law or state action, a demonstration that it has the *effect* of contributing to that disadvantage is necessary.

[177] Establishing causation is particularly critical in instances where the state acts in order to address systemic discrimination. In such cases, policies that narrow a gap may fail to close it. Despite our colleague’s views to the contrary, this Court made clear in *Alliance* that the state does not have, by virtue of s. 15, a freestanding positive obligation to remedy social inequalities. Moreover, when the state does act with such a purpose, it can do so *incrementally*:

The result of finding that Quebec’s amendments breach s. 15 in this case is not, as Quebec suggests, to impose a freestanding positive obligation on the state to enact benefit schemes to redress social inequalities. Nor does it undermine the state’s ability to act incrementally in addressing systemic inequality. But s. 15 does require the state to ensure that whatever actions it *does* take do not have a discriminatory impact (*Vriend*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paras. 72-80). [Emphasis added; para. 42.]

This is consistent with the general focus of s. 15, as explained in *Quebec v. A*: “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” (para. 332 (emphasis added)). These clear and recent statements of this Court should mandate dismissal of this appeal.

aux actes de l’État qui contribuent à un désavantage historique — c’est-à-dire *renforcent* ce désavantage (*Taypotat*, par. 20; citant *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 332; *Vriend*, par. 75-76).

[176] De plus, l’analyse s’attache « aux effets de la loi ou de l’acte contesté sur le groupe demandeur » (*Taypotat*, par. 18 (nous soulignons), citant *Québec c. A*, par. 331). Même si le désavantage peut persister avec ou sans la loi ou l’acte de l’État contestés, il est nécessaire de démontrer que ces derniers ont eu pour *effet* de contribuer à ce désavantage.

[177] L’établissement du lien de causalité est d’autant plus essentiel dans les cas où l’État intervient dans le but de s’attaquer à une discrimination systémique. En pareil cas, il se peut qu’une politique qui réduit l’écart n’arrive pas à le combler totalement. Malgré l’opinion contraire de notre collègue, notre Cour a bien précisé dans l’arrêt *Alliance* que l’art. 15 n’a pas pour effet d’imposer à l’État une obligation positive distincte de remédier aux inégalités sociales. De plus, lorsqu’il prend des mesures en ce sens, l’État peut agir *de manière graduelle* :

Contrairement à ce que fait valoir le Québec, conclure en l’espèce que les modifications apportées par cette province violent l’art. 15 n’a pas pour effet d’imposer à l’État une obligation positive distincte d’adopter des régimes de prestations visant à corriger des inégalités sociales. Une telle conclusion ne mine pas non plus la capacité de l’État à agir de manière graduelle pour s’attaquer aux inégalités systémiques. L’article 15 exige cependant que l’État veille à ce que toutes les mesures qu’il prend *effective-ment* n’aient pas d’effet discriminatoire (*Vriend*; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 72-80). [Nous soulignons; par. 42.]

Ces considérations s’accordent avec l’idée générale de l’analyse fondée sur l’art. 15 que notre Cour a expliquée dans l’arrêt *Québec c. A* : « 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 » (par. 332 (nous soulignons)). Ces affirmations claires et récentes de notre Cour devraient emporter le rejet du présent pourvoi.

[178] Our colleague overcomes the requirement of causation, and these statements, by relaxing the claimant's evidentiary burden to the point of insignificance. She posits that "evidence of statistical disparity and of broader group disadvantage may demonstrate disproportionate impact," although she adds that "neither is mandatory and their significance will vary depending on the case" (para. 67 (emphasis added)). With respect to "broader group disadvantage," a single claimant's "own evidence," or even judicial notice, is all she requires (paras. 57 and 66-67). While courts must evaluate evidence in light of "the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted" (*Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at p. 328, quoting *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, at p. 970), ultimately the onus is on the claimant to establish causation. In many contexts, subjective anecdotal evidence is simply incapable of meeting this objective onus (e.g. *Taypotat*, at paras. 33-34; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, at paras. 58 and 62; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at paras. 8 and 47). Our colleague's relaxed approach also risks overlooking the interests of the public good (B. W. Miller, "Majoritarianism and Pathologies of Judicial Review", in G. Webber et al., *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (2018), 181, at p. 196).

[179] With respect to statistical disparity, our colleague contends that "clear and consistent statistical disparities can show a disproportionate impact on members of protected groups, even if the precise reason for that impact is unknown" (para. 62). In this case, then, because there is a statistical disparity between women and men with respect to who has taken advantage of the job-sharing program, and because there is evidence that women have historically borne a greater part of childcare responsibilities and formed a greater proportion of the part-time labour

[178] Notre collègue occulte l'obligation de démontrer l'existence d'un lien de causalité, et les affirmations précitées, en assouplissant la charge de la preuve du demandeur au point de la rendre insignifiante. Elle postule qu'« une preuve de disparité statistique [et] une preuve de désavantage sur le groupe dans son ensemble peuvent démontrer un effet disproportionné », mais s'empresse d'ajouter qu'« aucune n'est obligatoire et [que] leur importance variera selon l'affaire » (par. 67, nous soulignons). En ce qui concerne le « désavantage sur le groupe dans son ensemble », il suffit, à ses yeux, que le demandeur présente ses « propres éléments de preuve » à ce sujet ou même que le tribunal en prenne connaissance d'office (par. 57 et 66-67). Bien que les tribunaux doivent évaluer tout élément de preuve en fonction de « la preuve qu'une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire » (*Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, p. 328, citant *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, p. 970), il incombe en dernière analyse au demandeur d'établir le lien de causalité. Dans bon nombre de contextes, la preuve anecdotique subjective ne peut tout simplement pas satisfaire à ce fardeau objectif (p. ex. *Taypotat*, par. 33-34; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, par. 58 et 62; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 8 et 47). L'approche assouplie de notre collègue risque également de faire abstraction des intérêts du bien public (B. W. Miller, « Majoritarianism and Pathologies of Judicial Review », dans G. Webber et autres, *Legislated Rights : Securing Human Rights Through Legislation* (2018), 181, p. 196).

[179] Quant aux disparités statistiques, notre collègue fait valoir que « des disparités statistiques claires et constantes peuvent démontrer l'existence d'un effet disproportionné sur les membres de groupes protégés, même si la raison précise de l'effet est inconnue » (par. 62). Ainsi, dans le cas qui nous occupe, comme il existe une disparité statistique entre les femmes et les hommes en ce qui a trait à la question de savoir qui a profité du programme de partage de poste, et comme des éléments de preuve démontrent que les femmes ont de tout temps assumé

force, she finds that the law has a disproportionate impact on women (paras. 97-106).

[180] With respect, this analysis is unsound, since it assumes that correlation between the number of women who have taken advantage of the job-sharing program and evidence of disproportionate childcare responsibilities falling upon women is the function of *causation*, whereas it might well be the function of independent factors. Correlation itself is not proof of causation. Indeed, where one is dealing with complex social and economic considerations, like sex and employment, one can readily assume that there are *many* factors involved, some of which will give rise to causation while others will simply be the result of coincidence (that is, caused by independent factors).

[181] But it is *causation* that must be demonstrated between the law and the disadvantage. It is not enough for our colleague to refer to a statistical disparity and a broader group disadvantage. Indeed, the presence of a statistical disparity is precisely what is to be expected where a law is enacted, as the relevant portions of the Plan were, to incrementally *narrow* a pre-existing systemic disadvantage. When the law fails to completely eradicate such disadvantage, an element of disparity will obviously remain. It follows that to accept statistical disparity and broader group disadvantage as sufficient to demonstrate that a law creates a distinction in impact is to do away with this Court's statement made only two years ago in *Alliance* that s. 15 neither imposes "a freestanding positive obligation on the state to . . . redress social inequalities" nor "undermine[s] the state's ability to act incrementally in addressing systemic inequality" (para. 42). It would also represent an undisciplined judicial expansion of the scope of s. 15, which does not apply to private acts of discrimination, because it

une plus grande part des responsabilités parentales et constitué un pourcentage plus élevé de la main-d'œuvre à temps partiel, notre collègue estime que la loi a un effet disproportionné sur les femmes (par. 97-106).

[180] À notre humble avis, cette analyse manque de rigueur, parce qu'elle part du principe que la corrélation entre le nombre de femmes qui ont profité du programme de partage de poste et la preuve d'une part disproportionnée des responsabilités parentales qui échoit aux femmes permet d'établir l'existence d'un *lien de causalité*, alors que ces réalités pourraient fort bien être attribuables à des facteurs indépendants. La corrélation en elle-même n'est pas une preuve de causalité. D'ailleurs, lorsqu'on a affaire à des facteurs sociaux et économiques complexes, tels que le sexe et l'emploi, on peut aisément supposer que *de nombreux* facteurs entrent en jeu et que certains permettront d'établir l'existence d'un lien de causalité, alors que d'autres seront simplement le fruit du hasard (c'est-à-dire causés par des facteurs indépendants).

[181] Mais c'est le *lien de causalité* entre la loi et le désavantage qu'il faut démontrer. Notre collègue ne peut se contenter de parler de disparité statistique et d'un désavantage sur le groupe dans son ensemble. En fait, l'existence d'une disparité statistique est précisément la situation à laquelle la loi est censée remédier — comme ce fut le cas des parties pertinentes du régime — pour *réduire* progressivement un désavantage systémique historique. Lorsque la loi ne parvient pas à supprimer complètement ce désavantage, il subsistera évidemment une certaine disparité. Il s'ensuit que le fait de considérer qu'une preuve de disparité statistique et de désavantage subi par le groupe dans son ensemble suffit pour démontrer qu'une loi crée de par son effet une distinction revient à ignorer les propos que notre Cour a tenus il y a à peine deux ans en affirmant, dans l'arrêt *Alliance*, que l'art. 15 n'a pour effet d'imposer à l'État « une obligation positive distincte [de] corriger des inégalités sociales » *ni* de « miner [. . .] la capacité de l'État à agir de manière graduelle pour

would render the state responsible for discrimination it has not caused.

[182] We turn now to the appellants' argument that the Plan, on its face or in its impact, draws a distinction based on not just the enumerated ground of sex, but also on "family status," or "parental status" which they argue should be recognized as an analogous ground.

[183] We agree with our colleague that it is inappropriate to recognize an analogous ground solely for the purpose of this litigation (para. 114). Not only is this inappropriate, this approach was squarely rejected in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 8-9. We also agree that, because this case can be resolved on the basis of the enumerated ground of sex, it is, substantially for the reasons she gives, unnecessary and unwise to consider parental or family status. The recognition of an analogous ground has significant implications as it opens up the possibility of new lines of *Charter* claims; once an analogous ground is recognized, it "always stand[s] as a constant marker of potential legislative discrimination" (*Corbiere*, at para. 10). Recognition of further analogous grounds should be left for cases where there is sufficient argument and evidence, and where it is necessary to do so. It should not be done on an *ad hoc* basis.

[184] Focusing, then, on the enumerated ground of sex, there are two ways in which a distinction can be framed in this case. Each is based to some extent on comparison, which is to be expected given the

s'attaquer aux inégalités systémiques » (par. 42). Une telle approche reviendrait par ailleurs à élargir par voie judiciaire de manière désordonnée la portée de l'art. 15 — lequel ne s'applique pas aux actes discriminatoires privés — parce qu'on engagerait ainsi la responsabilité de l'État à l'égard d'une discrimination qu'il n'a pas causée.

[182] Passons maintenant à l'argument des appelantes suivant lequel, à première vue ou de par son effet, le régime créé une distinction fondée non seulement sur le motif énuméré du sexe, mais aussi sur celui de la « situation familiale » ou de l'« état parental », qui devrait être reconnu comme un motif analogue.

[183] Nous sommes d'accord avec notre collègue pour dire qu'il ne convient pas de reconnaître un motif analogue pour les seuls besoins de la présente affaire (par. 114). Cette approche est non seulement contre-indiquée, elle a été carrément rejetée dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8-9. Nous sommes également d'accord pour dire que, comme la présente affaire peut être tranchée en fonction du motif énuméré du sexe, il est, essentiellement pour les motifs que notre collègue expose, inutile et inopportun de tenir compte de l'état parental ou de la situation familiale. La reconnaissance d'un motif analogue a des répercussions importantes, car elle donne ouverture à de nouveaux types de demandes fondées sur la *Charte*; en effet, dès lors qu'un motif analogue a été reconnu, il « constitu[e] un indicateur permanent de discrimination législative potentielle » (*Corbiere*, par. 10). Il faudrait réserver la reconnaissance de nouveaux motifs analogues aux cas où suffisamment d'arguments et de preuves ont été présentés et, même alors, seulement si cette reconnaissance est nécessaire. On ne devrait pas reconnaître de nouveaux motifs analogues de façon ponctuelle.

[184] Par conséquent, si l'on s'en tient au motif énuméré du sexe, il y a deux façons de formuler la distinction en l'espèce. Chacune repose jusqu'à un certain point sur une comparaison, ce qui est normal

inherently comparative nature of s. 15. But neither is based on the “mirror comparator” group approach rejected by this Court, in which the comparator “‘mirrors the characteristics of the claimant (or claimant group) relevant to the benefit or advantage sought’ except for the personal characteristic on which the claim [is] based” (*Withler*, at para. 49, quoting *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, at para. 23). In other words, these distinctions do not look for a situation that is in every way identical to the claimant group *except* for the enumerated ground. Our analysis, rather, is contextual, considering the various facets of the Plan and the evidence that is available on the composition of RCMP membership.

[185] The first distinction can be drawn by looking to full-time members. Job-sharers, unlike full-time members, do not obtain a full 40 hours of weekly pensionable service. The distinction is said to be based on sex because members of the job-sharing program are disproportionately women, whereas uninterrupted full-time employment is a male pattern of employment. We agree that a distinction is shown here.

[186] A second way of identifying a distinction in this case is by comparison to members who take LWOP. Our colleague expressly rejects this as the relevant comparison (paras. 93-94). Nonetheless, she begins her analysis by stating that “[u]nlike full-time members who work regular hours, who are suspended or who take unpaid leave, full-time RCMP members who job-share are classified as part-time workers under the *Regulations* and cannot . . . obtain full-time pension credit for their service” (para. 25 (emphasis added; footnote omitted)). In other words, the reason that our colleague finds a distinction is based on a comparison to members who take LWOP. If the option to buy back pensionable service for periods of LWOP did not exist, the

compte tenu de la nature intrinsèquement comparative de l’art. 15. Mais ni l’une ni l’autre comparaison ne repose sur l’approche dite de « la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques », que notre Cour a rejetée et selon laquelle le groupe de comparaison « ‘reflète les caractéristiques du demandeur (ou du groupe demandeur) qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l’avantage recherché’ hormis la caractéristique personnelle à l’origine du recours » (*Withler*, par. 49, citant *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, par. 23). En d’autres termes, il ne s’agit pas, pour établir une distinction, de trouver une situation en tout point identique à celle du groupe demandeur *sauf* pour le motif énuméré. Notre analyse est plutôt contextuelle : elle tient compte des divers aspects du régime, ainsi que des éléments de preuve dont on dispose au sujet de la composition des effectifs de la GRC.

[185] On peut tout d’abord établir une distinction en examinant la situation des membres à temps plein. À la différence des membres à temps plein, les employés qui partagent un poste n’accumulent pas 40 heures complètes de service hebdomadaire ouvrant droit à pension. La distinction serait fondée sur le sexe, parce que les participants au programme de partage de poste sont majoritairement des femmes, tandis que l’emploi à temps plein sans interruption est un régime de travail typiquement masculin. Nous convenons qu’une distinction est établie dans ce cas.

[186] Une deuxième façon d’établir une distinction en l’espèce est de faire une comparaison avec la situation des membres qui prennent des congés non payés. Notre collègue rejette expressément ce type de comparaison (par. 93-94). Elle commence toutefois son analyse en affirmant que « [c]ontrairement aux membres à temps plein qui ont un horaire de travail régulier, qui sont suspendus ou qui prennent des congés non payés, les membres à temps plein de la GRC qui partagent un poste sont considérés comme des travailleurs à temps partiel au sens du *Règlement* [qui] ne peuvent pas [. . .] racheter des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension » (par. 25 (nous soulignons; note en bas de page omise)). En d’autres termes, la distinction à laquelle

distinction would vanish. Further, and as we have already observed, not all members who take LWOP have the right to receive full-time pension credit for their service. Only members who were working *full-time* hours before taking LWOP may do so. Throughout her reasons, our colleague fails to account for this nuance.

[187] In any event, the substance of this alleged distinction is that, with respect to pensionable service, job-sharers are limited to the numbers of hours they work per week, while members who take LWOP are not as they have the option to “buy back” pensionable service. But this distinction is not based on sex: there is no evidence that members taking LWOP are less likely to be women than members participating in the job-sharing program. As the Court of Appeal noted, “there was very little evidence about the number of RCMP members who have opted to job share or to work part-time and no evidence about those who have opted to take an unpaid leave of absence” (para. 17 (emphasis added)). Nor was there “any evidence to suggest that more men than women or more childless individuals than those with children had opted to take leaves without pay” (para. 52). Further, the RCMP’s Administration Manual II.5 on leave recognizes various approved reasons for LWOP: education, spousal relocation, care and nurturing of preschool-aged children, and personal needs. Our colleague cannot simply assume, without evidence, that job-sharers as a group are more likely to be women than members who take LWOP. Both options are specifically but not exclusively available for women.

notre collègue conclut est fondée sur une comparaison avec la situation des employés qui prennent des congés non payés. Si l’option de rachat des périodes de service ouvrant droit à pension pour les périodes de congés non payés n’existait pas, cette distinction disparaîtrait. En outre, comme nous l’avons déjà fait observer, ce ne sont pas tous les membres prenant des congés non payés qui ont le droit de se faire créditer des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension pour leur service. Seuls les membres qui travaillaient à *temps plein* avant de prendre un congé non payé ont ce droit. Tout au long de ses motifs, notre collègue ne tient pas compte de cette nuance.

[187] En tout état de cause, la distinction qui existerait en l’espèce repose essentiellement sur le fait que, s’agissant de leur service ouvrant droit à pension, les employés qui partagent un poste n’ont droit qu’au nombre d’heures qu’ils ont travaillées par semaine, alors que les membres qui prennent des congés non payés se trouvent dans une situation différente, car ils ont la possibilité de « racheter » des périodes de service ouvrant droit à pension. Mais cette distinction n’est pas fondée sur le sexe : rien ne prouve que les membres qui prennent des congés non payés sont moins susceptibles d’être des femmes que les membres qui participent au programme de partage de poste. Ainsi que la Cour d’appel l’a fait remarquer : « . . . très peu d’éléments de preuve concernaient le nombre de membres de la GRC ayant choisi de partager leur poste ou de travailler à temps partiel, et aucun ne concernait ceux ayant opté pour le congé non payé » (par. 17 (nous soulignons)); « rien n’indique non plus que plus d’hommes ou de personnes sans enfant — par rapport aux femmes ou aux parents — ont pris un congé non payé » (par. 52). De plus, le Manuel d’administration II.5 de la GRC sur les congés reconnaît que divers motifs peuvent être invoqués pour obtenir un congé approuvé : études, déménagement du conjoint, soins et éducation d’enfants d’âge préscolaire et besoins personnels. Notre collègue ne peut simplement tenir pour acquis, sans preuve, que les personnes qui partagent un poste sont, en tant que groupe, davantage susceptibles d’être des femmes que les employés qui prennent un congé non payé. Les deux options sont expressément, mais pas exclusivement, offertes aux femmes.

[188] Therefore, the distinction between job-sharing and LWOP is not based on an enumerated or analogous ground. The analysis fails at step one. However, bearing in mind that we have found that the comparison between job-sharers (who do not obtain a full 40 hours of weekly pensionable service) and full-time members (who do) qualifies at the first step of the s. 15 analysis as a distinction based on sex, we turn to the second step. Here, given the contextual nature of the analysis, taking LWOP into account remains important.

B. *Step Two of the Section 15 Analysis*

[189] Having shown that the Plan creates a distinction that, in its impact, is based on sex, the second stage of the s. 15(1) analysis asks whether that distinction is discriminatory in that it fails to respond to the actual capacities and needs of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating the disadvantage of women (*Andrews*, at p. 182; *Withler*, at para. 31; *Taypotat*, at para. 20).

[190] This Court has said that historic disadvantage plays a significant role in identifying substantive discrimination (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paras. 63-67; *Kapp*, at paras. 15-16 and 35-36; *Taypotat*, at para. 20). Substantive discrimination, however, cannot be reduced to historical disadvantage. In some circumstances, laws can maintain significant disadvantage while treating individuals equally and without discrimination. For example, securities and property legislation represent state action that supports a system of private property ownership. Where the distribution of private property between men and women is unequal, this legislation allows that unequal distribution to persist. Nonetheless, the legislation is not discriminatory. Under our colleague's approach, the second step of the s. 15 test serves only

[188] Par conséquent, la distinction entre la formule du partage de poste et celle des congés non payés ne repose pas sur un motif énuméré ou sur un motif analogue. L'analyse échoue à la première étape. Toutefois, compte tenu de notre conclusion suivant laquelle la comparaison entre les employés qui partagent un poste (et qui n'accumulent pas 40 heures complètes de service hebdomadaire ouvrant droit à pension) et les membres à temps plein (qui en accumulent) remplit les conditions requises à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 15 pour pouvoir conclure à l'existence d'une distinction fondée sur le sexe, nous passons à la seconde étape. En l'espèce, vu la nature contextuelle de l'analyse, il est important de tenir compte des congés non payés.

B. *Seconde étape de l'analyse fondée sur l'art. 15*

[189] Ayant démontré que le régime crée une distinction qui, de par son effet, est fondée sur le sexe, nous devons, à la seconde étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), nous demander si cette distinction est discriminatoire en ce sens qu'elle ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont les femmes sont victimes (*Andrews*, p. 182; *Withler*, par. 31; *Taypotat*, par. 20).

[190] Notre Cour a déclaré que les désavantages historiques jouent un rôle important dans la constatation d'une discrimination réelle (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 63-67; *Kapp*, par. 15-16 et 35-36; *Taypotat*, par. 20). La discrimination réelle ne saurait toutefois se résumer aux désavantages historiques. Dans certains cas, une loi peut perpétuer un désavantage important tout en traitant les personnes sur un plan d'égalité et sans discrimination. Par exemple, les lois en matière de valeurs mobilières et de biens représentent une intervention par laquelle l'État promet un régime axé sur la propriété privée. Lorsque la répartition de la propriété privée entre les hommes et les femmes est inégale, cette loi permet à l'inégalité de perdurer, sans pour autant être discriminatoire. Selon l'approche préconisée par notre collègue, la

to check if the unequal impact of a law impacts a historically disadvantaged group; there is no analysis of whether the unequal impact corresponds with a group's actual circumstances or needs or whether it is in any other sense substantively discriminatory.

[191] Though substantive discrimination has been described differently over the years, it has always required an element of arbitrariness or unfairness. This element has been most often expressed as a failure to respond to individuals' actual capacities, needs and circumstances (*Andrews*, at pp. 174-75; *Law*, at para. 70; *Withler*, at paras. 32 and 65; *Taypotat*, at para. 20). For a time, perpetuating prejudice and stereotyping were seen as essential features of substantive discrimination (*Kapp*, at paras. 23-24; *Withler*, at paras. 34-36). More recently, a more contextual analysis has been preferred, because arbitrary discrimination need not take the form of promoting negative attitudes (*Quebec v. A*, at paras. 327-31; see also *Alliance*, at para. 28).

[192] Howsoever it has been expressed, this element of arbitrariness or unfairness has never been confused with a discriminatory purpose. A discriminatory purpose can indicate substantive discrimination, but is not required to establish it (*Andrews*, at p. 174; *Quebec v. A*, at paras. 325-30; *Centrale*, at para. 35). Substantive discrimination is focused on effect rather than intention.

[193] The academic literature cited by our colleague supports requiring an element of arbitrariness or unfairness to establish discrimination. It indicates that, while discrimination need not be intentional, it is fundamentally a form of wrongful behaviour (D. G. Réaume, "Harm and Fault in Discrimination Law: The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination" (2001), 2 *Theor. Inq. L.* 349, at pp. 351 and 376-80; H. Collins and T. Khaitan, "Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical Questions", in H. Collins and T. Khaitan, eds., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018), 1, at pp. 25-29; S. Moreau, "What Is

seconde étape du critère de l'art. 15 ne sert qu'à vérifier si l'effet d'inégalité créé par la loi a des incidences sur un groupe historiquement défavorisé; on ne vérifie pas si l'effet d'inégalité correspond aux besoins réels ou à la situation concrète du groupe ou s'il crée, dans un autre sens, une discrimination réelle.

[191] Bien que la discrimination réelle ait fait l'objet de diverses définitions au fil des ans, elle a toujours comporté obligatoirement un élément d'arbitraire ou d'injustice. Cet élément a le plus souvent été exprimé comme le fait de ne pouvoir répondre aux capacités, à la situation et aux besoins concrets des individus (*Andrews*, p. 174-175; *Law*, par. 70; *Withler*, par. 32 et 65; *Taypotat*, par. 20). Pendant un certain temps, la perpétuation d'un préjugé et l'application de stéréotypes étaient perçues comme des caractéristiques essentielles de la discrimination réelle (*Kapp*, par. 23-24; *Withler*, par. 34-36). Plus récemment, on a préféré une analyse plus contextuelle, puisque la discrimination arbitraire ne se matérialise pas nécessairement par la promotion d'attitudes négatives (*Québec c. A*, par. 327-331; voir également *Alliance*, par. 28).

[192] Quelle que soit la façon dont il a été exprimé, cet élément d'arbitraire ou d'injustice n'a jamais été confondu avec l'objet discriminatoire. L'existence d'un objet discriminatoire peut être un indice d'une discrimination réelle, mais il n'est pas nécessaire pour établir cette dernière (*Andrews*, p. 174; *Québec c. A*, par. 325-330; *Centrale*, par. 35). La discrimination réelle dépend de l'effet et non de l'intention.

[193] Selon la doctrine citée par notre collègue, un élément d'arbitraire ou d'injustice doit être présent pour établir la discrimination. Selon les auteurs qu'elle cite, même s'il n'est pas nécessaire qu'elle soit intentionnelle, la discrimination est essentiellement une forme de comportement fautif (D. G. Réaume, « Harm and Fault in Discrimination Law : The Transition from Intentional to Adverse Effect Discrimination » (2001), 2 *Theor. Inq. L.* 349, p. 351 et 376-380; H. Collins et T. Khaitan, « Indirect Discrimination Law : Controversies and Critical Questions », dans H. Collins et T. Khaitan, dir., *Foundations of Indirect Discrimination Law* (2018),

Discrimination?” (2010), 38 *Philosophy & Public Affairs* 143, at p. 146).

[194] Our colleague now suggests, however, that the sole focus of the substantive discrimination analysis is historical disadvantage (at para. 77) and that any factors relating to arbitrariness or unfairness must be confined to the s. 1 analysis (paras. 78-80). This robs the substantive discrimination analysis of its purpose, departing significantly and without acknowledgment or justification from decades of jurisprudence.

[195] Our colleague’s removal of considerations of arbitrariness or unfairness from the s. 15 analysis has far-reaching consequences for this appeal. As we identified above, a distinction arises based on sex when comparing members who job-share to members with male pattern employment, that is, members who work 40-hour weeks throughout their careers. Because the pension benefits of members in the job-sharing program are prorated to reflect the lower number of hours they worked, they receive a lower level of pension benefits than members with a male pattern of employment.

[196] Pension benefits are best viewed as part of a whole compensation package, as they are a form of remuneration (*IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, at para. 4; *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), at p. 16). In this case, members who job-share receive no additional compensation to offset their lower level of pension benefits. On the contrary, they receive lower pay as well as lower pension benefits, because both pay and pension benefits are tied to hours worked. Our colleague suggests that offering a lower level of pension benefits to members in the job-sharing program “perpetuates a long-standing source of disadvantage” of women relative to men (para. 108). This

1, p. 25-29; S. Moreau, « What Is Discrimination? » (2010), 38 *Philosophy & Public Affairs* 143, p. 146).

[194] Or, notre collègue laisse entendre que l’analyse de la discrimination réelle ne doit porter que sur les désavantages historiques (par. 77) et qu’on ne doit tenir compte des facteurs relatifs à l’arbitraire et à l’injustice que dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier (par. 78-80). Cette approche prive l’analyse de la discrimination réelle de son objet et s’écarte de façon marquée et sans reconnaissance ou justification de plusieurs décennies de jurisprudence.

[195] Le fait que notre collègue ne tienne pas compte des considérations relatives à l’arbitraire et à l’injustice dans son analyse fondée sur l’art. 15 a de graves conséquences dans le présent pourvoi. Comme nous l’avons déjà indiqué, il y a lieu d’établir une distinction fondée sur le sexe lorsqu’on compare les membres partageant un poste avec les membres ayant un régime de travail typiquement masculin, c’est-à-dire ceux qui travaillent 40 heures tout au long de leur carrière. Étant donné que les prestations de pension des membres qui participent au programme de partage de poste sont calculées au prorata pour tenir compte du nombre moins élevé d’heures qu’ils effectuent, ces membres toucheront des prestations de pension moins élevées que les membres ayant un régime de travail typiquement masculin.

[196] Il y a lieu de considérer que les prestations de retraite font partie d’un régime de rémunération exhaustif et qu’elles sont une forme de rémunération (*IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, par. 4; *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), p. 16). Dans le cas qui nous occupe, les membres qui partagent un poste ne reçoivent pas de rémunération supplémentaire pour compenser leurs prestations de pension moins élevées. Au contraire, ils reçoivent une rémunération et des prestations de pension moins élevées, parce que leur salaire et leurs prestations de pension sont calculés en fonction des heures qu’ils travaillent. Notre collègue laisse entendre que le fait d’offrir des prestations de pension

disadvantage, she says, cannot be justified on the basis that job-sharers choose to work fewer hours.

[197] We accept that in most contexts, choice cannot protect differential treatment from a finding of discrimination. In this case, however, the logical extension of our colleague's argument is that if other part-time members (i.e. those in arrangements other than job-sharing) are predominantly women (as it has been suggested), they too are entitled to substantive equality relative to full-time members in matters of compensation. Are *all* part-time members therefore entitled to the option of contributing to the Plan as though they were full-time members?

[198] Herein lies the significance of our colleague's relegation of considerations of arbitrariness or unfairness to the s. 1 analysis. It is not, in general, discriminatory (in an arbitrary or unfair sense) for an employer to prorate benefits according to hours worked (see, e.g., Royal Commission on Equality in Employment, *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), at pp. 27-28).¹⁵ Employers are expected to treat employees equally within the context of an employment relationship that is predicated on an exchange of work for compensation. Prorating compensation, including benefits, according to work is not arbitrary or discriminatory when it responds to employees' actual capacities and circumstances (*Taypotat*, at para. 20).

¹⁵ "If [employees] work part-time, they should not bear the unfair financial brunt of a perception that part-time work is not serious work. They should be remunerated and receive benefits on a prorated basis with workers employed full-time." [Emphasis added.]

moins généreuses aux membres qui participent au programme de partage de poste « perpétu[e] une source de désavantage de longue date » pour les femmes par rapport aux hommes (par. 108). Ce désavantage, à son avis, ne saurait être justifié par le fait que les employés qui partagent un poste choisissent de travailler moins d'heures.

[197] Nous admettons que, dans la plupart des contextes, le choix offert à l'employé ne peut empêcher le tribunal de conclure à l'existence de discrimination en cas de traitement différentiel. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, si l'on pousse le raisonnement de notre collègue à sa conclusion logique, force est de constater que, si les autres membres à temps partiel (c.-à-d. ceux qui sont parties à d'autres ententes que celle de partage de poste) sont — comme on l'a laissé entendre — majoritairement des femmes, ils ont droit eux aussi à l'égalité réelle en matière de rémunération par rapport aux membres à temps plein. *Tous* les membres à temps partiel ont-ils donc droit à la possibilité de cotiser au régime comme s'ils étaient des membres à temps plein?

[198] C'est ici que le choix de notre collègue de reléguer à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier la prise en compte des considérations relatives à l'arbitraire et à l'injustice prend toute son importance. En principe, l'employeur qui calcule des prestations au prorata des heures de travail effectuées n'exerce pas de discrimination (au sens d'acte arbitraire ou injuste) (voir, p. ex., Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi, *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984), p. 27-28)¹⁵. Les employeurs sont censés traiter les employés sur un pied d'égalité dans le cadre d'une relation de travail qui repose sur la prestation d'un travail contre rémunération. Le calcul de la rémunération, y compris des avantages, en fonction du travail effectué n'est pas une mesure arbitraire ou discriminatoire s'il répond aux capacités et à la situation réelles des employés (*Taypotat*, par. 20).

¹⁵ « Si [des employés] travaillent à temps partiel, [ils] ne devraient pas avoir à porter le fardeau financier injuste généré par la perception que le travail à temps partiel n'est pas un travail sérieux. [I]ls devraient être rémunérés et recevoir des avantages sociaux au prorata de ce que reçoivent les employés à temps plein. » [Nous soulignons.]

[199] But even were we to take our colleague's recasting of the s. 15(1) analysis as legitimate, her open-ended approach leaves much to be desired as a matter of logic. For example, if, as she says, it is discriminatory towards the appellants to tie pension benefits and other compensation to hours worked, why stop at allowing part-time and job-sharing members to "buy back" additional pension benefits? After all, full-time members do not have to "buy back" their pensions. On our colleague's logic, if hours worked are not relevant, then part-time and job-sharing members should receive a full-time pension *without* buying back hours. And if compensation cannot be tied to hours worked, then part-time and job-sharing members should receive a full-time salary as well. Taking our colleague's argument to its natural conclusion shows the vast implications of her position. One searches in vain for a logical or rational stopping point to either the entitlements that would flow from her line of reasoning, or the scope of judicial intervention to award them.

[200] Conversely, we posit simply that employers must be able to compensate employees based on hours worked. This is our central point, which our colleague does not attempt to answer.

[201] While prorating pension benefits according to hours worked is not in itself discriminatory, it might be so on this Court's jurisprudence if some groups of employees were to receive more favourable treatment than others where such treatment reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage. As we have discussed, the distinction based on members who job-share compared to those who take LWOP is not based on sex. However, in accordance with the contextual analysis of the broader scheme mandated

[199] Mais même si nous considérons comme légitime la redéfinition que notre collègue donne de l'analyse fondée sur le par. 15(1), son approche non limitative laisse beaucoup à désirer sur le plan de la logique. Par exemple, si, comme elle le dit, le fait de calculer le montant des prestations de pension et de toute autre rémunération en fonction des heures de travail effectuées est discriminatoire à l'égard des appelantes, pourquoi se contenter de permettre aux membres à temps partiel et à ceux qui participent à un programme de partage de poste de « racheter » des droits à pension supplémentaires? Après tout, les membres à temps plein n'ont pas à « racheter » leur période de service ouvrant droit à pension. Suivant la logique de notre collègue, si les heures travaillées ne sont pas pertinentes, les membres à temps partiel et ceux qui participent à un programme de partage de poste devraient pouvoir accumuler des périodes de service à temps plein ouvrant droit à pension *sans* avoir à racheter d'heures. Et si la rémunération ne peut être déterminée en fonction des heures de travail, les membres à temps partiel et ceux qui participent à un programme de partage de poste devraient également toucher le salaire d'un membre à temps plein. Si l'on suit le fil du raisonnement de notre collègue jusqu'à sa conclusion logique, on prend conscience des vastes répercussions de sa position. Si l'on suit son raisonnement, on cherche en vain une limite logique ou rationnelle à l'étendue des droits qui seraient ainsi conférés ou aux pouvoirs qui permettraient aux tribunaux de les accorder.

[200] Pour notre part, nous estimons tout simplement que les employeurs devraient pouvoir rémunérer leurs employés en fonction des heures travaillées. Il s'agit de notre thèse centrale, à laquelle notre collègue ne tente pas de répondre.

[201] Même si le calcul des prestations de pension en fonction des heures de travail effectuées n'est pas discriminatoire en soi, il pourrait l'être selon la jurisprudence de notre Cour si certains groupes d'employés bénéficient d'un traitement plus favorable, dès lors que ce calcul renforce, perpétue ou accentue par ailleurs un désavantage. Comme nous l'avons vu, la distinction relative à la situation des membres qui partagent un poste par rapport à celle des employés qui prennent des congés non payés ne

by *Withler*, the LWOP provisions remain an important consideration at step two.

[202] We accept, as our colleague says (at para. 94), that the proper analysis as it was described in *Withler* must not devolve into a narrow comparison between members who job-share and those who take LWOP. There is, however, a degree of inconsistency in our colleague’s approach as she states that members who job-share are entitled to “substantive equality” to members with a male pattern of employment and yet focuses her comparison on members who take LWOP, who (unlike members with a male pattern of employment) have the option to buy back additional pension benefits. This is made plain by our colleague’s remedy: she does not require that *all* part-time members should have the option of buying back the same pension benefits as full-time members; rather, this option is made available only to those who have *temporarily* reduced their hours *like those on LWOP*. It is, therefore, the presence of LWOP, and buy-back rights for members on LWOP, that render the Plan unconstitutional for our colleague. LWOP is the linchpin of her decision.

[203] With respect, this is contrary to the contextual approach mandated by *Withler*. Job-sharing and LWOP are options that may be valuable to members at different points in their lives and careers. Job-sharing allows members to continue to work with reduced hours, while LWOP allows members to maintain continuity of employment without working. Each of these programs represents a package of benefits and responsibilities designed to balance the needs of the employer and of members at various stages of their careers. It is inappropriate to cherry-pick particular elements out of such packages and compare them in isolation, seeking line-by-line

repose pas sur le sexe. Toutefois, conformément à l’analyse contextuelle du cadre général à laquelle on doit procéder selon l’arrêt *Withler*, les dispositions relatives aux congés non payés continuent de jouer un rôle important à la deuxième étape.

[202] À l’instar de notre collègue (par. 94), nous estimons que l’analyse à laquelle on doit procéder, selon l’arrêt *Withler*, ne doit pas se transformer en une comparaison étroite entre les membres qui partagent un poste et ceux qui prennent des congés non payés. La démarche de notre collègue manque toutefois un peu de cohérence, car tout en affirmant que les membres qui partagent un poste ont droit à l’« égalité réelle » par rapport à ceux ayant un régime de travail typiquement masculin, elle fait porter sa comparaison sur les membres qui prennent des congés non payés et qui (à la différence des membres ayant un régime de travail typiquement masculin) ont la faculté de racheter des droits à pension supplémentaires. Ce manque de cohérence ressort à l’évidence de la réparation que propose notre collègue : elle n’exigerait pas que *tous* les membres à temps partiel aient la possibilité de racheter les mêmes droits à pension que ceux dévolus aux membres à temps plein; elle ne reconnaît cette option qu’aux membres qui, *comme ceux qui ont pris un congé non payé*, ont *temporairement* réduit leurs heures de travail. C’est par conséquent l’existence du congé non payé et la reconnaissance d’un droit de rachat aux membres qui prennent un congé non payé qui rend le régime inconstitutionnel aux yeux de notre collègue. Les congés non payés sont l’élément central de sa décision.

[203] À notre humble avis, ce point de vue est incompatible avec l’analyse contextuelle exigée par l’arrêt *Withler*. Le partage de poste et les congés non payés sont des options qui peuvent être utiles aux membres à divers moments de leur vie et de leur carrière. Le partage de poste permet aux membres de continuer à travailler à heures réduites, tandis que les congés non payés assurent aux membres une continuité d’emploi sans qu’ils aient à travailler. Chacun de ces programmes offre une série d’avantages et d’obligations conçus pour atteindre un équilibre entre les besoins des employeurs et ceux des membres à différents stades de leur carrière. Il ne

parity (*Withler*, at paras. 73, 76 and 79). Instead, a contextual analysis must consider the full packages and ask “whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required” (para. 67). In other words, the focus must be on the “actual impact” of the law in its full context (P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at p. 469).

[204] Each benefit program will have its advantages and drawbacks. While members who take LWOP must pay the employer contribution for any pension benefits they buy back, the employer makes contributions for job-sharers for each hour they work. While members who take LWOP receive no pay, job-sharers receive income for the hours they work. The option to buy back pensionable service is an attractive feature of the LWOP package, and it is understandable that members in the job-sharing program might want it. But on the whole, the record does not suggest that the LWOP package confers improved financial security or pension benefits when taking into account the job-sharing program as well as continuous full-time employment. Nor does it suggest that the lines drawn are inappropriate, having regard to all the circumstances.

[205] Offering pension benefits that are prorated to hours worked is not substantive discrimination, and it does not become substantive discrimination because members who take LWOP have the right to buy back hours of pension benefits. As a result,

convient pas de ne retenir que certains éléments de ces programmes et de les comparer de façon isolée, à la recherche d’une parité absolue pour chaque élément (*Withler*, par. 73, 76 et 79). Dans le cadre de l’analyse contextuelle, on doit plutôt tenir compte des programmes dans leur ensemble et « s’interroge[r] sur l’opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n’est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs » (par. 67). En d’autres termes, l’accent doit être mis sur [TRADUCTION] « [l’]effet réel » de la loi à la lumière de tout son contexte (P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5^e éd. 2017), p. 469).

[204] Chaque programme de prestations comporte des avantages et des inconvénients. Alors que les membres qui prennent des congés non payés doivent verser la cotisation de l’employeur pour les prestations de pension qu’ils rachètent, l’employeur verse des cotisations pour les employés qui partagent un poste pour chaque heure de travail qu’ils effectuent. Bien que les membres qui prennent des congés non payés ne reçoivent aucun salaire, les employés qui partagent un poste touchent un revenu pour les heures qu’ils travaillent. La faculté de racheter du service ouvrant droit à pension est une caractéristique attrayante du régime de congés non payés, et on peut comprendre le désir des membres qui participent au programme de partage de poste de s’en prévaloir. Mais dans l’ensemble, le dossier ne donne pas à penser que le régime de congés non payés procure une plus grande sécurité financière ou des prestations de pension plus avantageuses lorsqu’on tient compte du programme de partage de poste ainsi que de l’emploi à temps plein exercé sans interruption. Il ne permet pas non plus de penser que les limites tracées sont injustifiées, compte tenu de l’ensemble des circonstances.

[205] Le fait d’offrir des prestations de pension qui sont calculées au prorata des heures travaillées ne constitue pas une discrimination réelle, et il ne devient pas une discrimination réelle parce que les membres qui prennent des congés non payés ont le

s. 15(1) of the *Charter* is not infringed, and there is no need to consider s. 1.

C. *Practical Implications*

[206] While the foregoing is sufficient to dispose of the matter, we wish to highlight the practical implications of our colleague's reasons for judgment.

[207] Governments must be afforded the latitude to act incrementally when addressing a deeply ingrained, complex and persistent social phenomenon such as inequality. (This assumes that the inequality arises from factors in society; where the government itself has created the inequality, matters are, as we have already indicated, somewhat different.) There are processes by which a government must set its priorities, allocate its budget, and obtain parliamentary approval of its programs. In designing legislation to address a particular equality issue, a government can draw on far more internal and external expertise than we judges can. As a result, it is better positioned than we are to appreciate the consequences of a particular course of law-making, both upon society and upon public resources. With these practical realities in mind, we must also recognize that, were a government expected to remove all inequalities for all groups on every occasion it acted, it may be disinclined to act, given that any remedial scheme will inevitably be under-inclusive in some respect. Governments would, understandably, become "reluctant to create any new [remedial] benefit schemes because their limits would depend on an accurate prediction of the outcome of court proceedings under s. 15(1) of the *Charter*" (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 104, per Sopinka J.).

[208] To avoid this chilling effect, and to encourage governments to enact remedial legislation addressing pre-existing disadvantage, this Court has

droit de racheter des périodes ouvrant droit à des prestations de pension. Il n'y a donc pas violation du par. 15(1) de la *Charte* et il n'est pas nécessaire de se pencher sur l'article premier.

C. *Conséquences pratiques*

[206] Bien que ce qui précède soit suffisant pour trancher l'affaire, nous tenons à signaler les conséquences pratiques des motifs de jugement de notre collègue.

[207] Les gouvernements doivent avoir la latitude nécessaire pour intervenir de manière graduelle quand ils s'attaquent à un phénomène social profondément ancré, complexe et persistant tel l'inégalité (ceci suppose que l'inégalité tire son origine de facteurs sociaux; lorsque l'inégalité est le fait de l'État lui-même, la situation est, comme nous l'avons déjà vu, quelque peu différente). Il existe des processus que l'État doit respecter pour fixer ses priorités, allouer son budget et faire approuver ses programmes par le Parlement. Lorsqu'il élabore une loi pour s'attaquer à un enjeu précis d'égalité, le gouvernement peut faire appel à bien plus d'experts internes et externes que nous, les juges, ne pouvons le faire. Il est donc mieux placé que nous pour comprendre les conséquences des choix législatifs, tant sur la société que sur les ressources publiques. En gardant à l'esprit ces réalités pratiques, nous devons également reconnaître que, si un gouvernement est censé supprimer toutes les inégalités pour tous les groupes à chaque fois qu'il prend une mesure, il pourrait hésiter à intervenir, étant donné que toutes les mesures réparatrices qu'il prend seront sous un rapport ou un autre trop limitatives. Comme on peut le comprendre, les gouvernements pourraient « hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1) de la *Charte* » (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 104, le juge Sopinka).

[208] Pour éviter cet effet dissuasif et pour inciter les gouvernements à adopter des lois réparatrices qui s'attaquent aux désavantages historiques, notre

(until now) judiciously accepted that governments may implement reforms “one step at a time, [and] address[s] [the reforms] to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind” (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772, quoting *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), at p. 489). The focal point in assessing remedial legislation is *not* to ask whether the government has met “the gold standard” (*Auton*, at para. 62; see also paras. 59-61), but to recognize that government

should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. It must be given reasonable leeway to deal with problems one step at a time, to balance possible inequalities under the law against other inequalities resulting from the adoption of a course of action, and to take account of the difficulties, whether social, economic or budgetary, that would arise if it attempted to deal with social and economic problems in their entirety, assuming such problems can ever be perceived in their entirety. [Emphasis added.]

(*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 317, per La Forest J.; see also pp. 318-19; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 727, per La Forest J., concurring; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 41.)

[209] At the risk of repeating ourselves, we stress that, as recently as two years ago in *Alliance*, the Court affirmed this commitment to judicial restraint by permitting the government to address pre-existing disadvantage incrementally (para. 42). And it also bears repeating that *Alliance* stated that, first, there is no freestanding positive obligation to remedy social inequities, and secondly, that the state is entitled to act incrementally to address such inequities.

Cour a (jusqu’à maintenant) judicieusement accepté que les gouvernements peuvent mettre en œuvre des réformes « étape par étape, en ne s’attaquant qu’à la phase du problème que le législateur estime la plus critique » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772, citant *Williamson c. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), p. 489). Lorsqu’on examine une loi réparatrice, la question essentielle *ne* consiste *pas* à se demander si le gouvernement a respecté « la norme de qualité » (*Auton*, par. 62; voir aussi par. 59-61), mais à reconnaître que le gouvernement

ne peut être tenu de traiter tous les aspects d’un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape, pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l’adoption d’une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu’elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s’il tentait de traiter des problèmes socio-économiques dans leur ensemble, en supposant qu’il soit possible de les saisir dans leur ensemble. [Nous soulignons.]

(*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 317, le juge La Forest; voir aussi p. 318-319; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 727, le juge La Forest, opinion concordante; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 41.)

[209] Au risque de nous répéter, nous tenons à souligner qu’il y a à peine deux ans, la Cour confirmait, dans l’arrêt *Alliance*, son engagement à faire preuve de retenue judiciaire en permettant à l’État d’agir graduellement pour s’attaquer aux inégalités (par. 42). Et il vaut aussi la peine de rappeler que, dans l’arrêt *Alliance*, notre Cour a déclaré, tout d’abord qu’il n’y a pas d’obligation positive distincte de corriger des inégalités sociales et, en second lieu, qu’il est loisible à l’État d’agir de manière graduelle pour s’attaquer à ces inégalités.

[210] That is precisely what the impugned provisions of the Plan represent: an example of a government acting incrementally to address inequities that exist in society, when it has no obligation to do so, using provisions that do not in themselves have a discriminatory impact. Like our colleague, we note that both the LWOP buy-back provisions and job-sharing option are ameliorative (para. 126). Under this Court's statement of the law in *Alliance*, these provisions should be upheld.

[211] Our colleague disagrees. Under her approach legislation must not simply be favourable or beneficial, but *sufficiently* so to achieve substantive equality: s. 15(1) is breached because the Plan, though part of a remedial scheme, *perpetuates* (that is, *fails to remove*) economic disadvantage for women (para. 113). In other words, the Plan is *insufficiently* remedial.

[212] The practical effect of this decision is to abandon the foundational principles so recently affirmed in *Alliance* and to discourage governments from offering ameliorative programs (or, as in this case, employment options to its employees) in the future. This is because our colleague has, in effect, imposed a positive obligation on legislatures, where they attempt merely to *ameliorate* the effects of inequality, to *eradicate* those effects altogether. Such an obligation exceeds the ambit this Court has given s. 15(1), which, unlike certain other provisions of the *Charter* that appear to compel government action (e.g. ss. 3, 14, 20 and 23), “does not impose upon governments the obligation to take positive actions to remedy the symptoms of systemic inequality” (*Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at para. 38, per L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this point; see also *Auton*, at paras. 2 and 41; *Alliance*, at para. 42; *Centrale*, at para. 33; *Andrews*, at pp. 163, 171 and 175; *McKinney*, at

[210] C'est précisément ce que représentent les dispositions contestées du régime : un exemple d'un gouvernement qui agit de manière progressive pour s'attaquer aux inégalités qui existent au sein de la société, alors qu'il n'a aucune obligation de le faire, en utilisant des dispositions qui n'ont pas en elles-mêmes un effet discriminatoire. À l'instar de notre collègue, nous constatons que les dispositions de rachat de congés non payés et l'option de partage de poste sont des mesures qui visent à améliorer la situation des employés qui s'en prévalent (par. 126). Selon l'énoncé du droit que notre Cour a fait dans l'arrêt *Alliance*, ces dispositions doivent être déclarées valides.

[211] Notre collègue voit les choses différemment. Selon son approche, il ne suffit pas que la loi soit simplement favorable ou bénéfique : elle doit l'être *suffisamment* pour atteindre l'égalité réelle. Il y a violation du par. 15(1) parce que, même s'il s'inscrit dans le cadre d'une série de mesures réparatrices, le régime *perpétue* (c'est-à-dire *ne supprime pas*) le désavantage économique que subissent les femmes (par. 113). En d'autres termes, le régime *n'est pas suffisamment* réparateur.

[212] Cette décision a concrètement pour effet d'abandonner les principes fondamentaux qui ont si récemment été confirmés dans l'arrêt *Alliance* et de dissuader les gouvernements d'offrir à l'avenir des programmes destinés à améliorer une situation (ou, comme c'est le cas en l'espèce, d'offrir des options d'emploi à leurs employés). Cette conséquence s'explique par le fait que notre collègue oblige en réalité le législateur qui cherche simplement à *atténuer* les effets d'une inégalité à prendre des mesures positives pour *supprimer* complètement les effets en question. Pareille obligation va au-delà de la portée que notre Cour a donnée au par. 15(1), lequel, contrairement à certaines autres dispositions de la *Charte* qui semblent contraindre le gouvernement à agir (p. ex., art. 3, 14, 20 et 23), « n'impose pas au gouvernement l'obligation de prendre des mesures positives pour remédier aux symptômes de l'inégalité systémique » (*Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, par. 38, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, mais non sur ce

p. 318; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950, at paras. 90-92).

[213] Requiring that legislation be *sufficiently* remedial not only changes the scope of s. 15(1), but also pulls courts outside their institutional competence. The judiciary is ill-equipped to grapple with the public policy and budgetary complexities in legislating benefit plans. “[A]dvancing the cause of human rights . . . invites a measure of deference for legislative choice” (*McKinney*, at p. 318). This is because only legislatures have the institutional capacity to conduct the research and study necessary to assess how, and at what pace, its resources should be applied to most effectively address a particular pre-existing equality issue (and ultimately, to oversee that implementation). Courts are not well placed to define the nature and scope of an obligation to enact *sufficiently* remedial legislation (*Ferrel v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.), at p. 113).

[214] Consider this Plan, for example. In light of our colleague’s decision, what is to stop an RCMP employee from working full-time for a very short time before entering a job-sharing agreement? That employee would apparently be permitted to buy back *full-time* pension benefits, whereas the employee who entered the force as a part-time member, and has since remained part-time, will not. Relatedly, what does it mean for employees to “temporarily reduce” their hours? What if an employee entered a job-sharing agreement to care for her children, but did not return to full-time work once her children became adults? Of course, we do not know these things, and we cannot know them. Nor are we expected to know them, or even anticipate them. But for that same reason, we *are* expected to keep to the limits of our institutional competencies, and not

point; voir également *Auton*, par. 2 et 41; *Alliance*, par. 42; *Centrale*, par. 33; *Andrews*, p. 163, 171 et 175; *McKinney*, p. 318; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 90-92).

[213] Le fait d’exiger que la loi soit *suffisamment* réparatrice modifie non seulement la portée du par. 15(1), mais entraîne aussi les tribunaux en dehors du cadre de leurs compétences institutionnelles. Les juges ne disposent pas des outils nécessaires pour faire face à des complexités politiques et budgétaires lorsqu’il s’agit de légiférer en matière de régime de prestations. « La tâche de [. . .] promouvoir la cause des droits de la personne [. . .] incite à faire preuve d’une certaine retenue à l’égard du choix du législateur » (*McKinney*, p. 318). Il en est ainsi parce que seul le législateur est en mesure, sur le plan institutionnel, de mener les études et les recherches nécessaires pour déterminer comment, et à quel rythme, ses ressources devraient être mises en œuvre pour s’attaquer le plus efficacement possible à un problème particulier d’inégalité historique (et, en fin de compte, pour surveiller cette mise en œuvre). Les tribunaux sont mal placés pour déterminer la nature et la portée de l’obligation d’adopter une loi *suffisamment* réparatrice (*Ferrel c. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.), p. 113).

[214] Prenons l’exemple du présent régime. À la lumière de la décision de notre collègue, qu’est-ce qui empêche un employé de la GRC de travailler à temps plein pendant une très courte période avant de conclure une entente de partage de poste? Cet employé serait apparemment autorisé à racheter des droits à pension en tant qu’employé à *temps plein*, alors que l’employé qui a été recruté au sein de la Gendarmerie comme membre à temps partiel et qui a depuis continué à travailler à temps partiel se verrait refuser cette possibilité. Dans le même ordre d’idées, qu’en est-il des employés qui « réduisent temporairement » leurs heures de travail? Que se passe-t-il si une employée a conclu une entente de partage de poste pour pouvoir s’occuper de ses enfants, mais ne reprend pas le travail à temps plein une fois ses enfants devenus adultes? Bien entendu, nous l’ignorons

fiddle with the complex mechanics of legislative schemes like the Plan.

[215] In the case at bar, any disadvantage the appellants face is caused not by the impugned provisions or any government action, but by the unequal division of household and family responsibilities and social circumstances such as the availability of quality childcare. The solution to addressing these underlying matters, which exist outside of the Plan and the purview of courts, is surely not to strike down remedial legislation. In our colleague’s view, however, these true causes of the disadvantage are “entirely irrelevant” (para. 71). She allows for judicial intervention whenever a court is able to identify in the case before it a related social circumstance it wishes to address. Courts are now empowered to engage in “transformation” of the law if they simply believe that “institutions and relations must be changed” (para. 36, citing *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at para. 41, quoting S. Day and G. Brodsky, “The Duty to Accommodate: Who Will Benefit?” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433, at p. 462). Respectfully, we say that this is not our role.

[216] A related and final point on the practical implications of our colleague’s decision. For 30 years, this Court has struggled to define the term “substantive equality.” An intelligible and principled definition continues to be elusive. Indeed, this case illustrates the difficulties posed by the slippery quality of “substantive equality” — the core value of our colleague’s decision (at paras. 47-48) — and its constant shifting in this Court’s jurisprudence.

et nous ne sommes pas en mesure de le savoir. Nous ne sommes pas non plus censés être au courant de ces situations, ni même de les prévoir. Mais, pour la même raison, on *attend* de nous que nous respections le cadre de nos compétences institutionnelles et que nous évitions de jongler avec la mécanique complexe que représente un cadre législatif comme le présent régime.

[215] Dans le cas qui nous occupe, les désavantages que subissent les appelantes ne sont pas causés par les dispositions contestées ou par une quelconque mesure gouvernementale, mais par la répartition inégale des responsabilités domestiques et familiales et par des facteurs sociaux comme l’accès à des garderies de qualité. La solution à ces problèmes sous-jacents, qui débordent le cadre du régime et qui échappent à la compétence des tribunaux, ne consiste certainement pas à invalider une loi réparatrice. Toutefois, de l’avis de notre collègue, il n’est « absolument pas pertinent » de s’interroger sur les véritables causes de ces désavantages (par. 71). Selon elle, les tribunaux peuvent intervenir chaque fois qu’ils sont en mesure d’identifier dans l’affaire dont ils sont saisis une situation sociale connexe à laquelle ils souhaitent s’attaquer. Il est désormais loisible aux tribunaux de participer à la « transformation » de la loi s’ils estiment simplement que « les institutions et les rapports doivent être modifiés » (par. 36, citant *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 41, citant S. Day et G. Brodsky, « The Duty to Accommodate : Who Will Benefit? » (1996), 75 *R. du B. can.* 433, p. 462). À notre humble avis, ce n’est pas notre rôle.

[216] Un dernier point connexe sur les conséquences pratiques de la décision de notre collègue. Pendant une trentaine d’années, notre Cour a eu du mal à définir l’expression « égalité réelle ». Une définition intelligible fondée sur des principes demeure hors d’atteinte. La présente affaire illustre d’ailleurs les difficultés que pose le caractère ambigu de la notion d’« égalité réelle » — sur laquelle repose essentiellement la décision de notre collègue (par. 47-48) — et le flottement constant dont elle fait l’objet dans la jurisprudence de notre Cour.

[217] While the Court has stated that substantive equality is *not* formal equality (*Withler*, at paras. 2 and 39; *Kapp*, at para. 15; *Centrale*, at para. 25; *Hodge*, at para. 25), it has said little to address what substantive equality *is*. Scant guidance has been offered beyond describing substantive equality as the “animating norm,” “goal,” “approach,” “engine,” and now the “philosophical premise” of s. 15(1) (*Withler*, at para. 2; *Cunningham*, at para. 38; *Alliance*, at para. 25; *Centrale*, at para. 25; *Taypotat*, at para. 17; majority reasons, at paras. 40, 42 and 48). Metaphor and ascription has prevailed over actual definition. Commentators have taken notice:

It is . . . essential [for this Court] to frame a conceptually rigorous understanding of substantive equality as it operates in Canadian equality jurisprudence.

...

. . . there has been no comparable agreement on substantive equality as a state of affairs, *i.e.*, what a situation in which the ideal is instantiated through law would look like, as opposed to the ideal’s methodological dimension. Nor has substantive equality been given a positive definition by the Court. Rather, it has been defined negatively as an approach to section 15(1) contrasting with a formal equality approach. [Emphasis added.]

(A. R. Sangiuliano, “Substantive Equality As Equal Recognition: A New Theory of Section 15 of the Charter” (2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 601, at pp. 606-8)

Others have gone further, for example, noting that despite the efforts of “[m]any scholars . . . to flesh out the precise requirements of substantive equality,” this Court’s elaboration of same has been “sketchy and occasionally contradictory” (J. Eisen, “Grounding Equality in Social Relations: Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory” (2017), 42 *Queen’s L.J.* 41, at pp. 60-61).

[217] Bien que notre Cour ait affirmé que l’égalité réelle n’est *pas* synonyme d’égalité formelle (*Withler*, par. 2 et 39; *Kapp*, par. 15; *Centrale*, par. 25; *Hodge*, par. 25), elle s’est fort peu attardée à préciser *en quoi consistait* l’égalité réelle. Elle a donné peu d’indications à ce sujet, se contentant de qualifier l’égalité réelle de « norme fondamentale », de « but », d’« approche », de « moteur » et, plus récemment, de « prémisse philosophique » du par. 15(1) (*Withler*, par. 2; *Cunningham*, par. 38; *Alliance*, par. 25; *Centrale*, par. 25; *Taypotat*, par. 17; motifs des juges majoritaires, par. 40, 42 et 48). La Cour n’a pas proposé de véritable définition, recourant plutôt à des métaphores ou à des analogies, ce que les commentateurs n’ont pas manqué de relever :

[TRADUCTION] Il est essentiel [que la Cour] formule une conception conceptuellement rigoureuse de la notion d’égalité réelle au sens où on l’entend dans la jurisprudence canadienne en matière d’égalité.

...

. . . il n’existe pas non plus de consensus sur la signification de l’égalité réelle dans des cas concrets, *c.-à-d.* sur ce à quoi ressemblerait la situation dans laquelle l’idéal visé se matérialiserait par une loi, par opposition à la dimension méthodologique du même idéal. L’égalité réelle n’a pas non plus fait l’objet d’une définition positive de la part de la Cour, qui l’a plutôt définie négativement en la présentant comme une façon d’aborder le paragraphe 15(1) qui contraste avec celle employée pour analyser l’égalité formelle. [Nous soulignons.]

(A. R. Sangiuliano, « Substantive Equality As Equal Recognition : A New Theory of Section 15 of the Charter » (2015), 52 *Osgoode Hall L.J.* 601, p. 606-608)

D’autres sont allés plus loin, par exemple en faisant remarquer qu’en dépit des efforts déployés par [TRADUCTION] « [d]e nombreux universitaires [. . .] pour étoffer les exigences précises de l’égalité réelle », les formules proposées par notre Cour pour les énoncer se sont avérées « vagues et parfois contradictoires » (J. Eisen, « Grounding Equality in Social Relations : Suspect Classification, Analogous Grounds and Relational Theory » (2017), 42 *Queen’s L.J.* 41, p. 60-61).

[218] To be clear, we do not seek to overturn the jurisprudence that our colleague recounts in her reasons. Rather, we aim to give effect to it. Our disagreement is about the *meaning and requirements of* substantive equality: we view her approach as lacking in the clarity and guidance necessary to give effect properly to the *Charter's* purposes, notably with regard to legislation that is fundamentally *ameliorative*. It is for this reason that we highlight the lack of a substantive definition surrounding the norm of “substantive equality” in this Court’s jurisprudence. The concept has not been defined in a manner that renders s. 15 rights, or even the criteria by which they are adjudicated, knowable in advance by claimants and the state, or applicable with any consistency by courts.

[219] This lack of definition *ex ante* is antithetical to any notion of judicial restraint. Where a legal test lacks defined bounds, courts applying it exercise truly arbitrary powers of review. And that is the point at which we have arrived with “substantive equality”. It has become an unbounded, rhetorical vehicle by which the judiciary’s policy preferences and personal ideologies are imposed piecemeal upon individual cases. Consider our colleague’s approach here: legislation that is ameliorative in both intent and effect is judicially reconfigured because it is *not ameliorative enough*, or more precisely, *not ameliorative in ways our colleague would prefer*. It is also a prime example of how the goalposts of “substantive equality” are constantly on the move, evidenced most clearly by our colleague’s abandonment of the prudent guidance in *Alliance*, at para. 42, regarding incremental measures to alleviate systemic inequality. Indeed, her approach in this case lends support to Professor Young’s damning criticism that substantive equality is “an unelaborated, cryptic guidepost pointing to the equality outcome the author prefers” (M. Young, “Unequal to the Task: ‘Kapp’ing the Substantive Potential of Section 15” (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183, at p. 185). Justice Oliver Wendell Holmes’s observation, made in *Baldwin v. Missouri*, 281 U.S.

[218] Soyons clairs : nous ne cherchons pas à infirmer la jurisprudence citée par notre collègue dans ses motifs. Nous cherchons plutôt à lui donner effet. Notre divergence d’opinions porte sur *la signification et les exigences* de l’égalité réelle : nous ne trouvons pas dans l’approche de notre collègue la clarté et les balises nécessaires pour bien donner effet aux objectifs de la *Charte*, notamment en ce qui concerne les lois qui visent essentiellement à *améliorer* une situation. C’est pour cette raison que nous signalons l’absence de véritable définition de la norme de « l’égalité réelle » dans la jurisprudence de notre Cour. Ce concept n’a pas été défini de manière à ce que les droits garantis à l’art. 15, ou même les critères qui sont appliqués pour juger ces droits, puissent être connus à l’avance par les demandeurs ou être appliqués avec une certaine cohérence par les tribunaux.

[219] Cette absence de définition *ex ante* est l’antithèse de toute notion de retenue judiciaire. Lorsqu’un critère juridique n’a pas été clairement circonscrit, les tribunaux qui l’appliquent exercent un pouvoir de contrôle véritablement arbitraire. Et c’est la situation dans laquelle nous retrouvons dans le cas de « l’égalité réelle », qui est devenue un concept théorique approximatif auquel les tribunaux recourent pour imposer au cas par cas dans les affaires dont ils sont saisis leurs préférences en matière de principes et leur idéologie personnelle. Prenons l’exemple de l’approche suivie par notre collègue en l’espèce : elle reconfigure par voie judiciaire une loi qui vise tant de par son esprit que de par ses effets à améliorer une situation en affirmant que cette loi *n’améliore pas suffisamment* la situation, plus précisément qu’elle *ne l’améliore pas de la façon que notre collègue privilégierait*. C’est aussi un excellent exemple des fluctuations constantes dont font l’objet les paramètres de « l’égalité réelle », comme en fait foi de façon fort éloquente l’abandon par notre collègue des sages indications proposées par la Cour dans l’arrêt *Alliance*, au par. 42, en ce qui concerne les mesures graduelles visant à atténuer l’inégalité systémique. L’approche que notre collègue adopte en l’espèce ne fait en réalité que donner du poids à la critique

586 (1930), at p. 595, regarding the U.S. doctrine of substantive due process, is also apposite:

As the decisions now stand, I see hardly any limit but the sky to the invalidating of those rights if they happen to strike a majority of this Court as for any reason undesirable. I cannot believe that the [Fourteenth] Amendment was intended to give us *carte blanche* to embody our economic or moral beliefs in its prohibitions. Yet I can think of no narrower reason that seems to me to justify the present and the earlier decisions to which I have referred.

[220] The result of all this is corrosive of the rule of law. Our colleague wonders aloud what our definition of the rule of law is (para. 135). We share the views of jurists such as Lord Bingham and Sharpe J.A.: the concept of the rule of law has interlocking components (see T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at pp. 160-70; R. J. Sharpe, *Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), at pp. 122-24). One is pertinent here: Canadians should be governed by rules, stated and knowable in advance, that enable them to guide their conduct. As Sharpe J.A. writes:

. . . the [Supreme] [C]ourt has insisted that there must be an intelligible standard, capable of providing “an adequate basis for legal debate . . . as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria”.

In *Irwin Toy* . . . the majority wrote that . . . “[w]here there is no intelligible standard” and where the

très sévère formulée par la professeure Young, pour qui l’égalité réelle est [TRADUCTION] « une balise floue et sibylline qui révèle la solution que préconise l’auteur pour résoudre un problème d’inégalité » (M. Young, « Unequal to the Task : “Kapp”ing the Substantive Potential of Section 15 » (2010), 50 *S.C.L.R.* (2d) 183, p. 185). Les propos tenus par le juge Oliver Wendell Holmes dans le jugement *Baldwin c. Missouri*, 281 U.S. 586 (1930), p. 595, au sujet de la doctrine américaine des droits substantiels inclus dans la garantie d’application régulière de la loi, sont également pertinents :

[TRADUCTION] Dans l’état actuel de la jurisprudence, il ne semble exister à mon avis aucune limite au pouvoir de notre Cour d’invalider de tels droits si, pour une raison ou pour une autre, la majorité des juges de notre Cour les considère indésirables. Il me paraît inconcevable que le [quatorzième] Amendement ait été conçu de manière à nous donner carte blanche pour exprimer nos convictions économiques ou morales. Pourtant, je ne vois aucune autre explication pour justifier la présente décision ou les décisions antérieures que j’ai citées.

[220] Tout cela a un effet corrosif sur la primauté du droit. Notre collègue s’interroge sur ce que nous entendons par primauté du droit (par. 135). Nous partageons l’opinion de juristes tels que lord Bingham et le juge Sharpe, pour qui la primauté du droit est composée d’éléments interdépendants (voir T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 160-170; R. J. Sharpe, *Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 122-124). L’un de ces éléments est pertinent en l’espèce : les justiciables canadiens devraient être régis par des règles énoncées et connues d’avance qui leur permettent de guider leur conduite. Comme l’écrit le juge Sharpe :

[TRADUCTION] . . . la Cour [suprême] a insisté pour dire qu’il doit exister une norme intelligible susceptible de constituer « un fondement adéquat pour un débat judiciaire . . . quant à [la] signification [de cette règle], à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques ».

Dans l’arrêt *Irwin Toy* [. . .] les juges majoritaires écrivent que : « s’il n’existe aucune norme intelligible » et

decision-maker has been “given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances,” the essential minimum requirements of the rule of law are not met.

(p. 123, quoting *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 639; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 983.)

[221] Our colleague’s appeal to *stare decisis*, we say with respect, therefore misses the point. The issue is not whether this Court’s s. 15 jurisprudence should be “respected” (para. 135). The issue, rather, is whether that jurisprudence *as she has interpreted it* states a standard that is practically knowable and reasonably predictable as to results. In our view, the concept of “substantive equality” has become so vague that it is impossible for claimants or legislatures to anticipate its demands in advance. Legislatures are, in effect, expected to hit a moving target, as “the Court continues to revise its analytical approach to section 15(1) without ever overruling or even really disapproving of its earlier judgments on the aspects of those judgments that have now been reversed” (J. Koshan and J. Watson Hamilton, “Meaningless Mantra: Substantive Equality after *Withler*” (2011), 16 *Rev. Const. Stud.* 31, at p. 61). This “revisionist approach” — the constant moving of the goal posts of “substantive equality” to suit judicial preference — “will undoubtedly continue to cause further confusion” (p. 61).

[222] This suggests another, less normative, but more practical concern: if the demands of substantive equality could be predicted, governments might actually be able to comply with them. Instead,

[i]n the view of many commentators, the equality jurisprudence, despite the Court’s self-identified efforts to establish clear interpretations, has been muddled and inconsistent . . . Put simply, it lacks the coherence to offer

si le décideur s’est vu conférer « le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas », les exigences minimales de la primauté du droit ne sont pas respectées.

(p. 123, citant *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 639; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 983.)

[221] Nous estimons, en toute déférence, que notre collègue passe à côté de la question en faisant appel au principe de l’autorité de la chose jugée. Il ne s’agit pas de savoir si la jurisprudence de notre Cour sur l’art. 15 devrait être « respect[e] » (par. 135). Il s’agit plutôt de savoir si la jurisprudence, *telle que notre collègue l’interprète*, énonce une norme que l’on peut connaître concrètement et dont l’application est raisonnablement prévisible. À notre avis, le concept d’« égalité réelle » est devenu flou à tel point qu’il est impossible pour les demandeurs et pour le législateur de connaître à l’avance ses exigences. On attend en effet du législateur qu’il applique un concept qui évolue constamment, alors que [TRADUCTION] « la Cour continue de revoir son cadre analytique du par. 15 (1) sans jamais infirmer ni même vraiment critiquer les aspects de ses arrêts antérieurs qui ont depuis été écartés » (J. Koshan et J. Watson Hamilton, « Meaningless Mantra : Substantive Equality after *Withler* » (2011), 16 *R. études const.* 31, p. 61). Cette [TRADUCTION] « approche révisionniste » — c’est-à-dire les fluctuations constantes dont font l’objet les paramètres de « l’égalité réelle » pour s’adapter aux préférences des juges — « ne manquera certainement pas de continuer à créer davantage de confusion » (p. 61).

[222] Toutes ces considérations soulèvent un autre problème, moins normatif, mais plus pratique : si les exigences de l’égalité réelle pouvaient être connues à l’avance, les gouvernements pourraient effectivement s’y conformer. Or,

[TRADUCTION] [d]e l’avis de nombreux commentateurs, la jurisprudence en matière d’égalité est confuse et incohérente, et ce, malgré les efforts que la Cour affirme elle-même avoir déployés pour proposer des interprétations

serious guidance about how to realize substantive equality “on the ground”.

(P. Hughes, “Supreme Court of Canada Equality Jurisprudence and ‘Everyday Life’” (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 245, at pp. 254-55)

In other words, legislatures can comply only with rules they can know well enough to abide by. How can a legislature know what any given court will determine to be *sufficiently* remedial? The immensity of the obligation that our colleague foists upon legislatures and governments — in both its unpredictability and in the amount of resources it requires — is such that none of them can reasonably be expected to bear it. This wholly disregards La Forest J.’s apt admonition in *McKinney* that inequality issues cannot even be fully understood, let alone remedied, all at once.

[223] The failure to properly define the scope of s. 15(1) also has the practical effect of pushing the bulk of the analysis to s. 1 (e.g. majority reasons, at paras. 79-80). As a result, courts are not to engage in a substantive analysis of discrimination (where they have a comparative advantage relative to the legislature), but rather in the evaluation of policy (where they do not) (*Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293, at paras. 190 and 192, per Rowe J., concurring). This fails to attend to the limits inherent in s. 15. By their very nature, “the demands of equality [cannot] be determined without considering the needs and circumstances of persons and groups in addition to the claimant,” including the practical, moral, economic and social underpinnings of the legislation in question (B. W. Miller, “Justification and Rights Limitations”, in G. Huscroft, ed., *Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory* (2010), 93, at p. 106; see also p. 100). Otherwise, we risk allowing “for the intermediate conclusion of a right infringement to trade on the higher prestige

claires. [. . .] En somme, cette jurisprudence n’est pas assez cohérente pour qu’on puisse y déceler des points de repère sérieux sur la manière de parvenir concrètement à l’égalité réelle.

(P. Hughes, « Supreme Court of Canada Equality Jurisprudence and “Everyday Life” » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 245, p. 254-255)

En d’autres termes, le législateur ne peut se conformer qu’aux règles qu’il connaît assez bien pour les respecter. Comment le législateur peut-il savoir qu’un tribunal jugera *suffisamment* réparatrice une loi? L’immensité de la tâche que notre collègue cherche à imposer au législateur et aux gouvernements est telle — à la fois en raison de son imprévisibilité que de l’ampleur des ressources nécessaires — qu’on ne peut raisonnablement s’attendre à ce que le législateur ou les gouvernements l’assument. De plus, cette obligation fait complètement fi de la mise en garde que le juge La Forest a formulée à juste titre dans l’arrêt *McKinney* en affirmant que les problèmes d’inégalité ne peuvent être pleinement compris — et encore moins corrigés — d’un seul coup.

[223] L’absence de définition acceptable de la portée du par. 15(1) a également, sur le plan pratique, pour effet de reléguer l’essentiel de l’analyse à l’étape fondée sur l’article premier (voir, p. ex., les motifs des juges majoritaires, par. 79-80). Il s’ensuit qu’au lieu de se livrer à une analyse de fond de la discrimination (question sur laquelle ils sont avantagés par rapport au législateur), les tribunaux se retrouvent à évaluer des considérations de principe (alors qu’ils ne profitent pas dans ce domaine du même avantage comparatif que le législateur) (*Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 190 et 192, le juge Rowe, opinion concordante). Cette approche ne tient pas compte des limites inhérentes à l’art. 15. De par leur nature même, [TRADUCTION] « les exigences de l’égalité ne peuvent être établies sans tenir compte des besoins et de la situation des personnes et des groupes concernés, en plus du demandeur », notamment des fondements pratiques, moraux, économiques et sociaux de la loi en question (B. W. Miller, « Justification and Rights Limitations », dans G.

and greater strength of a moral right that provides an undefeated reason for action” (at p. 96), watering down the significance of a finding of a s. 15(1) infringement beyond recognition, and requiring the state to justify even its most trivial decisions.

[224] In defining substantive equality, courts must bear in mind two considerations. First, s. 15(1) cannot actually guarantee equality, in its broadest sense, *throughout society*. Systemic disadvantage is just that — *systemic*, being rooted in social attitudes and institutions. This does not mean that systemic discrimination cannot or should not be addressed; rather, it simply means that s. 15(1) is limited in its capacity to do so. Section 15(1) responds only to *state* action, and judicial review of state action is ill-suited to implementing the kind of wide-ranging institutional or policy changes that are necessary to fully address systemic disadvantage. That this is so becomes apparent when one considers that all of the reports cited by our colleague are directed towards *government*, not court, action (e.g. Royal Commission on the Status of Women in Canada, *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada* (1970), at p. vii). Secondly, bringing analytical discipline to s. 15(1) must start by reaffirming that equality is an inherently comparative notion (*Withler*, at paras. 61-67; Koshan and Watson Hamilton, at pp. 45-46). While mirror comparators have proved unworkable, the analysis must be imbued with a measure of comparison in order to avoid what our colleague now endorses: an unbounded, unpredictable search for “inequality”.

Huscroft, dir., *Expounding the Constitution : Essays in Constitutional Theory* (2010), 93, p. 106; voir également p. 100). On risque sinon de permettre « à une conclusion intermédiaire de violation d’un droit de profiter indûment du plus grand prestige et de la plus grande force que comporte un droit moral justifiant incontestablement une intervention » (p. 96), atténuant ainsi la portée de la conclusion de violation du par. 15(1) au point de la dénaturer complètement et obligeant l’État à justifier ses décisions, même les plus insignifiantes.

[224] Pour définir l’égalité réelle, les tribunaux doivent tenir compte de deux facteurs. Premièrement, le par. 15(1) ne peut véritablement garantir l’égalité, au sens le plus large, *à l’échelle de toute la société*. Les désavantages systémiques sont, comme leur nom l’indique, *systémiques*, en ce sens qu’ils sont enracinés dans des attitudes et des institutions sociales. Cela ne signifie pas qu’on ne peut pas ou qu’on ne doit pas s’attaquer à la discrimination systémique, mais simplement que le par. 15(1) ne peut jouer qu’un rôle limité en ce sens. Le paragraphe 15(1) ne vise que les actes de l’État, et le contrôle judiciaire des actes de l’État est mal adapté à la mise en œuvre du type de changement institutionnel ou politique de grande envergure nécessaire pour s’attaquer pleinement à des désavantages systémiques. Cette réalité devient évidente si l’on considère que tous les rapports cités par notre collègue visent des interventions de l’État et non des interventions des tribunaux (p. ex. Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada, *Rapport de la Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada* (1970), p. vii). En second lieu, pour mieux encadrer l’analyse fondée sur le par. 15(1), il convient tout d’abord de réaffirmer que l’égalité est une notion intrinsèquement comparative (*Withler*, par. 61-67; Koshan et Watson Hamilton, p. 45-46). Bien que la comparaison avec des groupes aux caractéristiques identiques se soit avérée impossible, l’analyse doit faire intervenir un certain critère de comparaison pour éviter ce que notre collègue approuve maintenant, c’est-à-dire une recherche tous azimuts d’« inégalités » dont l’issue n’est pas prévisible.

[225] To all this, our colleague suggests (at paras. 133-34) that we — and, by extension, those scholars and judges who have questioned the utility and meaning of the Court’s jurisprudence on “substantive equality” — advance a straw man argument which, at root, is an argument for “formal equality”. But, and again with respect, it is our colleague who marshals a straw man argument. Our reasons apply an approach to substantive equality firmly rooted in this Court’s jurisprudence, including *Alliance*. The conclusion we reach was shared by all four lower-court judges who tried to apply this Court’s jurisprudence to the facts of this case.

[226] Our colleague, on the other hand, casts aside para. 42 of *Alliance* as a useless “stran[d]” (at paras. 132-33) and sidesteps *Withler*’s call for a contextual approach, which notably arose precisely in the circumstances of a pension scheme. In fact, her reasons are entirely devoid of any consideration of the approach to pension schemes necessitated by *Withler*.

[227] Indeed, more telling than what our colleague *does* say in response is what she *does not* say. Notably, she *does not* explain what “substantive equality” means (save by reference to what it is *not* — “formal equality”). She fails to define “substantive equality” in terms that allow its meaning to be understood so that the requirements of s. 15 can be practically knowable and reasonably predictable in advance. Thus loosely defined, substantive equality is almost infinitely malleable, allowing judges to invoke it as rhetorical cover for their own policy preferences in deciding a given case. Such vast and little-bounded discretion does not accord with, but rather departs from, the rule of law.

[225] En réponse à tout cela, notre collègue suggère (par. 133-134) que nous — et, par extension, les universitaires et les juges qui ont mis en doute l’utilité et la signification de la jurisprudence de notre Cour en matière d’« égalité réelle » — appliquons un argument bidon qui, au fond, est un argument en faveur de l’« égalité formelle ». Mais, et là encore en toute déférence pour l’opinion contraire, c’est notre collègue qui avance un argument bidon. Dans les présents motifs, nous appliquons une conception de l’égalité réelle qui est solidement ancrée dans la jurisprudence de notre Cour, y compris dans l’arrêt *Alliance*. La conclusion à laquelle nous parvenons est partagée par les quatre juges des juridictions inférieures qui ont tenté d’appliquer la jurisprudence de notre Cour aux faits de l’espèce.

[226] Notre collègue, en revanche, rejette le par. 42 de l’arrêt *Alliance*, qu’elle considère comme un « point de vue » inutile (par. 132-133) et fait la sourde oreille à l’arrêt *Withler*, qui exige une approche contextuelle, laquelle a justement été appliquée dans une affaire qui portait sur un régime de pension. En fait, les motifs de notre collègue occultent complètement toute prise en compte de l’approche que commande l’arrêt *Withler* en matière de régimes de pension.

[227] En réalité, ce que notre collègue *ne dit pas* en réponse est plus révélateur que ce qu’elle *dit*. En particulier, elle *n’explique pas* ce qu’il faut entendre par « égalité réelle » (sauf pour insister sur ce qu’elle *n’est pas*, en l’occurrence « une égalité formelle »). Elle ne définit pas « l’égalité réelle » en des termes qui permettraient d’en comprendre le sens pour que les exigences de l’art. 15 puissent être concrètement connues d’avance et que leur application soit raisonnablement prévisible. Lorsqu’on la définit de façon aussi vague, l’égalité réelle devient pratiquement malléable à l’infini, ce qui permet aux juges de s’en servir comme prétexte théorique pour justifier leurs préférences personnelles en matière de principes lorsqu’ils statuent sur une affaire donnée. Un pouvoir discrétionnaire aussi vaste et mal encadré ne respecte pas la primauté du droit : au contraire, il va à son encontre.

IV. Conclusion

[228] As we see it, the sole reason the Plan is being judicially reviewed is because Parliament and the government tried to be accommodating in their employment options. If they had not offered pension buy-back rights for members who take LWOP, there would be no basis for judicial intervention at all. The upshot of our colleague's reasoning is that the public is now burdened with new financial obligations, simply because Parliament and the executive dared to address pre-existing inequality incrementally, instead of taking more radical measures to eliminate it. In the future, they may well reason that inaction is the safer route.

[229] Similar issues will undoubtedly arise with any other social welfare legislation or government attempts to remedy systemic disadvantage. By reserving the right to arbitrarily second-guess and undo any legislation that attempts to incrementally address systemic disadvantage, the Court makes it more practically difficult for legislatures and governments to implement policies that promote equality. Put simply, we see restricting the government's ability to incrementally address disadvantage as a peculiar way to promote equality.

[230] We would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[231] Discrimination on the basis of sex is of the most invidious order. Like race, sex is an innate and immutable characteristic, and bears no relevant

IV. Conclusion

[228] À notre avis, la seule raison pour laquelle le régime fait l'objet d'un contrôle judiciaire est que le législateur et le gouvernement se sont efforcés d'être conciliants en offrant diverses options d'emploi. S'ils n'avaient pas offert aux membres qui prennent des congés non payés le droit de racheter des périodes de service ouvrant droit à pension, les tribunaux n'auraient aucune raison d'intervenir. Le raisonnement de notre collègue a pour résultat de mettre à la charge du public de nouvelles obligations financières tout simplement parce que le législateur et l'exécutif ont osé s'attaquer de façon graduelle à une inégalité historique au lieu de prendre des mesures plus draconiennes pour la supprimer. À l'avenir, ils pourraient fort bien estimer que l'inaction est la voie la plus sûre.

[229] Toute autre loi en matière de protection sociale ou toute autre tentative gouvernementale de remédier à un désavantage systémique soulèvera invariablement des questions semblables. En se réservant le droit de remettre en question et de casser arbitrairement toute loi qui vise à corriger de façon graduelle des désavantages systémiques, la Cour fait en sorte qu'il sera plus difficile en réalité pour le législateur et pour les gouvernements de mettre en œuvre des politiques visant à promouvoir l'égalité. Bref, nous estimons que le fait de restreindre la capacité de l'État de s'attaquer de façon graduelle à des désavantages constitue une façon quelque peu particulière de promouvoir l'égalité.

[230] Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[231] La discrimination fondée sur le sexe est une des formes les plus odieuses de différenciation. À l'instar de la race, le sexe est une caractéristique

relationship to capability. Without question, women have faced a prolonged fight for equal treatment under the law, a fight marked by a society where women have historically been disadvantaged and where they continue to be so today: *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.), at para. 16; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464. But that is not the question before this Court. Nor is the question before this Court whether the impugned legislative provisions¹⁶ are irrational, illogical, or even under-inclusive — that a law is not perfect, or even excludes some, does not make it *per se* unconstitutional: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at para. 55; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 168-69. Rather, over the course of three decades, this Court has carefully crafted a test to assess whether a particular form of alleged discrimination is discrimination in fact and runs afoul of the guarantee of equal treatment under the law found in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A crucial element of s. 15(1) of the *Charter* is that it enumerates the grounds of discrimination that fall within its constitutional prohibition. Here, with respect, I cannot agree with my colleagues that the impugned provisions of the pension plan create a distinction on the basis of the enumerated ground of sex. I proceed to elucidate why.

II. Analysis

[232] My colleagues offer a comprehensive overview of this Court’s s. 15(1) jurisprudence, so I do

¹⁶ The provisions on part-time employment in the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. R-11, and the associated *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 1393. Like my colleagues, I will refer to these laws interchangeably throughout these reasons as the “pension plan” or “plan”, or simply refer to the impugned provisions.

innée et immuable qui n’a rien à voir avec les capacités de l’individu. Il ne fait aucun doute que les femmes luttent depuis longtemps pour obtenir l’égalité de traitement devant la loi dans une société où elles ont été historiquement défavorisées et le sont toujours : *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.), par. 16; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464. Mais ceci n’est pas la question qui est soumise à la Cour. La question soumise à la Cour n’est pas non plus de savoir si les dispositions législatives contestées¹⁶ sont irrationnelles, illogiques ou même trop limitatives — le fait qu’une loi ne soit pas parfaite, voire qu’elle exclut certaines catégories de personnes, ne la rend pas en soi inconstitutionnelle : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 55; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 168-169. Au contraire, au cours des trois dernières décennies, notre Cour a soigneusement élaboré un test pour déterminer dans quels cas un type particulier de discrimination alléguée constitue effectivement de la discrimination et va à l’encontre de l’égalité de traitement par la loi que prévoit l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un des aspects essentiels du par. 15(1) de la *Charte* est le fait qu’il énumère les motifs de discrimination qui tombent sous le coup de l’interdiction constitutionnelle qu’il énonce. En l’espèce, je ne peux, avec égards, souscrire à l’opinion de mes collègues suivant laquelle les dispositions contestées du régime de pension créent une distinction fondée sur le motif énuméré du sexe. Je m’explique.

II. Analyse

[232] Mes collègues font un survol exhaustif de la jurisprudence de notre Cour sur le par. 15(1) et je

¹⁶ Les dispositions sur le travail à temps partiel contenues dans la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-11, et le *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, C.R.C., c. 1393, connexe. À l’instar de mes collègues, je les appellerai tous les deux de façon interchangeable le « régime de pension » ou le « régime » ou simplement les dispositions contestées.

not purport to do so here. While there exists clear disagreement between them as to certain elements of doctrine, I understand my colleagues and I to agree on the following: to prove discrimination under s. 15(1), including in cases of adverse effect discrimination, a claimant must (i) show that a law creates an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground, and (ii) show that the law perpetuates, reinforces, or exacerbates pre-existing disadvantage (majority reasons, at paras. 27 and 50; *Brown and Rowe JJ.*'s reasons, at para. 169; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 17; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paras. 30 and 61; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 185; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at para. 22).

[233] Here, I am of the view that there is no need to proceed to the second step of the analysis, as my colleagues do, because no distinction can be made out on the basis of sex under step one.

[234] With the greatest respect, allowing the appeal on the basis of sex *simpliciter* is an attempt to square a circle. The effect of the impugned provisions of the pension plan is to create a distinction not on the basis of being a *woman*, but being a woman *with children*. In other words, a distinction exists not because one is a *woman*, but because one has *caregiving* responsibilities. It is telling that the statistics used by my colleague Abella J. to make her point — setting aside for now the question of their validity and even their appropriate role in a s. 15(1) analysis — are all in reference to women *with children*:

In my respectful view, the use of an RCMP member's temporary reduction in working hours as a basis to impose less favourable pension consequences plainly has

ne le ferai donc pas dans les présents motifs. Bien que mes collègues ne s'entendent manifestement pas sur certains aspects de doctrine, je crois comprendre que mes collègues et moi sommes d'accord sur les points suivants : pour prouver la discrimination au sens du par. 15(1), y compris la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, le demandeur doit démontrer que la disposition contestée : (i) crée une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue; (ii) perpétue, renforce ou accentue un désavantage préexistant (motifs des juges majoritaires, par. 27 et 50; motifs des juges *Brown et Rowe*, par. 169; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 17; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 30 et 61; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 185; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, par. 22).

[233] En l'espèce, contrairement à mes collègues, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de passer à la seconde étape de l'analyse, parce que l'existence d'une distinction fondée sur le sexe ne peut être démontrée à la première étape.

[234] Avec beaucoup d'égards, accueillir le présent pourvoi sur le fondement du sexe en tant que tel revient à tenter de résoudre la quadrature du cercle. Les dispositions contestées du régime de pension ont pour effet de créer une distinction qui n'est pas fondée sur le fait d'être une *femme*, mais sur celui d'être une femme *avec des enfants*. En d'autres termes, la distinction repose non pas sur le fait d'être une *femme*, mais sur le fait de devoir *s'occuper* d'enfants. Il est révélateur que les statistiques citées par ma collègue la juge Abella pour étayer son point de vue — abstraction faite pour l'instant de leur valeur et même du rôle qu'elles doivent jouer dans l'analyse fondée sur le par. 15(1) — se rapportent toutes à des femmes *qui ont des enfants* :

Avec égards, le fait de se baser sur la réduction temporaire des heures de travail d'un membre de la GRC pour imposer des conséquences moins avantageuses en matière

a disproportionate impact on women. The relevant evidence — the results of the system — showed that:

- RCMP members who worked reduced hours in the job-sharing program were predominantly women with young children.
- From 2010-2014, 100 percent of members working reduced hours through job-sharing were women, and most of them cited childcare as their reason for doing so.

...

The data [the Commission of Inquiry into Part-time Work] collected suggested that almost all job-sharing participants were women, and that “[t]he arrival of a new baby was the most common primary reason for initiating job sharing” (pp. 177-78).

The *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984, Rosalie Silberman Abella, comm.) expanded on the link between part-time work and childcare [Emphasis added; paras. 97 and 100-101.]

[235] The notion of women *with children* is inextricable from the evidence presented. It seems to me, then, that caregiving status is the only distinction created by the pension plan. In other words, the distinction in this case exists not on the basis of being a woman, but on the basis of needing to take care of someone: see *Taypotat*, at para. 21 (holding that under step one a claimant must “demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group”) (emphasis added); *contra Centrale*, at para. 28 (finding that step one was satisfied on the basis that “the claimants disproportionately suffer an adverse impact *because they are women*”) (emphasis in original). One does not job-share *because* one is a woman; one job-shares because one needs to take care of someone: Appellants’ Affidavits, A.R., vol. II, at pp. 129 et

de pension a clairement un effet disproportionné sur les femmes. Les éléments de preuve pertinents — les conséquences du système — ont démontré ceci :

- Les membres de la GRC qui ont réduit leurs heures de travail en participant au programme de partage de poste étaient principalement des femmes ayant de jeunes enfants.
- De 2010 à 2014, la totalité des membres ayant réduit leurs heures de travail par le truchement du programme de partage de poste étaient des femmes, et la plupart ont déclaré avoir participé au programme afin de s’occuper de leurs enfants.

...

Les données recueillies par la Commission [d’enquête sur le travail à temps partiel] portaient à croire que la quasi-totalité des participants à ces programmes étaient des femmes et que [TRADUCTION] « l’arrivée d’un nouveau bébé était la raison principale la plus courante pour participer à un programme de partage de poste » (p. 177-178).

Le *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984, Rosalie Silberman Abella, commissaire) a précisé le lien entre le travail à temps partiel et le soin des enfants [Je souligne; par. 97 et 100-101.]

[235] La notion de femmes *ayant des enfants* est indissociable de la preuve présentée. Il me semble donc que la seule distinction que crée le régime de pension concerne la situation des personnes qui s’occupent d’un proche. En d’autres termes, la distinction en l’espèce ne dépend pas du fait d’être une femme, mais de la nécessité de s’occuper de quelqu’un : voir *Taypotat*, par. 21 (dans lequel la Cour a jugé qu’à la première étape, le demandeur doit démontrer « que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue ») (je souligne); *contra Centrale*, par. 28 (dans lequel la Cour a conclu que les exigences de la première étape étaient remplies, étant donné que « les demanderesse subissent un effet préjudiciable disproportionné *parce qu’elles sont des femmes* ») (en italique dans l’original). On ne partage pas un poste avec un autre employé *parce*

seq., and vol. III, at pp. 327-42; 2017 FC 557, at para. 22 and Annex A (CanLII).

[236] Importantly, I wish to draw particular attention to the following illustration. Consider, for instance, same-sex male couples who also have to bear the burden of taking care of their children. Consider further those individuals who bear the burden of taking care of their aging parents or spouse. These individuals, along with women with children, will all be under disproportionate pressure to job-share due to their caregiving responsibilities. Those individuals with no caregiving responsibilities will have no such pressure to job-share. The impugned provisions therefore create a distinction on the basis of caregiving responsibilities, not sex *simpliciter*: *Withler*, at para. 62.

[237] As I see it, it is essential to consider the nature of the claim before this Court. Indeed, the appellants make their claim on behalf of women *with children*, and not simply women — nobody has asserted a claim on behalf of women *without* children. It is critical to the claim, then, that the appellants had caregiving responsibilities in relation to children that made them decide to job-share. This explains why the appellants argued their claim on appeal on the basis of “intersecting” grounds of sex and parental or family status: A.F.; 2018 FCA 223, [2019] 2 F.C.R. 541, at paras. 3 and 42.

[238] However, of crucial importance to the disposition of this appeal is the fact that caregiving, parental, or family status is *not* recognized by this Court as an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter*, nor would I recognize any of them as such here.

*qu’*on est une femme, mais parce qu’*on* doit s’occuper de quelqu’un : affidavits des appelantes, d.a., vol. II, p. 129 et suiv., et vol. III, p. 327-342; 2017 CF 557, par. 22 et annexe A (CanLII).

[236] Particulièrement, je désire attirer l’attention sur les cas de figure qui suivent. Prenons le cas, par exemple, d’un couple composé de deux hommes qui doivent eux aussi assumer la charge de s’occuper de leurs enfants. Ou encore le cas de personnes qui se chargent de veiller sur leurs parents vieillissants ou sur leur conjoint âgé. Ces personnes, de même que les femmes qui ont des enfants, subiront toutes une pression disproportionnée qui les incitera à recourir à la formule du partage de poste en raison de leur responsabilité de s’occuper de quelqu’un. Les personnes qui n’ont pas à prendre soin de quelqu’un ne seront pas exposées à ce type de pression qui les inciterait à partager leur poste avec quelqu’un d’autre. Les dispositions contestées créent donc une distinction fondée, non pas sur le sexe en tant que tel, mais sur leur responsabilité de s’occuper de quelqu’un : *Withler*, par. 62.

[237] À mon sens, il est essentiel de tenir compte de la nature de la demande qui nous est soumise. En effet, les appelantes formulent leur demande au nom des femmes *qui ont des enfants*, et non simplement au nom des femmes en général; d’ailleurs, personne n’a fait valoir une demande au nom de femmes *qui n’ont pas* d’enfants. Le fait que les appelantes avaient la charge de s’occuper de leurs enfants et que les responsabilités qu’elles ont assumées à ce titre les ont incitées à prendre la décision de partager leur poste constitue un aspect essentiel de la demande. C’est la raison pour laquelle les appelantes ont plaidé leurs arguments en appel sur la base des motifs de discrimination « intersectionnels » que sont le sexe et la situation familiale ou l’état parental : m.a.; 2018 CAF 223, [2019] 2 R.C.F. 541, par. 3 et 42.

[238] Cependant — et cet aspect revêt une importance capitale pour trancher le présent pourvoi —, la situation de la personne qui s’occupe d’un proche, de même que l’état parental et la situation familiale *ne* constituent *pas* des motifs analogues qui sont

Indeed, my colleague Abella J. provides compelling reasons not to (at paras. 119-23), as do my colleagues Brown and Rowe JJ. (at para. 183), and I find myself in agreement that it would be inappropriate to do so. Accordingly, in light of the conclusion that any distinction here depends not on sex but on caregiving responsibilities alone and that this Court cannot recognize caregiving, parental, or family status as an analogous ground in this case, the appellants' claim must fail at step one of the s. 15(1) analysis.

[239] Thus, at least doctrinally, this case is relatively straightforward. Lengthy reasons are elicited only by virtue of the attempt to fit the claim under the enumerated ground of sex *simpliciter*. However, it is clear that the distinction created by the pension plan manifests itself not as a result of sex alone, but as a result of a combination of sex with caregiver status. If the majority wishes to allow the appeal, then the more doctrinally sound method would be to either recognize intersecting grounds as the appellants urge, or recognize a new analogous ground.¹⁷ Without doing so, however, this Court has only attempted to square a circle. And, as a result, doctrinal uncertainty seeps into this Court's s. 15(1) jurisprudence and obscures, rather than illuminates, the way forward.

[240] This brings me to my next point — responding to the analytical and doctrinal methodology needed to support the conclusion that the pension plan creates a distinction on the basis of sex alone.

¹⁷ To be clear, I am not endorsing an intersecting grounds approach or the recognition of new analogous grounds; my point is only that, rather than fiddle with existing doctrine under s. 15, it would have been more doctrinally sound (in the sense of adhering to existing doctrine) to reach the result preferred by the majority in this way.

reconnus par notre Cour en vertu du par. 15(1) de la *Charte*, et je ne reconnaîtrais aucun d'eux comme tels en l'espèce. D'ailleurs, ma collègue la juge Abella explique de façon convaincante pourquoi il faut s'en abstenir (par. 119-123), tout comme mes collègues les juges Brown et Rowe (par. 183), et je suis d'accord avec eux qu'il serait malavisé de les reconnaître. Par conséquent, vu la conclusion que toute distinction dépend, en l'espèce, non pas du sexe de l'individu, mais bien uniquement du fait qu'il s'occupe de quelqu'un, et compte tenu du fait que notre Cour ne peut reconnaître la situation de la personne qui s'occupe d'un proche, l'état parental ou la situation familiale comme des motifs analogues dans le cas qui nous occupe, la prétention des appelantes doit être rejetée à la première étape de l'analyse du par. 15(1).

[239] La présente affaire est donc relativement simple, du moins sur le plan de la doctrine. De longs motifs ne s'expliquent que par le fait que l'on tente de faire cadrer la demande avec le motif énuméré du sexe en tant que tel. Il est toutefois évident que la distinction créée par le régime de pension ne découle pas uniquement du sexe, mais d'une combinaison du sexe et du fait de s'occuper de quelqu'un. Si la majorité souhaite faire droit au pourvoi, elle serait mieux avisée, sur le plan des principes, soit de reconnaître les motifs « intersectionnels » que les appelantes l'exhortent à adopter, soit de reconnaître un nouveau motif analogue¹⁷. Comme elle refuse l'un et l'autre, notre Cour a essayé de résoudre la quadrature du cercle, rendant plus incertains les principes relatifs au par. 15(1) développés par notre Cour et plus opaque la voie à suivre, plutôt que de l'éclairer.

[240] J'en viens à mon point suivant, qui consiste à examiner les méthodes analytiques et les principes applicables pour pouvoir conclure que le régime de pension crée une distinction fondée sur le sexe uniquement.

¹⁷ Je tiens à préciser que je ne souscris pas à une approche fondée sur l'existence de motifs intersectionnels ou à la reconnaissance de nouveaux motifs analogues : je veux seulement faire valoir que, plutôt que de jouer avec les principes applicables à l'art. 15 qui existent déjà, il aurait été plus sage — c'est-à-dire davantage conforme aux principes existants — d'utiliser ce moyen pour parvenir au résultat préconisé par la majorité.

[241] First, in order to support the finding that the impugned provisions create a distinction on the basis of *sex* (without recognizing an intersecting or analogous ground of parental, family or caregiving status), my colleague Abella J. says that, in effect, discrimination on the basis of *childcare* is tantamount to discrimination on the basis of *sex* due to their historical association with one another: see paras. 98 et seq. This argument follows the rationale of *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, where the Court recognized that pregnancy-based discrimination necessarily constituted sex-based discrimination. Indeed, my colleague Abella J. posits that evidence about certain groups “will show such a strong association with certain traits — such as pregnancy with gender — that the disproportionate impact on members of that group ‘will be apparent and immediate’”: para. 61, quoting *Taypotat*, at para. 33.

[242] Setting aside for now the doctrinal proposition that disproportionate impact is sufficient to meet step one, I am of the view that there is a meaningful distinction between pregnancy and *sex*, on the one hand, and caregiving status and *sex*, on the other. This case is accordingly unlike *Brooks*. In *Brooks*, the Court held that a corporate insurance plan which denied benefits to employees during pregnancy discriminated on the basis of *sex*. Chief Justice Dickson grounded this conclusion on the fact that pregnancy, by definition, affects only women. Writing for the Court, Dickson C.J. explained that “[w]hile pregnancy-based discrimination only affects part of an identifiable group, it does not affect anyone who is not a member of the group”: p. 1247. The present case is manifestly different. Caregiving status *can* be separated from *sex*. In *Brooks*, an insurance plan that discriminated against pregnant employees *necessarily* discriminated against women. Here, impugned provisions of the pension plan that discriminate against those with caregiving responsibilities do not *necessarily* discriminate against women. In other words, caregiving, unlike pregnancy, is not, *by definition*, associated with *sex*. Rather, same-sex

[241] En premier lieu, pour étayer la conclusion que les dispositions contestées créent une distinction fondée sur le *sexe* (sans pour autant reconnaître l’existence d’un motif intersectionnel ou d’un motif analogue fondé sur l’état parental, la situation familiale ou le fait de s’occuper de quelqu’un), ma collègue la juge Abella affirme en fait que la discrimination fondée sur *le fait de s’occuper d’enfants* équivaut à une discrimination fondée sur le *sexe* en raison des liens historiques qui existent entre les deux : voir para. 98 et suiv. Cet argument reprend le raisonnement suivi dans l’arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, où la Cour a reconnu que la discrimination fondée sur la grossesse constituait nécessairement une discrimination fondée sur le *sexe*. En effet, ma collègue la juge Abella postule que la preuve au sujet de certains groupes « démontreront un lien si puissant avec certains traits — comme celui entre la grossesse et le *sexe* — que l’effet disproportionné sur les membres de ce[s] groupe[s] “sera visible et immédiat” » : par. 61, citant *Taypotat*, par. 33.

[242] Faisant abstraction pour le moment de la proposition doctrinale voulant qu’il suffise de démontrer un effet disproportionné pour franchir la première étape, j’estime qu’il existe une distinction importante entre, d’une part, la grossesse et le *sexe* et, d’autre part, la situation de la personne qui s’occupe de quelqu’un et le *sexe*. La présente espèce se distingue donc de l’affaire *Brooks*. Dans l’arrêt *Brooks*, la Cour a déclaré que le régime d’assurance collective en vertu duquel une entreprise refusait d’accorder des prestations aux employées pendant leur grossesse constituait de la discrimination fondée sur le *sexe*. Le juge en chef Dickson a fondé cette conclusion sur le fait que, par définition, la grossesse ne concerne que les femmes. S’exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Dickson a expliqué que « [q]uoi que la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu’une partie d’un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe » : p. 1247. La présente affaire est de toute évidence différente. La situation de la personne qui s’occupe de quelqu’un *peut* être dissociée de son *sexe*. Dans l’affaire *Brooks*, un régime d’assurance collective discriminatoire envers les femmes enceintes

couples with children and other individuals with caregiving responsibilities will also all be disproportionately affected. The appellants — women with children — are not “denied a benefit that others are granted . . . by reason of a personal characteristic that falls within the enumerated . . . grounds of s. 15(1)”: *Withler*, at para. 62. The impugned provisions create a distinction on the basis of caregiver status, not sex *simpliciter*.

[243] Accordingly, the only remaining way to support the conclusion that the pension plan discriminates against *women* — without recognizing an intersecting or analogous ground or relying on the *Brooks* argument — is to dispose of any requirement of causation, nexus, or tether between the impugned provisions and their effect, and look only to the statistical disparity in results (i.e. women are disproportionately affected). Indeed, my colleague Abella J. takes this doctrinal step and seemingly reduces the step one analysis to a mere search for disproportionate impact evidenced by statistical disparity: she says that “in order for a law to create a distinction based on prohibited grounds through its effects, it must have a disproportionate impact on members of a protected group. If so, the first stage of the s. 15 test will be met” (para. 52 (emphasis added); see also paras. 5, 63, 66-67, 70 and 84). My colleague then expresses “agree[ment]” (at para. 67) with the proposition that statistical disparity “will be sufficient” by itself to demonstrate disproportionate impact (para. 66, quoting *D.H. v. the Czech Republic*, No. 57325/00, ECHR 2007-IV, at para. 188). This doctrinal development warrants significant caution — and not just because

discriminait *nécessairement* les femmes. Dans le cas qui nous occupe, les dispositions contestées discriminant les personnes qui s’occupent de quelqu’un ne sont pas *nécessairement* discriminatoires à l’égard des femmes. En d’autres termes, contrairement à la grossesse, le fait de prendre soin de quelqu’un n’est pas, *par définition*, lié au sexe. Au contraire, les couples de même sexe avec enfants, ainsi que les autres personnes qui s’occupent de quelqu’un seront tous touchés de manière disproportionnée. Les appelantes — des femmes avec des enfants — ne se sont pas vu « refuser un avantage accordé à d’autres [. . .] en raison d’une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré visé par le par. 15(1) » : *Withler*, par. 62. Les dispositions contestées créent une distinction fondée non pas sur le sexe en tant que tel, mais sur le fait de s’occuper d’une autre personne.

[243] Par conséquent, le seul moyen d’appuyer la conclusion suivant laquelle le régime de pension est discriminatoire à l’égard des *femmes* — sans pour autant reconnaître un motif analogue ou intersectionnel ou de s’appuyer sur l’argument tiré de l’arrêt *Brooks* — consiste à faire abstraction de la causalité, du lien ou de l’association nécessaire entre les dispositions contestées et leur effet et à ne tenir compte que des disparités statistiques que ce régime entraîne — c.-à-d. à tenir compte du fait que les femmes sont touchées de manière disproportionnée. Ma collègue la juge Abella franchit d’ailleurs ce pas doctrinal et réduit vraisemblablement l’analyse conduite à la première étape à une simple recherche d’un effet disproportionné démontré par des disparités statistiques : elle affirme que « pour qu’une loi crée par son effet une distinction fondée sur des motifs interdits, elle doit avoir un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé. Si c’est le cas, la première étape de l’analyse relative à l’art. 15 est franchie » (par. 52 (je souligne); voir également par. 5, 63, 66-67, 70 et 84). Ma collègue explique ensuite qu’elle « souscri[t] » (par. 67) à l’idée suivant laquelle une preuve de disparités statistiques

it confounds a necessary condition with a sufficient one.¹⁸

[244] Disproportionate impact *alone* cannot be sufficient to meet step one of the s. 15(1) analysis. In other words, simply pointing to the fact that the majority of job-sharers are presently women with children cannot in itself be sufficient to say that step one has been met. Otherwise, for example, a law that regulates the top one percent of income earners in Canada would proceed past the step one analysis simply by virtue of the fact that the top one percent of income earners in Canada are majority male.¹⁹ Analogously, a law regulating the nursing profession would proceed past the step one analysis simply by virtue of the fact that the nursing profession is majority female.²⁰ Surely, the aforementioned examples are not instances of *prima facie* discrimination, yet they exemplify how, if disproportionate impact alone were sufficient, step one would become a mere rubber stamp in cases of adverse effect discrimination, rather than a step at which “the claimant will have more work to do”, belying the sage guidance from *Withler*: para. 64. Worse yet, if statistical disparities alone were sufficient, the s. 15(1) analysis would, in effect, be replaced with a green light to s. 1, where the burden is reversed and placed on the government. My colleagues may very well consider such a state of affairs to be appropriate or desirable, and I cast no judgment in this regard; however, I simply

« suffi[t] » à établir l’existence d’un effet disproportionné (par. 66, citant *D.H. c. République tchèque*, n° 57325/00, CEDH 2007-IV, par. 188). Ce développement doctrinal appelle la plus grande prudence, et ce, pas seulement parce qu’il confond une condition nécessaire avec une condition suffisante¹⁸.

[244] L’existence d’un effet disproportionné n’est pas à elle seule suffisante pour satisfaire à la première étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1). En d’autres termes, il ne suffit pas, pour satisfaire aux exigences de la première étape de l’analyse, de signaler que la majorité des employés qui recourent à la formule du partage de poste sont, dans l’état actuel des choses, des femmes avec des enfants. Sinon, une loi qui, par exemple, s’appliquerait à la frange des 1 p. 100 des plus hauts salariés au Canada franchirait la première étape simplement parce que cette frange est majoritairement composée d’hommes¹⁹. De même, une loi qui encadrerait la profession infirmière franchirait la première étape de l’analyse du simple fait que le personnel infirmier réglementé est majoritairement composé de femmes²⁰. Certes, les exemples susmentionnés ne constituent pas des exemples de discrimination *prima facie*, mais ils illustrent comment, s’il suffisait de démontrer l’existence d’un effet disproportionné, la première étape se résumerait à une simple formalité dans les cas de discrimination par suite d’un effet préjudiciable, et ne serait plus une étape où « le demandeur [a] une tâche plus lourde », allant ainsi à l’encontre des sages consignes données dans l’arrêt *Withler* : par. 64. Pire encore, si les disparités statistiques étaient à elles seules suffisantes, on passerait directement en réalité

¹⁸ My colleague first says that in order for a law to create a distinction, “it must have a disproportionate impact on members of a protected group” — this is a *necessary* condition: para. 52 (emphasis added). In the very next sentence, however, she says that “[i]f so, the first stage of the s. 15 test will be met” — this also makes it a *sufficient* condition: para. 52 (emphasis added).

¹⁹ From 2013-2017, the top 1 percent of income earners in Canada were 78.0, 78.3, 76.8, 76.1, and 75.8 percent male, respectively: see Statistics Canada, *Table 11-10-0055-01 — High income tax filers in Canada* (online).

²⁰ In 2019, approximately 90 percent of regulated nurses in Canada were female: see Canadian Institute for Health Information, *Nursing in Canada, 2019: A Lens on Supply and Workforce* (2020).

¹⁸ Ma collègue affirme tout d’abord que pour qu’une loi crée par son effet une distinction fondée sur des motifs interdits, « elle doit avoir un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé » — il s’agit d’une condition *nécessaire* : par. 52 (je souligne). Toutefois, dans la phrase suivante, elle explique que « si c’est le cas, la première étape de l’analyse relative à l’art. 15 est franchie », ce qui en fait également une condition *suffisante* : par. 52 (je souligne).

¹⁹ Entre 2013 et 2017, les hommes représentaient respectivement 78, 78,3, 76,8, 76,1 et 75,8 p. 100 de la frange des 1 p. 100 des plus hauts salariés : voir Statistique Canada, *Tableau 11-10-0055-01 — Les déclarants à revenu élevé, au Canada* (en ligne).

²⁰ En 2019, environ 90 p. 100 du personnel infirmier réglementé au Canada était composé de femmes : voir Institut canadien d’information sur la santé, *Le personnel infirmier au Canada, 2019 : un regard sur l’effectif et la main-d’œuvre* (2020).

wish to point out that such a doctrinal development is not currently supported by this Court's jurisprudence — or if it is, then with respect, it requires more justification or clarification.

[245] Relatedly, I express further trepidation over the majority's potential invitation for statistics-based litigation: paras. 58-59, 62-63 and 66-67. In effect, as I see it, parties may now routinely proffer and challenge statistical evidence (my colleague invites claimants to “rely . . . on their own evidence . . . rather than on government reports, academic studies or expert testimony” (at para. 57)), and trial judges must now become arbiters of statistics and their veracity (my colleague says that the “weight given to statistics will depend on, among other things, their quality and methodology” (at para. 59)), thereby bolstering their findings, which are owed deference upon appellate review (and which are findings the judiciary is institutionally ill-equipped to be making (see, e.g., P. Yowell, *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (2018), at pp. 70-71)). The nature of statistics means that they are presented to courts frozen at a point in time, yet in reality, they are constantly shifting — it cannot be that the very same law that is constitutional one day is unconstitutional the next based solely on statistical evidence.

[246] On this point, my colleague Abella J.'s reliance on *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971) is, respectfully, inapposite. She repeatedly cites *Griggs* (see paras. 32-34, 38, 53, 55 and 70-71)

de l'analyse fondée sur le par. 15(1) à l'article premier, lequel article renverse le fardeau de la preuve et l'impose au gouvernement. Il se peut fort bien que mes collègues voient d'un bon œil un tel scénario — et je ne porte aucun jugement à ce sujet; je tiens toutefois simplement à souligner que cette évolution doctrinale ne trouve pour le moment aucun appui dans la jurisprudence de notre Cour et que, dans le cas contraire, elle nécessiterait, à mon humble avis, une meilleure justification ou des éclaircissements supplémentaires.

[245] Dans le même ordre d'idées, j'ai également des réserves relativement à ce qui semble être une invitation de la majorité aux plaideurs de débattre de statistiques : par. 58-59, 62-63 et 66-67. En effet, à mon sens, les parties peuvent désormais systématiquement présenter et contester des preuves statistiques (ma collègue invite les demandeurs à « recourir [. . .] à leurs propres éléments de preuve [. . .] plutôt qu'à des rapports gouvernementaux, études universitaires ou témoignages d'experts » (par. 57)), et les juges de première instance doivent désormais agir comme arbitres pour juger de la valeur et de la véracité des statistiques (ma collègue affirme que « [l]e poids accordé aux statistiques dépendra, entre autres, de la qualité de celles-ci et de la méthode utilisée pour les obtenir » (par. 59)), ce qui renforce par le fait même les conclusions factuelles tirées par les juges, lesquelles commandent la déférence de la part de la juridiction d'appel qui procède à un contrôle (des conclusions que le pouvoir judiciaire est mal outillé sur le plan institutionnel à tirer (voir, p. ex., P. Yowell, *Constitutional Rights and Constitutional Design : Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review* (2018), p. 70-71)). De par leur nature, les statistiques qui sont soumises au tribunal sont figées dans le temps; pourtant, en réalité, elles évoluent sans cesse — une loi ne peut être constitutionnelle un jour et inconstitutionnelle le lendemain sur la seule foi d'une preuve statistique.

[246] Sur ce point, j'estime, en toute déférence, que ma collègue la juge Abella a tort de se fonder sur l'arrêt *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Elle cite à plusieurs reprises l'arrêt *Griggs*

for the proposition that disproportionate impact is sufficient in itself to demonstrate that a law creates an adverse distinction based on a protected ground and thereby satisfies step one: see paras. 55 and 70-71. I do not think *Griggs* can be read in such a manner. *Griggs* was a statutory interpretation case concerned with Title VII of the *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964) — not a constitutional case. Its result was compelled by the *text* of the statute rather than by the principles underlying unconstitutional adverse effect discrimination: *Washington, Mayor of Washington, D.C. v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). Further, as evidenced by its progeny, *Griggs* is limited in its scope, such that it cannot stand for the proposition that statistical disparity alone is sufficient: see *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988), at p. 994 (holding that “the plaintiff’s burden in establishing a prima facie case goes beyond the need to show that there are statistical disparities” and that “the plaintiff must offer statistical evidence of a kind and degree sufficient to show that the practice in question has caused the exclusion of applicants for jobs or promotions because of their membership in a protected group”) (emphasis added); see also *Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507 (2015); *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); *Smith v. City of Jackson, Mississippi*, 544 U.S. 228 (2005). Regardless, in hopes of avoiding a jurisprudential debate on case law sourced from outside this country, at bottom the American tradition of equality is markedly distinct from the Canadian tradition. While *Griggs* was admittedly a case of adverse effect discrimination, it was also fundamentally a case informed by the unique legacy of slavery and segregated schools endemic to American history: in *Griggs*, a high school education effectively served as a proxy for race (indeed, the impugned high school education and aptitude test requirements there were imposed on the same day the *Civil Rights Act of 1964* came into force). In this way, in *Griggs*, there was a legitimate nexus established between the imposition of a high school education and aptitude test requirements and racial discrimination, and not simply a

(voir par. 32-34, 38, 53, 55 et 70-71) pour appuyer l’idée que l’effet disproportionné suffit à lui seul pour démontrer qu’une loi crée une distinction préjudiciable fondée sur un motif protégé, satisfaisant ainsi aux exigences de la première étape de l’analyse : voir les par. 55 et 70-71. Je ne pense pas que l’on puisse interpréter ainsi l’arrêt *Griggs*. L’affaire *Griggs* ne portait pas sur la Constitution, mais sur l’interprétation législative du titre VII du *Civil Rights Act of 1964*, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964). La solution retenue par le tribunal dans cette affaire s’imposait en raison du *libellé* de la loi et non à cause des principes applicables en matière de discrimination inconstitutionnelle par suite d’un effet préjudiciable : *Washington, Mayor of Washington, D.C. c. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). En outre, ainsi qu’il ressort des décisions qui ont été rendues dans sa foulée, l’arrêt *Griggs* a une portée limitée, de sorte qu’il ne peut être invoqué pour affirmer qu’une disparité statistique est suffisante : voir *Watson c. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988), p. 994 (dans lequel le tribunal a jugé que [TRADUCTION] « la charge de preuve qui incombe au demandeur pour établir une preuve *prima facie* de discrimination ne saurait se limiter à l’exigence de démontrer l’existence de disparités statistiques » et que « le demandeur doit présenter une preuve statistique suffisante pour démontrer comment l’acte reproché a eu pour effet d’écarter des candidats à certains postes ou à certaines promotions du fait de leur appartenance à un groupe protégé ») (je souligne); voir également *Texas Department of Housing and Community Affairs c. Inclusive Communities Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507 (2015); *Ricci c. DeStefano*, 557 U.S. 557 (2009); *Smith c. City of Jackson, Mississippi*, 544 U.S. 228 (2005). Quoi qu’il en soit, et ce dans l’espoir d’éviter un débat jurisprudential sur des décisions provenant d’un pays étranger, la tradition américaine en matière d’égalité est, au fond, nettement différente de la tradition canadienne. Même s’il est vrai que l’affaire *Griggs* concernait une discrimination par suite d’un effet préjudiciable, il s’agissait fondamentalement aussi d’une affaire qui se situait dans le contexte unique des séquelles laissées par l’esclavage et la ségrégation scolaire qui ont jalonné

nexus that depended on statistical disparity alone (as the majority says is sufficient).

[247] While this Court has of course cited *Griggs* in the past, it has never done so to support the proposition that step one can be satisfied in the absence of a nexus between the impugned law and the disproportionate impact. Since the inception of our jurisprudence interpreting s. 15(1), this Court has cautioned as follows:

If the adverse effects analysis is to be coherent, it must not assume that a statutory provision has an effect which is not proved. We must take care to distinguish between effects which are wholly caused, or are contributed to, by an impugned provision, and those social circumstances which exist independently of such a provision.

(*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 764-65)

This pronouncement continues to be applied in the search for a necessary nexus between the impugned law and its effects in cases of adverse effect discrimination: see *Miceli-Riggins v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 158, [2014] 4 F.C.R. 709, at para. 76; *Grenon v. Minister of National Revenue*, 2016 FCA 4, 482 N.R. 310, at paras. 38-39 and 45; see also *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697, at para. 33; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 181, [2019] 2 F.C.R. 488, at para. 81.

l'histoire américaine : dans l'affaire *Griggs*, l'exigence du diplôme d'études secondaires avait effectivement servi de prétexte à une discrimination raciale (en effet, les exigences contestées — en l'occurrence celles d'être titulaire d'un diplôme d'études secondaires et de réussir un test d'aptitude — avaient, dans cette affaire, été imposées le jour même où le *Civil Rights Act of 1964* était entré en vigueur). Ainsi, dans l'affaire *Griggs*, on avait établi un lien légitime entre, d'une part, l'obligation de détenir un diplôme d'études secondaires et de réussir un test d'aptitude et, d'autre part, la discrimination raciale, et non simplement un lien qui dépend seulement de preuves de disparités statistiques (preuves qui, selon la majorité, seraient suffisantes).

[247] Bien qu'elle ait évidemment déjà cité l'arrêt *Griggs* dans le passé, notre Cour ne l'a jamais invoqué pour appuyer la thèse selon laquelle on peut franchir la première étape sans avoir à établir l'existence d'un lien entre la disposition législative contestée et l'effet disproportionné. Depuis le début de notre jurisprudence sur l'interprétation du par. 15(1), notre Cour a formulé la mise en garde suivante :

Pour que l'analyse des effets préjudiciables soit cohérente, il ne faut pas présumer qu'une disposition législative possède un effet qui n'est pas prouvé. Nous devons prendre soin d'établir une distinction entre les effets qui sont causés en totalité ou en partie par une disposition contestée et les circonstances sociales qui existent indépendamment de la disposition en question.

(*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, p. 764-765)

Cet énoncé vaut encore lorsqu'il s'agit de démontrer le lien nécessaire entre les dispositions contestées et leur effet dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable : voir *Miceli-Riggins c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 158, [2014] 4 R.C.F. 709, par. 76; *Grenon c. Canada*, 2016 CAF 4, par. 38-39 et 45 (CanLII); voir aussi *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697, par. 33; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 181, [2019] 2 R.C.F. 488, par. 81.

[248] Ultimately, the question under step one is whether the law, while facially neutral, *creates* an adverse distinction based on an enumerated or analogous ground: see *Kapp*, at para. 17; *Withler*, at paras. 30 and 61; *Quebec v. A*, at para. 185; *Taypotat*, at para. 19. This means that the claimant “must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group”: *Taypotat*, at para. 21 (emphasis added). Although my colleague Abella J.’s phrasing of the question under step one correctly uses the word *creates* (at para. 50), she later seems to read this word out by determining that mere disproportionate impact is sufficient: para. 52. This cannot be the case: to proceed past step one and show a *prima facie* breach, “the evidence must amount to more than a web of instinct” (*Taypotat*, at para. 34). A nexus between the impugned legislation and the disproportionate impact is required.

[249] This is essential to understanding why both the Federal Court and the Federal Court of Appeal held that the claim here fails at step one. Indeed, both courts found that this case “turns on the first step”: C.A. reasons, at para. 40. Applying step one to the facts, they each found that the pension plan creates no distinction based on the enumerated ground of sex. They held the following:

The fact that the vast majority of part-time members and members in a job-sharing arrangement are women, and that these job-sharers do not have the option of contributing to their pension at the full-time rate, is not a consequence of or connected to the provisions of the RCMPSPA. The “trigger” is whether the member works part-time. This is not connected to the RCMPSPA. Rather, this is based on the decisions the member makes, as difficult as those may be, as a family to balance work and child care, by having one parent, usually the woman, work part-time for a few years.

[248] En fin de compte, la question qui se pose à la première étape est de savoir si, quoique neutre en apparence, la disposition contestée *crée* une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré ou analogue : voir *Kapp*, par. 17; *Withler*, par. 30 et 61; *Québec c. A*, par. 185; *Taypotat*, par. 19. Cela signifie que le demandeur « doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue » : *Taypotat*, par. 21 (je souligne). Bien que la formulation de la question à trancher à la première étape faite par ma collègue la juge Abella emploie à juste titre le mot *crée* (par. 50), elle semble plus loin l’écarter de son interprétation en déclarant que la simple preuve d’un effet disproportionné suffit : par. 52. Cette façon de voir ne tient pas : pour franchir avec succès la première étape et établir une preuve *prima facie* de discrimination, la preuve « doit comprendre davantage qu’une accumulation d’intuitions » (*Taypotat*, par. 34). Il faut établir l’existence d’un lien entre les dispositions contestées et l’effet disproportionné.

[249] Toutes ces considérations sont essentielles pour comprendre pourquoi la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes les deux estimé en l’espèce que la demande échouait à la première étape. En effet, ces deux cours ont conclu que la présente affaire « porte sur la première étape de l’analyse » : motifs de la C.A., par. 40. Appliquant la première étape aux faits de l’espèce, elles ont toutes les deux conclu que le régime de pension ne créait pas de distinction fondée sur le motif énuméré du sexe. Elles ont déclaré ce qui suit :

Le fait que la grande majorité des membres qui travaillent à temps partiel ou qui partagent leur poste sont des femmes, et que les membres qui partagent leur poste ne bénéficient pas de l’option de cotiser au régime de pension selon le taux de rémunération à temps plein, n’est pas une conséquence des dispositions de la LPRGRC et n’a pas de lien avec ces dispositions. L’« élément clé » est la question de savoir si les membres travaillent à temps partiel. Il n’y a aucun lien avec la LPRGRC. Il s’agit plutôt de la décision familiale des membres, aussi difficile soit-elle, de concilier le travail et les obligations parentales, en choisissant l’un des parents, habituellement la femme, qui travaillera à temps partiel pendant quelques années.

(F.C. reasons, at para. 137)

... the mere fact that women disproportionately take advantage of the job-sharing option does not mean that the pension treatment afforded to those who job-share under the RCMPSA and the Regulation creates a distinction on an enumerated or analogous ground. Likewise, as in *Begum*, the general expert opinion evidence filed by the appellants fails to establish the requisite nexus between the impugned provisions and a protected ground so as to give rise to a section 15 breach. In sum, the appellants were not denied buy-back rights based on their personal characteristics of being female RCMP members with young children, but rather because they elected to job-share as opposed to taking care and nurturing leave. The requisite nexus to establish a breach of section 15 of the Charter is therefore absent in this case as the appellants cannot show that the impugned provisions in the RCMPSA and Regulation impact them more negatively than others because of their sex

(C.A. reasons, at para. 53)

[250] My colleague Abella J. rejects this reasoning and its emphasis on “choice” (at paras. 85-92), and my colleagues Brown and Rowe JJ. — by implication of finding that the appellants have satisfied step one (at para. 186) — also seem to reject this reasoning (albeit perhaps for different reasons). I need not express any conclusion in this regard because, in any case, no distinction can be demonstrated here on the basis of sex.

[251] As I have established, it is hard to see how the impugned provisions create a distinction on the basis of being a woman alone. I reiterate that one does not job-share because one is a woman (i.e. *sex simpliciter*); one job-shares because one has caregiving responsibilities (in this case, children to take care of). The claim brought by the appellants — on behalf of women *with children* — crucially depends on the intersection of sex and parental or family status. The

(motifs de la C.F., par. 137)

... le seul fait que les employés se prévalant de la possibilité du partage de poste sont en grande partie des femmes ne signifie pas que le traitement en matière de pension qui est réservé à celles-ci en application de la LPRGRC et du Règlement crée une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue. De même, comme dans l'affaire *Begum*, le témoignage d'expert déposé par les appelantes ne permet pas d'établir le lien nécessaire entre les dispositions contestées et un motif de distinction illicite qui démontrerait le non-respect de l'article 15. En résumé, les appelantes ne se sont pas vu refuser le droit de racheter leur service en raison de leurs caractéristiques personnelles de membres féminines de la GRC mères de jeunes enfants, mais bien parce qu'elles ont choisi de conclure une entente de partage de poste plutôt que de prendre un congé pour les soins et l'éducation de leurs enfants. Le lien qu'il faut établir pour conclure à une violation de l'article 15 de la *Charte* étant absent en l'espèce, les appelantes ne peuvent pas démontrer que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement ont eu un effet négatif plus important sur elles que sur d'autres en raison de leur sexe

(motifs de la C.A., par. 53)

[250] Ma collègue la juge Abella rejette ce raisonnement et l'accent qu'il met sur le « choix » (par. 85-92), et mes collègues les juges Brown et Rowe — implicitement, en concluant que les appelantes ont satisfait aux exigences de la première étape (par. 186) — semblent aussi écarter ce raisonnement (quoique peut-être pour des raisons différentes). Il n'est pas nécessaire que je formule de conclusion à cet égard parce qu'en tout état de cause, aucune distinction fondée sur le sexe ne peut être démontrée en l'espèce.

[251] Comme je l'ai établi, il est difficile de voir en quoi les dispositions contestées créent une distinction fondée sur le seul fait d'être une femme. Je répète qu'on ne choisit pas de partager un poste parce qu'on est une femme — c'est-à-dire du seul fait de son sexe — mais parce qu'on doit s'occuper de quelqu'un (en l'espèce, d'enfants). Le sort de la demande des appelantes — au nom des femmes *qui ont des enfants* — dépend essentiellement de

arguments proffered and statistics employed are all in reference to women *with children*. Like my colleague Abella J., I accept the appellant Ms. Fox's evidence that "job-sharing is often the only child care solution for members with children" because "there is simply no around-the-clock child care available" in "rural or isolated communities": para. 91, quoting A.R., vol. III, at p. 334. But there is no reason why this is a singularly sex-based issue: rather, it is a caregiving status issue. For instance, in those same rural or isolated areas, there is likely no around-the-clock elderly care available either, making job-sharing the only solution available for members with caregiving responsibilities. Thus the burden to job-share, and the associated distinction created by the impugned provisions of the pension plan, is faced by those members with *caregiving* responsibilities and is not limited to those of a certain sex. Indeed, those without such responsibilities do not face any comparable pressure to job-share. But without recognition of an analogous protected ground of parental, family, or caregiver status, or alternatively the intersection of that ground and sex (as in *Lesiuk*, at para. 37), the appellants' claim must fail at step one of the s. 15(1) analysis.

[252] To be sure, the impugned provisions may very well not be rational — there may indeed be no logical reason to deprive job-sharers of full pension benefits that are guaranteed to full-time members and members on leave without pay. But it is not this Court's role to constitutionalize normative judgments to this effect; that is the role of the electorate, and in turn, the legislature.

l'intersectionnalité entre le sexe et l'état parental ou la situation familiale. Les arguments présentés et les statistiques citées concernent exclusivement des femmes *qui ont des enfants*. À l'instar de ma collègue la juge Abella, j'accepte le témoignage de l'appelante M^{me} Fox suivant lequel « pour les membres ayant des enfants, le partage de poste est souvent la seule solution en matière de services de garde » parce qu'« il n'y a tout simplement pas de services de garde pour enfants disponibles à toute heure du jour » « dans des collectivités rurales ou éloignées » : par. 91, citant le d.a., vol. III, p. 334. Mais rien ne justifie que cette question ne concerne que le sexe; la question est plutôt liée à la situation de la personne qui s'occupe de quelqu'un. En ce sens, dans ces mêmes collectivités rurales ou éloignées, il est probable qu'il n'existe pas non plus de services offerts jour et nuit pour s'occuper des personnes âgées, de sorte que le partage de poste est la seule solution qui s'offre aux personnes qui doivent s'en occuper. Par conséquent, la pression exercée sur les agents pour recourir au partage de poste et la distinction que créent à cet égard les dispositions contestées du régime de pension sont imposées à tout agent *qui s'occupe d'une autre personne* et ne se limitent pas aux agents d'un sexe ou d'un autre. En effet, les agents qui n'ont pas de telles responsabilités ne sont soumis à aucune pression comparable qui les inciterait à opter pour le partage de poste. La demande des appelantes doit toutefois échouer à la première étape de l'analyse du par. 15(1) en l'absence de la reconnaissance d'un motif analogue protégé fondé sur l'état parental, la situation familiale ou celle de personne s'occupant d'un proche ou, à titre subsidiaire, sur l'existence de liens entre ce motif et le sexe (comme dans l'arrêt *Lesiuk*, au par. 37).

[252] Certes, il se peut fort bien que les dispositions contestées ne soient pas rationnelles et qu'il n'existe en fait aucune raison logique de refuser aux agents qui optent pour le partage de poste les prestations de pension complètes qui sont garanties aux agents à temps plein et aux agents en congé non payé. Mais il n'appartient pas à notre Cour de constitutionaliser un jugement normatif en ce sens. Ce rôle incombe aux électeurs et, en dernière analyse, au législateur.

[253] In this sense, I wish to add one final point on the role of the judiciary vis-à-vis the role of the legislature. The result the majority reaches may certainly be desirable insofar as it guarantees the opportunity for increased pension benefits to RCMP members who job-share. But when the Court reaches this result in such a doctrinally precarious fashion, and when and if the impugned provisions are illogical, irrational, or under-inclusive, then it is the legislature's role to rectify — the remedy does not lie in the Constitution, which proscribes *particular* forms of discrimination, forms that do not exist here. With the greatest respect, then, the remedy sought in the case at bar should be granted by the democratic process.

III. Conclusion

[254] While I agree with Abella J. that sex-based discrimination is particularly insidious and I similarly lament society's continued history of discrimination against women, I am in respectful disagreement as to whether the appellants have sufficiently made out a s. 15 violation here under this Court's well-established jurisprudence.

[255] Likewise, while I agree with my colleagues Brown and Rowe JJ.'s proposed disposition of the appeal, as well as with their observations regarding the appellants' employment status and the majority's unprincipled expansion of the scope of s. 15(1), I write separately to express disagreement with their dismissal of the appeal on the second step of the s. 15(1) analysis rather than the first step, which is the step on which this case turns: C.A. reasons, at para. 40. Further, I write separately in order to highlight the under-inclusive nature of the pension plan, which disproportionately affects all those with caregiving responsibilities, including same-sex couples with children and individuals with caregiving responsibilities for their aging partners or parents. It therefore falls to the legislature, not the courts, to

[253] Dans cet esprit, je souhaite ajouter une dernière remarque au sujet du rôle du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir législatif. La solution à laquelle parvient la majorité est certainement souhaitable dans la mesure où elle garantit aux agents de la GRC qui utilisent la formule du partage de poste l'occasion de toucher des prestations de retraite majorées. Mais lorsque la Cour parvient à ce résultat sur des bases théoriques aussi précaires, et que les dispositions contestées sont possiblement illogiques, irrationnelles ou trop restrictives, c'est au législateur qu'il incombe de corriger la situation. La réponse ne réside pas dans la Constitution, qui interdit des formes *bien précises* de discrimination, formes qui n'existent pas en l'espèce. Avec beaucoup d'égards, alors, la réparation demandée en l'espèce devrait être octroyée dans le cadre du processus démocratique.

III. Conclusion

[254] Bien que je sois d'accord avec la juge Abella pour dire que la discrimination fondée sur le sexe est particulièrement insidieuse et pour déplorer comme elle la discrimination dont les femmes sont depuis trop longtemps victimes au sein de notre société, je dois, avec égards, me dissocier de son opinion quant à la question de savoir si les appelantes ont suffisamment démontré qu'il y avait eu violation de l'art. 15 en l'espèce, vu la jurisprudence bien établie de notre Cour.

[255] De même, bien que je souscrive à la solution proposée par mes collègues les juges Brown et Rowe pour trancher le présent pourvoi ainsi qu'à leurs observations concernant la situation d'emploi des appelantes et leur désaccord à l'encontre de l'extension de la portée du par. 15(1) proposée par la majorité ne cadrant pas avec les principes établis en la matière, je tenais à rédiger des motifs distincts pour exprimer mon désaccord avec leur décision de rejeter le pourvoi à la seconde, plutôt qu'à la première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), étape sur laquelle porte la présente affaire : motifs de la C.A., par. 40. Je tenais aussi à rédiger ma propre opinion pour insister sur le caractère trop restrictif du régime de pension, qui touche de façon disproportionnée toutes les personnes qui veillent au bien-être

remedy any under-inclusiveness in this legislation, which was purportedly meant to assist with caregiving responsibilities in the first place.

[256] For these reasons, and with the greatest respect for my colleagues, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs throughout, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Champ & Associates, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Cavalluzzo, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the National Police Federation: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

de quelqu'un, y compris les couples de même sexe qui ont des enfants et les personnes qui veillent sur leurs parents vieillissants ou leur conjoint âgé. Il appartient donc au législateur, et non aux tribunaux, de remédier au caractère trop restrictif de la présente loi, qui était censée à l'origine venir en aide aux personnes qui prennent soin de quelqu'un.

[256] Pour ces motifs, et en toute déférence pour l'opinion de mes collègues, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureurs des appelantes : Champ & Associates, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.

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

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes inc. : Cavalluzzo, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante la Fédération de la police nationale : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca