



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2021 Vol. 3**

**1<sup>er</sup> cahier, 2021 Vol. 3**

Cited as [2021] 3 S.C.R. 3-284

Renvoi [2021] 3 R.C.S. 3-284

---

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

EMILY K. MOREAU

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI  
AUDREY-ANNE BERGERON  
LAURENCE CARON  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX

ANDRÉ GOLDENBERG  
LEE ANN GORMAN  
LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL  
ANDREA SUURLAND  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
DIANE THERRIEN

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
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  
MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS

SAMUEL DUVAL

CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

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, 2021**

**3<sup>e</sup> volume, 2021**



## CONTENTS

### **6362222 Canada inc. v. Prelco inc. .... 3**

Contract — Nonperformance — Non-liability clause — Doctrine of breach of fundamental obligation — Public order — Objective cause of obligation — Contract by mutual agreement including non-liability clause entered into between manufacturing company and consulting firm specialized in evaluation and implementation of integrated management computer systems — Action in damages brought by company against consulting firm for breach of its contractual obligations because of fault committed in implementing computer system — Whether doctrine of breach of fundamental obligation can render inoperative non-liability clause that was freely negotiated by legal persons — Civil Code of Québec, arts. 1371, 1437, 1474.

### **R. v. Strathdee ..... 52**

Criminal law — Parties to offence — Co-principal liability — Group assault — Accused part of group that entered apartment and assaulted several occupants — One occupant dying of single stab wound — Accused charged with manslaughter — Trial judge acquitting accused on basis that single stab wound could only have been caused by one principal offender and that Crown had not proven beyond reasonable doubt that accused inflicted stab wound — Court of Appeal holding that trial judge erred in law in failing to properly assess accused's culpability as co-principal to manslaughter in light of her finding that accused participated in group assault — Court of Appeal setting aside acquittal and entering conviction — Conviction upheld.

### **Nelson (City) v. Marchi ..... 55**

Torts — Negligence — Duty of care — Government liability — Core policy immunity — Snow clearing and removal — Person injured while attempting to cross snowbank created by city when clearing snow — City's snow clearing and removal decisions made in accordance with written policies and unwritten practices — Whether relevant city decision was core policy decision immune from negligence liability.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **6362222 Canada inc. c. Prelco inc. .... 3**

Contrat — Inexécution — Clause de non-responsabilité — Théorie du manquement à une obligation essentielle — Ordre public — Cause objective de l'obligation — Contrat de gré à gré comprenant une clause de non-responsabilité intervenu entre une entreprise manufacturière et un cabinet de services-conseils spécialisé en évaluation et implantation de systèmes informatiques de gestion intégrés — Action en dommages-intérêts intentée par l'entreprise contre le cabinet de services-conseils pour manquement à ses obligations contractuelles en raison d'une faute commise au cours de l'implantation du système informatique — La théorie du manquement à une obligation essentielle peut-elle rendre inopérante la clause de non-responsabilité librement négociée par des personnes morales? — Code civil du Québec, art. 1371, 1437, 1474.

### **R. c. Strathdee ..... 52**

Droit criminel — Parties à l'infraction — Responsabilité en tant que coauteur de l'infraction — Agression en groupe — Accusé faisant partie d'un groupe d'individus qui sont entrés dans un appartement et y ont agressé plusieurs occupants — Décès d'un des occupants par suite d'un seul coup de couteau — Accusé inculpé d'homicide involontaire coupable — Accusé acquitté par la juge du procès parce que l'unique blessure par coup de couteau ne pouvait qu'avoir été causée par un seul auteur principal et que la Couronne n'avait pas prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé avait infligé cette blessure — Arrêt de la Cour d'appel concluant que la juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant d'apprécier comme il se doit la responsabilité de l'accusé en tant que coauteur de l'homicide involontaire coupable compte tenu de sa conclusion portant que ce dernier avait participé à l'agression en groupe — Acquiescement écarté par la Cour d'appel et déclaration de culpabilité inscrite — Déclaration de culpabilité confirmée.

### **Nelson (Ville) c. Marchi ..... 55**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité gouvernementale — Immunité à l'égard des décisions de politique générale fondamentale — Déblayage et enlèvement de la neige — Personne blessée en tentant de traverser un banc de neige créé par la ville pendant les opérations de déneigement — Décisions de la ville en matière de déblayage et d'enlèvement de la neige prises conformément aux politiques écrites et pratiques non écrites — La décision litigieuse de la ville constituait-elle une décision de politique générale fondamentale jouissant de l'immunité à l'égard de la responsabilité pour négligence?

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS** (Concluded)

**Northern Regional Health Authority v. Horrocks** ..... 107

Labour relations — Jurisdiction of arbitrator — Human rights dispute arising from collective agreement — Unionized employee suspended after attending work under influence of alcohol and later terminated for breaching abstinence agreement — Employee filing human rights complaint alleging that employer failed to adequately accommodate disability — Whether exclusive jurisdiction of labour arbitrator appointed under collective agreement and empowered by provincial labour legislation extends to adjudicating human rights disputes arising from collective agreement — The Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10, s. 78 — The Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, ss. 22, 26, 29(3).

**Ward v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)** ..... 176

Human rights — Right to safeguard of dignity — Right to equal recognition and exercise of human rights and freedoms — Freedom of expression — Discrimination claim brought on behalf of public figure with disability against professional comedian who mocked some of his physical characteristics — Scope of jurisdiction of Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse and Human Rights Tribunal with respect to discrimination — Legal framework that applies to discrimination claim based on expression where there is conflict between right to safeguard of dignity and freedom of expression — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 4, 9.1, 10.

**SOMMAIRE** (Fin)

**Office régional de la santé du Nord c. Horrocks** ..... 107

Relations de travail — Compétence de l'arbitre — Différend relatif aux droits de la personne découlant d'une convention collective — Employée syndiquée suspendue après s'être présentée au travail en état d'ébriété et congédiée par la suite pour avoir violé une entente d'abstinence — Dépôt par l'employée d'une plainte concernant les droits de la personne dans laquelle elle allègue que l'employeur n'a pas pris les mesures adéquates pour composer avec son incapacité — La compétence exclusive d'un arbitre du travail nommé en vertu d'une convention collective et habilité par les lois provinciales sur le travail lui permet-elle de trancher les différends relatifs aux droits de la personne découlant d'une convention collective? — Loi sur les relations du travail, C.P.L.M., c. L10, art. 78 — Code des droits de la personne, C.P.L.M., c. H175, art. 22, 26, 29(3).

**Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)** ..... 176

Droits de la personne — Droit à la sauvegarde de la dignité — Droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne — Liberté d'expression — Recours en discrimination intenté au nom d'une personnalité publique en situation de handicap à l'encontre d'un humoriste professionnel qui s'est moqué de certaines de ses caractéristiques physiques — Étendue de la compétence de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et du Tribunal des droits de la personne en matière de discrimination — Cadre juridique applicable à un recours en discrimination fondé sur des propos qui mettent en opposition le droit à la sauvegarde de la dignité et la liberté d'expression — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 4, 9.1, 10.



**6362222 Canada inc.** *Appellant*

v.

**Prelco inc.** *Respondent*

**INDEXED AS: 6362222 CANADA INC. v.**

**PRELCO INC.**

**2021 SCC 39**

File No.: 38904.

2020: December 3; 2021: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Contract — Nonperformance — Non-liability clause — Doctrine of breach of fundamental obligation — Public order — Objective cause of obligation — Contract by mutual agreement including non-liability clause entered into between manufacturing company and consulting firm specialized in evaluation and implementation of integrated management computer systems — Action in damages brought by company against consulting firm for breach of its contractual obligations because of fault committed in implementing computer system — Whether doctrine of breach of fundamental obligation can render inoperative non-liability clause that was freely negotiated by legal persons — Civil Code of Québec, arts. 1371, 1437, 1474.*

6362222 Canada inc. (“Createch”) is a consulting firm specialized in performance improvement and in the implementation of integrated management systems. Prelco inc. is a manufacturing company that makes and transforms flat glass. In 2008, Prelco asked Createch for advice regarding its computer systems. A draft contract prepared by Createch under which it was to supply software and professional services in order to implement an integrated management system at Prelco was then submitted to Prelco. Prelco did not ask for any changes to the proposed general conditions, which included provisions concerning the parties’ general responsibilities. One of the provisions, cl. 7, entitled “Limited Liability”, stipulated that Createch’s liability to Prelco for damages that could be

**6362222 Canada inc.** *Appelante*

c.

**Prelco inc.** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : 6362222 CANADA INC. c.**

**PRELCO INC.**

**2021 CSC 39**

N° du greffe : 38904.

2020 : 3 décembre; 2021 : 15 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 DU QUÉBEC

*Contrat — Inexécution — Clause de non-responsabilité — Théorie du manquement à une obligation essentielle — Ordre public — Cause objective de l’obligation — Contrat de gré à gré comprenant une clause de non-responsabilité intervenu entre une entreprise manufacturière et un cabinet de services-conseils spécialisé en évaluation et implantation de systèmes informatiques de gestion intégrés — Action en dommages-intérêts intentée par l’entreprise contre le cabinet de services-conseils pour manquement à ses obligations contractuelles en raison d’une faute commise au cours de l’implantation du système informatique — La théorie du manquement à une obligation essentielle peut-elle rendre inopérante la clause de non-responsabilité librement négociée par des personnes morales? — Code civil du Québec, art. 1371, 1437, 1474.*

6362222 Canada inc. (« Créatech ») est un cabinet de services-conseils spécialisé en amélioration de la performance et en implantation de systèmes de gestion intégrés. Prelco inc. est une entreprise manufacturière œuvrant dans la fabrication et la transformation du verre plat. En 2008, Prelco demande conseil à Créatech à l’égard de ses systèmes informatiques. Un projet de contrat préparé par Créatech visant la fourniture de logiciels et de services professionnels afin d’implanter chez Prelco un système de gestion intégré est alors soumis à Prelco. Prelco ne demande aucune modification aux conditions générales proposées, lesquelles comprennent des dispositions portant sur les responsabilités générales des parties. Entre autres, la cl. 7, intitulée « Responsabilité limitée », prévoit

attributed to any cause whatsoever would be limited to amounts paid to Createch under the contract and that if such damages resulted from the delivery of unsatisfactory services, Createch's liability would be limited to the amount of any fees paid in relation to the unsatisfactory services. A further stipulation was that Createch could not be held liable for any damages resulting from the loss of data, profits or revenue or from the use of products or for any other special, consequential or indirect damages relating to services and/or material provided pursuant to the contract. The parties signed the contract in April 2008.

When the system was implemented, numerous problems arose, and Prelco decided to terminate its contractual relationship with Createch in the spring of 2010. Another firm was then engaged to make the integrated management system functional. Prelco brought an action against Createch for \$6,246,648.94 in damages for the reimbursement of an overpayment, costs for restoring the system, claims from customers, and loss of profits. Createch in turn filed a cross-application for \$331,134.42, the unpaid balance for the project.

The Superior Court granted Prelco's application and ordered Createch to pay Prelco \$2,203,400 in damages. It also granted Createch's cross-application. It concluded that cl. 7 of the contract was inoperative on the basis of the doctrine of breach of a fundamental obligation, according to which an exoneration clause or limitation of liability clause is without effect if it relates to the very essence of an obligation. The court found that Createch, having misunderstood the scale and complexity of Prelco's operations, had committed a fault in its initial choice as to the approach to take in implementing the management system and had as a result breached its fundamental obligation. The Court of Appeal dismissed Createch's appeal, which concerned the limitation of liability clause, and Prelco's cross-appeal, which concerned the calculation of damages and the amount representing lost sales.

*Held:* The appeal should be allowed.

The doctrine of breach of a fundamental obligation does not apply to the fault committed by Createch so as to negate cl. 7 of the contract. Neither of the possible legal bases for this doctrine — (a) validity of the clause having regard to public order and (b) validity of the clause having regard to the requirement relating to the cause of the obligation — applies in this case.

que la responsabilité de Créatech face à Prelco pour les dommages attribuables à quelque cause que ce soit sera limitée aux sommes versées à Créatech aux termes du contrat, et que si tels dommages résultent de la déficience des services, la responsabilité de Créatech sera limitée au montant des honoraires payés relativement aux services déficients. En outre, il est prévu que Créatech ne pourra être tenu responsable pour quelconque dommage résultant de la perte de données, de profits ou de revenus ou découlant de l'utilisation de produits ou pour tout autre dommage particulier, consécutif ou indirect relativement aux services et/ou matériaux fournis en vertu du contrat. En avril 2008, les parties signent le contrat.

Lors de l'implantation du système, les embûches s'accumulent et Prelco décide de mettre fin à ses relations contractuelles avec Créatech au printemps 2010. Le mandat de rendre fonctionnel le système de gestion intégré est alors confié à une autre firme. Prelco entreprend contre Créatech une action en dommages-intérêts au montant de 6 246 648,94 \$ pour le remboursement d'un trop-payé, des frais engagés pour rétablir le système, des réclamations des clients ainsi que des pertes de profits. De son côté, Créatech dépose une demande reconventionnelle au montant de 331 134,42 \$, soit le solde impayé pour le projet.

La Cour supérieure accueille la demande de Prelco et condamne Créatech à lui verser la somme de 2 203 400 \$ en dommages-intérêts. Elle accueille également la demande reconventionnelle de Créatech. Elle conclut que la cl. 7 stipulée au contrat est inopérante sur le fondement de la théorie du manquement à une obligation essentielle, qui prévoit qu'une clause exonératoire ou limitative de responsabilité est sans effet si elle porte sur l'essence même d'une obligation. Elle détermine qu'en n'ayant pas compris l'ampleur et la complexité des opérations de Prelco, Créatech a commis une faute dans son choix initial de l'approche d'implantation du système de gestion, manquant ainsi à son obligation essentielle. La Cour d'appel rejette l'appel principal de Créatech qui concerne la question de la clause limitative de responsabilité et l'appel incident de Prelco qui porte sur le calcul des dommages-intérêts et du montant représentant les ventes perdues.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

La théorie du manquement à une obligation essentielle ne s'applique pas à la faute commise par Créatech de manière à faire échec à la cl. 7 du contrat. Aucun des fondements juridiques sur lesquels peut reposer cette théorie, à savoir : a) la validité de la clause au regard de l'ordre public, et b) la validité de la clause au regard de l'exigence relative à la cause de l'obligation, ne trouve application en l'espèce.

The rule that non-liability clauses are valid in principle has been settled law since *The Glengoil Steamship Co. v. Pilkington* (1897), 28 S.C.R. 146, and it was subsequently accepted in Quebec positive law. This rule derives from autonomy of the will and its corollary, freedom of contract, both of which are general principles of the general law of obligations in Quebec civil law. However, the rule is limited by legislative and judicial public order, respect for which is set up in private law as a mandatory rule of general application on the basis of arts. 8 and 9 of the *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”).

Although art. 1474 C.C.Q. implicitly confirms the validity in principle of non-liability clauses, it sets limits in the name of public order of direction that necessitate the absolute nullity of incompatible clauses. First of all, the first paragraph of art. 1474 C.C.Q., by prohibiting non-liability clauses where there is gross or intentional fault, discourages recklessness, fraud, negligence and deliberate faults, including in contracts by mutual agreement. Next, the legislature made it clear in the second paragraph that, regardless of the seriousness of the fault and despite the principle of freedom of contract, no one may exclude or limit his or her liability for bodily or moral injury.

As for art. 1437 C.C.Q., it sets a limit that is of public order of protection, that is, one the purpose of which is to protect a contracting party who is presumed to be economically weaker. This article expressly recognizes the application of the doctrine of breach of a fundamental obligation in Quebec civil law where there is an abusive contract clause, but limits it to consumer contracts (defined in art. 1384 C.C.Q.) and contracts of adhesion (art. 1379 C.C.Q.), which are characterized by an imbalance between the parties. A clause that departs from the fundamental obligations of a contract to such an extent that it changes the nature of the contract is considered to be abusive, and therefore null. Although the validity of a non-liability clause is also open to challenge in other cases specified by the legislature in relation to nominate contracts, the *Code* provides for no rule of general application that falls under public order of protection, including one relating to a breach of a fundamental obligation.

Public order does not have the effect, generally, of rendering a non-liability clause relating to a fundamental obligation in a contract by mutual agreement inoperative. At the time of the reform of the *Civil Code*, the legislature spoke directly to the purpose of the concept of public order and intervened to validate the use of non-liability clauses in cases to which art. 1437 C.C.Q. does not apply. Subject

La règle de la validité de principe des clauses de non-responsabilité est désormais acquise depuis l’arrêt *The Glengoil Steamship Co. c. Pilkington* (1897), 28 R.C.S. 146, et a par la suite été reprise dans le droit positif québécois. Elle découle de l’autonomie de la volonté et de son corollaire, la liberté contractuelle, tous deux principes généraux du droit commun des obligations en droit civil québécois. Elle est toutefois balisée par l’ordre public formel ou législatif et virtuel ou judiciaire dont le respect est érigé par le droit privé en norme impérative d’application générale suivant les art. 8 et 9 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »).

Bien que l’art. 1474 C.c.Q. confirme implicitement la validité de principe des clauses de non-responsabilité, il pose des limites au nom de l’ordre public de direction qui commandent la nullité absolue des clauses attentatoires. D’abord, en interdisant les clauses de non-responsabilité pour la faute lourde ou intentionnelle, le premier alinéa de l’art. 1474 C.c.Q. décourage l’insouciance, la fraude, l’incurie et les fautes délibérées, et ce, y compris dans les contrats de gré à gré. Ensuite, le législateur précise au second alinéa que, peu importe la gravité de la faute et malgré le principe de la liberté contractuelle, nul ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour un préjudice corporel ou moral.

L’article 1437 C.c.Q., quant à lui, établit une limite d’ordre public de protection, c’est-à-dire une limite visant à protéger la partie contractante présumée plus faible économiquement. Cet article consacre expressément l’application, en droit civil québécois, de la théorie du manquement à une obligation essentielle en cas de clause contractuelle abusive, mais la limite aux contrats de consommation (définis à l’art. 1384 C.c.Q.) et d’adhésion (art. 1379 C.c.Q.), qui se caractérisent par le déséquilibre des parties. Est considérée comme abusive et donc nulle une clause qui est éloignée des obligations essentielles du contrat au point de le dénaturer. Bien que la validité d’une clause de non-responsabilité est également susceptible de contestation dans d’autres cas de figure précisés par le législateur en matière de contrats nommés, le *Code* ne prévoit aucune règle d’application générale qui relèverait de l’ordre public de protection, y compris une qui porterait sur un manquement à une obligation essentielle.

L’ordre public n’a pas, de manière générale, pour effet de rendre inopérante une clause de non-responsabilité couvrant une obligation essentielle dans les contrats de gré à gré. Lors de la réforme du *Code civil*, le législateur s’est directement penché sur la vocation de la notion d’ordre public et est intervenu pour valider l’utilisation des clauses de non-responsabilité dans les cas qui ne sont pas visés par

to the constraints provided for in art. 1474 *C.C.Q.*, a person may exclude or limit his or her liability for material injury caused to another through a fault that is neither intentional nor gross. Everything suggests that the legislature deliberately chose not to include such a mandatory rule to regulate such clauses in the *Civil Code of Québec*, preferring to leave it to sophisticated parties to themselves manage the risks of nonperformance.

As for the second legal basis for the doctrine, total absence of cause, it stems from the requirement, spoken to in art. 1371 *C.C.Q.*, to the effect that it is of the essence of an obligation arising out of a juridical act that there be a cause which justifies its existence. What is in question here is the concept of the objective cause, that is, the logical, impersonal and abstract reason that justifies a party's acceptance of his or her obligations, or the performance of the correlative obligation in the synallagmatic contract. Thus, some contract clauses that deprive the correlative obligation of its cause within the meaning of art. 1371 *C.C.Q.* may affect the validity of the obligation, because the reciprocal nature of the contractual relationship is called into question. This is true, for example, of certain no obligation clauses that exclude all prestations that would normally be owed by the debtor, with the result that the creditor's obligations lack reciprocal prestations. Two competing views are advanced by authors on the question whether a non-liability clause relating to the fundamental obligation of a contract has the effect of depriving the obligation of its cause. The first is that an exoneration clause or limitation of liability clause cannot deprive the correlative obligation of its cause, as a debtor's obligation does not cease to exist simply because a clause limits or excludes his or her liability in the event of nonperformance. Moreover, because art. 1474 para. 1 *C.C.Q.* bars a debtor from relying on a non-liability clause in a case of gross or intentional fault, the debtor cannot arbitrarily refuse to perform an obligation. There are other authors who maintain that a non-liability clause that is akin to a no claims clause, one that deprives the creditor of the obligation of any remedy to sanction nonperformance, can in fact deprive an obligation of its cause. The disagreement among the authors is not in issue in this case. This is not a situation in which the counterprestation is insignificant, and even less one in which it is non-existent. The sanction for nonperformance of the fundamental obligation remains, and it cannot be said that the obligation is deprived of its objective cause. It would therefore be more prudent to refrain from answering the question in relation to the disagreement among the authors in the abstract without taking account of practical difficulties that could arise in the future.

l'art. 1437 *C.c.Q.* Sous réserve des contraintes énoncées à l'art. 1474 *C.c.Q.*, une personne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui en raison d'une faute non intentionnelle ou d'une faute qui n'est pas lourde. Tout tend à indiquer que le législateur a choisi de ne pas formuler une telle règle impérative pour réglementer ces clauses dans le *Code civil du Québec* à dessein, jugeant préférable de laisser aux parties avisées le soin de gérer entre elles les risques d'inexécution.

En ce qui a trait au second fondement juridique de la théorie, à savoir, l'absence totale de cause, il provient de l'exigence, reprise à l'art. 1371 *C.c.Q.*, selon laquelle il est de l'essence d'une obligation découlant d'un acte juridique qu'il y ait une cause qui en justifie l'existence. Il s'agit ici de la notion de cause objective, soit la raison logique, impersonnelle et abstraite qui justifie l'adhésion d'une partie à ses obligations, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation corrélatrice dans le contrat synallagmatique. Ainsi, certaines clauses contractuelles qui privent l'obligation corrélatrice de sa cause au sens de l'art. 1371 *C.c.Q.* peuvent porter atteinte à la validité de l'obligation puisque la nature réciproque du rapport contractuel est remise en question. C'est le cas notamment de certaines clauses de non-obligation qui excluent toutes les prestations normalement dues par le débiteur, de sorte que les obligations du créancier se trouvent sans prestation réciproque. Deux thèses doctrinales s'affrontent sur la question de savoir si une clause de non-responsabilité qui porte sur l'obligation essentielle du contrat a pour effet de priver l'obligation de sa cause. Selon la première, une clause exonératoire ou limitative de responsabilité ne peut priver l'obligation corrélatrice de sa cause car l'obligation du débiteur ne cesse pas d'exister du seul fait qu'une clause limite ou exclut sa responsabilité en cas d'inexécution. De surcroît, puisque l'art. 1474 al. 1 *C.c.Q.* empêche un débiteur de se prévaloir d'une clause de non-responsabilité en cas de faute lourde ou intentionnelle, le débiteur ne peut refuser arbitrairement de s'exécuter. À l'opposé, d'autres auteurs soutiennent que les clauses de non-responsabilité assimilables à des clauses de non-recours, c'est-à-dire celles qui privent le créancier de l'obligation de tout recours pour en sanctionner l'inexécution, peuvent priver une obligation de sa cause. En l'espèce, le désaccord doctrinal n'est pas en jeu. En effet, il n'est pas fait état ici d'une situation où la contreprestation est dérisoire et encore moins inexistante. La sanction à l'égard de l'inexécution de l'obligation essentielle subsiste et on ne peut dire que l'obligation est dépourvue de cause objective. En conséquence, il est plus prudent de ne pas trancher la question relative au débat doctrinal dans l'abstrait sans tenir compte des difficultés concrètes qui pourraient survenir à l'avenir.

In this case, on the basis of the rule stated by the Court in *Glengoil* and reaffirmed under the auspices of the *Civil Code of Québec*, cl. 7 is valid and the parties were free to include it in their contract. From the perspective of art. 1474 *C.C.Q.*, Createch's breach of an obligation of means was a simple fault and not a gross or intentional fault, one that caused material injury and not bodily or moral injury. Furthermore, there is no authority for presenting breach of a fundamental obligation as a separate category of fault, one that is more serious than or qualitatively different from a simple fault. The clause on which Createch relies is in a contract by mutual agreement that was negotiated by two sophisticated legal persons and not in a contract of adhesion or a consumer contract as under art. 1437 *C.C.Q.* The clause is not ambiguous, and the trial judge could not annul it. The will of the parties had to be respected. Clause 7 does not violate any rule of legislative or judicial public order, nor is there any specific rule relating to nominate contracts that applies to the facts of this case. There is nothing in the case that would require the courts to intervene to protect a party who is weak or at a disadvantage economically.

Nor could the concept of cause of an obligation justify the decision of the courts below in this case. Clause 7 is not a no obligation clause that would exclude the reciprocity of obligations, as Createch owed substantial obligations to Prelco, which Prelco does not deny. Regardless of whether the position of the authors in whose opinion a no claims clause can deprive an obligation of its cause were accepted, the clause at issue in this case could not be so characterized. The first paragraph of the clause can be equated to an authorization of specific performance by replacement. The clause permits Prelco both to keep the integrated management system and to obtain damages for unsatisfactory services, as well as to be compensated for necessary costs for specific performance by replacement. This clause excludes any reparation for loss of profits arising from a simple fault. Because Createch's work was found to be useful, the clause barred a claim based on an overpayment for the services provided by Createch. There is therefore a cause. Moreover, the clause does not exclude all sanctions, given that, from the moment the contract was formed, specific performance was possible, and indeed contemplated, in the event of nonperformance. This contract is therefore not one that has no counterprestation whatsoever. The cause of the obligation does not permit a court to create a scheme for lesion between unprotected persons of full age; such a scheme has in fact been rejected by the legislature.

En l'espèce, suivant la règle énoncée par la Cour dans l'arrêt *Glengoil* et reprise dans le *Code civil du Québec*, la cl. 7 est valide et les parties étaient libres de l'adopter dans leur contrat. En effet, au regard de l'art. 1474 *C.c.Q.*, le manquement commis par Créatech à l'égard d'une obligation de moyens est une faute simple, et non une faute lourde ou intentionnelle, qui a entraîné un préjudice matériel, et non un préjudice corporel ou moral. En outre, il n'existe aucune autorité permettant de présenter le manquement à une obligation essentielle comme une catégorie de faute distincte, qui serait plus sérieuse qu'une faute simple ou de qualité différente. La clause sur laquelle Créatech s'appuie s'inscrit dans un contrat de gré à gré, négocié entre deux personnes morales avisées, et non dans un contrat d'adhésion ou un contrat de consommation suivant l'art. 1437 *C.c.Q.* Cette clause n'est pas ambiguë et le juge de première instance ne pouvait l'écarter. La volonté des parties devait être respectée. La clause 7 ne viole aucune règle d'ordre public formel ou virtuel, sans compter qu'aucune règle ponctuelle relative aux contrats nommés ne trouve application en ce qui concerne les faits en litige. Il n'y a en l'espèce aucune raison requérant l'intervention des tribunaux pour protéger une partie faible ou désavantagée économiquement.

La notion de la cause de l'obligation ne pouvait, elle non plus, justifier la décision des tribunaux inférieurs dans la présente affaire. La clause 7 n'est pas une clause de non-obligation qui ferait échec à la réciprocité des obligations puisque Créatech est tenue à des obligations importantes envers Prelco, ce que Prelco ne nie pas. Sans donner raison à la thèse doctrinale selon laquelle une clause de non-recours peut priver l'obligation de sa cause, la clause en l'espèce ne pourrait être qualifiée de la sorte. Le premier paragraphe de la clause peut être assimilé à une autorisation d'exécution en nature par remplacement. La clause permet à Prelco à la fois de conserver le système de gestion intégré et d'obtenir des dommages-intérêts à l'égard des services déficients, ainsi que d'être indemnisée des frais requis pour l'exécution en nature par remplacement. Cette clause a pour effet d'exclure toute réparation pour pertes de profits résultant d'une faute simple. Comme le travail de Créatech a été jugé utile, la clause fait obstacle à une réclamation fondée sur le trop-payé pour les services rendus par Créatech. La cause est donc présente. De plus, la clause n'exclut pas toute sanction puisque dès la formation du contrat, l'exécution en nature était possible, voire envisagée, en cas d'inexécution. Il n'y a donc pas une absence totale de contreprestation dans ce contrat. La cause de l'obligation ne permet pas au tribunal de créer un régime de lésion entre majeurs non protégés, régime qui a par ailleurs été exclu par le législateur.

## Cases Cited

**Referred to:** *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *National Bank of Canada (Canadian National Bank) v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *The Glengoil Steamship Co. v. Pilkington (1897)*, 28 S.C.R. 146; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *Djamad v. Banque Royale du Canada*, 2021 QCCA 371; *Audet v. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746, [2012] R.J.Q. 1844; *Ferme Franky 2004 inc. v. Gestions Pierre Saint-Cyr inc. (Centrale de contrôle d'alarmes du Québec)*, 2014 QCCA 848; *Karrum Realities Inc. v. Ama Investments Inc.*, 2007 QCCA 880; 9092-3335 Québec inc. v. 4364856 Canada inc., 2019 QCCS 3666; *Association pour la protection des automobilistes inc. v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 761, [2008] R.J.Q. 918; *Quebec (Commission des normes du travail) v. Asphalte Desjardins inc.*, 2014 SCC 51, [2014] 2 S.C.R. 514; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101; *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 S.C.R. 426; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, aff'd [1997] 3 S.C.R. 844; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Ostiguy v. Allie*, 2017 SCC 22, [2017] 1 S.C.R. 402; *Poissonnerie Bari v. Gestion Inter-parc Inc. (National Tilden)*, 2002 CanLII 111; *Conseil des ports nationaux v. Swift Canadian Co. Ltd.*, [1953] B.R. 730; *Southern Canada Power Co. Ltd. v. Conserverie de Napierville Ltée*, [1967] B.R. 907; *Western Assurance Co. v. Desgagnés*, [1976] 1 S.C.R. 286; *Fenêtres St-Jean Inc. v. Banque Nationale du Canada*, [1990] 69 D.L.R. (4th) 384; *Impact Graphics Ltd. v. B.P.G. Central Security Corp.*, [1995] AZ-95021939; *Empire Cold Storage Co. Ltd. v. La Cie de Volailles Maxi Ltée*, 1995 CanLII 4828; *BNP Paribas (Canada) v. Ikea Property Ltd.*, 2005 QCCA 297, [2005] R.R.A. 319; *Samen Investments Inc. v. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826; *Société de gestion Complan (1980) inc. v. Bell Distribution inc.*, 2009 QCCS 2881, [2009] R.D.I. 569, aff'd 2011 QCCA 320; *Thériault v. Dumas*, 2000 CanLII 5214; *Pruneau v. Société d'agriculture du comté de Richmond*, 2006 QCCQ 12523; *Axa Assurances inc. v. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, 2009 QCCS 862, [2009] R.J.Q. 1104; *Canadian National*

## Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Banque Nationale du Canada (Banque Canadienne Nationale) c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *The Glengoil Steamship Co. c. Pilkington (1897)*, 28 R.C.S. 146; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Goulet c. Cie d'Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Djamad c. Banque Royale du Canada*, 2021 QCCA 371; *Audet c. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746, [2012] R.J.Q. 1844; *Ferme Franky 2004 inc. c. Gestions Pierre Saint-Cyr inc. (Centrale de contrôle d'alarmes du Québec)*, 2014 QCCA 848; *Karrum Realities Inc. c. Ama Investments Inc.*, 2007 QCCA 880; 9092-3335 Québec inc. c. 4364856 Canada inc., 2019 QCCS 3666; *Association pour la protection des automobilistes inc. c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 761, [2008] R.J.Q. 918; *Québec (Commission des normes du travail) c. Asphalte Desjardins inc.*, 2014 CSC 51, [2014] 2 R.C.S. 514; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101; *Karsales (Harrow) Ltd. c. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936; *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561, conf. par [1997] 3 R.C.S. 844; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Ostiguy c. Allie*, 2017 CSC 22, [2017] 1 R.C.S. 402; *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-parc Inc. (National Tilden)*, 2002 CanLII 111; *Conseil des ports nationaux c. Swift Canadian Co. Ltd.*, [1953] B.R. 730; *Southern Canada Power Co. Ltd. c. Conserverie de Napierville Ltée*, [1967] B.R. 907; *Western Assurance Co. c. Desgagnés*, [1976] 1 R.C.S. 286; *Fenêtres St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632; *Impact Graphics Ltd. c. B.P.G. Central Security Corp.*, [1995] AZ-95021939; *Empire Cold Storage Co. Ltd. c. La Cie de Volailles Maxi Ltée*, 1995 CanLII 4828; *BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Ltd.*, 2005 QCCA 297, [2005] R.R.A. 319; *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826; *Société de gestion Complan (1980) inc. c. Bell Distribution inc.*, 2009 QCCS 2881, [2009] R.D.I. 569, conf. par 2011 QCCA 320; *Thériault c. Dumas*, 2000 CanLII 5214; *Pruneau c. Société d'agriculture du comté de Richmond*, 2006 QCCQ 12523; *Axa Assurances inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, 2009 QCCS 862, [2009] R.J.Q. 1104;

*Railway Company v. Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374; *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500.

### Statutes and Regulations Cited

*Civil Code of Lower Canada.*

*Civil Code of Québec*, arts. 6, 7, 8, 9, 424, 1371, 1375, 1378, 1379, 1380, 1381, 1384, 1405, 1410 para. 1, 1411, 1427, 1434, 1437, 1438, 1458, 1474, 1475, 1602, 1613, 1622, 1732, 1733, 1863, 1893, 1900 para. 1, 2070, 2092, 2118, 2298, 2332, 2805.

*Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1, s. 10.

### Authors Cited

Aubert de Vincelles, Carole. “Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles”, [2008] *R.D.C.* 1034.

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile* vol. 2, *Responsabilité professionnelle*, 9<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.

Baudouin Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux*, 7<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2007.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.

Berthold, Gabriel-Arnaud. *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*. Montréal: Yvon Blais, 2016.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds. *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*. Toronto: Emond Montgomery, 1993.

Capitant, Henri. *De la cause des obligations (Contrats, Engagement unilatéraux, Legs)*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 1927.

Charpentier, Élise. “Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du *Code civil du Québec*”, dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2012, 255.

Cossette-Lefebvre, Étienne. “Chronique — Plaidoyer en faveur du rejet de la ‘théorie de l'obligation essentielle’ en droit civil québécois: critique de l'arrêt 6362222 Canada inc. c. Prelco inc., 2019 QCCA 1457, à la lueur du droit comparé”, *Repère*, novembre 2020 (online: <https://www.lareference.editionsyvonblais.com>).

Crépeau, Paul-André. “La fonction du droit des obligations” (1998), 43 *McGill L.J.* 729.

*Canadian National Railway Company c. Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374; *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Bas Canada.*

*Code civil du Québec*, art. 6, 7, 8, 9, 424, 1371, 1375, 1378, 1379, 1380, 1381, 1384, 1405, 1410 al. 1, 1411, 1427, 1434, 1437, 1438, 1458, 1474, 1475, 1602, 1613, 1622, 1732, 1733, 1863, 1893, 1900 al. 1, 2070, 2092, 2118, 2298, 2332, 2805.

*Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, art. 10.

### Doctrine et autres documents cités

Aubert de Vincelles, Carole. « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », [2008] *R.D.C.* 1034.

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile* vol. 2, *Responsabilité professionnelle*, 9<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.

Baudouin Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux*, 7<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.

Berthold, Gabriel-Arnaud. *Peut-on donner d'une clause et reprendre de l'autre? Essai sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat*, Montréal, Yvon Blais, 2016.

Brierley, John E. C., and Roderick A. Macdonald, eds. *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993.

Capitant, Henri. *De la cause des obligations (Contrats, Engagement unilatéraux, Legs)*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1927.

Charpentier, Élise. « Pour une interprétation (très) large de l'article 1437 du *Code civil du Québec* », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2012, 255.

Cossette-Lefebvre, Étienne. « Chronique — Plaidoyer en faveur du rejet de la “théorie de l'obligation essentielle” en droit civil québécois : critique de l'arrêt 6362222 Canada inc. c. Prelco inc., 2019 QCCA 1457, à la lueur du droit comparé », *Repère*, novembre 2020 (en ligne : <https://www.lareference.editionsyvonblais.com>).

Crépeau, Paul-André. « La fonction du droit des obligations » (1998), 43 *R.D. McGill* 729.

- Deshayes, Olivier, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier. “La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats?” (2017), 13 *E.R.C.L.* 418.
- Deslauriers-Goulet, Charlotte. “L’obligation essentielle dans le contrat” (2014), 55 *C. de D.* 923.
- Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d’entreprise ou de services*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2013.
- Ghozlan, Stéphanie. “La notion d’obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives: Étude des systèmes juridiques français et québécois” (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 399.
- Goldstein, Gérald, et Najla Mestiri. “La liberté contractuelle et ses limites — Étude à la lueur du droit civil québécois”, dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*. Montréal: Thémis, 2003, 299.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*, 3rd ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 2020.
- Grammond, Sébastien. “La règle sur les clauses abusives sous l’éclairage du droit comparé” (2010), 51 *C. de D.* 83.
- Jestaz, Philippe. “L’obligation et la sanction: à la recherche de l’obligation fondamentale”, dans Philippe Jestaz, dir., *Autour du droit civil — Écrits dispersés, Idées convergentes*. Paris: Dalloz, 2005, 325.
- Jobin, Pierre-Gabriel, et Michelle Cumyn. *La vente*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
- Jobin, Pierre-Gabriel. “L’étonnante destinée de la lésion et de l’imprévision dans la réforme du code civil au Québec”, [2004] *R.T.D. civ.* 693.
- Jobin, Pierre-Gabriel. “La Cour suprême et la réforme du Code civil” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 27.
- Jobin, Pierre-Gabriel. “La révision du contrat par le juge dans le Code civil”, dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1993, 400.
- Karim, Vincent. *Contrats d’entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers: construction et rénovation), contrat de prestation de services (obligations et responsabilité des professionnels) et l’hypothèque légale*, 4<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2020.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2020.
- L’Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit de la consommation*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2011.
- LeBel, Louis, et Gabriel-Arnaud Berthold. “La cause”, dans Vincent Caron et autres, dir., *Les oubliés du Code civil du Québec*. Montréal: Thémis, 2014, 193.
- Lemieux, Marc. “Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion” (2000), 41 *C. de D.* 61.
- Deshayes, Olivier, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier. « La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats? » (2017), 13 *E.R.C.L.* 418.
- Deslauriers-Goulet, Charlotte. « L’obligation essentielle dans le contrat » (2014), 55 *C. de D.* 923.
- Deslauriers, Jacques. *Vente, louage, contrat d’entreprise ou de services*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013.
- Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues*, 2<sup>e</sup> éd., Comité de rédaction : Paul-André Crépeau et autres, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991, « clause de non-responsabilité ».
- Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues — Les obligations*, Comité de rédaction : Paul-André Crépeau et autres, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, « ordre public de direction ».
- Ghozlan, Stéphanie. « La notion d’obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Étude des systèmes juridiques français et québécois » (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 399.
- Goldstein, Gérald, et Najla Mestiri. « La liberté contractuelle et ses limites — Étude à la lueur du droit civil québécois », dans Benoît Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 299.
- Grammond, Sébastien, Anne-Françoise Debruche and Yan Campagnolo. *Quebec Contract Law*, 3rd ed., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.
- Grammond, Sébastien. « La règle sur les clauses abusives sous l’éclairage du droit comparé » (2010), 51 *C. de D.* 83.
- Jestaz, Philippe. « L’obligation et la sanction : à la recherche de l’obligation fondamentale », dans Philippe Jestaz, dir., *Autour du droit civil — Écrits dispersés, Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, 325.
- Jobin, Pierre-Gabriel, et Michelle Cumyn. *La vente*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
- Jobin, Pierre-Gabriel. « L’étonnante destinée de la lésion et de l’imprévision dans la réforme du code civil au Québec », [2004] *R.T.D. civ.* 693.
- Jobin, Pierre-Gabriel. « La Cour suprême et la réforme du Code civil » (2000), 79 *R. du B. can.* 27.
- Jobin, Pierre-Gabriel. « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans Ernest Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, 400.
- Karim, Vincent. *Contrats d’entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation), contrat de prestation de services (obligations et responsabilité des professionnels) et l’hypothèque légale*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.

- Leveueur-Azémar, Marie. *Études sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2017.
- Levesque, Frédéric. *Précis de droit québécois des obligations: contrat, responsabilité, exécution et extinction*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 2018.
- Masse, Claude. “Civil Liability”, in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-B, *Obligations III, V, VI*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by J. Daniel Phelan. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd. ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- Moore, Benoît. “Les clauses abusives: Dix ans après” (2003), 63 *R. du B.* 59.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.
- Pineau, Jean. “La philosophie générale du Code civil”, dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*. Montréal: Thémis, 1993, 269.
- Pineau, Jean. “La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 423.
- Pineau, Jean. “Theory of Obligations”, in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-A, *Obligations I, II*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993.
- Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons*, 2nd ed. Editorial Committee: Paul-André Crépeau et al. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991, “non-liability clause”.
- Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons — Obligations*, Editorial Committee: Paul-André Crépeau et al. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003, “public order of direction”.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code*. Québec, 1978.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code*, vol. II, t. 2, *Commentaries*. Québec, 1978.
- Rochfeld, Judith. *Cause et type de contrat*. Paris: L.G.D.J., 1999.
- Terré, François, et autres. *Droit civil: Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd. Paris: Dalloz, 2019.
- Vézina, Nathalie. “Préjudice matériel, corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité” (1993), 24 *R.D.U.S.* 161.
- L’Heureux, Nicole, et Marc Lacoursière. *Droit de la consommation*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
- LeBel, Louis, et Gabriel-Arnaud Berthold. « La cause », dans Vincent Caron et autres, dir., *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Thémis, 2014, 193.
- Lemieux, Marc. « Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion » (2000), 41 *C. de D.* 61.
- Leveueur-Azémar, Marie. *Études sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2017.
- Levesque, Frédéric. *Précis de droit québécois des obligations: contrat, responsabilité, exécution et extinction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2018.
- Masse, Claude. « La Responsabilité civile (Droit des Obligations III) », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l’Université Laval, 1993, 313.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd. ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
- Moore, Benoît. « Les clauses abusives: Dix ans après » (2003), 63 *R. du B.* 59.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Thémis, 2001.
- Pineau, Jean. « La philosophie générale du Code civil », dans *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 269.
- Pineau, Jean. « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec » (1992), 71 *R. du B. can.* 423.
- Pineau, Jean. « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l’Université Laval, 1993, 9.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet de Code civil*, Québec, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, t. 2, *Commentaires*, Québec, 1978.
- Rochfeld, Judith. *Cause et type de contrat*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- Terré, François, et autres. *Droit civil: Les obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2019.
- Vézina, Nathalie. « Préjudice matériel, corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993), 24 *R.D.U.S.* 161.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Bélanger and Rancourt J.J.A.), 2019 QCCA 1457, [2019] AZ-51626648, [2019] J.Q. n° 7622 (QL), 2019 CarswellQue 7605 (WL Can.), affirming a decision of Ouellet J., 2016 QCCS 4086, [2016] AZ-51318171, [2016] J.Q. n° 10862 (QL), 2016 CarswellQue 8027 (WL Can.). Appeal allowed.

*Guy J. Pratte and Stéphane Richer*, for the appellant.

*Catherine Cloutier and André Johnson*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND KASIRER J. —

## I. Introduction

[1] This appeal raises the question whether a non-liability clause in a contract is valid in respect of a breach of a fundamental obligation in Quebec civil law. The Superior Court declared (2016 QCCS 4086), on the basis that an exoneration clause or limitation of liability clause is without effect if it relates to the very essence of an obligation — the [TRANSLATION] “doctrine of breach of a fundamental obligation” — that a limitation of liability clause in a freely negotiated contract for services between the appellant, 6362222 Canada inc. (“Createch”), and the respondent, Prelco inc., was inoperative.

[2] In this case, Createch breached its fundamental obligation under the contract, namely to inquire into Prelco’s specific operating needs and requirements and to propose an approach to implementing an integrated management system that would be capable of satisfying them. The trial judge concluded that Createch could not rely on the clause in question in order to limit its liability for material injury it had caused to Prelco. The Court of Appeal confirmed that conclusion, explaining that the doctrine accepted by

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Chamberland, Bélanger et Rancourt), 2019 QCCA 1457, [2019] AZ-51626648, [2019] J.Q. n° 7622 (QL), 2019 CarswellQue 7605 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Ouellet, 2016 QCCS 4086, [2016] AZ-51318171, [2016] J.Q. n° 10862 (QL), 2016 CarswellQue 8027 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Guy J. Pratte et Stéphane Richer*, pour l’appelante.

*Catherine Cloutier et André Johnson*, pour l’intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE KASIRER —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si, en droit civil québécois, une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat est valide à l’égard d’un manquement à une obligation essentielle. L’idée qu’une clause exonératoire ou limitative de responsabilité est sans effet si elle porte sur l’essence même d’une obligation — la « théorie du manquement à une obligation essentielle » — est le fondement qu’a invoqué la Cour supérieure (2016 QCCS 4086), afin de déclarer inopérante une clause limitative de responsabilité prévue au contrat de service librement négocié entre l’appelante 6362222 Canada inc. (« Createch ») et l’intimée Prelco inc.

[2] En l’espèce, Createch a manqué à l’obligation essentielle qui lui incombait suivant le contrat, à savoir s’informer des besoins et conditions spécifiques de l’exploitation de Prelco et lui proposer une méthode d’implantation du système de gestion intégré propre à y satisfaire. Le juge de première instance a conclu que Createch ne peut invoquer la clause en question afin de limiter sa responsabilité à l’égard du préjudice matériel qu’elle a causé à Prelco. La Cour d’appel a confirmé cette conclusion, précisant que

the trial judge exists in Quebec law and that it applied in this case (2019 QCCA 1457).

[3] There are two possible legal bases for the existence of the doctrine and for applying it to this case, and they do not have the same justification. The first is that a non-liability clause relating to a fundamental obligation is inoperative if it is contrary to a rule of public order that limits freedom of contract. The second is that a non-liability clause is inoperative if it releases the debtor from all obligations to the creditor, because the clause thereby deprives the creditor's correlative obligation of its cause and is therefore incompatible with the very existence of the fundamental obligation flowing from the contract as a synallagmatic act. These two bases — public order and absence of an objective cause of the obligation — are central to the dispute between the parties.

[4] Although the Court of Appeal was right to refer to public order and absence of a cause in support of its analysis of the validity of the clause at issue, we nonetheless conclude that the appeal should be allowed. Respectfully stated, neither of the legal bases for the doctrine suffices to negate the non-liability clause to which the parties freely consented in the case at bar, as neither public order nor the non-existence of the obligation can be successfully argued in this appeal.

[5] While it is true that the first basis for the doctrine does apply in certain specific situations provided for in the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*” or “*Code*”), public order does not have the effect, generally, of rendering a non-liability clause relating to a fundamental obligation in a contract by mutual agreement inoperative. The opposite conclusion would be contrary to the scheme of the *Code*. The legislature, by addressing clauses that are inconsistent with higher values it intentionally associated with public order, has allowed sophisticated parties to agree to the allocation of risk in contexts to which the *Code* does not explicitly refer. As to the second basis, the clause at issue does not deprive the obligation of its objective cause. It is common ground

la théorie retenue par le juge de première instance existe en droit québécois et s'applique en l'espèce (2019 QCCA 1457).

[3] Il existe deux fondements juridiques possibles pour appuyer l'existence de la théorie et son application en l'espèce, fondements qui ne reposent pas sur la même justification. Suivant le premier fondement, une clause de non-responsabilité portant sur une obligation essentielle serait inopérante si elle contrevient à une norme d'ordre public qui limite la liberté contractuelle. Suivant le deuxième fondement, une clause de non-responsabilité serait inopérante si elle dégage le débiteur de toutes ses obligations envers le créancier, puisqu'elle priverait alors l'obligation corrélatrice du créancier de sa cause. Elle serait ainsi incompatible avec l'existence même de l'obligation essentielle issue du contrat en tant qu'acte synallagmatique. Ces deux fondements — l'ordre public et l'absence de cause objective de l'obligation — sont au cœur du débat entre les parties.

[4] Bien que la Cour d'appel ait eu raison d'évoquer l'ordre public et l'absence de cause pour justifier l'analyse de la validité de la clause en litige, nous sommes néanmoins d'avis que l'appel doit être accueilli. Soit dit en tout respect, aucun des fondements juridiques de la théorie ne permet de faire échec à la clause de non-responsabilité librement consentie en l'espèce, puisque ni l'ordre public, ni l'inexistence de l'obligation ne peuvent être invoqués avec succès dans le cadre du présent pourvoi.

[5] S'il est vrai que le premier fondement de la théorie trouve application dans certains contextes particuliers prévus par le *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* » ou « *Code* »), l'ordre public n'a pas, de manière générale, pour effet de rendre inopérante une clause de non-responsabilité couvrant une obligation essentielle dans les contrats de gré à gré. Conclure autrement irait à l'encontre de l'économie du *Code*. En s'attaquant aux clauses qui ne respectent pas des valeurs supérieures qu'il associe, à dessein, à l'ordre public, le législateur permet aux parties avisées de convenir de la répartition des risques dans des contextes dont le *Code* ne traite pas explicitement. En ce qui concerne le deuxième fondement, la clause en litige n'a pas pour effet de priver l'obligation de sa

that the prestation agreed to is due from the debtor, Createch, even if the sanctions for nonperformance of the agreement are undermined by the effect of the non-liability clause. The creditor, Prelco, in fact concedes that it gave Createch a [TRANSLATION] “chance to correct its errors and make specific performance” (R.F., at para. 121). An effective sanction, namely specific performance and agreed damages for unsatisfactory services, is still possible. This sanction reflects an obligation that has a cause — Createch’s contractual counterprestation — an obligation whose existence is not open to question.

## II. Background

[6] The business relationship between Createch and Prelco began in 2007. Createch is a consulting firm specialized in performance improvement and in the implementation of integrated management systems. Prelco is a large manufacturing company that makes and transforms flat glass for various architectural and industrial uses. Its production operations are conducted in several plants — all of them interconnected — that are located in Rivière-du-Loup, in Montréal and in Edmundston, New Brunswick.

[7] Prelco engaged Createch to improve the company’s business processes relating to customer service. A number of projects for that purpose were carried out in 2007 and 2008, and all of them met Prelco’s expectations. While doing this work, Createch informed Prelco that its computer systems were not particularly efficient, as they were composed of a large number of programs whose databases functioned autonomously. Prelco asked Createch’s advice on this.

[8] Createch agreed to conduct a summary analysis of the systems in question. Upon the completion of that analysis, Prelco invited Createch, in late February or early March 2008, to present a proposal for the supply of software and professional services in order to implement an integrated management system in its business.

cause objective. Il n’est pas contesté que la prestation convenue est due par la débitrice Créatech, même si les sanctions pour l’inexécution de l’entente sont affaiblies par l’effet de la clause de non-responsabilité. En effet, la créancière Prelco concède qu’elle a donné à Créatech la « chance de corriger ses erreurs et de s’exécuter en nature » (m.i., par. 121). Une sanction réelle, soit l’exécution en nature et l’obtention de dommages-intérêts convenus pour les services défectueux, demeure possible. Cette sanction est le reflet d’une obligation assortie d’une cause — la contre-prestation contractuelle de Créatech — obligation dont l’existence ne peut être remise en question.

## II. Contexte

[6] La relation commerciale entre Créatech et Prelco débute en 2007. Créatech est un cabinet de services-conseils spécialisé en amélioration de la performance et en implantation de systèmes de gestion intégrés. Prelco est une entreprise manufacturière d’envergure œuvrant dans la fabrication et la transformation du verre plat pour divers usages architecturaux et industriels, dont les activités de production sont réparties dans plusieurs usines — toutes liées entre elles — situées à Rivière-du-Loup, à Montréal et à Edmundston (Nouveau-Brunswick).

[7] Prelco sollicite les services de Créatech dans le but d’améliorer les processus de fonctionnement pour le volet service à la clientèle de l’entreprise. En 2007 et 2008, divers projets se réalisent en ce sens et tous correspondent aux attentes de Prelco. Ce faisant, Créatech lui mentionne que ses systèmes informatiques ne sont pas des plus performants, ceux-ci étant composés d’un grand nombre de logiciels dont les bases de données fonctionnent d’une façon autonome. Prelco lui demande conseil à cet égard.

[8] Créatech accepte de procéder à une analyse sommaire des systèmes concernés. Au terme de cette analyse, Prelco invite Créatech, vers la fin février ou au début mars 2008, à lui présenter une proposition pour la fourniture de logiciels et de services professionnels afin d’implanter au sein de son entreprise un système de gestion intégré.

[9] A draft contract prepared by Createch in 2008 was thus submitted to Prelco. Negotiations then took place. Prelco did not ask for any changes to the proposed general conditions (Sup. Ct. reasons, at paras. 20-22 (CanLII)), which included provisions concerning the parties' general responsibilities.

[10] According to the provisions in question, responsibility for [TRANSLATION] "implementation and deliverables" was in some instances said to be "shared" by the parties, whereas in others it amounted, for Createch only, to a "limited" responsibility that consisted in providing "ad hoc support as well as advice" (joint sch., vol. I, at p. 244). Finally there were some tasks for which Prelco was to be fully responsible. The draft contract also included an estimate of the time each of the parties was to spend on the project.

[11] The other clauses of the proposed general conditions included cl. 7 entitled [TRANSLATION] "Limited Liability", which is central to this case:

[TRANSLATION] Createch's liability to the client for damages that can be attributed to any cause whatsoever, regardless of the nature of the action, whether provided for in the agreement or delictual, shall be limited to amounts paid to Createch under the Agreement unless such damages result from gross negligence or wilful misconduct on Createch's part. If such damages result from the delivery of unsatisfactory services, Createch's liability shall be limited to the amount of any fees paid in relation to the said unsatisfactory services.

Createch may not be held liable for any damages resulting from the loss of data, profits or revenue or from the use of products or for any other special, consequential or indirect damages relating to services and/or material provided pursuant to the Agreement unless such damages result from gross negligence or wilful misconduct on Createch's part.

(joint sch., vol. I, at p. 227)

[12] There were nonetheless discussions about the sharing of risks relating to cost overruns for services,

[9] Un projet de contrat préparé par Créatech en 2008 est donc soumis à Prelco. Il s'ensuit des négociations. Prelco ne demande aucune modification aux conditions générales proposées (motifs de la C.S., par. 20-22 (CanLII)), lesquelles comprennent, entre autres choses, des dispositions portant sur les responsabilités générales des parties.

[10] Selon ces dispositions, tantôt la responsabilité « dans la réalisation et les livrables » est dite « partagée » par les parties, tantôt elle se résume, seulement pour Créatech, à une responsabilité « limitée » consistant à fournir « un support ad hoc ainsi que des conseils » (ann. communes, vol. I, p. 244). Enfin, certaines tâches reviennent entièrement à Prelco. Le projet de contrat prévoit également une estimation des heures que les parties devront, respectivement, consacrer à la réalisation du projet.

[11] Parmi les autres clauses des conditions générales proposées, on trouve aussi la cl. 7, intitulée « Responsabilité limitée », qui est au cœur du présent litige :

La responsabilité de Créatech face au client pour les dommages attribuables à quelque cause que ce soit et sans égard à la nature de l'action, qu'elle soit prévue à l'entente ou délictuelle, sera limitée aux sommes versées à Créatech aux termes de l'Entente, à moins que de tels dommages ne résultent de la négligence grossière ou de l'inconduite volontaire de Créatech. Si tels dommages résultent de la déficience des services, la responsabilité de Créatech sera limitée au montant des honoraires payés relativement auxdits services déficients.

Créatech ne pourra être tenu responsable pour quelconque dommage résultant de la perte de données, de profits ou de revenus ou découlant de l'utilisation de produits ou pour tout autre dommage particulier, consécutif ou indirect relativement aux services et/ou matériaux fournis en vertu de l'Entente, à moins que tel dommage ne résulte de la négligence grossière ou de l'inconduite volontaire de Créatech.

(ann. communes, vol. I, p. 227)

[12] Des discussions concernant la question du partage des risques relatifs au dépassement budgétaire

and these resulted in Createch accepting a reduced hourly rate of 50 percent for the “contingency of the project” portion.

[13] In April 2008, the parties signed an agreement (“Contract”) for the implementation at Prelco of a Microsoft Dynamics NAV integrated management solution, a prestation whose estimated value was \$650,574. The amount payable to Createch was approximate, because a monthly billing method [TRANSLATION] “on a time and materials basis in accordance with hours used and payable upon receipt of the invoice” was provided for (joint sch., vol. I, at p. 246). Clause 7 quoted above ultimately appeared verbatim in the Contract.

[14] When the system was implemented, numerous problems arose: inconsistent invoices sent to customers, errors in putting orders into production, shipping delays, and inefficiency of the planning and production system, which was slow. Faced with these recurring problems, Prelco terminated its contractual relationship with Createch in the spring of 2010 and then engaged another firm, Irisco, to make the integrated management system functional. After Irisco had resolved the problems, the integrated management system functioned properly. Prelco was able to use the system and to manage its production, although it did not benefit from all the expected advantages.

[15] Prelco brought an action against Createch for \$6,246,648.94 in damages. This amount related to the reimbursement of an overpayment, costs for restoring the system, the reimbursement of claims from customers, and loss of profits. Createch in turn filed a cross-application for \$331,134.42, the unpaid balance for the project.

### III. Judicial History

#### A. *Quebec Superior Court, 2016 QCCS 4086 (Ouellet J.)*

[16] The trial judge found that the integrated management system’s performance problems could be attributed to an erroneous approach adopted by

sur les services sont néanmoins entreprises, au terme desquelles Créatech accepte un taux horaire réduit de 50 p. 100 pour la partie « contingence du projet ».

[13] En avril 2008, les parties signent l’entente (« Contrat ») afin d’implanter chez Prelco une solution de gestion intégrée Microsoft Dynamics NAV, prestation dont la valeur estimée s’élève à 650 574 \$. La somme payable à Créatech est approximative, puisqu’un mode de facturation mensuelle, « sur une base temps et matériel selon les heures utilisées et payables à la réception de la facture », est prévu (ann. communes, vol. I, p. 246). La clause 7, citée plus haut, figure au Contrat tel que rédigé en définitive.

[14] Lors de l’implantation du système, les embûches s’accumulent : envoi de factures incohérentes aux clients, erreurs dans la mise en production des commandes, retards dans l’expédition et inefficacité du système de planification et de production, qui se caractérise par sa lenteur. Devant ces problèmes récurrents, Prelco met fin à ses relations contractuelles avec Créatech au printemps 2010 et confie alors à une autre firme, Irisco, le mandat de rendre fonctionnel le système de gestion intégré. Une fois les correctifs apportés par Irisco, le système de gestion intégré fonctionne. Prelco peut l’exploiter et gérer sa production, bien qu’elle ne bénéficie pas de tous les avantages attendus.

[15] Prelco entreprend contre Créatech une action en dommages-intérêts de 6 246 648,94 \$. Cette somme représente le remboursement d’un trop-payé, les frais engagés pour rétablir le système, le remboursement des réclamations des clients ainsi que des pertes de profits. De son côté, Créatech dépose une demande reconventionnelle au montant de 331 134,42 \$, soit le solde impayé pour le projet.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour supérieure du Québec, 2016 QCCS 4086 (le juge Ouellet)*

[16] Le juge de première instance conclut que la cause des problèmes de performance du système de gestion intégré est attribuable à l’approche erronée

Createch on beginning the project. Rather than personalizing the NAV software, Createch should have integrated into it [TRANSLATION] “proven programs that were available on the market” (para. 169).

[17] In the trial judge’s view, because Createch’s conduct [TRANSLATION] “did not show gross recklessness, gross carelessness or gross negligence”, this mistake could not be characterized as an intentional fault (para. 207). He added that the “particular structure of the [C]ontract, [which required] extensive involvement of both the service provider and the client in implementing the . . . system”, meant that a gross fault could not be attributed to Createch (para. 208).

[18] He also found that the Contract, having resulted from discussions between the parties, could not be characterized as a contract of adhesion. It was a synallagmatic contract — more precisely a time and materials contract for services — under which Createch had an obligation of means. Having been negotiated by mutual agreement between sophisticated legal persons, the Contract was not subject to consumer protection legislation.

[19] The limitation of liability clause in the Contract was nevertheless inoperative, because Createch had breached its fundamental obligation, that is, [TRANSLATION] “to properly identify and propose management software and a development approach suited to Prelco’s situation such that the integrated management system would be fully operational” (paras. 213 and 220-25). Having misunderstood “the scale and complexity of Prelco’s operations”, Createch had committed a fault in its initial choice as to the approach to take in implementing the management system and had as a result breached its fundamental obligation (para. 215). Because of this erroneous initial choice, Createch had not understood that the system required indexes, which was a “fundamental error” whose effect had been to cause the system to freeze for several minutes when tables were being consulted (para. 225).

[20] Citing certain academic commentary and judicial decisions in this regard, the trial judge explained that [TRANSLATION] “there is now a view in our civil

adoptée par Créatech dès le commencement du projet. Au lieu d’effectuer des personnalisations à partir du programme NAV, Créatech aurait dû intégrer à ce logiciel « des programmes éprouvés disponibles sur le marché » (par. 169).

[17] Selon le juge, comme la conduite de Créatech « ne démontre pas de l’insouciance, de l’imprudence ou de la négligence grossière », cette erreur ne peut être qualifiée de faute intentionnelle (par. 207). De plus, en raison de la « structure particulière du [C]ontrat [exigeant] une implication importante tant du fournisseur que du client dans l’implantation du système », le juge exclut toute faute lourde attribuable à Créatech (par. 208).

[18] Il conclut également que le Contrat, fruit de discussions entre les parties, ne peut être qualifié de contrat d’adhésion. Il s’agit d’un contrat synallagmatique —, plus exactement un contrat de service de type temps et matériel — assorti d’une obligation de moyens imposée à Créatech. Négocié de gré à gré entre personnes morales avisées, le Contrat n’est pas assujéti aux mesures législatives sur la protection du consommateur.

[19] La clause limitative de responsabilité stipulée au Contrat est, malgré tout, inopérante, car Créatech a manqué à son obligation essentielle, c’est-à-dire « bien identifier et proposer un logiciel de gestion et une méthode de développement qui soit appropriée à la situation de Prelco de façon à ce que le système de gestion intégré soit pleinement opérationnel » (par. 213 et 220-225). N’ayant pas compris « l’ampleur et la complexité des opérations » de Prelco, Créatech a commis une faute dans son choix initial de l’approche d’implantation du système de gestion, manquant ainsi à son obligation essentielle (par. 215). En raison de ce choix initial erroné, Créatech n’a pas saisi la nécessité d’insérer des index au système — une « erreur fondamentale » qui a pour effet de paralyser le système pendant plusieurs minutes lors de la consultation des tables (par. 225).

[20] Citant un courant doctrinal et une certaine jurisprudence à cet effet, le juge explique qu’« une tendance s’est développée dans notre droit civil de façon

law that a non-liability clause becomes inoperative in the event of a breach of a fundamental obligation by the party who benefits from that clause” (para. 210). He added, in a comment he himself described as being in *obiter*, that the obligation of good faith flowing from arts. 6, 7 and 1375 *C.C.Q.* could also serve as a basis for his conclusion that the doctrine applies to the facts of this case (para. 226).

[21] The trial judge nevertheless found that liability for the damages claimed by Prelco could not lie completely with Createch, although the latter did bear the greatest share of that liability. Prelco had had human resource problems and, like Createch, had minimized the risk related to its employees’ lack of training and preparation when they had jointly decided to launch the system. The trial judge therefore apportioned liability between them, ascribing 60 percent to Createch and 40 percent to Prelco.

[22] Regarding Prelco’s claims, the trial judge began by rejecting the one for an overpayment of \$1,567,325, finding that Prelco had not paid unnecessarily for the software and services provided by Createch. After the work done by Irisco, he observed, [TRANSLATION] “the NAV system functioned and was used by Prelco” (para. 233). If the items “software” and “maintenance” were excluded, he stated, Prelco had not shown “what portion of the \$1,520,000 represented unnecessary work from which Prelco does not now benefit” (*ibid.*). However, the trial judge accepted Prelco’s claim for \$79,200 for fees paid to Irisco. Because those fees resulted from Createch’s error in its choice for the approach to implementation, he did not apportion liability.

[23] As to the claims from customers and loss of profits on sales made and lost by Prelco, the trial judge apportioned liability and fixed the amounts payable to that company at \$189,200 and \$1,935,000 respectively. Because he had found that the integrated management system functioned and was being used

à ce qu’une clause de non-responsabilité devienne inopérante s’il y a manquement à une obligation essentielle de la part du cocontractant qui bénéficie de cette clause » (par. 210). Dans une remarque qu’il qualifie lui-même d’*obiter*, il ajoute que l’obligation de bonne foi découlant des art. 6, 7 et 1375 *C.c.Q.* peut également servir de fondement à sa conclusion sur l’application de la théorie aux faits de la présente affaire (par. 226).

[21] Néanmoins, le juge estime que la responsabilité à l’égard des dommages-intérêts réclamés par Prelco ne peut reposer entièrement sur Créatech, bien que la part la plus importante de cette responsabilité lui soit attribuable. Prelco éprouve des problèmes de ressources humaines et, tout comme Créatech, minimise les risques liés au manque de formation et de préparation du personnel lorsqu’elles décident, conjointement, de mettre en marche le système. En conséquence, le juge répartit la responsabilité entre Créatech et Prelco dans une proportion de 60 p. 100 et 40 p. 100 respectivement.

[22] En ce qui concerne les chefs de réclamation de Prelco, le juge rejette d’abord celui concernant le trop-payé de 1 567 325 \$, estimant que cette dernière n’a pas payé inutilement pour les logiciels et services rendus par Créatech. À la suite des travaux réalisés par Irisco, remarque-t-il, « le système NAV fonctionne et est utilisé par Prelco » (par. 233). Si l’on exclut les postes « logiciels » et « maintenance », de dire le juge, Prelco n’a pas démontré « quelle portion du 1 520 000 \$ représente du travail inutile pour lequel Prelco ne tire aujourd’hui aucun avantage » (*ibid.*). Le juge accorde toutefois le montant de 79 200 \$ réclamé par Prelco au titre des honoraires payés à Irisco. Puisque ceux-ci découlent du choix erroné par Créatech de l’approche d’implantation, le juge ne retient pas le partage de responsabilité.

[23] En ce qui concerne les réclamations des clients, ainsi que les pertes de profits sur les ventes réalisées et perdues par Prelco, le juge applique le partage de responsabilité et fixe les sommes payables à cette dernière à 189 200 \$ et 1 935 000 \$ respectivement. Comme le juge conclut que le système de

by Prelco, he rejected Prelco’s principal argument and granted Createch’s cross-application.

[24] The trial judge ultimately ordered Createch to pay Prelco \$2,203,400 in damages. However, because he was granting Createch’s cross-application in the amount of \$331,134, he effected compensation between the two claims. The result of compensation was that the amount Createch owed Prelco was \$1,872,266.

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 1457 (Chamberland, Bélanger and Rancourt JJA.)*

[25] Createch appealed the Superior Court’s judgment. In Createch’s view, the trial judge had erred in finding that the limitation of liability clause in the Contract was inoperative because it had breached a fundamental obligation. Prelco initiated an incidental appeal, submitting that the trial judge had made several errors in calculating the damages related to its share of liability, the value of the services delivered by Createch and the amount representing lost sales.

[26] The Court of Appeal dismissed Createch’s appeal, holding unanimously that the mere fact that a breach relates to a fundamental obligation can suffice for the doctrine of breach of a fundamental obligation to neutralize an exoneration clause or limitation of liability clause. It concluded that the doctrine applies in a case such as the one before it. The court began by noting that exoneration clauses and limitation of liability clauses relating to material injury caused to another are valid in Quebec civil law, but that, in the words of the first paragraph of art. 1474 *C.C.Q.*, no one may rely on such a clause to exclude or limit his or her liability “for material injury caused to another through an intentional or gross fault”.

[27] Furthermore, the Court of Appeal did not accept Createch’s argument that the rejection of the common law doctrine of “fundamental breach” in *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia*

gestion intégré fonctionne et est utilisé par Prelco, il rejette en conséquence son principal argument et accueille la demande reconventionnelle de Créatech.

[24] En définitive, le juge condamne Créatech à verser 2 203 400 \$ en dommages-intérêts à Prelco. Toutefois, puisqu’il a accueilli la demande reconventionnelle de Créatech pour une somme de 331 134 \$, le juge opère compensation entre les deux créances. Une fois la compensation opérée, la dette de Créatech envers Prelco s’élève à 1 872 266 \$.

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 1457 (les juges Chamberland, Bélanger et Rancourt)*

[25] Créatech porte en appel le jugement de la Cour supérieure, étant d’avis que le juge de première instance a fait erreur en concluant que la clause limitative de responsabilité prévue au Contrat est inopérante parce qu’elle aurait manqué à une obligation essentielle. De son côté, Prelco forme un appel incident, soutenant que le juge de première instance a commis plusieurs erreurs relativement au calcul des dommages-intérêts liés à sa part de responsabilité, à la valeur des services rendus par Créatech et au montant représentant les ventes perdues.

[26] Rejetant l’appel principal de Créatech, la Cour d’appel décide à l’unanimité que la théorie du manquement à une obligation essentielle peut neutraliser l’effet d’une clause exonératoire ou limitative de responsabilité du seul fait que le manquement porte sur une obligation essentielle. Elle conclut que la théorie s’applique dans un cas comme celui dont elle est saisie. La cour reconnaît d’entrée de jeu que les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité concernant le préjudice matériel causé à autrui sont valides en droit civil québécois, mais que, suivant les termes du premier alinéa de l’art. 1474 *C.c.Q.*, nul ne peut s’appuyer sur une telle clause pour exclure ou limiter sa responsabilité « pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde ».

[27] De plus, la Cour d’appel ne retient pas la prétention de Créatech selon laquelle le rejet de la théorie de l’« inexécution fondamentale » (« *fundamental breach* ») en common law dans l’arrêt

(*Transportation and Highways*), 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, barred Prelco’s claim. In the Court of Appeal’s view, the doctrine of breach of a fundamental obligation is not solely a common law rule, but is also a creation of the Quebec courts drawn from civil law commentary and jurisprudence. *Tercon* is therefore of no consequence in the case at bar, because this means of neutralizing non-liability clauses has an independent legal basis that is proper to the civil law. Nor does this development represent [TRANSLATION] “an isolated case of judicial creation” (C.A. reasons, at para. 25 (CanLII)), as it brings to mind principles developed by this Court in other contexts, such as in *National Bank of Canada (Canadian National Bank) v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339, at pp. 359-63, and *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103, at para. 85.

[28] The Court of Appeal noted that the Quebec courts and several authors have recognized that the doctrine applies in a commercial context such as this. It referred to a number of principles to justify the existence of what it described as the [TRANSLATION] “rule of . . . fundamental obligation” for finding that the clause is invalid, including “commutative justice”, flexible application of gross fault, “reciprocity of obligations” and “total absence of cause of the obligation” (para. 39, citing D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (3rd ed. 2018), at No. 2980).

[29] The Court of Appeal therefore concluded that the trial judge had not erred in finding that the non-liability clause was inoperative for the purposes of art. 1438 *C.C.Q.*, as the clause affected a fundamental obligation of the Contract (para. 41). The court explained that the question was whether the clause [TRANSLATION] “drains the contract of its essential effect or paralyzes the fundamental obligation” (para. 45). To apply the clause in the instant case would, when all is said and done, amount to allowing Createch [TRANSLATION] “to free itself from its fundamental obligation and would strip the [C]ontract of its essential effect” (para. 49). The Court of Appeal dismissed the incidental appeal on the basis that the trial judge had made no palpable and overriding error with respect to the three grounds that were raised.

*Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, fait obstacle à la demande de Prelco. Suivant la Cour d’appel, la théorie du manquement à une obligation essentielle n’est pas seulement une règle de common law, mais elle est aussi une création des tribunaux québécois, inspirée par la doctrine et la jurisprudence civilistes. L’arrêt *Tercon* n’a donc pas d’impact sur le sort de l’affaire, puisque ce moyen de neutralisation des clauses de non-responsabilité possède un fondement juridique indépendant et propre au droit civil. De même, ce développement ne constitue pas « un cas isolé de création judiciaire » (motifs de la C.A., par. 25 (CanLII)), rappelant les enseignements de notre Cour dans d’autres contextes, notamment dans *Banque Nationale du Canada (Banque Canadienne Nationale) c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, p. 359-363, et *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103, par. 85.

[28] La Cour d’appel souligne que la jurisprudence québécoise ainsi qu’un fort courant doctrinal reconnaissent la théorie dans un contexte commercial comme ici. Elle évoque des principes divers pour justifier l’existence de ce qu’elle qualifie de « règle [de l’]obligation essentielle » pour invalider la clause, dont la « justice commutative », l’application souple de la faute lourde, la « réciprocité des obligations », ainsi que l’« absence totale de cause de l’obligation » (par. 39, citant D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (3<sup>e</sup> éd. 2018), n<sup>o</sup> 2980).

[29] Elle conclut donc que le juge de première instance n’a pas fait erreur en déclarant inopérante, au sens de l’art. 1438 *C.c.Q.*, la clause de non-responsabilité, cette dernière visant une obligation essentielle au Contrat (par. 41). Elle précise que la question consiste à déterminer si la clause « vide le contrat de son effet essentiel ou paralyse l’obligation essentielle » (par. 45). Appliquer la clause dans le présent cas reviendrait en définitive à permettre à Createch « de se dégager de son obligation fondamentale et priverait le [C]ontrat de son effet essentiel » (par. 49). L’appel incident est rejeté, le juge de première instance n’ayant commis aucune erreur manifeste et déterminante concernant les trois moyens soulevés.

#### IV. Issue

[30] The issue in this case is a question of law: Can Createch’s failure to perform a fundamental obligation of the Contract render cl. 7 of this contract inoperative? This question cannot be dissociated from the legal context of the case: Createch’s breach of an obligation of means was a simple fault and not a gross or intentional fault. This contractual fault caused material injury and not bodily or moral injury. The clause on which Createch relies is in a contract by mutual agreement that was negotiated by two sophisticated legal persons and not in a contract of adhesion or a consumer contract. Does the doctrine of breach of a fundamental obligation — which unquestionably forms part of Quebec law in certain legal contexts — apply to the fault committed by Createch so as to negate cl. 7 of the Contract?

[31] It bears noting that we will be using the generic term “non-liability clause” to refer to a clause “by which the parties agree in advance to exclude or limit the debtor’s liability resulting from the non-performance of an obligation” (*Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons* (2nd ed. 1991), by P.-A. Crépeau, ed., at p. 288). To distinguish a clause that excludes liability from one that limits it, we will use, for the former, “exoneration clause” and, for the latter, “limitation of liability clause”; where the distinction between the two is of no consequence for our purposes, we will use the term “non-liability clause”. Although theoretically distinct, these clauses are often dealt with together both in legislation and by judges and academic commentators (see, e.g., art. 1474 *C.c.Q.*, and the explanations in J. E. C. Brierley and R. A. Macdonald, eds., *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law* (1993), at No. 523).

#### V. Arguments of the Parties

[32] Createch argues that the doctrine of breach of a fundamental obligation cannot apply in the context of a contract by mutual agreement, submitting that

#### IV. Question en litige

[30] La question en litige en est une de droit : l’omission de Créatech d’exécuter une obligation essentielle du Contrat peut-elle rendre inopérante la cl. 7 de ce contrat? Cette question est indissociable du contexte juridique du litige : le manquement commis par Créatech à l’égard d’une obligation de moyens est une faute simple et non une faute lourde ou intentionnelle. Cette faute contractuelle a entraîné un préjudice matériel et non un préjudice corporel ou moral. La clause sur laquelle Créatech s’appuie s’inscrit dans un contrat de gré à gré, négocié entre deux personnes morales avisées, et non dans un contrat d’adhésion ou un contrat de consommation. La théorie du manquement à une obligation essentielle — qui fait incontestablement partie du droit québécois dans certains contextes juridiques — s’applique-t-elle à la faute commise par Créatech de manière à faire échec à la cl. 7 du Contrat?

[31] Nous tenons à préciser que nous utilisons le terme générique « clause de non-responsabilité » pour désigner une clause « par laquelle les parties conviennent à l’avance de supprimer ou de limiter la responsabilité découlant, pour le débiteur, de l’inexécution d’une obligation » (*Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* (2<sup>e</sup> éd. 1991), par P.-A. Crépeau, dir., p. 95). Pour distinguer les clauses qui suppriment la responsabilité de celles qui la limitent, nous utiliserons, pour la première, le terme « clause exonératoire de responsabilité » et, pour la seconde, le terme « clause limitative de responsabilité »; enfin, lorsque nous ne nous attachons pas à la distinction entre les deux, nous utiliserons l’expression « clause de non-responsabilité ». Distinctes sur le plan théorique, ces clauses sont souvent traitées ensemble par la loi et en jurisprudence et doctrine (voir, p. ex., l’art. 1474 *C.c.Q.*, et les explications dans J. E. C. Brierley et R. A. Macdonald, dir., *Quebec Civil Law : An Introduction to Quebec Private Law* (1993), n<sup>o</sup> 523).

#### V. Arguments des parties

[32] Plaidant que la théorie du manquement à une obligation essentielle ne peut s’appliquer dans le contexte d’un contrat de gré à gré, Créatech soutient

[TRANSLATION] “it would be inconsistent to disallow an exoneration clause merely because it affects the ‘*essence of the contract*’” (A.F., at para. 38 (emphasis in original)). Although the doctrine is relevant in certain cases of abuse of bargaining power or imbalance between contracting parties that have been identified by the legislature, Createch asserts that it cannot apply in this case and that the opposite conclusion would be contrary to the scheme of the *Code*. Even though its fault in this case relates to a fundamental obligation, Createch points out that the Contract contains a limitation of liability clause and that such clauses have been considered valid in Quebec law since the end of the 19th century. The legislature has thus left the parties free to limit, or even to completely exclude, contractual liability in the name of autonomy of the will, a principle that was retained in the *Civil Code of Québec*, provided that such limitation or exclusion is not otherwise prohibited by law. To exclude one’s liability for a simple fault by contract “is not contrary to public order” (A.F., at para. 37, fn. 52) where what is at issue is the apportionment of risk in a complex commercial contract that has been negotiated freely, because there is no inequality or unfairness to correct.

[33] Createch adds that the clause in question does not deprive the obligation of its cause. Quoting various academic commentators, Createch submits that the concept of cause of the obligation [TRANSLATION] “would be relevant only if the clause denied the creditor any remedy in the event of nonperformance” (A.F., at para. 64 (emphasis deleted), quoting Lluellas and Moore, at No. 2980). What is more, to relax the concept of gross fault would be contrary to the definition set out in art. 1474 *C.C.Q.*, and such a conclusion would at any rate be inconsistent with the trial judge’s findings of fact.

[34] Prelco counters that the doctrine justifies the trial judge’s conclusion that a non-liability clause that applies to a fundamental obligation is inoperative for that reason alone. Prelco proposes, citing, among others, *Cie Immobilière Viger Ltée v. Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, that despite the *Code*’s apparent silence, this rule drawn from the decided cases and the academic literature applies to contracts by mutual agreement as much as to contracts of

qu’« il serait incohérent d’écarter les clauses exonératoires dès qu’elles touchent l’“*essence du contrat*” » (m.a., par. 38 (en italique dans l’original)). Bien que pertinente pour répondre à certains cas d’abus de pouvoir de négociation ou de déséquilibre entre parties contractantes identifiées par le législateur, Créatech affirme que la théorie ne saurait trouver application en l’espèce et que conclure autrement serait contraire à l’économie du *Code*. En dépit du fait que sa faute porte ici sur une obligation essentielle, Créatech souligne que le Contrat comporte une clause limitative de responsabilité et que ce type de clause est jugé valide en droit québécois depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Le législateur laisse ainsi les parties libres de limiter, voire d’écarter complètement, la responsabilité contractuelle au nom de l’autonomie de la volonté, principe retenu dans le *Code civil du Québec*, dans la mesure où cette limitation ou exclusion n’est pas autrement prohibée par la loi. S’exonérer contractuellement pour une faute simple « n’est pas contraire à l’ordre public » (m.a., par. 37, note 52) lorsqu’il est question de l’aménagement des risques dans les contrats commerciaux complexes, négociés librement, puisqu’il n’y a aucune inégalité ou injustice à corriger.

[33] Créatech ajoute que la clause en question ne prive pas l’obligation de sa cause. Citant divers auteurs de doctrine, elle soutient que la notion de cause de l’obligation « n’aurait de pertinence que dans l’hypothèse où la clause dénierait tout recours au créancier victime d’une inexécution » (m.a., par. 64 (soulignement omis), citant Lluellas et Moore, n° 2980). Par ailleurs, un assouplissement de la notion de faute lourde irait à l’encontre de la définition prévue à l’art. 1474 *C.c.Q.* et, de toute façon, il s’agirait d’une conclusion qui serait incompatible avec les conclusions factuelles du juge de première instance.

[34] Prelco répond que la théorie justifie la conclusion du juge de première instance portant qu’une clause de non-responsabilité est inopérante du seul fait qu’elle couvre une obligation essentielle. Citant notamment l’arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée c. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, elle propose que cette règle d’origine jurisprudentielle et doctrinale s’applique autant aux contrats de gré à gré qu’aux contrats d’adhésion ou de consommation, malgré

adhesion or consumer contracts. There was nothing wrong with the conclusion of the courts below, as a contract clause cannot be used to [TRANSLATION] “change the nature of the contract” by removing “its entire substance” (transcript, at p. 69). Not only is there nothing in the *Code* to bar this rule developed by the courts and authors, but a number of its provisions in fact represent a basis for the doctrine on which the trial judge and the Court of Appeal relied in the instant case.

[35] First, Prelco argues that the justification for the doctrine according to which a non-liability clause is invalid in the event of a breach of a fundamental obligation can be found in the foundations of the Quebec law of obligations, including the duty to honour one’s contractual undertakings (art. 1458 *C.C.Q.*). Second, it submits that various concepts of our civil law confirm that the doctrine exists and is legitimate, including the principle of reciprocity of obligations (arts. 1378, 1380 and 1381 *C.C.Q.*), those of good faith and equity in contractual relations (arts. 6, 7, 1375 and 1434 *C.C.Q.*), and the concept of cause of the obligation (art. 1371 *C.C.Q.*). Third, it argues that coherence in contracting, one of the principles on which the doctrine is based, requires that any non-liability clause whose effect would be to strip the contract of its purpose be annulled (art. 1427 *C.C.Q.*).

#### VI. Applicable Legal Framework

[36] For the reasons that follow, and with respect, we are of the view that the clause should be found to be valid despite the breach of a fundamental obligation alleged against Createch. First, clauses like this one are permitted by the *Code*, and none of the circumstances in which the legislature has provided that such a clause would be invalid on the basis of public order — what is known as “legislative” or “formal” public order — apply in this case. Although the general law does allow for the evolution of the concept of public order through judicial action — what is known as “judicial” or “virtual” public order — there is every reason to believe that the scheme of the *Code* excludes such an innovation for the clause at issue here (on the distinction between legislative public order and judicial public order, see

les silences apparents du *Code*. Rien ne s’oppose à la conclusion des tribunaux inférieurs, puisqu’on ne peut pas, par une clause contractuelle, « dénaturer [le contrat] » en lui enlevant « toute sa substance » (transcription, p. 69). Non seulement le *Code* ne fait pas obstacle à cette règle développée par les tribunaux et les auteurs, mais en outre, plusieurs de ses dispositions offrent une assise à la théorie sur laquelle le juge de première instance et la Cour d’appel s’appuient en l’espèce.

[35] Premièrement, Prelco prétend que la théorie préconisant l’invalidité des clauses de non-responsabilité en cas de manquement à une obligation essentielle trouve sa justification dans les fondements du droit québécois des obligations, dont le devoir d’honorer ses engagements contractuels (art. 1458 *C.c.Q.*). Deuxièmement, elle soutient que diverses notions de notre droit civil confirment l’existence et la légitimité de la théorie, notamment les principes de réciprocité des obligations (art. 1378, 1380 et 1381 *C.c.Q.*), la bonne foi et l’équité dans les relations contractuelles (art. 6, 7, 1375 et 1434 *C.c.Q.*), et la notion de cause de l’obligation (art. 1371 *C.c.Q.*). Enfin, elle plaide que la cohérence en matière contractuelle, l’un des principes sur lesquels repose la théorie, exige d’écarter toute clause de non-responsabilité qui aurait pour effet de vider le contrat de son objectif (art. 1427 *C.c.Q.*).

#### VI. Cadre juridique applicable

[36] Pour les motifs qui suivent et avec égards pour l’opinion contraire, nous sommes d’avis qu’il y a lieu de conclure à la validité de la clause, même en présence du manquement à l’obligation essentielle reproché à Créatech. Dans un premier temps, le *Code* permet de telles clauses, et aucun des cas de figure dans lesquels le législateur prévoit qu’une telle clause serait invalide au nom de l’ordre public — l’ordre public dit « formel » ou « législatif » — ne s’applique en l’espèce. Bien que le droit commun permette l’évolution de la notion d’ordre public par voie judiciaire — l’ordre public dit « virtuel » ou « judiciaire » — tout porte à croire que l’économie du *Code* exclut une telle innovation dans le cas de la clause litigieuse en l’espèce (relativement à la distinction entre l’ordre public formel et l’ordre public

Lluelles and Moore, at No. 1905). Second, it is true that certain clauses, such as a no obligation clause (*clause de non-obligation*) that negates or excludes all of the debtor's obligations, can have the effect of depriving an obligation of its cause and impairing its validity. However, a non-liability clause does not by its nature have the effect of negating obligations. It is noteworthy that there are authors who argue that an exoneration clause can in some cases be likened to a no obligation clause that deprives the obligation of its cause if the effect of the clause is not only to exclude damages claims, but also to release the debtor from any obligation to the creditor. This position certainly does not lack a theoretical basis, but it is not exempt from criticism either. In any event, as we will see, it does not apply in this case, because that is not the effect of the non-liability clause at issue here.

[37] We propose to consider the various arguments raised by the parties with respect to the two possible legal bases for the doctrine of breach of a fundamental obligation in two steps: (a) validity of the clause having regard to public order; and (b) validity of the clause having regard to the requirement relating to the cause of the obligation.

A. *The Non-liability Clause Is Inoperative Because It Violates a Rule of Public Order*

[38] It is not disputed that the doctrine of breach of a fundamental obligation applies in Quebec positive law, in relation to consumer contracts and contracts of adhesion in particular as is expressly provided for in art. 1437 *C.C.Q.* In specific contexts in which one or the other of these types of contracts is involved, the legislature has departed from the principle of autonomy of the will in order to neutralize "abusive" clauses that are excessively and unreasonably detrimental to the other party, a consumer or adhering party. Article 1437 para. 2 *C.C.Q.* characterizes as abusive a clause which so departs from the fundamental obligations that it changes the nature of the contract. However, this appeal is instead concerned with determining the scope of the doctrine in

virtuel, voir Lluelles et Moore, n° 1905). Dans un deuxième temps, il est vrai que certaines clauses, telles que les clauses de non-obligation qui suppriment ou excluent toutes les obligations du débiteur, peuvent avoir pour effet de priver l'obligation de sa cause et de porter atteinte à sa validité. Cependant, une clause de non-responsabilité n'a pas, par nature, pour effet de supprimer des obligations. Il convient de prendre note que, selon un courant doctrinal, une clause exonératoire peut, dans certains cas, être assimilable à une clause de non-obligation qui prive l'obligation de sa cause si, dans les faits, elle exclut non seulement des recours en dommages-intérêts, mais dégage le débiteur de toute obligation envers son créancier. Cette position n'est certes pas dénuée d'assise théorique, mais elle n'est pas à l'abri de critiques non plus. En tout état de cause, nous verrons qu'elle ne s'applique pas dans la présente affaire puisque ce n'est pas le cas de la clause de non-responsabilité en l'espèce.

[37] Nous nous proposons d'examiner, en deux temps, les différents arguments invoqués par les parties au sujet des deux fondements juridiques sur lesquels peut reposer la théorie du manquement à une obligation essentielle : a) la validité de la clause au regard de l'ordre public; b) la validité de la clause au regard de l'exigence relative à la cause de l'obligation.

A. *La clause de non-responsabilité serait inopérante parce qu'elle déroge à l'ordre public*

[38] Il est admis que la théorie du manquement à une obligation essentielle s'applique en droit positif québécois, notamment en ce qui concerne les contrats de consommation et d'adhésion, comme le prévoit explicitement l'art. 1437 *C.c.Q.* Dans les contextes précis où nous sommes en présence de l'un ou l'autre de ces types de contrat, le législateur déroge au principe de l'autonomie de la volonté afin de neutraliser les clauses dites « abusives » qui désavantagent le cocontractant, consommateur ou adhérent, de manière excessive et déraisonnable. L'article 1437 al. 2 *C.c.Q.* qualifie d'abusives la clause qui est si éloignée des obligations essentielles qu'elle dénature le contrat. Cela dit, le présent pourvoi vise plutôt à déterminer le champ d'application de cette

a context other than that of consumer contracts, in relation to a contract whose clauses were negotiated freely and could accordingly be the subject of mutual concessions by the parties.

[39] It is common ground that non-liability clauses are valid in principle. This rule, originally stated by this Court in *obiter* in *The Glengoil Steamship Co. v. Pilkington* (1897), 28 S.C.R. 146, was subsequently, despite some hesitation, accepted in positive law, with the effect that its place is now certain (Lluelles and Moore, at No. 2969). The validity in principle of non-liability clauses is based on autonomy of the will and its corollary, freedom of contract, both of which are general principles of the general law of obligations. It is clear that the principle of freedom of contract itself [TRANSLATION] “is not expressed as such in the Civil Code”, but that it has, as a basis and also as its principal limit, the free exercise of civil rights circumscribed by public order (J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), by J. Pineau and S. Gaudet, at No. 156, inferring the principle from art. 9 C.C.Q.). In our view, the modern principle that freedom of contract is subject to public order informs the general law of obligations as a general principle of law within the meaning of the preliminary provision of the *Code* (see J. Pineau, “La philosophie générale du Code civil”, in *Le nouveau Code civil: interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 269, at p. 285).

[40] The validity in principle of non-liability clauses is subject to the same limits established in the *Civil Code of Québec* with respect to public order. Although the principles from *Glengoil* are not explicitly stated in the *Code* either, they might be thought to have been reaffirmed in it through the modern principle of freedom of contract even though their scope has been limited further by the broader role conferred on mandatory rules in contract matters (Lluelles and Moore, at Nos. 1809 and 2969). It might also be said that the validity in principle of such clauses is implicitly recognized by the effect of arts. 1474 and 1475 C.C.Q. (see J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 868; P.-A. Crépeau, “La

théorie dans un cadre autre que celui de la consommation, et par rapport à un contrat dont les clauses sont négociées librement et peuvent donc faire l’objet de concessions réciproques par les parties.

[39] La validité de principe des clauses de non-responsabilité est acquise pour les besoins du débat. D’abord énoncée sous forme de remarque incidente par notre Cour dans l’arrêt *The Glengoil Steamship Co. c. Pilkington* (1897), 28 R.C.S. 146, cette règle a par la suite, malgré quelques hésitations, été reprise dans le droit positif, de sorte qu’aujourd’hui sa place est certaine (Lluelles et Moore, n° 2969). Cette validité de principe des clauses de non-responsabilité repose sur l’autonomie de la volonté et son corollaire, la liberté contractuelle, tous deux principes généraux du droit commun des obligations. On sait que le principe de la liberté contractuelle lui-même « n’est pas exprimé en tant que tel au Code civil » mais qu’il possède, comme fondement mais aussi comme limite principale, le libre exercice des droits civils circonscrit par l’ordre public (J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4<sup>e</sup> éd. 2001), par J. Pineau et S. Gaudet, n° 156, en déduisant le principe de l’art. 9 C.c.Q.). À notre avis, le principe moderne de la liberté contractuelle soumise à l’ordre public anime le droit commun des obligations à titre de principe général du droit au sens de la Disposition préliminaire du *Code* (voir J. Pineau, « La philosophie générale du Code civil », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application — Les journées Maximilien-Caron 1992* (1993), 269, p. 285).

[40] La validité de principe des clauses de non-responsabilité est assujettie aux mêmes balises établies par le *Code civil du Québec* au regard de l’ordre public. Si les enseignements de l’arrêt *Glengoil* n’y sont pas non plus explicitement énoncés, on peut croire qu’ils sont reconduits au *Code civil du Québec* par l’effet de ce principe moderne de la liberté contractuelle, même si leur portée se trouve davantage limitée par la vocation plus grande que l’on confère aux normes impératives en matière contractuelle (Lluelles et Moore, nos 1809 et 2969). Il est également permis de penser que la validité de principe de ces clauses est implicitement reconnue par l’effet des art. 1474 et 1475 C.c.Q. (voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7<sup>e</sup> éd.

fonction du droit des obligations” (1998), 43 *McGill L.J.* 729, at pp. 759-62).

[41] In *Glengoil*, Taschereau J., while noting that such clauses are not, in principle, contrary to public order, held that they must be construed strictly (pp. 158-59). Any ambiguity must be resolved in favour of the exercise of the right to exact performance by equivalence as reparation for an injury (see *Lluelles and Moore*, at Nos. 2969 and 2986; C. Masse, “Civil Liability (Law of Obligations III)”, in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-B, *Obligations III*, V, VI (1993), at No. 94; Jobin and Vézina, at No. 875; F. Levesque, *Précis de droit québécois des obligations: contrat, responsabilité, exécution et extinction* (2014), at No. 493). Parties are thus free to stipulate non-liability clauses, provided of course that the other conditions relating to the validity of the contractual obligation are satisfied.

[42] The validity in principle of non-liability clauses is, however, limited by legislative and judicial public order (aside from *Glengoil*, at p. 158, see, e.g., *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607, at paras. 61-62; *Goulet v. Transamerica Life Insurance Co. of Canada*, 2002 SCC 21, [2002] 1 S.C.R. 719, at paras. 43-46; *Garcia Transport Ltée v. Royal Trust Co.*, [1992] 2 S.C.R. 499; *Lluelles and Moore*, at Nos. 1907-8 and 1914). In private law, respect for public order is set up as a mandatory rule of general application (see arts. 8 and 9 *C.c.Q.*).

[43] In the context in question here, the principle of freedom of contract as a basis for the validity in principle of non-liability clauses is confirmed implicitly in art. 1474 *C.c.Q.*:

**1474.** A person may not exclude or limit his liability for material injury caused to another through an intentional or gross fault; a gross fault is a fault which shows gross recklessness, gross carelessness or gross negligence.

He may not in any way exclude or limit his liability for bodily or moral injury caused to another.

2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n° 868; P.-A. Crépeau, « La fonction du droit des obligations » (1998), 43 *R.D. McGill* 729, p. 759-762).

[41] Dans l’arrêt *Glengoil*, tout en retenant que ces clauses ne sont pas, en principe, contraires à l’ordre public, le juge Taschereau a conclu qu’elles doivent être interprétées restrictivement (p. 158-159). Toute ambiguïté doit être résolue en faveur de l’exercice du droit d’exiger l’exécution par équivalent comme réparation d’un préjudice (voir *Lluelles et Moore*, n° 2969 et 2986; C. Masse, « La Responsabilité civile (Droit des Obligations III) », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés* (1993), 313, n° 94; Jobin et Vézina, n° 875; F. Levesque, *Précis de droit québécois des obligations : contrat, responsabilité, exécution et extinction* (2014), n° 493). Les clauses de non-responsabilité contractuelles peuvent donc être librement stipulées par les parties, sous réserve, bien entendu, du respect des autres conditions portant sur la validité de l’obligation contractuelle.

[42] La validité de principe des clauses de non-responsabilité est toutefois balisée par l’ordre public formel et virtuel (outre l’arrêt *Glengoil*, p. 158, voir, p. ex., *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 61-62; *Goulet c. Cie d’Assurance-Vie Transamerica du Canada*, 2002 CSC 21, [2002] 1 R.C.S. 719, par. 43-46; *Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499; *Lluelles et Moore*, n°s 1907-1908 et 1914). Le respect de l’ordre public est érigé par le droit privé en norme impérative d’application générale (voir les art. 8 et 9 *C.c.Q.*).

[43] Dans le contexte qui nous occupe, le principe de la liberté contractuelle, en tant que fondement de la validité de principe des clauses de non-responsabilité, est confirmé implicitement à l’art. 1474 *C.c.Q.* :

**1474.** Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde; la faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossière.

Elle ne peut aucunement exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui.

[44] The legislature has set out exceptions to the modern conception of this principle. Taking a cautious attitude, it provided that a notice stipulating exclusion from or limitation of contractual liability has effect with respect to the creditor only if the party who invokes the notice proves that the other party was aware of its existence at the time the contract was formed (art. 1475 *C.C.Q.*). Article 1474 *C.C.Q.*, a provision for which there was no equivalent in the *Civil Code of Lower Canada* (J. Pineau, “Theory of Obligations”, in *Reform of the Civil Code*, vol. 2-A, *Obligations I, II*, at No. 176), also sets limits in the name of public order, but it does not refer to the fundamental obligation concept.

[45] First of all, the first paragraph of art. 1474 *C.C.Q.*, by prohibiting non-liability clauses where there is gross or intentional fault, discourages recklessness, fraud, negligence and deliberate faults (see Lluelles and Moore, at No. 2975; Jobin and Vézina, at No. 870; *Djamad v. Banque Royale du Canada*, 2021 QCCA 371, at paras. 46-49 (CanLII); *Audet v. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746, [2012] R.J.Q. 1844, at paras. 90-91). This paragraph codifies a well-established moralizing trend in the jurisprudence that relates to the nature of the debtor’s conduct rather than directly to the creditor’s vulnerability (Lluelles and Moore, at Nos. 2975 and 2976; Jobin and Vézina, at No. 870). We would add that the paragraph’s wording suggests that this limit on freedom of contract applies even in contracts by mutual agreement such as the one at issue in the case at bar. Even in a freely negotiated agreement, the parties cannot circumvent it. This means that the debtor cannot rely on a non-liability clause after deliberately refusing to perform his or her obligation (Lluelles and Moore, at No. 2975).

[46] Next, the second paragraph of art. 1474 *C.C.Q.* relates to the nature of the injury, reflecting a legislative policy of public order that is distinct from the one being applied in the first paragraph and is focused on protecting the human person (Lluelles and Moore, at No. 2971; É. Cossette-Lefebvre, “Chronique — Plaidoyer en faveur du rejet de la ‘théorie de l’obligation essentielle’ en droit civil québécois: critique de l’arrêt 6362222 Canada inc.

[44] Le législateur a édicté des exceptions à la conception moderne de ce principe. Adoptant une attitude prudente, le législateur précise qu’un avis stipulant l’exclusion ou la limitation de responsabilité contractuelle n’a d’effet à l’égard du créancier que si la partie qui invoque l’avis prouve que l’autre partie en avait connaissance au moment de la formation du contrat (art. 1475 *C.c.Q.*). L’article 1474 *C.c.Q.*, une disposition sans aucun équivalent dans le *Code civil du Bas Canada* (J. Pineau, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil*, 9, n° 176), pose, lui aussi, des limites au nom de l’ordre public, mais ne réfère pas à la notion d’obligation essentielle.

[45] D’abord, en interdisant les clauses de non-responsabilité pour la faute lourde ou intentionnelle, le premier alinéa de l’art. 1474 *C.c.Q.* décourage l’insouciance, la fraude, l’incurie et les fautes délibérées (voir Lluelles et Moore, n° 2975; Jobin et Vézina, n° 870; *Djamad c. Banque Royale du Canada*, 2021 QCCA 371, par. 46-49 (CanLII); *Audet c. Transamerica Life Canada*, 2012 QCCA 1746, [2012] R.J.Q. 1844, par. 90-91). Cette disposition codifie un courant moralisateur bien établi dans la jurisprudence qui porte sur la nature du comportement du débiteur plutôt que directement sur la vulnérabilité du créancier (Lluelles et Moore, nos 2975 et 2976; Jobin et Vézina, n° 870). Ajoutons que le libellé de cet alinéa tend à indiquer que cette limite à la liberté contractuelle s’applique même dans les contrats de gré à gré comme celui qui nous occupe. Même dans une entente librement discutée, les parties ne peuvent y déroger. Par conséquent, le débiteur ne peut se prévaloir d’une clause de non-responsabilité en cas de refus délibéré de sa part d’exécuter son obligation (Lluelles et Moore, n° 2975).

[46] Ensuite, le second alinéa de l’art. 1474 *C.c.Q.* vise la nature du préjudice en suivant une politique législative d’ordre public distincte de celle qui prévaut au premier alinéa, axée sur la protection de la personne humaine (Lluelles et Moore, n° 2971; É. Cossette-Lefebvre, « Chronique — Plaidoyer en faveur du rejet de la “théorie de l’obligation essentielle” en droit civil québécois : critique de l’arrêt 6362222 Canada inc. c. Prelco inc., 2019 QCCA

c. Prelco inc., 2019 QCCA 1457, à la lueur du droit comparé”, *Repères*, November 2020 (available on La référence), at No. 14; N. Vézina, “Préjudice matériel, corporel et moral: variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité” (1993), 24 *R.D.U.S.* 161, at p. 171; Pineau, “La philosophie générale du Code civil”, at p. 284). The legislature thus made it clear that, regardless of the seriousness of the fault and despite the principle of freedom of contract, no one may exclude or limit his or her liability for bodily or moral injury. These are examples that come within public order of direction — a principle “the purpose of which is to regulate the economy in the general interest of society either by restricting contractual freedom or, less frequently, by reinstating it” — and necessitate the absolute nullity of incompatible clauses (*Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons — Obligations* (2003), by P.-A. Crépeau, ed., at p. 246, “public order of direction”).

[47] As for art. 1437 *C.C.Q.*, it sets a limit that is of public order of protection, that is, one the purpose of which is to protect a contracting party who is presumed to be economically weaker:

**1437.** An abusive clause in a consumer contract or contract of adhesion is null, or the obligation arising from it may be reduced.

An abusive clause is a clause which is excessively and unreasonably detrimental to the consumer or the adhering party and is therefore contrary to the requirements of good faith; in particular, a clause which so departs from the fundamental obligations arising from the rules normally governing the contract that it changes the nature of the contract is an abusive clause.

[48] This article expressly recognizes the application of the doctrine of breach of a fundamental obligation in Quebec civil law where there is an abusive contract clause, but limits it to consumer contracts (defined in art. 1384 *C.C.Q.*) and contracts of adhesion (art. 1379 *C.C.Q.*), which are characterized by an imbalance between the parties. In accordance with this legislative basis for the doctrine, which falls under public order of protection, an exoneration clause or limitation of liability clause that would

1457, à la lueur du droit comparé », *Repères*, novembre 2020 (disponible sur La référence), n° 14; N. Vézina, « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993), 24 *R.D.U.S.* 161, p. 171; Pineau, « La philosophie générale du Code civil », p. 284). Le législateur précise donc que, peu importe la gravité de la faute et malgré le principe de la liberté contractuelle, nul ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour un préjudice corporel ou moral. Ce sont là des exemples qui relèvent de l’ordre public de direction — principe « visant, dans l’intérêt général, à réguler l’économie en rétablissant ou, le plus souvent, en restreignant la liberté contractuelle » — et qui commandent la nullité absolue des clauses attentatoires (*Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues — Les obligations* (2003), par P.-A. Crépeau, dir., p. 242 « ordre public de direction »).

[47] L’article 1437 *C.c.Q.*, quant à lui, établit une limite d’ordre public de protection, c’est-à-dire une limite visant à protéger la partie contractante présumée plus faible économiquement :

**1437.** La clause abusive d’un contrat de consommation ou d’adhésion est nulle ou l’obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l’adhérent d’une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l’encontre de ce qu’exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu’elle dénature celui-ci.

[48] Cet article consacre expressément l’application, en droit civil québécois, de la théorie du manquement à une obligation essentielle en cas de clause contractuelle abusive, mais la limite aux contrats de consommation (définis à l’art. 1384 *C.c.Q.*) et d’adhésion (art. 1379 *C.c.Q.*), qui se caractérisent par le déséquilibre des parties. Selon ce fondement législatif de la théorie, qui relève de l’ordre public de protection, une clause exonératoire ou limitative de responsabilité qui serait par ailleurs permise

otherwise be permitted will be invalid if it relates to a fundamental obligation (see, e.g., V. Karim, *Les obligations* (5th ed. 2020), vol. 1, at Nos. 2315-19, 2288 and 3909; Masse, at No. 96; S. Ghozlan, “La notion d’obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives: Étude des systèmes juridiques français et québécois” (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 399, at pp. 413-16 and 434-40; Cossette-Lefebvre, at No. 39; *Ferme Franky 2004 inc. v. Gestions Pierre Saint-Cyr inc. (Centrale de contrôle d’alarmes du Québec)*, 2014 QCCA 848, at para. 3 (CanLII)).

[49] The existence of the rule of nullity of abusive clauses in consumer contracts and contracts of adhesion indicates — out of a concern for protecting contracting parties who are considered to be at a disadvantage — that these two types of contractual relationships do not fully favour the realization of the ideal of contractual fairness based on absolute autonomy of the will. In accordance with this exceptional treatment of consumer contracts and contracts of adhesion, a clause that departs from the fundamental obligations of a contract to such an extent that it changes the nature of the contract is considered to be abusive, and therefore null. This limit on the validity of non-liability clauses is in addition to art. 1474 *C.C.Q.*, the effects of which are not confined to the specific context of consumer contracts or contracts of adhesion (S. Grammond, A.-F. Debruche and Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (3rd ed. 2020), at No. 361).

[50] The validity or effectiveness of a non-liability clause is also open to challenge in other cases specified by the legislature in relation to nominate contracts (Jobin and Vézina, at No. 868; Lluelles and Moore, at No. 2970; Levesque, at No. 488; P.-G. Jobin and M. Cumyn, *La vente* (4th ed. 2017), at No. 201). This is true of, among others, a contract of lease in the residential context (arts. 1863, 1893 and 1900 para. 1 *C.C.Q.*; *Karrum Realities Inc. v. Ama Investments Inc.*, 2007 QCCA 880, at para. 35 (CanLII); *9092-3335 Québec inc. v. 4364856 Canada inc.*, 2019 QCCS 3666, at para. 35 (CanLII)), a contract of sale (arts. 1732 and 1733 *C.C.Q.*; *Association pour la protection des automobilistes inc. v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 761, [2008] R.J.Q. 918, at para. 34), carriage (art. 2070 *C.C.Q.*) or employment

sera invalide lorsqu’elle porte sur une obligation essentielle (voir, p. ex., V. Karim, *Les obligations* (5<sup>e</sup> éd. 2020), vol. 1, nos 2315-2319, 2288 et 3909; Masse, n<sup>o</sup> 96; S. Ghozlan, « La notion d’obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Étude des systèmes juridiques français et québécois » (2015), 49 *R.J.T.U.M.* 399, p. 413-416 et 434-440; Cossette-Lefebvre, n<sup>o</sup> 39; *Ferme Franky 2004 inc. c. Gestions Pierre Saint-Cyr inc. (Centrale de contrôle d’alarmes du Québec)*, 2014 QCCA 848, par. 3 (CanLII)).

[49] L’existence de la règle édictant la nullité des clauses abusives dans les contrats de consommation ou d’adhésion signale — par souci de protection des parties contractantes considérées comme désavantagées — que ces deux types de rapports contractuels ne favorisent pas pleinement la réalisation de l’idéal de justice contractuelle fondé sur l’autonomie absolue de la volonté. Conformément à ce traitement exceptionnel réservé aux contrats de consommation ou d’adhésion, est considérée comme abusive et donc nulle une clause qui est éloignée des obligations essentielles du contrat au point de le dénaturer. Cette limite à la validité des clauses de non-responsabilité s’ajoute à l’art. 1474 *C.c.Q.* qui produit ses effets au-delà du contexte propre aux contrats de consommation ou d’adhésion (S. Grammond, A.-F. Debruche et Y. Campagnolo, *Quebec Contract Law* (3<sup>e</sup> éd. 2020), n<sup>o</sup> 361).

[50] La validité ou l’efficacité d’une clause de non-responsabilité est également susceptible de contestation dans d’autres cas de figure précisés par le législateur en matière de contrats nommés (Jobin et Vézina, n<sup>o</sup> 868; Lluelles et Moore, n<sup>o</sup> 2970; Levesque, n<sup>o</sup> 488; P.-G. Jobin et M. Cumyn, *La vente* (4<sup>e</sup> éd. 2017), n<sup>o</sup> 201). C’est le cas notamment des contrats de louage en matière d’habitation (art. 1863, 1893 et 1900 al. 1 *C.c.Q.*; *Karrum Realities Inc. c. Ama Investments Inc.*, 2007 QCCA 880, par. 35 (CanLII); *9092-3335 Québec inc. c. 4364856 Canada inc.*, 2019 QCCS 3666, par. 35 (CanLII)), de vente (art. 1732 et 1733 *C.c.Q.*; *Association pour la protection des automobilistes inc. c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 761, [2008] R.J.Q. 918, par. 34), de transport (art. 2070 *C.c.Q.*), de travail

(art. 2092 *C.C.Q.*; *Quebec (Commission des normes du travail) v. Asphalte Desjardins inc.*, 2014 SCC 51, [2014] 2 S.C.R. 514, at para. 53), or a deposit with an innkeeper (art. 2298 *C.C.Q.*). It is also true of a consumer contract as a result of s. 10 of the *Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1 (N. L'Heureux and M. Lacoursière, *Droit de la consommation* (6th ed. 2011), at Nos. 60 and 71). But these provisions constitute specific rules adopted by the legislature to govern certain nominate contracts, and not the implementation of a rule of general application.

[51] Because these various legislative provisions are each tailor-made to apply to the needs of a specific nominate contract, their effect is often to render all non-liability clauses inoperative, but some of them instead regulate the extent to which one may resort to such clauses. In all these cases, however, the purpose of the limit placed on freedom of contract is to protect parties who are weak or at a disadvantage economically. We would reiterate that the *Code* provides for no like rule of general application that falls under public order of protection, including one relating to a breach of a fundamental obligation. In other words, if an impugned clause has been freely negotiated, is compatible with the constraints provided for in arts. 1474 and 1475 *C.C.Q.* and is not specifically regulated, it cannot be excluded on the basis of legislative public order. The legislature also set out mandatory rules of liability that parties cannot avoid by contract (see, e.g., art. 2118 *C.C.Q.*; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 2, *Responsabilité professionnelle* (9th ed. 2020), at No. 2-257; J. Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de services* (2nd ed. 2013), at Nos. 2475-77; V. Karim, *Contrats d'entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers: construction et rénovation), contrat de prestation de services (obligations et responsabilité des professionnels) et l'hypothèque légale* (4th ed. 2020), at No. 1639).

[52] Furthermore, the policy adopted in Quebec civil law with respect to lesion, as codified in the reform of the *Civil Code of Québec*, which came into

(art. 2092 *C.c.Q.*; *Québec (Commission des normes du travail) c. Asphalte Desjardins inc.*, 2014 CSC 51, [2014] 2 R.C.S. 514, par. 53) ou de dépôt hôtelier (art. 2298 *C.c.Q.*). Il en va de même pour le contrat de consommation en raison de l'art. 10 de la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1 (N. L'Heureux et M. Lacoursière, *Droit de la consommation* (6<sup>e</sup> éd. 2011), nos 60 et 71). Mais ces dispositions constituent des règles particulières, adoptées par le législateur en vue de régir certains contrats nommés, et non la mise en œuvre d'une règle d'application générale.

[51] Ces différentes dispositions législatives étant toutes taillées sur mesure pour régir les besoins du contrat nommé visé, elles ont souvent pour effet de rendre inopérante toute clause de non-responsabilité, mais certaines aménagent plutôt la possibilité de recourir à de telles clauses. Dans tous les cas de figure, pourtant, la limite apportée à la liberté contractuelle vise à protéger la partie économiquement faible ou désavantagée. Soulignons à nouveau que le *Code* ne prévoit aucune règle d'application générale de ce type qui relèverait de l'ordre public de protection, y compris une qui porterait sur un manquement à une obligation essentielle. En d'autres mots, dans la mesure où la clause litigieuse est librement négociée, qu'elle respecte les contraintes énoncées aux art. 1474 et 1475 *C.c.Q.* et qu'elle ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique, elle ne peut donc être exclue sur la base de l'ordre public formel. Le législateur a également énoncé des règles impératives de responsabilité dont les parties ne peuvent se délester par voie contractuelle (voir, p. ex., art. 2118 *C.c.Q.*; J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 2, *Responsabilité professionnelle* (9<sup>e</sup> éd. 2020), n<sup>o</sup> 2-257; J. Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de services* (2<sup>e</sup> éd. 2013), nos 2475-2477; V. Karim, *Contrats d'entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation), contrat de prestation de services (obligations et responsabilité des professionnels) et l'hypothèque légale* (4<sup>e</sup> éd. 2020), n<sup>o</sup> 1639).

[52] De plus, la politique adoptée en droit civil québécois en matière de lésion, telle qu'elle a été codifiée au cours de la réforme du *Code civil du*

force in 1994, confirms the importance attached to autonomy of the will in this context. The restrictions imposed on freedom of contract in the case of lesion, like those set out in art. 1437 *C.C.Q.*, have only a targeted purpose. Article 1405 *C.C.Q.* provides that lesion vitiates consent only with respect to minors and protected persons of full age (see P.-G. Jobin, “L’étonnante destinée de la lésion et de l’imprévision dans la réforme du code civil au Québec”, [2004] *R.T.D. civ.* 693). Although the Civil Code Revision Office proposed the enactment of a provision of general application with respect to lesion, the *Code*’s provisions instead give preference to the principle of autonomy of the will and to the [TRANSLATION] “stability of business relations” when it comes to contractual relationships between unprotected persons of full age (J. Pineau, “La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 423, at pp. 438-39; Lluellas and Moore, at No. 880; M. Lemieux, “Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion” (2000), 41 *C. de D.* 61, at pp. 64 and 76-82).

[53] In other words, the principle of freedom of contract ensures, for the general law of contracts, contractual fairness absent express exceptions. In rare circumstances, an unprotected person of full age may invoke lesion where that is permitted by law (e.g., with respect to partition of the family patrimony (art. 424 *C.C.Q.*) or to a loan of money (art. 2332 *C.C.Q.*). At first blush, therefore, we remain in the [TRANSLATION] “free zone” in which freedom of contract is not limited by public order (Pineau, “La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec”, at p. 439). As the Court explained in *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101, “restrictions on consensualism generally take the form of exceptions and specific rules” (para. 102).

[54] We accept Createch’s view that this permissive approach in Quebec law to the validity of a non-liability clause where there is a breach of a fundamental obligation is to some extent echoed in this Court’s decisions in cases originating in the common law provinces. Createch points in particular to how the courts have treated the analogous concept, the

*Québec* qui est entrée en vigueur en 1994, ne fait que confirmer l’importance attribuée à l’autonomie de la volonté dans ce contexte. Les restrictions imposées à la liberté contractuelle en cas de lésion, tout comme celles décrites à l’art. 1437 *C.c.Q.*, n’ont qu’une vocation ciblée. L’article 1405 *C.c.Q.* précise que la lésion ne vicie le consentement qu’à l’égard des mineurs et des majeurs protégés (voir P.-G. Jobin, « L’étonnante destinée de la lésion et de l’imprévision dans la réforme du code civil au Québec », [2004] *R.T.D. civ.* 693). Malgré le fait que l’Office de révision du Code civil ait proposé l’adoption d’une disposition d’application générale relative à la lésion, il appert que le *Code* mise plutôt sur le principe de l’autonomie de la volonté et sur la « stabilité des affaires » lorsqu’il est question de relations contractuelles entre majeurs non protégés (J. Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec » (1992), 71 *R. du B. can.* 423, p. 438-439; Lluellas et Moore, n° 880; M. Lemieux, « Les clauses abusives dans les contrats d’adhésion » (2000), 41 *C. de D.* 61, p. 64 et 76-82).

[53] Autrement dit, le principe de la liberté contractuelle assure, pour le droit général des contrats, la justice contractuelle, sauf à l’égard d’exceptions désignées. Le majeur non protégé peut exceptionnellement invoquer la lésion dans les cas où la loi le permet (p. ex., en matière de partage du patrimoine familial (art. 424 *C.c.Q.*) ou en matière de prêt d’argent (art. 2332 *C.c.Q.*). À première vue, donc, nous restons dans la « zone libre » où la liberté contractuelle n’est pas limitée par l’ordre public (Pineau, « La philosophie générale du nouveau Code civil du Québec », p. 439). Comme l’explique la Cour dans l’arrêt *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101, « si le consensualisme est tempéré, c’est le plus souvent sous la forme d’exceptions et de règles spécifiques » (par. 102).

[54] Nous acceptons le point de vue de Createch selon lequel cette approche permissive en droit québécois à l’égard de la validité des clauses de non-responsabilité en présence d’un manquement à une obligation essentielle trouve un certain écho dans la jurisprudence de notre Cour découlant d’affaires émanant de provinces de common law. Createch

doctrine of “*fundamental breach*”, a judge-made criterion that was formerly used as a substantive rule to be applied in order to declare that a non-liability clause was inoperative (*Tercon*, at para. 106, citing *Karsales (Harrow) Ltd. v. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.)). Developments in the common law are of course not determinative of our analysis, given that any answer to the question raised in this appeal must be based on the principles of Quebec civil law (see, e.g., *ABB Inc. v. Domtar Inc.*, 2007 SCC 50, [2007] 3 S.C.R. 461, at para. 85). We would add that the Court of Appeal was right to suggest that, where the sources of the law are concerned, the civil law doctrine of breach of a fundamental obligation has a history of its own that is shaped by Quebec’s legislation, jurisprudence and academic commentary and is not dictated by sources from other jurisdictions (paras. 24-25). Nevertheless, this consideration of the common law remains relevant to Quebec law for the purpose of determining how the civil law doctrine gives way to freedom of contract, while at the same time abiding by principles whose purpose is to protect vulnerable parties.

[55] As long ago as 1989, in *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, Dickson C.J. had referred to the principle drawn from the academic commentary that not all exclusion clauses are unreasonable, and stressed that the common law doctrine of fundamental breach must take this reality into account. Dickson C.J. noted that in the commercial context, such clauses “are negotiated as part of the general contract” (p. 461) and that they can therefore reflect gains or concessions that sophisticated parties considered fair in the circumstances. Rather than systematically attacking such clauses, he wrote, “there is much to be gained by addressing directly the protection of the weak from over-reaching by the strong” (p. 462). In *Tercon*, the Court laid “to rest” the generalized application of this common law doctrine of fundamental breach (paras. 62 and 81). Binnie J., writing for the Court on this point, broke the new analytical approach for non-liability clauses down into three distinct stages: (1) the clause must be interpreted in order to determine whether it applies to the circumstances established in evidence; (2) it must

rappelle en particulier le traitement réservé par les tribunaux à la notion voisine — la théorie de l’« *inexécution fondamentale* » — un critère jurisprudentiel utilisé jadis comme règle substantielle pour déclarer inopérantes les clauses de non-responsabilité (*Tercon*, par. 106, citant *Karsales (Harrow) Ltd. c. Wallis*, [1956] 1 W.L.R. 936 (C.A.)). Bien entendu, les développements jurisprudentiels en common law ne sont pas déterminants dans notre analyse, puisque toute réponse à la question soulevée par le présent pourvoi doit être fondée sur les principes du droit civil québécois (voir, p. ex., *ABB Inc. c. Domtar Inc.*, 2007 CSC 50, [2007] 3 R.C.S. 461, par. 85). Nous ajoutons que la Cour d’appel voit juste quand elle suggère que, pour ce qui concerne les sources du droit, la théorie du manquement à une obligation essentielle de droit civil a un parcours qui lui est propre, façonné par la loi, la jurisprudence et la doctrine québécoises et non dicté par des sources issues d’autres juridictions (par. 24-25). Toutefois, ce regard vers la common law demeure pertinent pour le droit québécois afin de voir comment la théorie de droit civil laisse place à la liberté contractuelle, tout en respectant les principes visant à protéger les parties vulnérables.

[55] Déjà en 1989, dans l’arrêt *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltée*, [1989] 1 R.C.S. 426, le juge en chef Dickson avait rappelé l’enseignement doctrinal selon lequel ce ne sont pas toutes les clauses d’exclusion de responsabilité qui sont déraisonnables, et insisté sur le fait que la théorie de l’inexécution fondamentale en common law doit tenir compte de cette réalité. Le juge en chef a souligné qu’en matière commerciale, ces clauses « sont négociées dans le cadre de l’ensemble du contrat » (p. 461) et peuvent, pour cette raison, être le reflet de gains ou concessions que les parties avisées considèrent comme étant justes dans les circonstances. Au lieu de s’attaquer à ces clauses systématiquement, a-t-il écrit, « il y a beaucoup à gagner à aborder directement la question de la protection des plus faibles contre l’exploitation des plus forts » (p. 462). Dans l’arrêt *Tercon*, la Cour a asséné « le coup de grâce » à l’application généralisée de cette théorie de l’inexécution fondamentale en common law (par. 62 et 81). Écrivant pour la Cour sur ce point, le juge Binnie décompose la nouvelle démarche analytique

be asked whether “the . . . clause was unconscionable at the time the contract was made, ‘as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties’”; and (3) if the clause is held to be applicable and valid, it must be asked whether it is nonetheless inoperative “because of the existence of an overriding public policy” (paras. 122-23, quoting *Hunter*, at p. 462; see also J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3rd ed. 2020), at pp. 893-94). Thus, to repeat the principle stated in *Hunter*, “[e]xplicitly addressing concerns of unconscionability and inequality of bargaining power allows the courts to focus expressly on the real grounds for refusing to give force to a contractual term said to have been agreed to by the parties” (p. 462).

[56] While we will go no further in attempting to reconcile the different approaches of the two traditions, it thus follows that at common law, as in civil law, there is a concern with specific situations of abuse and contractual imbalance as well as with other cases that are contrary to public order, or are matters of “public policy”, but at the same time an acceptance that a non-liability clause in a freely negotiated contract can be a fair solution having regard to the context of the negotiations. It can therefore be said that neither of the two legal traditions has a rule of general application that totally prohibits non-liability clauses relating to fundamental obligations in contracts between sophisticated parties (see S. Grammond, “La règle sur les clauses abusives sous l’éclairage du droit comparé” (2010), 51 *C. de D.* 83, at p. 109).

[57] Is it nonetheless possible that the general law of obligations includes limits based on public order that are not set out in the *Civil Code of Québec*? In other words, is there a [TRANSLATION] “new restriction” (Lluelles and Moore, at No. 2978) on the principle of autonomy of the will — one that is imperative — that concerns breaches of fundamental obligations and whose purpose is to protect the general interest of society or economically weaker

applicable aux clauses de non-responsabilité en trois étapes distinctes : (1) il faut interpréter la clause afin de déterminer si elle s’applique aux faits en preuve; (2) il faut se demander si « la clause était inique au moment de la formation du contrat, “comme cela pourrait se produire dans le cas où il y a inégalité de pouvoir de négociation entre les parties” »; et (3) si elle est jugée applicable et valide, il faut se demander si elle est néanmoins inopérante « en raison d’une considération d’ordre public prépondérante » (par. 122-123, citant *Hunter*, p. 462; voir aussi J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3<sup>e</sup> éd. 2020), p. 893-894). En conséquence, pour reprendre l’enseignement formulé dans l’arrêt *Hunter*, « [a]border explicitement la question de l’iniquité et de l’inégalité du pouvoir de négociation des parties permet aux tribunaux de se demander expressément pourquoi ils devraient refuser d’appliquer une condition contractuelle qui aurait reçu le consentement des parties » (p. 462).

[56] Sans pousser le rapprochement des diverses techniques propres aux deux traditions plus loin, il s’ensuit donc que, tout comme le droit civil, la common law se soucie des situations ponctuelles d’abus et de déséquilibre contractuel, ainsi que d’autres cas de figure choquant l’ordre public ou relevant de « politiques d’intérêt général », tout en acceptant que des clauses de non-responsabilité figurant dans des contrats librement discutés peuvent constituer une solution juste eu égard au contexte de la négociation. Il est donc possible d’affirmer que les deux traditions juridiques n’écarteront pas, par une règle d’application générale, toute clause de non-responsabilité dans les contrats entre parties avisées portant sur une obligation essentielle ou fondamentale (voir S. Grammond, « La règle sur les clauses abusives sous l’éclairage du droit comparé » (2010), 51 *C. de D.* 83, p. 109).

[57] Est-il néanmoins possible que le droit commun des obligations reconnaisse des limites fondées sur l’ordre public qui ne sont pas énumérées dans le *Code civil du Québec*? En d’autres mots, existe-t-il un « tempérament nouveau » (Lluelles et Moore, n<sup>o</sup> 2978) au principe de l’autonomie de la volonté, tempérament à vocation impérative qui porterait sur les manquements à une obligation essentielle en vue de protéger l’intérêt général ou bien les contractants

contracting parties? As we explained above, it is not for the legislature alone to articulate rules of public order that limit freedom of contract. The development of judicial public order is of course a matter for the courts: in some circumstances a court might hold that a provision enacted by the legislature is mandatory, while in others it might articulate a new legal principle as a rule of public order (*Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2570 (per Baudouin J.A.), aff'd [1997] 3 S.C.R. 844; Jobin and Vézina, at No. 100; Lluelles and Moore, at No. 1922). Given that the rule that non-liability clauses are valid in principle is itself not explicitly stated in the *Code*, the question whether or not a rule regarding breaches of fundamental obligations exists is equally relevant.

[58] As the parties agree, it is a well-known fact that innovations by judges and authors are not unknown in the civil law, and as Beetz J. put it in a comment that has been repeated many times, “[t]he *Civil Code* does not contain the whole of civil law” (*Viger*, at p. 76; see, e.g., *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429, at p. 442; *Ostiguy v. Allie*, 2017 SCC 22, [2017] 1 S.C.R. 402, at para. 73; P.-G. Jobin, “La Cour suprême et la réforme du Code civil” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 27, at p. 36). Under the former *Code*, the bulk of the general law with respect to non-liability clauses consisted of principles created by the courts and by authors (J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux* (7th ed. 2007), at No. 1-1375). At that time, the enactment of provisions relating to such clauses in certain specific contexts did not deprive the courts of their power to intervene in this regard (B. Moore, “Les clauses abusives: Dix ans après” (2003), 63 *R. du B.* 59, at pp. 63-64).

[59] But does the principle stated in *Viger* authorize the judiciary to extend the application of the doctrine of breach of a fundamental obligation to freely negotiated contracts by mutual agreement between sophisticated legal persons on the basis of public

plus faibles économiquement? Comme nous l’avons expliqué précédemment, il ne revient pas au seul législateur d’expliciter les normes d’ordre public qui restreignent la liberté contractuelle. En effet, on sait que l’élaboration de l’ordre public virtuel relève du pouvoir judiciaire, qui agit tantôt par le biais de la reconnaissance du caractère impératif d’un texte adopté par le législateur, tantôt par le biais de l’articulation d’un nouveau principe de droit en tant que norme d’ordre public (*Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2570 (le juge Baudouin), conf. par [1997] 3 R.C.S. 844; Jobin et Vézina, n° 100; Lluelles et Moore, n° 1922). Quand on considère que la règle de la validité de principe des clauses de non-responsabilité n’est pas elle-même explicitement énoncée dans le *Code*, la question de savoir s’il existe ou non une règle relative aux manquements à une obligation essentielle se pose avec autant d’acuité.

[58] Il est notoire, comme le reconnaissent d’ailleurs les parties, que les créations jurisprudentielles et doctrinales n’ont rien d’inédit en droit civil et, ainsi que l’a souligné le juge Beetz, dans une remarque maintes fois reprise, « le *Code civil* ne contient pas tout le droit civil » (*Viger*, p. 76; voir, p. ex., *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, p. 442; *Ostiguy c. Allie*, 2017 CSC 22, [2017] 1 R.C.S. 402, par. 73; P.-G. Jobin, « La Cour suprême et la réforme du Code civil » (2000), 79 *R. du B. can.* 27, p. 36). En effet, sous le régime de l’ancien *Code*, l’essentiel du droit commun portant sur les clauses de non-responsabilité était de création jurisprudentielle et doctrinale (J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux* (7<sup>e</sup> éd. 2007), n° 1-1375). À cette époque, l’adoption de dispositions relatives à ces clauses dans certains contextes précis n’avait pas pour effet de priver les tribunaux de leur pouvoir d’intervention en la matière (B. Moore, « Les clauses abusives : Dix ans après » (2003), 63 *R. du B.* 59, p. 63-64).

[59] Cependant, le principe énoncé dans l’arrêt *Viger* autorise-t-il le pouvoir judiciaire à étendre l’application de la théorie du manquement à une obligation essentielle aux contrats de gré à gré, librement négociés, entre personnes morales avisées,

order in the case at bar? In our view, the answer to this question must be no.

[60] It should be mentioned that certain authors cited by the Court of Appeal in its reasons in this case have expressed reservations regarding such an extension of the doctrine through judicial public order. Lluelles and Moore are of the opinion that the provisions of legislative public order are sufficient in this regard (Nos. 2978-79). They note that art. 1437 *C.C.Q.* and art. 1474 *C.C.Q.* can be used to remedy abuse (*ibid.*). In the latter case, although the characterization of gross fault must be focused on the debtor's conduct (Lluelles and Moore, at No. 2976; Jobin and Vézina, at No. 870), nonperformance of a fundamental obligation could be relevant to the analysis on characterization of the debtor's fault (see, e.g., *Poissonnerie Bari v. Gestion Inter-parc Inc. (National Tilden)*, 2002 CanLII 111 (Que. Sup. Ct.), at paras. 20-23; C. Deslauriers-Goulet, "L'obligation essentielle dans le contrat" (2014), 55 *C. de D.* 923, at p. 947).

[61] Furthermore, Lluelles and Moore stress that extending the doctrine would — on the basis of the concept of cause of the obligation, to which we will return below, and not, strictly speaking, on the basis of public order — be relevant [TRANSLATION] "if the clause denied . . . any remedy" (No. 2980; see also No. 1831). Moreover, a number of authors note that the legislature's rejection of rules with respect to lesion between unprotected persons of full age and unforeseeability show that its intention was to bar the courts from intervening on the basis of [TRANSLATION] "substantive unfairness" (Grammond, at p. 98; see also Lluelles and Moore, at No. 1064.5; Cossette-Lefebvre, at No. 41). They conclude that freedom of contract should continue to apply, absent a gross or intentional fault, to any contract that is neither a contract of adhesion nor a consumer contract (Lluelles and Moore, at No. 2981).

[62] It might be thought that the legislature spoke directly to the purpose of the concept of public order — both of direction and of protection — and intervened to *validate* the use of non-liability clauses in cases to which art. 1437 *C.C.Q.* does not apply.

sur le fondement de l'ordre public dans le cas qui nous occupe? À notre avis, il faut répondre à cette question par la négative.

[60] Notons que certains auteurs, cités dans le jugement dont appel, formulent des réserves par rapport à une telle extension de cette théorie par le biais de l'ordre public virtuel. Lluelles et Moore sont d'avis que les dispositions d'ordre public formel suffisent à cet égard (nos 2978-2979). Ils rappellent en effet l'utilité de l'art. 1437 *C.c.Q.* et de l'art. 1474 *C.c.Q.* pour remédier aux cas d'abus (*ibid.*). Dans ce dernier cas, si la qualification de la faute lourde doit demeurer axée sur le comportement du débiteur (Lluelles et Moore, n° 2976; Jobin et Vézina, n° 870), l'inexécution d'une obligation essentielle pourrait être pertinente dans l'analyse de la qualification de la faute commise par le débiteur (voir, p. ex., *Poissonnerie Bari c. Gestion Inter-parc Inc. (National Tilden)*, 2002 CanLII 111 (C.S. Qc), par. 20-23; C. Deslauriers-Goulet, « L'obligation essentielle dans le contrat » (2014), 55 *C. de D.* 923, p. 947).

[61] Ensuite, Lluelles et Moore soulignent que l'extension de la théorie serait pertinente « dans l'hypothèse où la clause dénierait tout recours », et ce, sur la base de la notion de cause de l'obligation, sur laquelle nous reviendrons (n° 2980; voir aussi n° 1831), et non, à strictement parler, sur la base de l'ordre public. Par ailleurs, plusieurs auteurs notent que le rejet des règles sur la lésion entre majeurs non protégés et l'imprévision témoignent de la volonté du législateur d'empêcher les tribunaux d'intervenir en cas d'« injustice substantielle » (Grammond, p. 98; voir aussi Lluelles et Moore, n° 1064.5; Cossette-Lefebvre, n° 41). Ils en concluent que la liberté contractuelle devrait continuer à s'appliquer en présence d'un contrat qui n'est ni d'adhésion ni de consommation et en l'absence de faute lourde ou intentionnelle (Lluelles et Moore, n° 2981).

[62] On peut croire que le législateur s'est directement penché sur la vocation de la notion d'ordre public — tant de direction que de protection — et est intervenu pour *valider* l'utilisation des clauses de non-responsabilité dans les cas qui ne sont pas visés

Indeed, at the time of the reform of the *Civil Code*, the legislature chose to target contracts of adhesion and consumer contracts and to disregard contracts by mutual agreement, an approach that has led to some criticism; for example, Professor Jobin and Professor Vézina write that [TRANSLATION] “consumer contracts and contracts of adhesion are not alone in having abusive clauses, and contractual fairness should in our opinion be universal” (No. 140).

[63] The Civil Code Revision Office put forward an argument resembling the one advanced by these authors (*Report on the Québec Civil Code*, vol. I, *Draft Civil Code* (1978), at p. 343, and vol. II, t. 2, *Commentaries*, at p. 614). However, not only was this conception of contractual fairness not codified in relation to freely negotiated contracts (Cossette-Lefebvre, at No. 41; É. Charpentier, “Pour une interprétation (très) large de l’article 1437 du *Code civil du Québec*”, in B. Moore, ed., *Mélanges Jean-Louis Baudouin* (2012), 255, at p. 267), but the legislature deliberately indicated its preference for freedom of contract in this context throughout the *Code* (see P.-G. Jobin, “La révision du contrat par le juge dans le Code civil”, in E. Caparros, ed., *Mélanges Germain Brière* (1993), 400, at pp. 410-11).

[64] The scheme of the *Code* thus reveals a conscious decision by the legislature to strike a balance between the concept of public order and the principle of freedom of contract. Subject to the constraints provided for in art. 1474 *C.C.Q.*, a person may exclude or limit his or her liability for material injury caused to another through a fault that is neither intentional nor gross. In addition, art. 1475 *C.C.Q.* shows that the legislature, far from being silent on the subject, has permitted the use of such clauses in the name of freedom of contract in the event of material injury, although it has imposed certain limits. We would reiterate that these articles draw no distinction between exoneration clauses and limitation of liability clauses. The breach of a fundamental obligation is seen as a form of abuse only in the context of consumer contracts and contracts of adhesion under art. 1437 *C.C.Q.* Another basis for this freedom to agree on risk sharing in contracts by mutual agreement can be found in arts. 1613 and 1622 *C.C.Q.*,

par l’art. 1437 *C.c.Q.* En effet, lors de la réforme du *Code civil*, le législateur a choisi de cibler les contrats d’adhésion ou de consommation et de laisser de côté les contrats de gré à gré, une approche qui a suscité certaines critiques, telle celle formulée par le professeur Jobin et la professeure Vézina, qui ont écrit que « les contrats de consommation ou d’adhésion n’ont pas le monopole des clauses abusives et la justice contractuelle devrait selon nous être universelle » (n° 140).

[63] L’Office de révision du Code civil défendait une thèse proche de celle de ces auteurs (*Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, *Projet du Code civil* (1978), p. 345, et vol. II, t. 2, *Commentaires*, p. 625). Or, non seulement cette vision de la justice contractuelle n’a pas été codifiée pour ce qui est des contrats librement négociés (Cossette-Lefebvre, n° 41; É. Charpentier, « Pour une interprétation (très) large de l’article 1437 du *Code civil du Québec* », dans B. Moore, dir., *Mélanges Jean-Louis Baudouin* (2012), 255, p. 267), mais le législateur a à dessein affiché à travers le *Code* sa faveur pour la liberté contractuelle dans ce contexte (voir P.-G. Jobin, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans E. Caparros, dir., *Mélanges Germain Brière* (1993), 400, p. 410-411).

[64] L’économie du *Code* signale donc une mise en œuvre réfléchie d’un équilibre entre la notion d’ordre public et le principe de la liberté contractuelle consacrée par le législateur. Sous réserve des contraintes énoncées à l’art. 1474 *C.c.Q.*, une personne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui en raison d’une faute non intentionnelle ou d’une faute qui n’est pas lourde. L’article 1475 *C.c.Q.* montre également que, loin d’être silencieux sur le sujet, le législateur permet l’utilisation de ces clauses au nom de la liberté contractuelle à l’égard des préjudices matériels, tout en posant des limites. Signalons à nouveau que ces articles ne font aucune distinction entre les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité. Le manquement à une obligation essentielle est considéré comme une forme d’abus uniquement dans le cas des contrats de consommation et d’adhésion suivant l’art. 1437 *C.c.Q.* Cette liberté contractuelle de convenir de la répartition des risques dans les contrats de gré à gré

which confirm that the parties may foresee and stipulate the damages for which they will be liable in the event of nonperformance. Regardless of whether an obligation is fundamental or accessory, the parties can agree on damages at the time of formation of the contract, and a court can give effect to such an agreement even if the debtor has committed a simple fault.

[65] It would therefore be difficult to say that a party is acting in bad faith merely because he or she is seeking to apply a non-liability clause in a contract that was freely negotiated on equal terms. Moreover, the presumption of good faith (art. 2805 *C.C.Q.*) is one more basis for asserting that a contracting party may take advantage of such a clause if he or she has not committed an intentional or gross fault. The fact that the person who takes advantage of a non-liability clause has committed a fault does not in itself justify a finding of bad faith on that person's part. It is true that art. 1437 para. 2 *C.C.Q.* establishes a connection between non-liability clauses and good faith. In the context in which that paragraph applies, it can be said that the creditor's good faith is open to question because of the contractual imbalance, as it is assumed in that exceptional situation that the clause is "excessively and unreasonably" detrimental to the creditor (art. 1437 *C.C.Q.*; compare art. 7 *C.C.Q.*).

[66] It should also be mentioned that in a different situation, one in which the non-liability clause affected only an accessory obligation, the commercial and social utility of excluding or limiting one's liability in a freely negotiated contract would be compromised. From a risk management perspective, non-liability clauses take on their full significance in relation to the principal obligation to be performed. As Carole Aubert de Vincelles points out, [TRANSLATION] "[r]isk management, which is necessary to every contracting strategy, and correlatively to every commercial management strategy, cannot be conducted without limitation of damages clauses (*clauses limitatives de réparation*)" ("Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses

trouve également appui dans les art. 1613 et 1622 *C.c.Q.*, lesquels confirment que les parties peuvent prévoir et stipuler les dommages-intérêts auxquels elles seront tenues en cas d'inexécution. En effet, qu'il s'agisse d'une obligation essentielle ou accessoire, les parties peuvent s'entendre au sujet des dommages-intérêts lors de la formation du contrat, entente à laquelle les tribunaux peuvent donner effet même en présence d'une faute simple du débiteur.

[65] Il est en conséquence difficile de dire d'un contractant qu'il fait montre de mauvaise foi du seul fait qu'il sollicite le bénéfice d'une clause de non-responsabilité figurant dans un contrat qui a été négocié librement et à armes égales. De surcroît, le fait que la bonne foi se présume (art. 2805 *C.c.Q.*) constitue une raison de plus permettant d'affirmer qu'un contractant est autorisé à se prévaloir d'une telle clause en l'absence d'une faute intentionnelle ou lourde de sa part. Le simple fait que le bénéficiaire d'une clause de non-responsabilité est fautif ne permet pas en soi de conclure à sa mauvaise foi. Il est vrai que l'art. 1437 al. 2 *C.c.Q.* établit un lien entre les clauses de non-responsabilité et la bonne foi. Dans le contexte visé par cette disposition, il est possible d'affirmer, en raison du déséquilibre contractuel, que la bonne foi du créancier est remise en question, puisqu'on tient pour acquis, dans ce contexte exceptionnel, que la clause désavantage le créancier « d[e] manière excessive et déraisonnable » (art. 1437 *C.c.Q.*; comp. art. 7 *C.c.Q.*).

[66] Mentionnons par ailleurs, que s'il en était autrement, c'est-à-dire si la clause de non-responsabilité ne produisait ses effets qu'à l'égard de l'obligation accessoire, l'utilité commerciale et sociale d'exclure ou de limiter sa responsabilité dans les contrats librement négociés se trouverait compromise. Envisagées du point de vue de la gestion des risques, les clauses de non-responsabilité prennent tout leur sens au regard de l'obligation principale à exécuter. Comme nous le rappelle l'autrice Carole Aubert de Vincelles, « [l]a gestion des risques, nécessaire à toute politique contractuelle et corrélativement à toute politique de gestion commerciale, ne peut se passer des clauses limitatives de réparation » (« Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de

limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles”, [2008] R.D.C. 1034, at No. 9).

[67] Thus, the *Code* provides for a set of limits and prohibitions that are applicable to non-liability clauses in the context of nominate contracts, but includes no analogous express restriction of general application. The limits and prohibitions that are expressly provided for in the *Code* apply to situations of inequality between contracting parties or are based on other rules of public order deemed to be pertinent by the legislature. Aside from these situations, and of course subject to other mandatory rules that are of no consequence here, the general law of obligations leaves the contracting parties free to apportion the risk of nonperformance between them.

[68] Although our analysis of the scheme of the *Civil Code of Québec* is determinative of this first ground of appeal, we nevertheless feel that it would be helpful to say a few words about the Quebec cases concerning the questions raised by this ground. Aside from the fact that the legislative context of the *Civil Code of Lower Canada* was very different, it should be noted that in the cases mentioned by authors and cited by the Court of Appeal in this case to justify a generalized application of the doctrine, this was discussed only in *obiter*. In most of the cases in which the doctrine has been raised, the courts reached their decisions on the basis either of the requirement of proving knowledge of the non-liability clause or of the concept of gross fault, that is, of concrete cases raising concerns of public order (see *Conseil des ports nationaux v. Swift Canadian Co. Ltd.*, [1953] B.R. 730; *Southern Canada Power Co. Ltd. v. Conserverie de Napierville Ltée*, [1967] B.R. 907; *Western Assurance Co. v. Desgagnés*, [1976] 1 S.C.R. 286, at p. 289; *Fenêtres St-Jean Inc. v. Banque Nationale du Canada* (1990), 69 D.L.R. (4th) 384 (Que. C.A.); *Impact Graphics Ltd. v. B.P.G. Central Security Corp.*, [1995] AZ-95021939 (Que. Sup. Ct.); *Empire Cold Storage Co. Ltd. v. La Cie de Volailles Maxi Ltée*, 1995 CanLII 4828 (Que. C.A.); *BNP Paribas (Canada) v. Ikea Property Ltd.*, 2005 QCCA 297, [2005] R.R.A. 319, at paras. 121-22). It is therefore understandable that Professor Claude Masse, who favoured the generalized application of

réparation portant sur les obligations essentielles », [2008] R.D.C. 1034, n° 9).

[67] Ainsi, le *Code* prévoit un ensemble de limites et de prohibitions applicables à l’égard des clauses de non-responsabilité dans le cas de contrats nommés, mais il ne comporte aucune restriction analogue expresse d’application générale. Les limites et prohibitions explicitement prévues par le *Code* visent des situations d’inégalité entre les parties contractantes ou reposent sur d’autres règles d’ordre public jugées pertinentes par le législateur. Mis à part ces situations, et bien entendu sous réserve d’autres normes impératives qui ne nous concernent pas ici, le droit général des obligations laisse les parties contractantes libres d’aménager entre elles les risques d’inexécution.

[68] Quoique notre analyse de l’économie du *Code civil du Québec* soit déterminante en ce qui concerne ce premier moyen d’appel, nous jugeons néanmoins utile de dire quelques mots sur la jurisprudence québécoise relative aux questions que soulève ce moyen d’appel. Outre le contexte législatif fort différent du *Code civil du Bas Canada*, il y a lieu de noter que dans les arrêts mentionnés par la doctrine et cités par la Cour d’appel en l’espèce afin de fonder l’application généralisée de la théorie, celle-ci fait seulement l’objet de remarques incidentes. Dans la plupart des cas où la théorie a été invoquée, le tribunal a disposé du litige en recourant à l’obligation de prouver la connaissance de la clause de non-responsabilité ou à la notion de faute lourde, c’est-à-dire des cas concrets soulevant des enjeux d’ordre public (voir *Conseil des ports nationaux c. Swift Canadian Co. Ltd.*, [1953] B.R. 730; *Southern Canada Power Co. Ltd. c. Conserverie de Napierville Ltée*, [1967] B.R. 907; *Western Assurance Co. c. Desgagnés*, [1976] 1 R.C.S. 286, p. 289; *Fenêtres St-Jean Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1990] R.J.Q. 632 (C.A.); *Impact Graphics Ltd. c. B.P.G. Central Security Corp.*, [1995] AZ-95021939 (C.S. Qc); *Empire Cold Storage Co. Ltd. c. La Cie de Volailles Maxi Ltée*, 1995 CanLII 4828 (C.A. Qc); *BNP Paribas (Canada) c. Ikea Property Ltd.*, 2005 QCCA 297, [2005] R.R.A. 319, par. 121-122). On comprend donc pourquoi le professeur Claude Masse, qui est favorable à l’application généralisée de la théorie,

the doctrine, recognized in a paper published some time before the *Civil Code of Québec* came into force that the doctrine was “still not well established in our law” (No. 96; see also Lluelles and Moore, at No. 2978).

[69] Furthermore, in *Samen Investments Inc. v. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, a case decided under the new *Code* that concerned a contract of mandate and that was mentioned by the Court of Appeal in the case at bar, it does not seem to have been necessary to refer to the doctrine in order to neutralize the exoneration clause (para. 119 (CanLII); in the instant case, the Court of Appeal in fact stated that the confirmation that the doctrine applied had been an *obiter dictum*), as the case could have been decided on the basis of the concept of gross or intentional fault (see Lluelles and Moore, at No. 2981, fn. 130). As for the other cases quoted by the Court of Appeal, some of them concerned, among other things, a non-liability clause in a contract of adhesion (*Société de gestion Complan (1980) inc. v. Bell Distribution inc.*, 2009 QCCS 2881, [2009] R.D.I. 569, at para. 53, aff’d 2011 QCCA 320, at para. 28 (CanLII); *Thériault v. Dumas*, 2000 CanLII 5214 (C.Q.), at pp. 5 and 9-10) or a consumer contract (*Pruneau v. Société d’agriculture du comté de Richmond*, 2006 QCCQ 12523, at paras. 70-79 (CanLII)), or could be resolved without discussing the doctrine (*Axa Assurances inc. v. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, [2009] R.J.Q. 1104, at para. 267).

[70] In conclusion on this point, given the *Code*’s silence in this regard, the basis drawn from the cases and academic commentary that Prelco proposes in support of the existence of a rule of public order of general application that would neutralize a non-liability clause affecting a fundamental obligation is too unsettled to be accepted. Everything suggests that the legislature deliberately chose not to include such a mandatory rule to regulate such clauses in the *Civil Code of Québec*, preferring to leave it to sophisticated parties to themselves manage the risks of nonperformance, and that it would be inappropriate in the circumstances to do so in their place. As we explained above, it can be concluded that the

a reconnu dans un texte paru quelque temps avant l’entrée en vigueur du *Code civil du Québec* que cette dernière était « encore mal établie dans notre droit » (n° 96; voir aussi Lluelles et Moore, n° 2978).

[69] D’ailleurs, dans l’arrêt *Samen Investments Inc. c. Monit Management Ltd.*, 2014 QCCA 826, une affaire décidée sous le régime du nouveau *Code* qui portait sur un contrat de mandat et qui est mentionnée par la Cour d’appel dans le pourvoi dont nous sommes saisis, le recours à la théorie afin de neutraliser la clause excluant la responsabilité ne semblait pas nécessaire (par. 119 (CanLII); la Cour d’appel écrivant justement en l’espèce que la confirmation de l’application de la théorie constituait une remarque incidente), et le tout aurait pu être tranché sur la base de la notion de faute lourde ou intentionnelle (voir Lluelles et Moore, n° 2981, note 130). Pour ce qui est des autres affaires citées par la Cour d’appel, certaines portaient notamment sur une clause de non-responsabilité dans un contrat d’adhésion (*Société de gestion Complan (1980) inc. c. Bell Distribution inc.*, 2009 QCCS 2881, [2009] R.D.I. 569, par. 53, conf. par 2011 QCCA 320, par. 28 (CanLII); *Thériault c. Dumas*, 2000 CanLII 5214 (C.Q.), p. 5 et 9-10), ou dans un contrat de consommation (*Pruneau c. Société d’agriculture du comté de Richmond*, 2006 QCCQ 12523, par. 70-79 (CanLII)), ou encore n’exigeaient aucun examen de la théorie pour être résolues (*Axa Assurances inc. c. Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, [2009] R.J.Q. 1104, par. 267).

[70] Pour conclure sur ce point, vu le silence du *Code* sur la question, l’assise jurisprudentielle et doctrinale proposée par Prelco pour soutenir l’existence d’une règle d’ordre public d’application générale qui neutraliserait une clause de non-responsabilité portant sur une obligation essentielle est trop incertaine pour être retenue. Tout tend à indiquer que le législateur a choisi de ne pas formuler une telle règle impérative pour réglementer ces clauses dans le *Code civil du Québec* à dessein, jugeant préférable de laisser aux parties avisées le soin de gérer entre elles les risques d’inexécution, et qu’il serait inopportun, dans les circonstances, de le faire à leur place. Tel qu’il a été expliqué précédemment, il est permis

civil law does not lack other resources for dealing with situations that are truly contrary to public order (Lluelles and Moore, at Nos. 2969-77; see also Cossette-Lefebvre, at No. 41).

*B. The Non-liability Clause Is Inoperative Because It Deprives the Obligation of Its Cause*

[71] In coming to its conclusion, the Court of Appeal relied on a second basis: reciprocity of obligations and total absence of cause. This basis is distinct from public order. In the Court of Appeal's view, allowing a debtor to rely on a non-liability clause in order to avoid responsibility for his or her breach of a fundamental obligation is contrary to the idea that the debtor's reciprocal prestation is owed to the creditor, without which the contractual obligation is deprived of its cause.

[72] It is clear here that the Court of Appeal was referring to the requirement, spoken to in art. 1371 *C.C.Q.*, to the effect that it is of the essence of an obligation arising out of a juridical act that there be a cause which justifies its existence. The cause of an obligation, referred to as the "objective" cause, must be distinguished from the cause of a contract, or the "subjective" cause (art. 1410 para. 1 *C.C.Q.*). The "subjective" cause concept concerns each party's reason for entering into the contract, which must be consistent with the law or with public order, or else the contract will be null (art. 1411 *C.C.Q.*; Lluelles and Moore, at Nos. 1066-72).

[73] The "objective" cause, on the other hand, is related to the classical doctrine of cause in the civil law, that is, the [TRANSLATION] "logical, impersonal and abstract reason . . . that justifies a party's acceptance of his or her obligations" (Jobin and Vézina, at Nos. 358 and 363). Citing Henri Capitant, Professors Jobin and Vézina explain that the cause of an obligation "is the purpose the parties had in mind at the time of formation of the contract, but in a synallagmatic contract this purpose is the performance of the correlative obligation" (No. 361, citing *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)* (3rd ed. 1927); Lluelles and Moore, at

de conclure que le droit civil n'est pas dépourvu d'autres ressources pour faire face à des situations choquant réellement l'ordre public (Lluelles et Moore, n<sup>os</sup> 2969-2977; voir aussi Cossette-Lefebvre, n<sup>o</sup> 41).

*B. La clause de non-responsabilité serait inopérante parce qu'elle prive l'obligation de sa cause*

[71] La Cour d'appel s'appuie sur un deuxième fondement pour en venir à sa conclusion : la réciprocité des obligations et l'absence totale de cause. Il s'agit d'un fondement distinct de l'ordre public. Pour la Cour d'appel, permettre à un débiteur d'invoquer une clause de non-responsabilité pour se dégager de son manquement à une obligation essentielle s'oppose à l'idée que le débiteur doit sa prestation réciproque au créancier sans quoi l'obligation contractuelle est privée de sa cause.

[72] On comprend ici que la Cour d'appel fait allusion à l'exigence, reprise à l'art. 1371 *C.c.Q.*, selon laquelle il est de l'essence d'une obligation découlant d'un acte juridique qu'il y ait une cause qui en justifie l'existence. La cause de l'obligation, dite « objective », doit être distinguée de la cause du contrat, dite « subjective » (art. 1410 al. 1 *C.c.Q.*). La notion de cause « subjective » s'intéresse au mobile qui incite chacune des parties à conclure le contrat, mobile qui doit être conforme à la loi ou à l'ordre public, sans quoi le contrat sera sanctionné par la nullité (art. 1411 *C.c.Q.*; Lluelles et Moore, n<sup>os</sup> 1066-1072).

[73] La cause « objective », quant à elle, renvoie à la théorie classique de la cause en droit civil, soit la « raison logique, impersonnelle et abstraite [. . .] qui justifie l'adhésion d'une partie à ses obligations » (Jobin et Vézina, n<sup>os</sup> 358 et 363). Citant Henri Capitant, les professeurs Jobin et Vézina expliquent que la cause de l'obligation « est le but que les parties avaient en vue au moment de la formation du contrat, mais ce but est l'exécution de l'obligation correlative dans le contrat synallagmatique » (n<sup>o</sup> 361, citant *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)* (3<sup>e</sup> éd. 1927); Lluelles et Moore, n<sup>o</sup> 1063; Pineau, Burman et Gaudet, n<sup>os</sup> 144, 147

No. 1063; Pineau, Burman and Gaudet, at Nos. 144, 147 and 171). This implies that a court must [TRANSLATION] “determine that [this interdependence of obligations] exist[ed]” at the time the contract was formed (Lluelles and Moore, at No. 1064.3).

[74] In Quebec law, this objective cause concept is codified in art. 1371 *C.C.Q.*, unlike in France, where it is interspersed throughout the civil code (O. Deshayes, T. Genicon and Y.-M. Laithier, “La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats?” (2017), 13 *E.R.C.L.* 418, at pp. 419-21). As Justice LeBel and Professor Berthold explain in an academic paper, the Civil Code Revision Office had proposed abandoning the concept of cause in Quebec law, but the legislature rejected that proposal in 1994 (“La cause”, in V. Caron et al., eds., *Les oubliés du Code civil du Québec* (2014), 193, at pp. 204 and 206). In their opinion, the connection between the concept of cause of the obligation and that of an abusive clause is clear, as the Office had proposed abandoning the former, in part because the application of the latter was to be extended to all contracts (Civil Code Revision Office, vol. II, t. 2, at p. 554; see also Pineau, “Théorie des obligations”, at No. 8). Ultimately, the legislature decided to retain the concept of cause of an obligation and not to adopt a general rule on lesion between persons of full age, but instead adopted a rule of limited scope with respect to the abusive clause concept in art. 1437 *C.C.Q.*

[75] The parties do not dispute that some contract clauses that deprive an obligation of its cause within the meaning of art. 1371 *C.C.Q.* may affect the validity of the obligation.

[76] This is true, for example, of certain no obligation clauses that exclude all prestations that would normally be owed by the debtor, with the result that the creditor’s obligations lack reciprocal prestations. Berthold also speaks of [TRANSLATION] “no undertaking stipulations” (*stipulations de non-engagement*), those that exclude “everything one of the parties is normally required to do to ensure that the contractual transaction is carried out” (*Peut-on donner d’une clause et reprendre de l’autre? Essai*

et 171). Ceci implique que les tribunaux doivent « contrôler l’existence » de cette interdépendance des obligations au moment de la formation du contrat (Lluelles et Moore, n° 1064.3).

[74] Cette notion de cause objective est codifiée en droit québécois à l’art. 1371 *C.c.Q.*, et ce, contrairement à la France qui l’a dispersée à travers son propre code civil (O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, « La Cause a-t-elle réellement disparu du Droit français des Contrats? » (2017), 13 *E.R.C.L.* 418, p. 419-421). En effet, comme l’ont expliqué le juge LeBel et le professeur Berthold dans un texte doctrinal, l’Office de révision du Code civil avait proposé d’abandonner cette dernière notion pour le droit québécois, mais le législateur ne l’a pas suivi en 1994 (« La cause », dans V. Caron et autres, dir., *Les oubliés du Code civil du Québec* (2014), 193, p. 204 et 206). Selon ces auteurs, le lien entre la notion de cause de l’obligation et la notion de clause abusive est clair, puisque l’Office proposait l’abandon de la première, en partie parce que l’application de la seconde devait s’étendre à tous les contrats (Office de révision du Code civil, vol. II, t. 2, p. 564; voir aussi Pineau, « Théorie des obligations », n° 8). En dernière analyse, le législateur a décidé de maintenir la notion de cause de l’obligation, de ne pas adopter une règle de portée générale pour la lésion entre majeurs, mais plutôt d’adopter une règle de portée limitée relative à la notion de clause abusive à l’art. 1437 *C.c.Q.*

[75] Il n’est pas contesté par les parties que certaines clauses contractuelles qui privent l’obligation de sa cause au sens de l’art. 1371 *C.c.Q.* peuvent porter atteinte à la validité de l’obligation.

[76] C’est le cas, par exemple, de certaines clauses de non-obligation qui excluent toutes les prestations normalement dues par le débiteur, de sorte que les obligations du créancier se trouvent sans prestation réciproque. L’auteur Berthold parle également de « stipulations de non-engagement », soit celles qui excluent « toutes les actions que l’une des parties se doit normalement de poser pour que soit mise en œuvre l’opération contractuelle » (*Peut-on donner d’une clause et reprendre de l’autre? Essai sur la*

*sur la cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat* (2016), at No. 99 (emphasis deleted)). In his opinion, it would also be true of no claims clauses (*clauses de non-recours*), those that deprive the creditor of the obligation of any remedy to sanction nonperformance (Nos. 94, 99 and 110; see also Lluellas and Moore, at Nos. 1064.6, 2968 and 2980). Such clauses, by negating all of the debtor's obligations, deprive the correlative obligation of its cause and impair the reciprocal nature of the contractual relationship.

[77] The crux of the issue in this appeal is therefore as follows: Does a non-liability clause relating to the fundamental obligation of a contract have the effect of depriving the obligation of its cause? Are there circumstances in which a non-liability clause is akin to a no obligation clause that does not meet the requirement of art. 1371 *C.C.Q.*?

[78] It should be noted that there is a conceptual difference between the no obligation clause and the non-liability clause: the former negates the *obligations* that would normally be included in the contract, while the latter excludes the *liability* that would normally flow from nonperformance of the obligations provided for in the contract (see Cossette-Lefebvre, at No. 28). Leveneur-Azémar explains that, unlike the no obligation clause, which concerns the prestations a debtor undertakes to perform, [TRANSLATION] “a non-liability clause applies only at the performance stage, at which it prevents the liability of a debtor who was bound by an obligation but is in default from being triggered” (*Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* (2017), at No. 14). In principle, an exoneration clause or limitation of liability clause affects only the sanction of the payment of damages. It is not, at least by nature, a clause that excludes every obligation or sanction (Nos. 17-18).

[79] Regarding the validity of a non-liability clause where there is a breach of a fundamental obligation, two competing views are advanced by authors.

*cause comme instrument de contrôle de la cohérence matérielle du contrat* (2016), n° 99 (italique omis)). Pour cet auteur, ce serait aussi le cas des clauses de non-recours, c'est-à-dire celles qui privent le créancier de l'obligation de tout recours pour en sanctionner l'inexécution (nos 94, 99 et 110; voir aussi Lluellas et Moore, nos 1064.6, 2968 et 2980). En supprimant toutes les obligations du débiteur, ces clauses privent l'obligation corrélatrice de sa cause et portent atteinte à la nature réciproque du rapport contractuel.

[77] Le nœud du problème dans le présent pourvoi est donc le suivant : une clause de non-responsabilité qui porte sur l'obligation essentielle du contrat a-t-elle pour effet de priver l'obligation de sa cause? Existe-t-il des circonstances dans lesquelles la clause de non-responsabilité est assimilable à une clause de non-obligation qui ne respecte pas l'exigence de l'art. 1371 *C.c.Q.*?

[78] Rappelons qu'il existe une différence conceptuelle entre la clause de non-obligation et la clause de non-responsabilité. La première supprime des *obligations* qui seraient normalement incluses dans le contrat, tandis que la deuxième supprime la *responsabilité* qui découlerait normalement de l'inexécution des obligations qui sont contenues dans le contrat (voir Cossette-Lefebvre, n° 28). L'autrice Leveneur-Azémar explique que, contrairement à la clause de non-obligation qui vise les prestations auxquelles s'engage le débiteur, « les clauses de non-responsabilité n'entrent en jeu qu'au stade de l'exécution, en paralysant la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur, qui était tenu d'une obligation, mais est défaillant » (*Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* (2017), n° 14). En principe, une clause exonératoire ou limitative de responsabilité n'affecte que la sanction consistant dans le paiement de dommages-intérêts. Ce n'est pas, du moins par sa nature, une clause qui exclut toute obligation ou sanction (nos 17-18).

[79] Sur la validité d'une clause de non-responsabilité en cas de manquement à une obligation essentielle, deux thèses doctrinales s'affrontent.

[80] There are some who disagree with the theory that an exoneration clause or limitation of liability clause can deprive the correlative obligation of its cause, as certain no obligation clauses are said to do. In their view, a debtor's obligation does not cease to exist simply because a clause limits or excludes his or her liability in the event of nonperformance. Not only does the non-liability clause leave the obligation intact, it also leaves intact the other sanctions that would normally be available upon nonperformance, such as the exception for nonperformance, specific performance, resolution or resiliation of the contract, or reduction of the correlative obligation (Cossette-Lefebvre, at No. 29). Moreover, because art. 1474 para. 1 *C.C.Q.* bars a debtor from relying on a non-liability clause in a case of gross or intentional fault, and because an arbitrary refusal to perform an obligation would constitute such a fault, the debtor remains bound to perform it: the exoneration clause does not negate the obligation. Finally, the authors who support this view are concerned with the possibility of the cause being relied on to produce effects similar to those of lesion in circumstances in which the legislature does not allow for that (see, generally, Cossette-Lefebvre, at Nos. 26-28).

[81] There are others who maintain that a non-liability clause that is akin to a no claims clause can in fact deprive an obligation of its cause: [TRANSLATION] “. . . where payment by equivalence is the only remaining way for the debtor's obligations to be performed, a stipulation that excludes it altogether has the effect in practice of draining the debtor's undertaking of all substance and, through a mirror effect, of depriving the creditor's undertaking of its cause” (Berthold, at Nos. 124 and 143 (emphasis deleted), and, in the French context, J. Rochfeld, *Cause et type de contrat* (1999), at Nos. 485-86; Aubert de Vincelles, at No. 8; P. Jestaz, “L'obligation et la sanction: à la recherche de l'obligation fondamentale”, in P. Jestaz, ed., *Autour du droit civil — Écrits dispersés, Idées convergentes* (2005), 325, at p. 326). Lluellas and Moore, although critical of the doctrine of breach of a fundamental obligation, concede that it could be supported by the concept of total absence of cause, explaining that [TRANSLATION] “this idea

[80] Certains auteurs critiquent la théorie selon laquelle une clause exonératoire ou limitative de responsabilité peut priver l'obligation correlative de sa cause, comme le feraient certaines clauses de non-obligation. Selon ce point de vue, l'obligation du débiteur ne cesse pas d'exister du seul fait qu'une clause limite ou exclut sa responsabilité en cas d'inexécution. En fait, non seulement la clause de non-responsabilité laisse l'obligation intacte, elle laisse également intactes les autres sanctions normalement disponibles en cas d'inexécution, telles que l'exception d'inexécution, l'exécution en nature, la résolution ou la résiliation du contrat, ou la réduction de l'obligation correlative (Cossette-Lefebvre, n° 29). D'autre part, puisque l'art. 1474 al. 1 *C.c.Q.* empêche un débiteur de se prévaloir d'une clause de non-responsabilité en cas de faute lourde ou intentionnelle, et qu'un refus arbitraire de s'exécuter constituerait une telle faute, le débiteur demeure tenu de s'exécuter : la clause d'exonération de responsabilité n'a pas pour effet de supprimer son obligation. Finalement, les auteurs qui défendent ce point de vue sont préoccupés par la possibilité que la cause ne soit invoquée pour produire des effets semblables à ceux de la lésion, dans des conditions où le législateur ne l'admet pas (voir généralement Cossette-Lefebvre, n° 26-28).

[81] À l'opposé, d'autres soutiennent que les clauses de non-responsabilité assimilables à des clauses de non-recours peuvent priver une obligation de sa cause : « . . . lorsque le paiement par équivalent reste le seul mode d'exécution des obligations du débiteur, la stipulation qui l'exclut purement et simplement a pour effet concret de vider de toute substance l'engagement de ce dernier et, par effet de miroir, de priver de cause celui de son créancier » (Berthold, n° 124 et 143 (caractère gras omis), et, en France, J. Rochfeld, *Cause et type de contrat* (1999), n° 485-86; Aubert de Vincelles, n° 8; P. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », dans P. Jestaz, dir., *Autour du droit civil — Écrits dispersés, Idées convergentes* (2005), 325, p. 326). Les auteurs Lluellas et Moore, tout en critiquant la théorie du manquement à une obligation essentielle, reconnaissent qu'elle pourrait être justifiée par la notion d'absence totale de cause, en précisant que « cette idée n'aurait de pertinence que

would be relevant only if the clause denied the creditor any remedy in the event of nonperformance” (No. 2980).

[82] Also according to this view, a simple limitation of liability clause cannot on its own deprive an obligation of its cause. For some authors, however, the objective cause concept should permit a clause to be neutralized not only if the clause negates the cause, but also in cases in which the counterprestation is so trivial or [TRANSLATION] “insignificant” that it can be considered to be non-existent (see the explanations given by Lluellas and Moore, at No. 1064.4, and, in a different context, *Canadian National Railway Company v. Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374, at paras. 41-42 and 45-46 (CanLII)). This has allowed some French academic commentators and judges to ensure [TRANSLATION] “a minimum level of fairness in the contrat” (*ibid.*; see, e.g., F. Terré et al., *Droit civil: Les obligations* (12th ed. 2019), at Nos. 876-78 and 884).

[83] Thus, there are authors who suggest that the courts must verify [TRANSLATION] “the *reality* of the consideration and not simply its materiality” (Lluellas and Moore, at No. 1064.5), subject, of course, to the fact that “the cause must not be used as a pretext to negate the legislative policy with respect to lesion” (No. 1064.5 (emphasis deleted); see also G. Goldstein and N. Mestiri, “La liberté contractuelle et ses limites — Étude à la lueur du droit civil québécois”, in B. Moore, ed., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 299, at pp. 336-37). The authors conclude that this principle could in theory apply to a case in which a non-liability clause relates to a fundamental obligation (Lluellas and Moore, at Nos. 1064.5-1064.6). However they assert that, if there is a sanction, the solution advanced by those espousing this view does not apply (No. 1064.5; see also Jobin and Vézina, at No. 361). It should be mentioned that even authors who are doubtful about this approach recognize that the distinction between a non-liability clause and a no obligation clause is sometimes not watertight (Leveneur-Azémar, at No. 17). What is certain is that if this theory were to apply, Lluellas and Moore point out that it should only be possible for the cause of the obligation to

dans l’hypothèse où la clause dénierait tout recours au créancier victime d’une inexécution » (n° 2980).

[82] Toujours selon ce point de vue, une simple clause limitative de responsabilité ne pourrait en soi priver une obligation de sa cause. Cependant, pour certains auteurs, la notion de cause objective devrait non seulement permettre de neutraliser une clause qui rend la cause inexistante, mais également dans les cas où la contreprestation est négligeable ou « dérisoire » au point de pouvoir être considérée inexistante (voir les explications de Lluellas et Moore, n° 1064.4, et, dans un contexte différent, *Canadian National Railway Company c. Ace European Group Ltd.*, 2019 QCCA 1374, par. 41-42 et 45-46 (CanLII)). Ceci a permis à un courant de la doctrine et de la jurisprudence françaises d’assurer une « équité minimale dans le contrat » (*ibid.*; voir, p. ex., F. Terré et autres, *Droit civil : Les obligations* (12<sup>e</sup> éd. 2019), n<sup>os</sup> 876-878 et 884).

[83] Ainsi, certains auteurs avancent que les tribunaux doivent contrôler « la *réalité* de la contrepartie et non sa simple matérialité » (Lluellas et Moore, n° 1064.5), sous réserve, évidemment, du fait que « la cause ne doit pas servir de prétexte pour annihiler la politique législative en matière de lésion » (n° 1064.5 (italique omis); voir aussi G. Goldstein et N. Mestiri, « La liberté contractuelle et ses limites — Étude à la lueur du droit civil québécois », dans B. Moore, dir., *Mélanges Jean Pineau* (2003), 299, p. 336-337). Les auteurs en concluent que cette tendance pourrait théoriquement s’appliquer à un cas de figure où une clause de non-responsabilité porte sur l’obligation essentielle (Lluellas et Moore, n<sup>os</sup> 1064.5-1064.6). Toutefois, ils affirment que, si une sanction existe, la solution préconisée par ce courant ne s’impose pas (n° 1064.5; voir aussi Jobin et Vézina, n° 361). Il convient de préciser que même le courant doctrinal réticent à cette approche reconnaît que la distinction entre une clause de non-responsabilité et une clause de non-obligation n’est parfois pas étanche (Leveneur-Azémar, n° 17). Chose certaine, si cette théorie devait s’appliquer, les auteurs Lluellas et Moore soulignent que la cause de l’obligation ne devrait permettre de contrôler le caractère dérisoire

determine whether the consideration is insignificant in “extreme cases” (No. 1064.5).

[84] As we will see, this question does not arise with respect to cl. 7 of the Contract, because of the sanction provided for in the event of nonperformance. This is not a situation in which the counterprestation is insignificant, and even less one in which it is non-existent. The sanction for nonperformance of the fundamental obligation remains, and it cannot be said that the obligation is deprived of its objective cause. This means that the disagreement among the authors is not in issue.

[85] In light of the foregoing, we are of the opinion that it is not necessary to address the question in the context of this appeal. Neither of these positions is without merit. It would therefore be more prudent in the circumstances of this case to refrain from resolving the disagreement in the abstract without taking account of practical difficulties that could arise in the future.

[86] Thus, art. 1371 *C.C.Q.* applies to contract clauses that negate or exclude all of the debtor’s obligations and, in so doing, deprive the correlative obligation of its cause. Where a contract includes such clauses, it can be said that the reciprocal nature of the contractual relationship is called into question (arts. 1371, 1378 para. 1, 1380 para. 1, 1381 para. 1 and 1458 *C.C.Q.*). To apply a more exacting criterion would amount to annulling or revising a contract on assessing the equivalence rather than the existence of the debtor’s prestation and, as a result, to indirectly introducing the concept of lesion, which is narrowly delimited in the *Code*.

## VII. Application of the Law to the Facts of This Case

[87] In this case, Createch committed a fault in performance after having undertaken to deliver and implement, jointly with Prelco, a Microsoft Dynamics NAV integrated management solution at the latter company for an estimated \$650,574 in consideration.

[88] The trial judge concluded his analysis by finding that Createch had not committed a gross or

de la contrepartie que dans des « cas extrêmes » (n° 1064.5).

[84] Comme nous le verrons, cette question ne se pose pas en ce qui concerne la cl. 7 du Contrat, vu la sanction prévue en cas d’inexécution. Nous ne sommes pas dans une situation où la contreprestation est dérisoire et encore moins inexistante. La sanction à l’égard de l’inexécution de l’obligation essentielle subsiste et on ne peut dire que l’obligation est dépourvue de cause objective. Dans ce contexte, le désaccord doctrinal n’est pas en jeu.

[85] À la lumière de ce qui précède, nous sommes d’avis qu’il n’est pas nécessaire de trancher la question dans le cadre du présent pourvoi. Les positions de part et d’autre ne sont pas dénuées de fondement. Il est donc plus prudent, compte tenu des circonstances du présent dossier, de ne pas résoudre le débat dans l’abstrait sans tenir compte des difficultés concrètes qui pourraient survenir à l’avenir.

[86] Ainsi, l’art. 1371 *C.c.Q.* vise les clauses contractuelles qui suppriment ou excluent toutes les obligations du débiteur et, ce faisant, privent l’obligation corrélatrice de sa cause. Lorsqu’un contrat est assorti de telles clauses, on peut alors dire que la nature réciproque du rapport contractuel est remise en question (art. 1371, 1378 al. 1, 1380 al. 1, 1381 al. 1 et 1458 *C.c.Q.*). Appliquer un critère plus exigeant équivaudrait à annuler ou à réviser un contrat en appréciant l’équivalence plutôt que l’existence de la prestation du débiteur, et à introduire de ce fait, de manière détournée, le concept de lésion que le *Code* délimite étroitement.

## VII. Application du droit aux faits de l’espèce

[87] Dans la présente affaire, Créatech s’est exécutée fautivement, après s’être engagée à livrer et à implanter, conjointement avec Prelco, une solution de gestion intégrée Microsoft Dynamics NAV au sein de cette entreprise, en contrepartie d’une somme estimée à 650 574 \$.

[88] Au terme de son analyse, le juge de première instance a conclu qu’il n’y avait eu aucune faute

intentional fault (paras. 206-8), that its obligation was one of means (para. 205) and that its simple fault related to a fundamental obligation under the Contract (para. 220). He also found that the Contract, including cl. 7, was a synallagmatic contract for services that had been freely negotiated and was therefore not a contract of adhesion (para. 187), and that the creditor, Prelco, was a sophisticated legal person and not a consumer (paras. 210-11). In other words, neither art. 1437 *C.C.Q.* nor the *Consumer Protection Act* applied to the Contract. Finally, the injury for which Prelco was seeking reparation was a material injury and not a bodily or moral injury within the meaning of art. 1474 *C.C.Q.* These findings have not been contested.

[89] The trial judge found that the clause was a limitation of liability clause (paras. 190-91 and 225), a finding that was endorsed by the Court of Appeal (para. 49). The limit is described as follows in the first paragraph of the clause: “If such damages result from the delivery of unsatisfactory services, Createch’s liability shall be limited to the amount of any fees paid in relation to the said unsatisfactory services.”

[90] Prelco correctly notes that it is necessary, in interpreting a contract, to take account of the rules of interpretation set out in the *Code*, including art. 1427, which requires that each clause be given “the meaning derived from the contract as a whole”. But it is not the interpretation of the clause that is in issue here. Rather, the trial judge found that Createch’s breach rendered cl. 7 of the Contract inoperative. With respect, that finding resulted from an error of law. We are also of the view that the Court of Appeal erred in law in its justification for upholding the trial judge’s decision to declare cl. 7 inoperative because of Createch’s contractual fault.

[91] On the basis of the rule stated by this Court in *Glengoil* and reaffirmed under the auspices of the *Civil Code of Québec*, cl. 7 is valid and the parties were free to include it in the Contract. It should be understood that Prelco’s argument is based on a

lourde ou intentionnelle de la part de Createch (par. 206-208), que l’obligation qui lui incombait en était une de moyens (par. 205) et que sa faute simple portait sur une obligation essentielle du Contrat (par. 220). Le juge a retenu que le Contrat, y compris la cl. 7, était un contrat synallagmatique de services qui avait été librement négocié, de telle sorte qu’il ne s’agissait pas d’un contrat d’adhésion (par. 187), et que la créancière Prelco était une personne morale avisée et non un consommateur (par. 210-211). En d’autres mots, le Contrat n’était pas visé par l’art. 1437 *C.c.Q.* ou la *Loi sur la protection du consommateur*. Enfin, le préjudice pour lequel Prelco demande réparation est un préjudice matériel et non un préjudice corporel ou moral au sens de l’art. 1474 *C.c.Q.* Ces conclusions n’ont pas été remises en cause.

[89] Le juge de première instance a conclu qu’il était en présence d’une clause limitative de responsabilité (par. 190-191 et 225), conclusion qu’a reprise la Cour d’appel (par. 49). Cette limite est décrite ainsi au premier paragraphe de la clause : « Si tels dommages résultent de la déficience des services, la responsabilité de Createch sera limitée au montant des honoraires payés relativement auxdits services déficients. »

[90] Prelco a raison de souligner qu’il faut, dans l’interprétation d’un contrat, tenir compte des règles interprétatives prévues par le *Code*, dont l’art. 1427, lequel exige que l’on donne à chacune des clauses « le sens qui résulte de l’ensemble du contrat ». Toutefois, ici, ce n’est pas l’interprétation de la clause qui est en jeu. Le juge a plutôt retenu que le manquement de Createch rendait inopérante la cl. 7 du Contrat. Avec égards, cette conclusion découle d’une erreur de droit. Nous sommes également d’avis que la Cour d’appel a erré en droit dans la justification qu’elle présente pour confirmer la décision du juge de première instance de déclarer la cl. 7 inopérante en raison de la faute contractuelle de Createch.

[91] Suivant la règle énoncée par notre Cour dans l’arrêt *Glengoil* et reprise dans le *Code civil du Québec*, la cl. 7 est valide et les parties étaient libres de l’adopter dans leur Contrat. Il faut comprendre que l’argument de Prelco repose sur une

perception of unfairness. That being said, there is nothing in this case that would require the courts to intervene to protect a party who is weak or at a disadvantage economically. Moreover, Prelco is advancing no coherent argument based on a justification related to the general interest of society, such as protection of the human person that would allow for judicial intervention. This suggests to us that a judge cannot, in the name of judicial public order, propose a principle that is inconsistent with the scheme of the *Code* where there is no legislative basis for doing so. Clause 7 thus does not violate any rule of legislative or judicial public order, nor is there any specific rule relating to nominate contracts that applies to the facts of this case.

[92] Prelco erroneously sought to present breach of a fundamental obligation as a separate category of fault, one that is more serious than or qualitatively different from a simple fault, while at the same time accepting the trial judge's finding of fact that Createch had not committed a gross or intentional fault. Prelco offers no authority for this recharacterization of an act or omission giving rise to liability, which is at odds with the general theory of contractual liability. We note as well that where the legislature imposes liability on the debtor for breach of a fundamental obligation, as it has done in art. 1437 *C.C.Q.* for the benefit of a consumer or an adhering party, a simple fault suffices to trigger the debtor's liability as long as the conditions for contractual liability are met.

[93] What can be said about the argument, taken up in part by the Court of Appeal, that cl. 7 is inoperative because of the [TRANSLATION] "reciprocity of obligations" or the "concept of total absence of cause of the obligation" (C.A. reasons, at para. 39)?

[94] In this case, cl. 7 is not a no obligation clause that would exclude the reciprocity of obligations. Despite the wording of cl. 7, Createch owed substantial obligations to Prelco, which Prelco does not deny.

perception d'injustice. Cela dit, il n'y a en l'espèce aucune raison requérant l'intervention des tribunaux pour protéger une partie faible ou désavantagée économiquement. Par ailleurs, Prelco n'avance aucun argument cohérent fondé sur une justification d'intérêt général, telle la protection de la personne humaine, qui autoriserait une intervention judiciaire. Cette constatation nous permet de conclure qu'en l'absence de tout fondement législatif, un juge ne peut pas proposer, au nom de l'ordre public virtuel, une norme qui est en porte-à-faux avec l'économie du *Code*. La clause 7 ne viole en conséquence aucune règle d'ordre public formel ou virtuel, sans compter qu'aucune règle ponctuelle relative aux contrats nommés ne trouve application en ce qui concerne les faits en litige.

[92] Prelco a cherché à tort à présenter le manquement à une obligation essentielle comme une catégorie de faute distincte, qui serait plus sérieuse qu'une faute simple ou de qualité différente, tout en acceptant la conclusion factuelle du juge de première instance que Createch n'a pas commis de faute lourde ou intentionnelle. Prelco n'offre aucune autorité au soutien de cette nouvelle qualification d'un fait générateur de responsabilité, qualification qui est en porte-à-faux avec la théorie générale de la responsabilité contractuelle. Nous notons aussi que, lorsque le législateur tient le débiteur responsable en cas de manquement à une obligation essentielle, comme il l'a fait à l'art. 1437 *C.c.Q.* au profit d'un consommateur ou d'un adhérent, une faute simple suffit à engager la responsabilité de ce débiteur dans la mesure où les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies.

[93] Qu'en est-il de l'argument, repris en partie par la Cour d'appel, selon lequel la cl. 7 serait inopérante en raison de la « réciprocity des obligations » ou par la « notion d'absence totale de cause de l'obligation » (motifs de la C.A., par. 39)?

[94] En l'espèce, la cl. 7 n'est pas une clause de non-obligation qui ferait échec à la réciprocity des obligations. Malgré les termes de la cl. 7, Createch est tenue à des obligations importantes envers Prelco, ce que Prelco ne nie pas.

[95] Even if it were necessary to accept the position of the authors in whose opinion a no claims clause can deprive an obligation of its cause — which we are not doing here — the non-liability clause at issue in this case could not be so characterized. It is true that the clause is strict and that it significantly limits the sanctions that can be imposed on Createch. Prelco correctly asserts that, as far as damages are concerned, the clause in question resembles an exoneration clause. Although the first paragraph of cl. 7 permits an action in damages that is limited to amounts paid, the second paragraph has the effect of excluding any entitlement to damages for injuries from a non-exhaustive list that are a consequence of the debtor’s default. A *limitation* of liability clause would allow reparation to be obtained for those injuries but would limit the amount of the reparation. However, the first paragraph can be equated to an authorization of specific performance by replacement. In light of art. 1602 para. 1 *C.C.Q.*, which provides that, “[w]here the debtor is in default, the creditor may perform the obligation or cause it to be performed at the expense of the debtor”, the meaning of the clause limiting Createch’s liability to the “amount of any fees paid in relation to the said unsatisfactory services” is easy to understand. This clause permits Prelco both to keep the integrated management system and to obtain damages for unsatisfactory services, as well as to be compensated for necessary costs for specific performance by replacement. Finally, we would add that according to the words chosen by the contracting parties themselves, these limits on liability apply “unless such damages result from gross negligence or wilful misconduct on Createch’s part”, which words are consistent with the constraints of public order provided for in art. 1474 para. 1 *C.C.Q.*

[96] In short, the stipulation in cl. 7 of the Contract excludes any reparation for loss of profits arising from a simple fault. The amount Prelco can claim under that clause is therefore limited to what results “from the delivery of unsatisfactory services” by Createch, and in such circumstances “Createch’s liability shall be limited to the amount of any fees paid in relation to the said unsatisfactory services”.

[95] Même s’il fallait donner raison à la position doctrinale selon laquelle une clause de non-recours peut priver l’obligation de sa cause — ce que nous ne faisons pas ici — la clause de non-responsabilité en l’espèce ne pourrait être qualifiée de la sorte. Il est vrai qu’elle est sévère et qu’elle limite sensiblement les sanctions qui peuvent être imposées à Créatech. Prelco a raison d’affirmer que la clause en question, en ce qui concerne les dommages-intérêts, s’apparente à une clause exonératoire de responsabilité. En effet, bien que le premier paragraphe de la cl. 7 donne ouverture à un recours en dommages-intérêts limité aux sommes versées, le deuxième paragraphe a pour effet d’exclure tout droit à des dommages-intérêts en réparation d’une liste non exhaustive de préjudices que lui cause le défaut du débiteur. Une clause *limitative* de responsabilité permettrait d’obtenir réparation pour ces préjudices, tout en limitant le montant de cette réparation. Toutefois, le premier paragraphe peut être assimilé à une autorisation d’exécution en nature par remplacement. À la lumière de l’art. 1602 al. 1 *C.c.Q.*, qui prévoit que « [l]e créancier peut, en cas de défaut, exécuter ou faire exécuter l’obligation aux frais du débiteur », on comprend aisément le sens de la clause qui limite la responsabilité de Créatech au « montant des honoraires payés relativement auxdits services déficients ». Elle permet à Prelco à la fois de conserver le système de gestion intégré et d’obtenir des dommages-intérêts à l’égard des services déficients, ainsi que d’être indemnisée des frais requis pour l’exécution en nature par remplacement. Enfin, ajoutons que ces limites assortissant la responsabilité s’appliquent, selon les termes choisis par les parties contractantes elles-mêmes, « à moins que tel dommage ne résulte de la négligence grossière ou de l’inconduite volontaire de Créatech », termes conformes aux contraintes d’ordre public énoncées à l’art. 1474 al. 1 *C.c.Q.*

[96] En somme, la stipulation énoncée à la cl. 7 du Contrat a pour effet d’exclure toute réparation pour pertes de profits résultant d’une faute simple. En conséquence, le montant que peut réclamer Prelco aux termes de cette clause se limite à ce qui résulte « de la déficience des services » fournis par Créatech, auquel cas, « la responsabilité de Créatech sera limitée au montant des honoraires payés relativement

The damages in question here total \$79,200, that is, the amount of Prelco's claim for fees paid to Irisco.

[97] The trial judge's finding was unequivocal: if the items "software" and "maintenance" were excluded from the claim for an overpayment for the services provided by Createch, Prelco had not discharged its burden of showing "what portion of the \$1,520,000 represented unnecessary work from which [it] does not now benefit" (para. 233). Because Createch's work was found to be useful, the clause barred that claim. However, that would not have been the case had the system been found to be unnecessary for Prelco's purposes.

[98] There is therefore a cause. We also understand that Prelco's objections relate not to the existence of that counterprestation, but to its significance. In principle, however, the requirement provided for in art. 1371 *C.C.Q.* that there be a cause is met if the cause exists, because its existence is what justifies the other party's obligation. In light of Createch's alleged breach in relation to its fundamental obligation, cl. 7 does not deprive the contractual obligation of its cause, but determines the extent of the debtor's liability for the simple fault identified by the trial judge.

[99] Even if we were to concede for the sake of argument that the fact that a sanction is insignificant would justify a conclusion that there is no cause, it could not be argued that such is the case in this appeal. The clause does not exclude all sanctions. In this case, it must instead be concluded that, from the moment the contract was formed, specific performance was possible, and indeed contemplated, in the event of nonperformance. In fact, Prelco has conceded this point in this Court, as it explains in its factum that it gave Createch a "chance to correct its errors and make specific performance". As Createch states, in the circumstances of this case, the non-liability clause in the contract could be characterized as being equivalent to a clause providing for specific performance by replacement (art. 1602 *C.C.Q.*). The

auxdits services déficients ». En l'occurrence, ces dommages s'élèvent à 79 200 \$, soit ceux relatifs à la réclamation de Prelco pour les honoraires payés à la firme Irisco.

[97] La conclusion du juge de première instance est sans équivoque : si l'on exclut les postes « logiciels » et « maintenance » du chef de réclamation concernant le trop-payé pour les services rendus par Créatech, Prelco ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer « quelle portion du 1 520 000 \$ représente du travail inutile pour lequel [elle] ne tire aujourd'hui aucun avantage » (par. 233). Comme le travail de Créatech a été jugé utile, la clause fait obstacle à cette réclamation. Cela dit, il en aurait été autrement si le système avait été jugé inutile pour les besoins de Prelco.

[98] La cause est donc présente. Nous comprenons, de plus, que les objections de Prelco portent non pas sur l'existence de cette contreprestation, mais sur son importance. Or, en principe, l'exigence relative à la présence d'une cause que prévoit l'art. 1371 *C.c.Q.* est respectée lorsque la cause existe, puisque c'est son existence qui justifie l'obligation de l'autre partie. Compte tenu du manquement reproché à Créatech relativement à son obligation essentielle, la cl. 7 ne prive pas l'obligation contractuelle de sa cause, mais aménage l'étendue de la responsabilité de la débitrice pour la faute simple constatée par le juge de première instance.

[99] Même si nous reconnaissons, pour les besoins de la discussion, que le caractère dérisoire de la sanction permet de conclure à l'absence de cause, il ne serait même pas possible de soutenir que c'est le cas en l'espèce. En effet, la clause n'exclut pas toute sanction. En l'espèce, il faut plutôt conclure que, dès la formation du contrat, l'exécution en nature était possible, voire envisagée, en cas d'inexécution. En fait, Prelco a concédé ce point devant notre Cour, puisqu'elle a expliqué, dans son mémoire, qu'elle a donné à Créatech la « chance de corriger ses erreurs et de s'exécuter en nature ». Comme l'affirme Créatech, vu les circonstances du présent dossier, la clause de non-responsabilité prévue au contrat pourrait être qualifiée d'équivalente à une clause d'exécution en nature par remplacement (art. 1602

effect of the clause thus relates to liability and not to the very existence of the obligation.

[100] It is clear that Prelco is using the concept of objective cause to ground its argument that cl. 7 should be declared to be inoperative because it creates an imbalance in prestations and not, strictly speaking, a situation in which this synallagmatic contract has no counterprestation whatsoever. But that is not the purpose of art. 1371 *C.C.Q.* The cause of the obligation does not permit a court to create a scheme for lesion between unprotected persons of full age; such a scheme has in fact been rejected by the legislature.

[101] One last point needs to be considered. In principle, where a clause negates a correlative obligation, [TRANSLATION] “it is the contract itself that will succumb to the annulment of the correlative obligation” (Lluellas and Moore, at No. 2980, fn. 127; see also art. 1416 *C.C.Q.*). Pursuant to art. 1438 *C.C.Q.*, however, the nullity of the contract may be partial in appropriate circumstances, that is, [TRANSLATION] “unless it is apparent that the contract may be considered only as an indivisible whole” (Jobin and Vézina, at No. 398; see also Levesque, at No. 202; Pineau, Burman and Gaudet, at Nos. 203 and 205; Karim, *Les obligations*, at Nos. 2353-54 and 2357; Berthold, at No. 165; Lluellas and Moore, at No. 1876). This Court accepted this position in *Fortin v. Chrétien*, 2001 SCC 45, [2001] 2 S.C.R. 500, at paras. 34-37. As Professor Berthold explains, [TRANSLATION] “by removing the conflicting stipulation from the contract”, a court is merely re-establishing the exchange agreed on by the parties (No. 150). What it does is neutralize the legally problematic clause rather than categorically concluding that [TRANSLATION] “the parties to a synallagmatic contract did not intend to make an exchange” (No. 151 (emphasis added; emphasis in original deleted)).

[102] Although the trial judge did not directly address the application of art. 1438 *C.C.Q.*, he noted that the parties had agreed on [TRANSLATION] “risk sharing” and that Createch had therefore given a discount on its regular rates (paras. 20-22). Moreover, Createch is correct to argue that a party can often obtain a [TRANSLATION] “favourable price” in exchange

*C.c.Q.*). La clause joue donc à l’égard de la responsabilité et non de l’existence même de l’obligation.

[100] On comprend que Prelco instrumentalise la notion de cause objective pour fonder son argument voulant que la cl. 7 doive être déclarée inopérante parce qu’elle consacre un déséquilibre des prestations et non pas, à strictement parler, une absence totale de contreprestation dans ce contrat synallagmatique. Or, ce n’est pas le but de l’art. 1371 *C.c.Q.* La cause de l’obligation ne permet pas au tribunal de créer un régime de lésion entre majeurs non protégés, régime qui a par ailleurs été exclu par le législateur.

[101] Il y a lieu de s’attarder sur un dernier point. En principe, dans les cas où une clause anéantit l’obligation correlative, « c’est le contrat lui-même qui va succomber, par l’annulation de l’obligation correlative » (Lluellas et Moore, n° 2980, note 127; voir aussi l’art. 1416 *C.c.Q.*). Selon l’art. 1438 *C.c.Q.*, cette nullité peut toutefois être partielle dans les cas qui s’y prêtent, c’est-à-dire « à moins qu’il n’apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible » (Jobin et Vézina, n° 398; voir aussi Levesque, n° 202; Pineau, Burman et Gaudet, nos 203 et 205; Karim, *Les obligations*, nos 2353-2354 et 2357; Berthold, n° 165; Lluellas et Moore, n° 1876). Notre Cour s’est ralliée à cette position dans l’arrêt *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, [2001] 2 R.C.S. 500, par. 34-37. Comme l’explique le professeur Berthold, « en effaçant la stipulation contradictoire du contrat », le tribunal ne fait que rétablir l’échange conclu entre les parties (n° 150). Il s’agit de neutraliser la clause juridiquement problématique au lieu de conclure de manière catégorique que « les parties à un contrat synallagmatique n’ont pas voulu procéder à un échange » (n° 151 (nous soulignons; italique dans l’original omis)).

[102] Sans se pencher directement sur l’application de l’art. 1438 *C.c.Q.*, le juge de première instance a souligné que les parties ont convenu du « partage des risques » et que Createch a, en conséquence, consenti à un escompte sur ses taux réguliers (par. 20-22). Createch a d’ailleurs raison de soutenir qu’une partie peut souvent obtenir un « prix avantageux » en

for a limitation of liability clause. It might therefore be thought that this means the contract is an indivisible whole. As for Prelco, it instead argues that there was no connection between the clause at issue in this appeal and the “risk sharing” negotiated for a [TRANSLATION] “cost overrun” (transcript, at p. 61). Because the contract, including cl. 7, is valid, the issue of nullity — total or partial — does not arise in this appeal, and it is unnecessary to discuss it further.

### VIII. Conclusion

[103] In summary, given that neither of the bases for the doctrine of breach of a fundamental obligation applies and that none of the respondent’s arguments are accepted, it is our view that the trial judge and the Court of Appeal erred in law in finding that the limitation of liability clause in the Contract was inoperative. That clause is not ambiguous, and the trial judge could not annul it. The will of the parties had to be respected. Nor could the concept of cause of an obligation justify the decision of the courts below in this case.

[104] For these reasons, the appeal is allowed and the judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside in part, as is the trial judge’s decision regarding the award against Createch on Prelco’s heads of claim for claims from customers, loss of profits on sales made and loss of profits on sales lost. Createch is entitled to its costs throughout.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Stein Monast, Québec.*

échange d’une clause limitative de responsabilité. Il est donc permis de croire que cela implique que le contrat est un tout indivisible. Pour sa part, Prelco soutient plutôt que la clause en question dans le présent pourvoi n’avait aucun lien avec le « partage de risques » négocié pour le « dépassement de coût » (transcription, p. 61). Puisque le contrat est valide, de même que la cl. 7, la question de la nullité — totale ou partielle — ne se pose pas dans le présent pourvoi et il n’est pas nécessaire de s’y attarder davantage.

### VIII. Conclusion

[103] En somme, comme aucun des fondements de la théorie du manquement à une obligation essentielle ne trouve application et aucun des arguments de l’intimée n’est retenu, nous sommes d’avis que le juge de première instance et la Cour d’appel ont commis une erreur de droit en jugeant inopérante la clause limitative de responsabilité prévue au Contrat. Cette clause n’est pas ambiguë et le juge de première instance ne pouvait l’écarter. La volonté des parties devait être respectée. La notion de cause de l’obligation ne pouvait, elle non plus, justifier la décision des tribunaux inférieurs dans la présente affaire.

[104] Pour ces motifs, l’appel est accueilli, l’arrêt de la Cour d’appel du Québec est infirmé en partie ainsi que le jugement de première instance condamnant Createch à l’égard des chefs de réclamation de Prelco pour les réclamations des clients, les pertes de profits sur les ventes réalisées et les pertes de profits sur les ventes perdues. Createch a droit aux dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs de l’appelante : Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Procureurs de l’intimée : Stein Monast, Québec.*

**Tyler Gordon Strathdee** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. STRATHDEE**

**2021 SCC 40**

File No.: 39556.

2021: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Parties to offence — Co-principal liability — Group assault — Accused part of group that entered apartment and assaulted several occupants — One occupant dying of single stab wound — Accused charged with manslaughter — Trial judge acquitting accused on basis that single stab wound could only have been caused by one principal offender and that Crown had not proven beyond reasonable doubt that accused inflicted stab wound — Court of Appeal holding that trial judge erred in law in failing to properly assess accused’s culpability as co-principal to manslaughter in light of her finding that accused participated in group assault — Court of Appeal setting aside acquittal and entering conviction — Conviction upheld.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Cabrera*, 2019 ABCA 184, 95 Alta. L.R. (6th) 258, aff’d *R. v. Shlah*, 2019 SCC 56, [2019] 4 S.C.R. 136; *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(1)(a), (c), 691(2)(b).

**Tyler Gordon Strathdee** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. STRATHDEE**

**2021 CSC 40**

N° du greffe : 39556.

2021 : 15 octobre.

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

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

*Droit criminel — Parties à l’infraction — Responsabilité en tant que coauteur de l’infraction — Agression en groupe — Accusé faisant partie d’un groupe d’individus qui sont entrés dans un appartement et y ont agressé plusieurs occupants — Décès d’un des occupants par suite d’un seul coup de couteau — Accusé inculpé d’homicide involontaire coupable — Accusé acquitté par la juge du procès parce que l’unique blessure par coup de couteau ne pouvait qu’avoir été causée par un seul auteur principal et que la Couronne n’avait pas prouvé au-delà de tout doute raisonnable que l’accusé avait infligé cette blessure — Arrêt de la Cour d’appel concluant que la juge du procès avait commis une erreur de droit en omettant d’apprécier comme il se doit la responsabilité de l’accusé en tant que coauteur de l’homicide involontaire coupable compte tenu de sa conclusion portant que ce dernier avait participé à l’agression en groupe — Acquittement écarté par la Cour d’appel et déclaration de culpabilité inscrite — Déclaration de culpabilité confirmée.*

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Cabrera*, 2019 ABCA 184, 95 Alta. L.R. (6th) 258, conf. par *R. c. Shlah*, 2019 CSC 56, [2019] 4 R.C.S. 136; *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 21(1)(a), c), 691(2)(b).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J. and Watson and Pentelechuk J.J.A.), 2020 ABCA 443, 21 Alta. L.R. (7th) 72, 410 C.C.C. (3d) 46, 463 D.L.R. (4th) 193, [2021] 5 W.W.R. 456, [2020] A.J. No. 1357 (QL), 2020 CarswellAlta 2352 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused for manslaughter entered by Goss J., 2019 ABQB 479, [2019] A.J. No. 853 (QL), 2019 CarswellAlta 1310 (WL Can.), and entering a conviction. Appeal dismissed.

*Graham Johnson and Tania Shapka*, for the appellant.

*Julie Morgan*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ROWE J. — Mr. Strathdee appeals as of right to this Court under s. 691(2)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, on the basis that the Alberta Court of Appeal overturned his acquittal for unlawful act manslaughter and entered a conviction (2020 ABCA 443, 21 Alta. L.R. (7th) 72). The trial judge, sitting as judge alone, had acquitted Mr. Strathdee after considering joint/co-principal liability and abetting under s. 21(1)(a) and 21(1)(c), respectively, of the *Criminal Code* (2019 ABQB 479). The charges against Mr. Strathdee stemmed from a group assault in which several victims sustained multiple injuries and one victim, Mr. Tong, sustained a *single* stab wound which caused his death.

[2] We agree with the Court of Appeal that there is no basis for the view that the stabbing of Mr. Tong was a distinct act outside the scope of the group attack.

[3] Having regard to the findings of fact in paras. 137 and 156-59 (CanLII) of the trial decision, and the statement of law set out by the Court of Appeal at paras. 61, 66 and 68 of its decision, this Court affirms the result of the Alberta Court of

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Pentelechuk), 2020 ABCA 443, 21 Alta. L.R. (7th) 72, 410 C.C.C. (3d) 46, 463 D.L.R. (4th) 193, [2021] 5 W.W.R. 456, [2020] A.J. No. 1357 (QL), 2020 CarswellAlta 2352 (WL Can.), qui a écarté l'acquiescement pour homicide involontaire coupable prononcé par la juge Goss, 2019 ABQB 479, [2019] A.J. No. 853 (QL), 2019 CarswellAlta 1310 (WL Can.), et inscrit une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

*Graham Johnson et Tania Shapka*, pour l'appellant.

*Julie Morgan*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE ROWE — Monsieur Strathdee fait appel de plein droit devant notre Cour en vertu de l'al. 691(2)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, au motif que la Cour d'appel de l'Alberta a annulé son acquiescement relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal et a inscrit une déclaration de culpabilité (2020 ABCA 443, 21 Alta. L.R. (7th) 72). La juge du procès, siégeant seule, avait acquitté M. Strathdee après avoir considéré la responsabilité comme auteur conjoint/coauteur, et l'encouragement à commettre une infraction, suivant les al. 21(1)a) et 21(1)c), respectivement, du *Code criminel* (2019 ABQB 479). Les accusations portées contre M. Strathdee découlaient d'une agression en groupe au cours de laquelle plusieurs victimes ont subi de multiples blessures et l'une d'entre elles, M. Tong, a reçu un *seul* coup de couteau qui a causé sa mort.

[2] À l'instar de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que rien n'étaye l'opinion selon laquelle le coup de couteau asséné à M. Tong a constitué un acte distinct, indépendant de l'agression en groupe.

[3] Eu égard aux conclusions de fait tirées aux par. 137 et 156-159 (CanLII) du jugement de première instance, ainsi qu'à l'énoncé du droit formulé par la Cour d'appel aux par. 61, 66 et 68 de son arrêt, notre Cour confirme la décision de la Cour d'appel

Appeal that Mr. Strathdee is guilty of unlawful act manslaughter.

[4] We also wish briefly to clarify a statement of law in *R. v. Cabrera*, 2019 ABCA 184, 95 Alta. L.R. (6th) 258, aff'd *R. v. Shlah*, 2019 SCC 56, [2019] 4 S.C.R. 136. Any implication from *Cabrera* that joint/co-principal liability is automatically eliminated if the evidence demonstrates application of force by only a single perpetrator is not accurate. Joint/co-principal liability flows whenever two or more individuals come together with an intention to commit an offence, are present during the commission of the offence, and contribute to its commission. In the context of manslaughter, triers of fact should focus on whether an accused's actions were a significant contributing cause of death, rather than focusing on which perpetrator inflicted which wound or whether all of the wounds were caused by a single individual. In the context of group assaults, absent a discrete or intervening event, the actions of all assailants can constitute a significant contributing cause to all injuries sustained. Properly read, the discussion of party liability in *R. v. Pickton*, 2010 SCC 32, [2010] 2 S.C.R. 198, is fully consistent with the foregoing.

[5] Accordingly, we would dismiss the appeal.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.*

de l'Alberta portant que M. Strathdee est coupable d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal.

[4] Nous tenons aussi à nous arrêter brièvement pour clarifier un énoncé du droit dans l'arrêt *R. c. Cabrera*, 2019 ABCA 184, 95 Alta. L.R. (6th) 258, conf. par *R. c. Shlah*, 2019 CSC 56, [2019] 4 R.C.S. 136. Est inexacte toute suggestion tirée de l'arrêt *Cabrera* voulant que la responsabilité comme auteur conjoint/coauteur soit automatiquement écartée si la preuve démontre qu'un seul auteur a eu recours à la force. Il y a responsabilité comme auteur conjoint/coauteur dans tous les cas où deux individus ou plus se rassemblent dans l'intention de commettre une infraction, sont présents durant la perpétration de l'infraction et y contribuent. Dans le contexte de l'homicide involontaire coupable, le juge des faits doit s'attacher à la question de savoir si les actes de l'accusé ont constitué une cause ayant contribué de façon appréciable au décès, plutôt que se demander quel agresseur a infligé quelle blessure ou si toutes les blessures ont été causées par un seul individu. Dans le contexte d'agressions en groupe, en l'absence d'un événement distinct ou intermédiaire, les actes de tous les assailants peuvent constituer une cause ayant contribué de façon appréciable à toutes les blessures subies. Interprétée correctement, l'analyse de la responsabilité d'un participant faite dans *R. c. Pickton*, 2010 CSC 32, [2010] 2 R.C.S. 198, s'accorde entièrement avec ce qui précède.

[5] Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelant : Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Calgary.*

**City of Nelson** *Appellant*

v.

**Taryn Joy Marchi** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia,  
Ontario Trial Lawyers Association,  
City of Abbotsford and  
City of Toronto** *Intervenors*

**INDEXED AS: NELSON (CITY) v. MARCHI**

**2021 SCC 41**

File No.: 39108.

2021: March 25; 2021: October 21.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Torts — Negligence — Duty of care — Government liability — Core policy immunity — Snow clearing and removal — Person injured while attempting to cross snow-bank created by city when clearing snow — City’s snow clearing and removal decisions made in accordance with written policies and unwritten practices — Whether relevant city decision was core policy decision immune from negligence liability.*

After a heavy snowfall, the city started plowing and sanding streets pursuant to its written snow clearing and removal policies and unwritten practices. Among the tasks completed by city employees was the clearing of snow in

**City of Nelson** *Appelante*

c.

**Taryn Joy Marchi** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l’Ontario,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
procureur général de l’Alberta,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia,  
Ontario Trial Lawyers Association,  
City of Abbotsford et  
Cité de Toronto** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NELSON (VILLE) c. MARCHI**

**2021 CSC 41**

N° du greffe : 39108.

2021 : 25 mars; 2021 : 21 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA  
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Responsabilité gouvernementale — Immunité à l’égard des décisions de politique générale fondamentale — Déblayage et enlèvement de la neige — Personne blessée en tentant de traverser un banc de neige créé par la ville pendant les opérations de déneigement — Décisions de la ville en matière de déblayage et d’enlèvement de la neige prises conformément aux politiques écrites et pratiques non écrites — La décision litigieuse de la ville constituait-elle une décision de politique générale fondamentale jouissant de l’immunité à l’égard de la responsabilité pour négligence?*

Après une abondante chute de neige, la ville a commencé à déblayer les rues et à y épandre du sable conformément à ses politiques écrites et à ses pratiques non écrites de déneigement et d’enlèvement de la neige. Parmi

angled parking stalls on streets located in the downtown core. Employees plowed the snow to the top of the parking spaces, creating a continuous snowbank along the curb that separated the parking stalls from the sidewalk. They did not clear an access route to the sidewalk for drivers parking in the stalls. M parked in one of the angled parking stalls. She was attempting to access a business, but the snowbank created by the city blocked her route to the sidewalk. She decided to cross the snowbank and seriously injured her leg. M sued the city for negligence. The trial judge dismissed M's claim concluding that the city did not owe M a duty of care because its snow removal decisions were core policy decisions. In the alternative, he also found that there was no breach of the standard of care and that in the further alternative, if there was a breach, M was the proximate cause of her own injuries. The Court of Appeal concluded that the trial judge erred on all three conclusions and ordered a new trial.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The city has not met its burden of proving that M seeks to challenge a core policy decision immune from negligence liability. Accordingly, it owed M a duty of care. The regular principles of negligence law apply in determining whether the city breached the duty of care and, if so, whether it should be liable for M's damages. The standard of care and causation assessments require a new trial.

In Canada, the *Anns/Cooper* test provides a unifying framework to determine when a duty of care arises under the wide rubric of negligence law, including for allegations of negligence against government officials. The framework applies differently depending on whether the plaintiff's claim falls within or is analogous to an established duty of care or whether the claim is novel because proximity has not been recognized before. In novel duty of care cases, the full two-stage *Anns/Cooper* framework applies. When the duty of care at issue is not novel, there is generally no need to proceed through the full two-stage *Anns/Cooper* framework. Over the years, courts in Canada have developed a

les tâches accomplies par le personnel de la ville, il y avait le déblayage des espaces de stationnement en angle se trouvant sur les rues situées au cœur du centre-ville. Le personnel a poussé la neige à l'extrémité des espaces de stationnement, créant un banc de neige continu en bordure du trottoir, qui séparait les espaces de stationnement du trottoir. Le personnel de la ville n'a pas dégagé un passage vers le trottoir pour les conducteurs qui se garaient dans les espaces de stationnement. M a garé sa voiture dans l'un des espaces de stationnement en angle. Elle tentait de se rendre à un commerce, mais le banc de neige créé par la ville bloquait son passage vers le trottoir. Elle a décidé de traverser le banc de neige et s'est gravement blessée à la jambe. M a intenté une action en négligence contre la ville. Le juge de première instance a rejeté l'action de M, concluant que la ville n'avait aucune obligation de diligence envers M, parce que les décisions de la ville en matière de déneigement constituaient des décisions de politique générale fondamentale. Subsidièrement, il a conclu à l'absence de manquement à la norme de diligence et, subsidièrement encore, que s'il y a eu manquement, M a été la cause immédiate de ses blessures. La Cour d'appel a statué que les trois conclusions du juge de première instance étaient erronées, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La ville ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver que M cherche à contester une décision de politique générale fondamentale jouissant de l'immunité contre les actions en responsabilité pour négligence. En conséquence, elle avait une obligation de diligence envers M. Les principes habituels du droit de la négligence s'appliquent afin de déterminer si la ville a manqué à son obligation de diligence et, dans l'affirmative, si elle doit être tenue responsable des dommages causés à M. Les analyses de la norme de diligence et du lien de causalité requièrent la tenue d'un nouveau procès.

Au Canada, l'analyse établie dans les arrêts *Anns* et *Cooper* offre un cadre uniforme permettant de déterminer quand naît une obligation de diligence dans le vaste domaine du droit de la négligence, y compris en cas d'allégations de négligence formulées contre les représentants gouvernementaux. Le cadre d'analyse s'applique différemment selon que la demande présentée par la partie demanderesse relève d'une obligation de diligence reconnue ou analogue, ou selon que la demande porte sur une obligation nouvelle parce que le lien de proximité n'a pas été reconnu auparavant. Dans les affaires portant sur une nouvelle obligation de diligence, les deux étapes

body of negligence law recognizing categories of cases in which a duty of care has previously been established.

The Court had an opportunity to apply the full two-stage duty of care framework to a case involving personal injury on a public road in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228. At the *prima facie* stage, the Court held that users of a highway are in a sufficiently proximate relationship to the province because in creating public highways, the province creates a physical risk to which road users are invited. The Court found that the duty of care should apply to public authority defendants unless there is a valid basis for its exclusion: first, statutory provisions that exempt the defendant from liability, and second, immunity for true policy decisions. While such policy decisions are exempt from claims in negligence, the operational implementation of policy may be subject to the duty of care in negligence. The factors uniting cases under the *Just* category are: a public authority has undertaken to maintain a public road or sidewalk to which the public is invited, and the plaintiff alleges they suffered personal injury as a result of the public authority's failure to maintain the road or sidewalk in a reasonably safe condition. Where these factors are present, the *Just* category will apply, obviating the need to establish proximity afresh. Therefore, once a plaintiff proves that her case falls within the *Just* category, a duty of care will be imposed, unless the public authority can show that the relevant government decision is protected by core policy immunity.

Core policy decisions are decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith. Core policy decisions are immune from negligence liability because the legislative and executive branches have core institutional roles and competencies that must

du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* s'appliquent. Lorsque l'obligation de diligence en cause n'est pas nouvelle, il n'est généralement pas nécessaire de procéder aux deux étapes du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Au fil des ans, les tribunaux canadiens ont élaboré un corpus du droit de la négligence qui reconnaît des catégories de cas dans lesquelles une obligation de diligence a déjà été reconnue.

La Cour a eu l'occasion d'appliquer les deux étapes du cadre d'analyse de l'obligation de diligence dans une affaire concernant des préjudices corporels subis sur une route publique dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. À l'étape de l'analyse *prima facie*, la Cour a jugé que les usagers d'une autoroute ont un lien suffisamment étroit avec la province parce que, en créant les autoroutes publiques, la province crée un risque physique auquel les usagers sont invités à s'exposer. La Cour a conclu que les autorités publiques défenderesses devraient être tenues à une obligation de diligence, à moins d'un motif valable de les en exempter : premièrement, des dispositions législatives qui exemptent la partie défenderesse de toute responsabilité et, deuxièmement, l'immunité applicable à l'égard des véritables décisions de politique. Bien que de telles décisions de politique soient à l'abri de poursuites pour négligence, la mise en œuvre opérationnelle des politiques peut être assujettie à l'obligation de diligence issue du droit de la négligence. Les facteurs communs aux affaires visées par la catégorie énoncée dans *Just* sont les suivants : une autorité publique a décidé d'entretenir une route publique ou un trottoir que le public est invité à utiliser et la partie demanderesse prétend avoir subi des préjudices corporels parce que l'autorité publique n'a pas maintenu la route ou le trottoir dans un état raisonnablement sécuritaire. Lorsque ces facteurs sont présents, la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* s'appliquera, écartant ainsi la nécessité d'établir à nouveau la proximité. En conséquence, une fois que la partie demanderesse a fait la preuve que son cas appartient à la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just*, une obligation de diligence sera imposée, à moins que l'autorité publique ne puisse démontrer que la décision gouvernementale en cause est protégée par l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale.

Les décisions de politique générale fondamentale sont des décisions qui se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu'elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi. Les décisions de politique générale fondamentale n'entraînent pas de responsabilité pour négligence, parce que

be protected from interference by the judiciary's private law oversight. A court must consider the extent to which a government decision was based on public policy considerations and the extent to which the considerations impact the rationale for core policy immunity. In addition, four factors emerge that help in assessing the nature of a government's decision: (1) the level and responsibilities of the decision-maker; (2) the process by which the decision was made; (3) the nature and extent of budgetary considerations; and (4) the extent to which the decision was based on objective criteria. The underlying rationale — protecting the legislative and executive branch's core institutional roles and competencies necessary for the separation of powers — serves as an overarching guiding principle for how to weigh the factors in the analysis. Thus, the nature of the decision along with the hallmarks and factors that inform its nature must be assessed in light of the purpose animating core policy immunity. But the mere presence of budgetary, financial, or resource implications does not determine whether a decision is core policy. Further, the fact that the word "policy" is found in a written document, or that a plan is labelled as "policy" may be misleading and is certainly not determinative of the question.

In the instant case, M has proved that her circumstances fall within the scope of the *Just* category. She suffered significant physical injury on a municipal street, and by plowing the parking spaces on the street where M parked, the city invited members of the public to use them to access businesses along the street. The *Just* category clearly extends to the prevention of injuries from snowbanks created by a government defendant on the roads and sidewalk.

The city has not proved that its decision to clear the snow from the parking stalls in which M parked by creating snowbanks along the sidewalks without ensuring direct access to sidewalks was a core policy decision immune from liability in negligence. The city's decision bore none of the hallmarks of core policy. Although the extent to which the city's public works supervisor was

les branches législative et exécutive ont des compétences et des rôles institutionnels fondamentaux qui doivent être protégés de l'ingérence susceptible de découler de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir de surveillance en application du droit privé. Le tribunal doit prendre en compte la mesure dans laquelle la décision du gouvernement était fondée sur des considérations d'intérêt public, de même que le degré d'incidence de ces considérations sur la raison d'être de l'immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale. En outre, quatre facteurs se révèlent utiles dans l'examen de la nature d'une décision gouvernementale : (1) le niveau hiérarchique et les responsabilités de la personne qui décide; (2) le processus suivi pour arriver à la décision; (3) la nature et l'importance des considérations budgétaires; et (4) la mesure dans laquelle la décision était fondée sur des critères objectifs. La raison d'être qui sous-tend l'immunité — la protection des compétences et des rôles institutionnels fondamentaux des branches législative et exécutive nécessaires à la séparation des pouvoirs — sert de principe directeur général quant à la manière de mettre en balance les facteurs dans l'analyse. Ainsi, la nature de la décision, de même que les caractéristiques et les facteurs qui renseignent le tribunal sur cette nature doivent être appréciés à la lumière de l'objet qui constitue le fondement de l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique fondamentale. Cependant, la seule existence de conséquences budgétaires, financières, ou liées aux ressources ne permet pas de décider si on est en présence d'une décision de politique. De plus, le fait que le terme « politique » figure dans un document ou qu'un plan soit intitulé « politique » peut être trompeur et ne permet certainement pas de trancher la question.

Dans la présente affaire, M a démontré que sa situation relève du champ d'application de la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just*. Elle a subi d'importantes blessures physiques dans une rue municipale, et, en déblayant les espaces de stationnement de la rue où M s'est garée, la ville s'est trouvée à inviter les membres du public à les utiliser pour accéder aux commerces situés le long de la rue. De toute évidence, la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* s'étend à la prévention des blessures causées par la présence sur des routes et des trottoirs de bancs de neige créés par un gouvernement défendeur.

La ville n'a pas prouvé que sa décision de déblayer les espaces de stationnement dans lesquels M s'est garée en créant des bancs de neige le long des trottoirs sans prendre soin d'assurer un accès direct aux trottoirs était une décision de politique générale fondamentale jouissant de l'immunité à l'égard de la responsabilité pour négligence. La décision de la ville ne présentait aucune

closely connected to a democratically-elected official is unclear from the record, she disclosed that she did not have the authority to make a different decision with respect to the clearing of parking stalls (the first factor). In addition, there is no suggestion that the method of plowing the parking stalls resulted from a deliberative decision involving any prospective balancing of competing objectives and policy goals by the supervisor or her superiors. There was no evidence suggesting an assessment was ever made about the feasibility of clearing pathways in the snowbanks; the city's evidence is that this was a matter of custom (the second factor). Although it is clear that budgetary considerations were involved, these were not high-level budgetary considerations but rather the day-to-day budgetary considerations of individual employees (the third factor). Finally, the city's chosen method of plowing the parking stalls can easily be assessed based on objective criteria (the fourth factor). Therefore, the city's core policy defence fails and it owed M a duty of care.

The trial judge's treatment of the standard of care was flawed because he imported considerations relating to core policy immunity and failed to engage with the practices of the neighbouring municipalities. The trial judge also erred in his causation analysis since he never asked whether, but for the city's breach of the standard of care, M would have been injured and never addressed the remoteness question of whether the specific injury was reasonably foreseeable.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587;

des caractéristiques d'une décision de politique générale fondamentale. Bien que le dossier n'indique pas dans quelle mesure la superviseure des travaux publics de la ville était étroitement liée à une représentante démocratiquement élue ou à un représentant démocratiquement élu, elle a révélé qu'elle ne possédait pas le pouvoir de prendre une décision différente en ce qui concerne le déblayage des espaces de stationnement (le premier facteur). De plus, rien ne tend à indiquer que la méthode de déblayage des espaces de stationnement résultait d'une décision découlant de délibérations ayant comporté la mise en balance prospective d'objectifs concurrents et d'objectifs de politique d'intérêt général par la superviseure ou ses supérieurs hiérarchiques. Il n'y avait aucune preuve tendant à indiquer qu'on avait à quelque moment que ce soit examiné la possibilité de dégager des passages dans les bancs de neige; selon la preuve présentée par la ville, il s'agissait de la façon coutumière de faire les choses (le deuxième facteur). Bien que des considérations budgétaires aient clairement joué un rôle, il ne s'agissait pas de considérations budgétaires examinées à un haut niveau, mais plutôt de considérations budgétaires courantes prises en compte sur une base individuelle par des membres du personnel (le troisième facteur). Enfin, la méthode retenue par la ville pour le déblayage des espaces de stationnement peut aisément être évaluée sur la base de critères objectifs (le quatrième facteur). En conséquence, le moyen de défense fondé sur la notion de politique générale fondamentale invoqué par la ville ne peut être retenu, et cette dernière avait une obligation de diligence envers M.

La façon dont le juge de première instance a traité de la norme de diligence était viciée, parce qu'il a importé des considérations relatives à l'immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale dans la norme de diligence, et il a omis de se pencher sur les pratiques des municipalités avoisinantes. Le juge de première instance a également fait erreur dans son analyse du lien de causalité puisqu'il ne s'est jamais demandé si, n'eût été le manquement de la ville à la norme de diligence, M aurait été blessée et n'a jamais abordé la question du principe de l'éloignement du préjudice qui consiste à se demander si la blessure précise était raisonnablement prévisible.

### Jurisprudence

**Arrêts appliqués :** *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; **arrêts mentionnés :** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1

*Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Tambeau v. Vancouver (City)*, 2001 BCSC 651, 20 M.P.L.R. (3d) 195; *Talarico v. Northern Rockies (Regional District)*, 2008 BCSC 861, 47 M.P.L.R. (4th) 242; *Bowden v. Withrow's Pharmacy Halifax (1999) Ltd.*, 2008 NSSC 252, 48 M.P.L.R. (4th) 250; *Lichy v. City of Surrey*, 2016 BCPC 55; *N. v. Poole Borough Council (AIRE Centre Intervening)*, [2019] UKSC 25, [2020] A.C. 780; *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446; *Barratt v. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Blessing v. United States*, 447 F. Supp. 1160 (1978); *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States v. Muniz*, 374 U.S. 150 (1963); *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *George v. Newfoundland and Labrador*, 2016 NLCA 24, 378 Nfld. & P.E.I.R. 46; *United States v. Varig Airlines*, 467 U.S. 797 (1984); *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.*, 2020 SCC 35, [2020] 3 S.C.R. 504; *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Hendry v. United States*, 418 F.2d 774 (1969); *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Bolton v. Stone*, [1951] A.C. 850; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Resurface Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333; *British Columbia Electric Railway Co. v. Dunphy*, [1919] 59 S.C.R. 263; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649.

#### Statutes and Regulations Cited

*Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 2.  
*Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333, s. 1(1).  
*Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1996, c. 337, s. 8(2).

R.C.S. 587; *Childs v. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Tambeau c. Vancouver (City)*, 2001 BCSC 651, 20 M.P.L.R. (3d) 195; *Talarico c. Northern Rockies (Regional District)*, 2008 BCSC 861, 47 M.P.L.R. (4th) 242; *Bowden c. Withrow's Pharmacy Halifax (1999) Ltd.*, 2008 NSSC 252, 48 M.P.L.R. (4th) 250; *Lichy c. City of Surrey*, 2016 BCPC 55; *N. c. Poole Borough Council (AIRE Centre Intervening)*, [2019] UKSC 25, [2020] A.C. 780; *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953); *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *Barratt c. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC 39, [2018] 2 R.C.S. 687; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Home Office c. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004; *Blessing c. United States*, 447 F. Supp. 1160 (1978); *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988); *United States c. Muniz*, 374 U.S. 150 (1963); *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *George c. Newfoundland and Labrador*, 2016 NLCA 24, 378 Nfld. & P.E.I.R. 46; *United States c. Varig Airlines*, 467 U.S. 797 (1984); *1688782 Ontario Inc. c. Aliments Maple Leaf Inc.*, 2020 CSC 35, [2020] 3 R.C.S. 504; *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991); *Hendry c. United States*, 418 F.2d 774 (1969); *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Bolton c. Stone*, [1951] A.C. 850; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Resurface Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333; *British Columbia Electric Railway Co. c. Dunphy*, [1919] 59 R.C.S. 263; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649.

#### Lois et règlements cités

*Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 2.  
*Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333, art. 1(1).  
*Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1996, c. 337, art. 8(2).

**Authors Cited**

- Bagby, John W., and Gary L. Gittings. “The Elusive Discretionary Function Exception From Government Tort Liability: The Narrowing Scope of Federal Liability” (1992), 30 *Am. Bus. L.J.* 223.
- Boghosian David G., and J. Murray Davison. *The Law of Municipal Liability in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated November 2011, release 57).
- Cambridge Dictionary* (online: <https://dictionary.cambridge.org>), “policy”.
- Deegan, Anne. “The Public/Private Law Dichotomy And Its Relationship With The Policy/Operational Factors Distinction in Tort Law” (2001), 1 *Q.U.T.L.J.J.* 241.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
- Klar, Lewis N. “The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.
- Krent, Harold J. “Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort” (1991), 38 *U.C.L.A. L. Rev.* 871.
- Linden, A. M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Makuch, Stanley M. “Municipal Immunity From Liability in Negligence”, in Freda M. Steel and Sandra Rodgers-Magnet, eds., *Issues in Tort Law*. Toronto: Carswell, 1983, 221.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “policy”.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- Peterson, Bruce A., and Mark E. Van Der Weide. “Susceptible to Faulty Analysis: *United States v. Gaubert* and the Resurrection of Federal Sovereign Immunity” (1997), 72 *Notre Dame L. Rev.* 447.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Willcock, Fitch and Hunter JJ.A.), 2020 BCCA 1, 32 B.C.L.R. (6th) 213, 442 D.L.R. (4th) 697, [2020] 9 W.W.R. 1, 98 M.P.L.R. (5th) 31, [2020] B.C.J. No. 1 (QL), 2020 CarswellBC 1 (WL Can.), setting aside a decision of McEwan J., 2019

**Doctrine et autres documents cités**

- Bagby, John W., and Gary L. Gittings. « The Elusive Discretionary Function Exception From Government Tort Liability : The Narrowing Scope of Federal Liability » (1992), 30 *Am. Bus. L.J.* 223.
- Boghosian David G., and J. Murray Davison. *The Law of Municipal Liability in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated November 2011, release 57).
- Cambridge Dictionary* (en ligne : <https://dictionary.cambridge.org>), « *policy* ».
- Deegan, Anne. « The Public/Private Law Dichotomy And Its Relationship With The Policy/Operational Factors Distinction in Tort Law » (2001), 1 *Q.U.T.L.J.J.* 241.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright, *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.
- Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
- Klar, Lewis N. « The Supreme Court of Canada : Extending the Tort Liability of Public Authorities » (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648.
- Krent, Harold J. « Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence : Federal Governmental Liability in Tort » (1991), 38 *U.C.L.A. L. Rev.* 871.
- Linden, A. M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed. Toronto : LexisNexis, 2018.
- Makuch, Stanley M. « Municipal Immunity From Liability in Negligence », in Freda M. Steel and Sandra Rodgers-Magnet, eds., *Issues in Tort Law*, Toronto, Carswell, 1983, 221.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed., Springfield (Mass.), Merriam-Webster, 2003, « *policy* ».
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2020.
- Peterson, Bruce A., and Mark E. Van Der Weide. « Susceptible to Faulty Analysis : *United States v. Gaubert* and the Resurrection of Federal Sovereign Immunity » (1997), 72 *Notre Dame L. Rev.* 447.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Willcock, Fitch et Hunter), 2020 BCCA 1, 32 B.C.L.R. (6th) 213, 442 D.L.R. (4th) 697, [2020] 9 W.W.R. 1, 98 M.P.L.R. (5th) 31, [2020] B.C.J. No. 1 (QL), 2020 CarswellBC 1 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge

BCSC 308, 89 M.P.L.R. (5th) 323, [2019] B.C.J. No. 355 (QL), 2019 CarswellBC 472 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Greg Allen and Liam Babbitt*, for the appellant.

*Danielle K. Daroux and Michael J. Sobkin*, for the respondent.

*Sean Gaudet*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Sonal Gandhi*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Meghan Butler*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Doreen Mueller*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Ryan D. W. Dalziel, Q.C.*, for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia.

*K. Jay Ralston*, for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association.

*Aniz Alani*, for the intervener the City of Abbotsford.

*Michael J. Sims*, for the intervener the City of Toronto.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS AND MARTIN JJ. —

## I. Overview

[1] Under Canadian tort law, there is no doubt that governments may sometimes be held liable for damage caused by their negligence in the same way as private defendants. At the same time, the law of negligence must account for the unique role of public

McEwan, 2019 BCSC 308, 89 M.P.L.R. (5th) 323, [2019] B.C.J. No. 355 (QL), 2019 CarswellBC 472 (WL Can.), et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Greg Allen et Liam Babbitt*, pour l'appelante.

*Danielle K. Daroux et Michael J. Sobkin*, pour l'intimée.

*Sean Gaudet*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Sonal Gandhi*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Meghan Butler*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Doreen Mueller*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Ryan D. W. Dalziel, c.r.*, pour l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia.

*K. Jay Ralston*, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

*Aniz Alani*, pour l'intervenante City of Abbotsford.

*Michael J. Sims*, pour l'intervenante la Cité de Toronto.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES KARAKATSANIS ET MARTIN —

## I. Aperçu

[1] En droit canadien de la responsabilité délictuelle, il est indubitable que les gouvernements peuvent parfois être tenus responsables des préjudices causés par leur négligence, à l'instar des parties défenderesses privées. Parallèlement, le droit de

authorities in governing society in the public interest. Public bodies set priorities and balance competing interests with finite resources. They make difficult public policy choices that impact people differently and sometimes cause harm to private parties. This is an inevitable aspect of the business of governing. Accountability for that harm is found in the ballot box, not the courts. Courts are not institutionally designed to review polycentric government decisions, and public bodies must be shielded to some extent from the chilling effect of the threat of private lawsuits.

[2] Accordingly, courts have recognized that a sphere of government decision-making should remain free from judicial supervision based on the standard of care in negligence. Defining the scope of this immunity has challenged courts for decades. In *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, this Court explained that “core policy” government decisions — defined as “decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors” — must be shielded from liability in negligence (para. 90). In ascertaining whether a decision is one of core policy, the key focus is always on the nature of the decision.

[3] In the decade since *Imperial Tobacco*, there has been continued confusion on when core policy immunity applies. This appeal requires the Court to clarify how to distinguish immune policy decisions from government activities that attract liability for negligence. We conclude that the rationale for core policy immunity serves as an overarching guiding principle. Core policy decisions are immune from

la négligence doit tenir compte du rôle unique qui incombe aux autorités publiques de gouverner la société en fonction de considérations d’intérêt public. Les organismes publics établissent des priorités et mettent en balance des intérêts concurrents auxquels ils doivent satisfaire au moyen de ressources limitées. Ils font des choix difficiles, en matière de politique d’intérêt général, qui ont des répercussions différentes sur le public et qui, parfois, causent préjudice à des particuliers. Il s’agit d’un aspect inévitable de la tâche de gouverner. Les gouvernements rendent compte de ces préjudices devant l’électorat, et non devant les tribunaux. Les tribunaux ne sont pas établis institutionnellement pour contrôler les décisions polycentriques des gouvernements, et les organismes publics doivent être à l’abri, dans une certaine mesure, de l’effet paralysant de la menace de poursuites judiciaires intentées par des particuliers.

[2] Par conséquent, les tribunaux ont reconnu qu’une sphère du processus décisionnel gouvernemental devrait demeurer à l’abri du pouvoir de surveillance des tribunaux fondé sur la norme de diligence applicable en matière de négligence. La délimitation de cette immunité est source de difficultés pour les tribunaux depuis des décennies. Dans l’arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, notre Cour a expliqué que les décisions de « politique générale fondamentale » du gouvernement — définies comme des décisions qui « se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d’intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques » — doivent être à l’abri de toute responsabilité pour négligence (par. 90). L’élément principal qui est pris en compte pour déterminer si on est en présence d’une décision de politique générale fondamentale est toujours la nature de la décision.

[3] Dans la décennie qui s’est écoulée depuis l’arrêt *Imperial Tobacco*, la confusion a continué à régner quant au moment où s’applique l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique générale fondamentale. Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à clarifier la démarche à suivre pour distinguer les décisions de politique générale qui jouissent de l’immunité des activités des

negligence liability because each branch of government has a core institutional role and competency that must be protected from interference by the other branches. We identify four factors from this Court's jurisprudence that help in assessing the nature of a government's decision: (1) the level and responsibilities of the decision-maker; (2) the process by which the decision was made; (3) the nature and extent of budgetary considerations; and (4) the extent to which the decision was based on objective criteria. The separation of powers rationale animating the immunity guides how the factors weigh in the analysis.

[4] The respondent, Taryn Joy Marchi, was injured while attempting to cross a snowbank created by the appellant, the City of Nelson, British Columbia. She sued the City for negligence. Dismissing her claim, the trial judge concluded that the City did not owe Ms. Marchi a duty of care because its snow removal decisions were core policy decisions. In the alternative, he also found that there was no breach of the standard of care and, if there was a breach, Ms. Marchi was the proximate cause of her own injuries. The Court of Appeal concluded that the trial judge erred on all three conclusions and ordered a new trial.

[5] We agree with the Court of Appeal that the trial judge erred on all three conclusions. On duty of care, the relevant City decision was not a core policy decision immune from negligence liability. The City therefore owed Ms. Marchi a duty of care. On standard of care and causation, the trial judge's analysis was tainted by legal errors. As key factual findings are required, this Court is not well placed to

gouvernements qui entraînent leur responsabilité pour négligence. Nous concluons que la raison d'être de l'immunité rattachée aux décisions de politique générale fondamentale sert de principe directeur général. Ces décisions n'entraînent pas de responsabilité pour cause de négligence, parce que chaque branche du gouvernement possède une compétence et un rôle institutionnels fondamentaux qui doivent être protégés contre l'ingérence des autres branches. Nous dégageons de la jurisprudence de la Cour quatre facteurs qui aident à évaluer la nature d'une décision gouvernementale : (1) le niveau hiérarchique et les responsabilités de la personne qui décide; (2) le processus suivi pour arriver à la décision; (3) la nature et l'importance des considérations budgétaires; et (4) la mesure dans laquelle la décision était fondée sur des critères objectifs. La justification fondée sur la séparation des pouvoirs qui sous-tend l'immunité éclaire sur le poids de ces divers facteurs dans l'analyse.

[4] L'intimée, Taryn Joy Marchi, a été blessée en tentant de traverser un banc de neige créé par l'appelante, la Ville de Nelson, en Colombie-Britannique. Elle a intenté des poursuites contre la Ville pour négligence. Le juge de première instance a rejeté l'action de M<sup>me</sup> Marchi, concluant que la Ville n'avait aucune obligation de diligence envers elle, parce que les décisions de la Ville en matière de déneigement constituaient des décisions de politique générale fondamentale. Subsidiairement, le juge de première instance a en outre conclu à l'absence de manquement à la norme de diligence et que, s'il y a eu manquement, M<sup>me</sup> Marchi a été la cause immédiate de ses blessures. La Cour d'appel a statué que les trois conclusions du juge de première instance étaient erronées, et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[5] À l'instar de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que le juge de première instance a tiré trois conclusions erronées. En ce qui concerne l'obligation de diligence, la décision de la Ville ne constituait pas une décision de politique générale fondamentale jouissant de l'immunité à l'égard de la responsabilité pour négligence. La Ville avait donc une obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Marchi. Pour ce qui

determine the standard of care and causation issues. We would therefore dismiss the appeal and order a new trial in accordance with these reasons.

## II. Facts

[6] The City of Nelson experienced heavy snowfall on January 4th and 5th, 2015. It started plowing and sanding the streets to respond to the snowfall. Among the tasks completed by City employees was the clearing of snow in angled parking stalls on Baker Street, located in the downtown core. Employees plowed the snow to the top of the parking spaces, creating a snowbank along the curb that separated the parking stalls from the sidewalk. Having created the snowbank, the City did not clear an access route to the sidewalk for drivers parking in the stalls.

[7] On the evening of January 6th, Ms. Marchi parked in one of the angled parking stalls on Baker Street. She was attempting to access a business, but the snowbank created by the City blocked her route to the sidewalk. She decided to cross the snowbank. As her right foot stepped onto it, however, she dropped through the snow, stepped directly into an area which bent her forefoot up, and seriously injured her leg. She sued the City for negligence and the parties agree that she suffered \$1 million in damages.

[8] Since 2000, the City has relied on a written document called “Streets and Sidewalks Snow Clearing and Removal” (Policy). Broadly, the Policy states that snow removal, sanding, and plowing will be carried out “on a priority schedule to best serve the public and accommodate emergency equipment within

est de la norme de diligence et du lien de causalité, l’analyse du juge de première instance était entachée d’erreurs de droit. Comme des conclusions de fait clés sont nécessaires, notre Cour n’est pas bien placée pour trancher les questions relatives à la norme de diligence et au lien de causalité. Par conséquent, nous sommes d’avis de rejeter l’appel et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès, conformément aux présents motifs.

## II. Faits

[6] La Ville de Nelson a connu d’abondantes chutes de neige les 4 et 5 janvier 2015. Pour répondre à cette situation, elle a commencé à déblayer les rues et à y épandre du sable. Parmi les tâches qu’a accomplies le personnel de la Ville, il a déblayé les espaces de stationnement en angle se trouvant sur la rue Baker, située au cœur du centre-ville. Le personnel a poussé la neige à l’extrémité des espaces de stationnement, créant ainsi, en bordure du trottoir, un banc de neige qui séparait les espaces de stationnement du trottoir. Après avoir créé le banc de neige, le personnel de la Ville n’a pas dégagé un passage vers le trottoir pour les conducteurs qui se garaient dans les espaces de stationnement.

[7] Dans la soirée du 6 janvier, M<sup>me</sup> Marchi a garé sa voiture dans l’un des espaces de stationnement en angle de la rue Baker. Elle tentait de se rendre à un commerce, mais le banc de neige créé par la Ville bloquait son passage vers le trottoir. Elle a décidé de traverser le banc de neige. Toutefois, lorsqu’elle a posé son pied droit sur le banc de neige, elle s’est enfoncée dans la neige, mettant le pied directement à un endroit où l’avant de son pied s’est courbé vers le haut, et elle s’est gravement blessée à la jambe. Elle a intenté une action en négligence contre la Ville, et les parties ont convenu qu’elle avait subi des dommages s’élevant à un million de dollars.

[8] Depuis 2000, la Ville se fonde sur un document écrit intitulé [TRADUCTION] « Rues et trottoirs — Déneigement et enlèvement de la neige » (Politique). De façon générale, la Politique énonce que les activités de déblayage, d’épandage de sable et d’enlèvement de la neige seront menées

budget guidelines” (A.R., vol. I, at p. 56). The Policy sets out the following priorities: emergency routes and the downtown core; transit routes; plowing hills; cross streets; and dead end streets. Ms. Marchi was injured in the 300 block of Baker Street, which is in the “downtown core”. The Policy also provides specific guidelines that snow plowing will occur during the early morning hours and that snow removal may be carried out as warranted by buildup levels. It does not specifically mention clearing parking stalls or creating snowbanks.

[9] In addition to the written Policy, the City also has several unwritten practices. For example, it plows, sands, and removes snow from the designated sidewalk route and the various stairs located in the City. It focuses on Baker Street in the downtown core for snow removal, but to ensure safety, City workers begin to remove snow from other areas, including the civic centre and around schools, when the downtown core starts to get busy (typically around 11:00 a.m.). They return to Baker Street as soon as possible. The City does not remove snow from the downtown core overnight due to noise complaints received in the past as well as the cost of overtime.

[10] Throughout the snowfall, the City’s public works supervisor followed the Policy and made decisions about how many employees should be on snow removal shifts. Her evidence was that all streets in the City are first cleared of snow, and snowbanks are only removed after all snow plowing is complete. The downtown core was completely cleared of snow, and all snowbanks were removed, by January 9th, 2015.

[TRADUCTION] « selon un ordre de priorité propre à servir le mieux possible le public et à permettre le passage des véhicules d’urgence, et ce, dans le respect des directives budgétaires » (d.a., vol. I, p. 56). La Politique établit l’ordre de priorité suivant : corridors d’urgence et cœur du centre-ville; circuits de transport en commun; déblayage des côtes; rues transversales; et culs-de-sac. Madame Marchi s’est blessée dans le secteur 300 de la rue Baker, situé au [TRADUCTION] « cœur du centre-ville ». La Politique contient en outre des directives spécifiques précisant que les activités de déblayage se dérouleront très tôt le matin et que la neige sera enlevée, au besoin, lorsque les accumulations le justifient. Elle ne mentionne pas expressément le déblayage des espaces de stationnement ou la création de bancs de neige.

[9] En plus de la Politique écrite, la Ville a aussi recours à plusieurs pratiques non écrites. En guise d’exemple, elle déblaie les trottoirs selon l’itinéraire désigné, ainsi que les divers escaliers situés dans la Ville, y épand du sable et en enlève la neige. Elle se concentre sur la rue Baker, au cœur du centre-ville, pour ce qui est de l’enlèvement de la neige, mais pour des raisons de sécurité, le personnel de la Ville commence à enlever la neige dans d’autres zones, notamment autour du centre administratif de la Ville et des écoles, quand le cœur du centre-ville commence à être achalandé (généralement vers 11 h). Le personnel de la Ville revient à la rue Baker le plus tôt possible. La Ville n’enlève pas la neige au cœur du centre-ville pendant la nuit en raison de plaintes liées au bruit qu’elle a reçues dans le passé, ainsi que du coût des heures supplémentaires.

[10] Pendant toute la durée des chutes de neige, la superviseure des travaux publics de la Ville a suivi la Politique et pris des décisions quant au personnel devant être affecté aux activités de déneigement. Selon son témoignage, toutes les rues de la Ville sont d’abord dégagées et les bancs de neige sont enlevés uniquement après que tout le déblayage est terminé. Le 9 janvier 2015, le cœur du centre-ville avait été entièrement déblayé et tous les bancs de neige avaient été enlevés.

### III. Decisions Below

- A. *Supreme Court of British Columbia, 2019 BCSC 308, 89 M.P.L.R. (5th) 323 (McEwan J.)*

[11] The trial judge held that the City did not owe Ms. Marchi a duty of care because its snow removal decisions were core policy decisions. The City followed its written and unwritten policies on snow removal and its decisions were dictated by the availability of resources. Alternatively, the trial judge found that the City did not breach the standard of care because the snowbank did not pose an objectively unreasonable risk of harm — the City did what was reasonable in the circumstances. In the further alternative, the trial judge concluded that the City’s alleged negligence did not cause the accident because Ms. Marchi was the “author of her own misfortune” (para. 45).

- B. *Court of Appeal for British Columbia, 2020 BCCA 1, 98 M.P.L.R. (5th) 31 (Willcock, Fitch and Hunter J.J.A.)*

[12] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and ordered a new trial. On duty of care, it held that the trial judge did not properly engage with the distinction between government policy and operation, simply accepting the City’s submission that all snow removal decisions were core policy decisions. On standard of care, it held that the trial judge’s analysis was improperly coloured by his view that the snow removal decisions were core policy decisions. The trial judge accepted the City’s submission that this was “the way it has always been done” (para. 35) without engaging with other municipalities’ evidence on snow removal. On causation, the Court of Appeal held that the trial judge misunderstood how to factor in Ms. Marchi’s own fault. The trial judge improperly reasoned that, if Ms. Marchi could have avoided the accident, she was the proximate cause

### III. Décisions des juridictions inférieures

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2019 BCSC 308, 89 M.P.L.R. (5th) 323 (le juge McEwan)*

[11] Le juge de première instance a statué que la Ville n’avait pas d’obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Marchi, étant donné que les décisions de la Ville relatives à l’enlèvement de la neige étaient des décisions de politique générale fondamentale. La Ville a suivi ses politiques écrites et non écrites en matière d’enlèvement de la neige, et ses décisions étaient dictées par les ressources dont elle disposait. Subsidiairement, le juge a conclu que la Ville n’avait pas enfreint la norme de diligence, parce que le banc de neige ne constituait pas un risque de préjudice objectivement déraisonnable — la Ville a fait ce qui était raisonnable dans les circonstances. Il a en outre conclu, de manière subsidiaire encore, que la négligence reprochée à la Ville n’avait pas causé l’accident, car c’est M<sup>me</sup> Marchi qui avait été [TRADUCTION] « l’artisane de son propre malheur » (par. 45).

- B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2020 BCCA 1, 98 M.P.L.R. (5th) 31 (les juges Willcock, Fitch et Hunter)*

[12] La Cour d’appel a accueilli l’appel à l’unanimité et ordonné la tenue d’un nouveau procès. En ce qui a trait à l’obligation de diligence, la cour a statué que le juge de première instance ne s’était pas penché adéquatement sur la distinction entre les décisions de politique générale et les décisions opérationnelles, puisqu’il avait simplement accepté l’argument de la Ville portant que toutes les décisions en matière d’enlèvement de la neige étaient des décisions de politique générale fondamentale. Relativement à la norme de diligence, la Cour d’appel a conclu que l’analyse du juge de première instance avait été indûment influencée par son opinion selon laquelle les décisions en matière d’enlèvement de la neige étaient des décisions de politique générale fondamentale. Le juge de première instance avait accepté la prétention de la Ville suivant laquelle [TRADUCTION] « c’est

of her injuries. This was a failure to apply the “but for” test for causation.

#### IV. Analysis

[13] There are three issues on appeal: whether the trial judge erred in concluding that the City did not owe Ms. Marchi a duty of care because its snow removal decisions were core policy decisions immune from negligence liability; whether the trial judge erred in his standard of care analysis; and whether the trial judge erred in his causation analysis.

##### A. *Duty of Care*

[14] Duty of care is the central issue. To determine whether the trial judge erred, we proceed as follows. First, we set out the duty of care framework. Second, we explain how the previously established category from *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, operates, clarifying why this case falls within the *Just* category. Third, we consider the law on distinguishing core policy decisions from government activities that attract liability in negligence. We then apply the law to the trial judge’s determination in this case that the City did not owe Ms. Marchi a duty of care.

ainsi que cela avait toujours été fait » (par. 35), sans examiner la preuve présentée par d’autres municipalités relativement à l’enlèvement de la neige. Pour ce qui est du lien de causalité, la Cour d’appel a conclu que le juge de première instance n’a pas su comment prendre en compte la faute de M<sup>me</sup> Marchi elle-même. Le juge de première instance a erronément considéré que, comme cette dernière aurait été en mesure d’éviter l’accident, elle était la cause immédiate de ses blessures. Il a ainsi omis d’appliquer le critère du « facteur déterminant » dans la détermination du lien de causalité.

#### IV. Analyse

[13] Le présent pourvoi soulève trois questions : le juge de première instance a-t-il erronément conclu que la Ville n’avait pas d’obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Marchi, parce que les décisions de la Ville en matière d’enlèvement de la neige constituaient des décisions de politique générale fondamentale n’entraînant pas de responsabilité pour négligence? Le juge de première instance a-t-il fait erreur dans son analyse de la norme de diligence? Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans son analyse du lien de causalité?

##### A. *Obligation de diligence*

[14] La question centrale est celle de l’obligation de diligence. Pour décider si le juge de première instance a fait erreur, nous procédons de la manière exposée ci-après. Premièrement, nous établissons le cadre d’analyse de l’obligation de diligence. Deuxièmement, nous expliquons comment opère la catégorie établie antérieurement dans l’arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, en précisant pourquoi la présente espèce appartient à la catégorie énoncée dans cet arrêt. Troisièmement, nous examinons le droit relatif à la distinction entre les décisions de politique générale fondamentale et les activités gouvernementales qui entraînent la responsabilité pour négligence. Ensuite, nous appliquons le droit à la conclusion du juge de première instance en l’espèce portant que la Ville n’avait pas d’obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Marchi.

(1) Duty of Care Framework

[15] The foundation of the modern law of negligence is the neighbour principle established in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), under which “parties owe a duty of care to those whom they ought reasonably to have in contemplation as being at risk when they act” (*Rankin (Rankin’s Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587, at para. 16). The neighbour principle does not discriminate between private and public defendants — it is applicable to both alike, subject to any contrary statutory provision or common law principle (*Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 22).

[16] In Canada, the *Anns/Cooper* test provides a unifying framework to determine when a duty of care arises under the wide rubric of negligence law, including for allegations of negligence against government officials. But as *Cooper* and subsequent cases make clear, the framework applies differently depending on whether the plaintiff’s claim falls within or is analogous to an established duty of care or whether the claim is novel because proximity has not been recognized before.

[17] In novel duty of care cases, the full two-stage *Anns/Cooper* framework applies. Under the first stage, the court asks whether a *prima facie* duty of care exists between the parties. The question at this stage is whether the harm was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s conduct, and whether there is “a relationship of proximity in which the failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff” (*Rankin’s Garage*, at para. 18). Proximity arises in those relationships where the parties are in such a “close and direct” relationship that it would be “just and fair having regard to that relationship to impose a

(1) Cadre d’analyse de l’obligation de diligence

[15] Le fondement du droit moderne de la négligence est le principe du prochain qui a été énoncé dans l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), et suivant lequel « ceux qui agissent ont une obligation de diligence envers les personnes qui, selon ce qu’ils auraient dû raisonnablement prévoir au moment d’agir, pourraient être en péril du fait de leurs agissements » (*Rankin (Rankin’s Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587, par. 16). Le principe du prochain ne distingue pas entre les parties défenderesses privées et publiques — il est applicable aux deux, sous réserve de toute disposition législative ou de tout principe de common law à l’effet contraire (*Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 22).

[16] Au Canada, l’analyse établie dans les arrêts *Anns* et *Cooper* offre un cadre uniforme permettant de déterminer quand naît une obligation de diligence dans le vaste domaine du droit de la négligence, y compris en cas d’allégations de négligence formulées contre les représentants gouvernementaux. Cependant, comme le démontrent clairement l’arrêt *Cooper* et des décisions subséquentes, le cadre d’analyse s’applique différemment selon que la demande présentée par la partie demanderesse relève d’une obligation de diligence reconnue ou analogue, ou selon que la demande porte sur une obligation nouvelle parce que le lien de proximité n’a pas été reconnu auparavant.

[17] Dans les affaires portant sur une nouvelle obligation de diligence, les deux étapes du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* s’appliquent. Suivant la première étape, le tribunal se demande s’il existe une obligation de diligence *prima facie* entre les parties. À cette étape, la question consiste à décider si le préjudice était une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite de la partie défenderesse et s’il existe « un lien de proximité dans le cadre duquel l’omission de faire preuve de diligence raisonnable peut, de façon prévisible, causer une perte ou un préjudice au demandeur » (*Rankin’s Garage*, par. 18). Il y a un

duty of care in law upon the defendant” (*Cooper*, at paras. 32 and 34).

[18] If there is sufficient proximity to ground a *prima facie* duty of care, it is necessary to proceed to the second stage of the *Anns/Cooper* test, which asks whether there are residual policy concerns outside the parties’ relationship that should negate the *prima facie* duty of care (*Cooper*, at para. 30). As stated in *Cooper*, at para. 37, the residual policy stage of the *Anns/Cooper* test raises questions relating to “the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally”, such as:

Does the law already provide a remedy? Would recognition of the duty of care create the spectre of unlimited liability to an unlimited class? Are there other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized?

[19] When the duty of care at issue is *not* novel, there is generally no need to proceed through the full two-stage *Anns/Cooper* framework. Over the years, courts in Canada have developed a body of negligence law recognizing categories of cases in which a duty of care has previously been established (*Cooper*, at para. 41; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 15; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 5). In such cases, “the requisite close and direct relationship is shown” and the first stage of the *Anns/Cooper* framework will be complete, as long as the risk of injury was reasonably foreseeable (*Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, at para. 26). The second stage of the *Anns/Cooper* test will rarely be necessary because residual policy concerns will have already been taken into account when the duty was first established (*Cooper*, at paras. 36 and 39; *Livent*, at paras. 26 and 28; see also

lien de proximité lorsqu’il existe entre les parties un lien à ce point « étroit et direct », qu’il serait « juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence au défendeur » (*Cooper*, par. 32 et 34).

[18] S’il existe une proximité suffisante permettant de fonder une obligation de diligence *prima facie*, il est nécessaire de passer à la deuxième étape de l’analyse établie dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, qui consiste à se demander s’il existe des considérations de politique résiduelles étrangères au lien existant entre les parties qui devraient écarter l’obligation de diligence *prima facie* (*Cooper*, par. 30). Comme il est énoncé au par. 37 de l’arrêt *Cooper*, l’étape des considérations de politique résiduelles du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* soulève des questions liées à « l’effet que la reconnaissance d’une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général », par exemple :

La loi prévoit-elle déjà une réparation? Faudrait-il craindre le risque que la reconnaissance de l’obligation de diligence crée une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes? D’autres raisons de politique générale indiquent-elles que l’obligation de diligence ne devrait pas être reconnue?

[19] Lorsque l’obligation de diligence en cause n’est *pas* nouvelle, il n’est généralement pas nécessaire de procéder aux deux étapes du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Au fil des ans, les tribunaux canadiens ont élaboré un corpus du droit de la négligence qui reconnaît des catégories de cas dans lesquelles une obligation de diligence a déjà été reconnue (*Cooper*, par. 41; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 15; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 5). Dans de tels cas, « l’existence du lien étroit et direct requis est établie » et il est alors satisfait à la première étape du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, pour autant que le risque de préjudice était raisonnablement prévisible (*Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, par. 26). La deuxième étape de l’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* sera rarement nécessaire, étant donné que les considérations de politique résiduelles auront

*Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, at paras. 9-10).

(2) How the *Just* Category Operates

[20] This Court's majority decision in *Just* established a duty of care. The plaintiff sought damages for personal injury suffered when a boulder fell from a slope above a public highway onto his car. He claimed that the defendant government owed a private law duty of care to properly maintain and inspect the highway and that his loss was caused by the government's negligent failure to do so.

[21] *Just* provided this Court with an opportunity to apply the full two-stage duty of care framework to a case involving personal injury on a public road. At the *prima facie* stage, the Court held that users of a highway are in a sufficiently proximate relationship to the province because in creating public highways, the province creates a physical risk to which road users are invited. The province or department in charge can also readily foresee a risk to road users if highways are not reasonably maintained (p. 1236).

[22] At the second stage, the Court in *Just* did not have residual policy concerns about indeterminate liability or the effect of recognizing a duty on other legal obligations. The Court found that the duty of care should apply to public authority defendants "unless there is a valid basis for its exclusion" (*Just*, at p. 1242). The Court referred to two such bases: first, statutory provisions that exempt the defendant from liability, and second, immunity for "true" policy decisions (pp. 1240-44). While such policy decisions are exempt from claims in negligence, the

déjà été prises en compte lorsque l'obligation de diligence a été reconnue auparavant (*Cooper*, par. 36 et 39; *Livent*, par. 26 et 28; voir aussi *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, par. 9-10).

(2) Comment la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* opère-t-elle?

[20] Dans l'arrêt *Just*, notre Cour a reconnu à la majorité l'existence d'une obligation de diligence. Dans cette affaire-là, le demandeur réclamait des dommages-intérêts en raison de préjudices corporels subis lorsqu'un bloc de pierre s'est détaché d'un talus bordant une autoroute publique et s'est écrasé sur sa voiture. Il prétendait que le gouvernement défendeur avait à son égard une obligation de diligence de droit privé suivant laquelle ce dernier devait entretenir et inspecter adéquatement l'autoroute et que la perte qu'il avait subie avait été causée par l'omission négligente du gouvernement de s'acquitter de cette obligation.

[21] L'arrêt *Just* a donné à la Cour l'occasion d'appliquer les deux étapes du cadre d'analyse de l'obligation de diligence dans une affaire concernant des préjudices corporels subis sur une route publique. À l'étape de l'analyse *prima facie*, la Cour a jugé que les usagers d'une autoroute ont un lien suffisamment étroit avec la province parce que, en créant les autoroutes publiques, la province crée un risque physique auquel les usagers sont invités à s'exposer. Il s'agit d'un risque pour les usagers que la province ou le ministère responsable peut aisément prévoir si les autoroutes ne sont pas raisonnablement entretenues (p. 1236).

[22] Dans le cadre de la deuxième étape, la Cour n'était pas en présence, dans l'affaire *Just*, de considérations de politique résiduelles liées à une responsabilité indéterminée ou aux conséquences que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur d'autres obligations légales. La Cour a conclu que les autorités publiques défenderesses devraient être tenues à une obligation de diligence, « à moins d'un motif valable de [les] en exempter » (*Just*, p. 1242). La Cour a fait état des deux motifs suivants : premièrement, des dispositions législatives

operational implementation of policy may be subject to the duty of care in negligence.

[23] The Court thus determined that public authorities owe road users a duty to keep roads reasonably safe, but recognized that the duty was subject to a public authority's immunity for true policy decisions. On the facts of *Just*, the impugned system of inspection was operational in nature, meaning it could be reviewed by a court to determine whether the government breached the standard of care (pp. 1245-46). The Court's reasoning is worth quoting at length:

Here what was challenged was the manner in which the inspections were carried out, their frequency or infrequency and how and when trees above the rock cut should have been inspected, and the manner in which the cutting and scaling operations should have been carried out. In short, the public authority had settled on a plan which called upon it to inspect all slopes visually and then conduct further inspections of those slopes where the taking of additional safety measures was warranted. Those matters are all part and parcel of what Mason J. described [in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424 (H.C.), at p. 469] as "the product of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness". They were not decisions that could be designated as policy decisions. Rather they were manifestations of the implementation of the policy decision to inspect and were operational in nature. As such, they were subject to review by the Court to determine whether the respondent had been negligent or had satisfied the appropriate standard of care.

[24] As we shall explain, the principles and considerations set out by the Court in *Just* to assist in distinguishing between policy and operation are relevant

qui exemptent la partie défenderesse de toute responsabilité et, deuxièmement, l'immunité applicable à l'égard des « véritables » décisions de politique (p. 1240-1244). Bien que de telles décisions de politique soient à l'abri de poursuites pour négligence, la mise en œuvre opérationnelle des politiques peut être assujettie à l'obligation de diligence issue du droit de la négligence.

[23] La Cour a donc conclu que les autorités publiques ont, envers les usagers de la route, une obligation d'entretenir raisonnablement les routes, mais elle a reconnu que cette obligation était visée par l'immunité dont jouit une autorité publique à l'égard des véritables questions de politique. Selon les faits de l'arrêt *Just*, le système d'inspection contesté était de nature opérationnelle, ce qui signifiait qu'il pouvait être contrôlé par les tribunaux afin de déterminer si le gouvernement avait enfreint la norme de diligence (p. 1245-1246). Le raisonnement de la Cour mérite d'être cité en entier :

Ici, c'est la façon dont les contrôles étaient effectués, leur fréquence ou leur rareté qui ont été contestées ainsi que la manière dont les arbres situés au-dessus du talus rocheux auraient dû être inspectés, le moment auquel cette inspection aurait dû avoir lieu et la manière dont les travaux d'excavation et de décapage auraient dû être menés. En résumé, les pouvoirs publics avaient adopté un plan qui comportait l'inspection visuelle des talus et d'autres inspections de ces talus lorsqu'il était justifié de prendre des mesures de sécurité additionnelles. Toutes ces décisions font partie de ce que le juge Mason décrit [dans l'arrêt *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 157 C.L.R. 424, (H.C.), p. 469] comme [TRADUCTION] « le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de normes techniques ou de normes générales de diligence ». Il ne s'agissait donc pas de décisions pouvant être qualifiées de « politiques ». Il s'agissait plutôt de manifestations de la mise en œuvre de la décision de procéder à des inspections et donc de décisions opérationnelles. À ce titre, elles étaient assujetties au contrôle de la cour aux fins de déterminer si l'intimée avait été négligente ou si elle avait respecté la norme appropriée de diligence.

[24] Comme nous l'expliquerons, les considérations et les principes énoncés par la Cour dans l'arrêt *Just* afin d'aider à distinguer les décisions de

to any case in which a public authority is alleged to have been negligent, whether it falls under an established or analogous duty of care or a novel duty of care. The Court recognized the continuing judicial struggle to differentiate policy from operation, but nonetheless understood the necessity of ascertaining when public authorities owe duties in negligence.

[25] The *Just* category of duty of care is firmly established in Canadian law. Over a decade later in *Cooper*, when this Court gave examples of categories in which proximity had previously been recognized, it specifically observed: “. . . governmental authorities who have undertaken a policy of road maintenance have been held to owe a duty of care to execute the maintenance in a non-negligent manner” (para. 36, citing *Just*, and *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445).

[26] The case at bar raises the issue of how the decision in *Just* applies to Ms. Marchi’s claim. Below, we explain why this case fits within the duty of care previously recognized by this Court in *Just*.

[27] To determine whether a previously established category of duty applies, “a court should be attentive to the particular factors which justified recognizing that prior category in order to determine whether the relationship at issue is, in fact, truly the same as or analogous to that which was previously recognized” (*Livent*, at para. 28). In *Just*, the Court’s finding of proximity was based on various factors, including the nature of the loss (personal injury) and the fact that the injury occurred on a highway to which the public was invited. Users of the highway could expect that it would be reasonably maintained and there was a reasonably foreseeable risk that harm might befall highway users if it was not.

politique des décisions opérationnelles sont pertinentes dans toute affaire où on reproche à une autorité publique d’avoir été négligente, que la décision relève d’une obligation de diligence reconnue ou analogue, ou encore d’une nouvelle obligation de diligence. La Cour a souligné la difficulté constante qu’éprouvent les tribunaux à différencier les décisions de politique et les décisions opérationnelles, mais elle a néanmoins reconnu qu’il est essentiel de déterminer quand les autorités publiques ont des obligations en matière de négligence.

[25] La catégorie d’obligation de diligence énoncée dans l’arrêt *Just* est fermement établie en droit canadien. Plus d’une décennie après, dans l’arrêt *Cooper*, notre Cour a donné des exemples de catégories dans lesquelles le lien de proximité avait déjà été reconnu, mentionnant de façon particulière que « des autorités gouvernementales se chargeant de l’entretien de routes ont été tenues à l’obligation d’effectuer cet entretien avec diligence » (par. 36, citant les arrêts *Just* et *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445).

[26] La présente affaire soulève la question de savoir comment l’arrêt *Just* s’applique à la poursuite intentée par M<sup>me</sup> Marchi. Nous expliquons ci-après pourquoi l’espèce relève de l’obligation de diligence reconnue antérieurement par notre Cour dans l’arrêt *Just*.

[27] Dans le but de déterminer si une catégorie d’obligation reconnue antérieurement s’applique, « le tribunal doit être attentif aux facteurs particuliers qui ont permis d’établir cette catégorie pour déterminer si la relation en cause est en fait vraiment la même que celle établie auparavant ou si elle est analogue » (*Livent*, par. 28). Dans l’arrêt *Just*, la Cour a conclu à l’existence d’un lien de proximité sur la base de divers facteurs, notamment la nature de la perte (préjudices corporels) et le fait que les préjudices ont été subis sur une autoroute que le public était invité à emprunter. Les usagers de l’autoroute pouvaient s’attendre à ce qu’elle soit raisonnablement entretenue, et il y avait un risque raisonnablement prévisible qu’un préjudice puisse être causé aux usagers de l’autoroute si elle ne l’était pas.

[28] A substantial number of cases have applied the *Just* category, including decisions of this Court. In *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, the plaintiff's car accident occurred on a sheet of black ice on the road. The Court held that the duty of care to reasonably maintain roads from *Just* "would extend to the prevention of injury to users of the road by icy conditions" (*Brown*, at p. 439). Similarly, in *Swinamer*, a large tree fell on the plaintiff's truck while he was driving, causing serious injuries. The Court held that the duty of care from *Just* to reasonably maintain roads clearly applied (pp. 457-59). In both cases, however, the Court went on to find that the decisions at issue were core policy decisions immune from negligence liability. Lower courts have also applied *Just* where a pedestrian alleges that they suffered personal injury because a public authority failed to maintain a public road, sidewalk, or path in a reasonably safe condition (e.g., *Tambeau v. Vancouver (City)*, 2001 BCSC 651, 20 M.P.L.R. (3d) 195; *Talarico v. Northern Rockies (Regional District)*, 2008 BCSC 861, 47 M.P.L.R. (4th) 242, at paras. 57-58; *Bowden v. Withrow's Pharmacy Halifax (1999) Ltd.*, 2008 NSSC 252, 48 M.P.L.R. (4th) 250, at para. 113; *Lichy v. City of Surrey*, 2016 BCPC 55).

[29] As demonstrated by *Just* and subsequent jurisprudence, the factors uniting cases under the *Just* category are as follows: a public authority has undertaken to maintain a public road or sidewalk to which the public is invited, and the plaintiff alleges they suffered personal injury as a result of the public authority's failure to maintain the road or sidewalk in a reasonably safe condition. Where these factors are present, the *Just* category will apply, obviating the need to establish proximity afresh.

[28] Dans un nombre important de cas, la catégorie établie dans l'arrêt *Just* a été appliquée, y compris dans des décisions de notre Cour. Dans l'affaire *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, l'accident d'automobile qu'a eu le demandeur avait été causé par une plaque de glace noire sur la route. La Cour a jugé que l'obligation de diligence consistant à entretenir raisonnablement les routes énoncée dans l'arrêt *Just* « s'étendrait à la prévention de préjudices aux usagers de la route causés par la présence de glace sur la chaussée » (*Brown*, p. 439). De même, dans l'arrêt *Swinamer*, un gros arbre est tombé sur le camion du demandeur alors qu'il conduisait, lui causant des blessures graves. La Cour a statué que l'obligation de diligence consistant à entretenir raisonnablement les routes énoncée dans l'arrêt *Just* s'appliquait clairement (p. 457-459). Dans les deux affaires, toutefois, la Cour a ensuite conclu que les décisions en litige constituaient des décisions de politique générale fondamentale jouissant de l'immunité à l'égard de la responsabilité pour négligence. Des tribunaux de juridiction inférieure appliquent également les principes de l'arrêt *Just* dans des cas où des piétons allèguent avoir subi des préjudices corporels parce qu'une autorité publique n'a pas maintenu une route publique, un trottoir ou un chemin dans un état raisonnablement sécuritaire (p. ex., *Tambeau c. Vancouver (City)*, 2001 BCSC 651, 20 M.P.L.R. (3d) 195; *Talarico c. Northern Rockies (Regional District)*, 2008 BCSC 861, 47 M.P.L.R. (4th) 242, par. 57-58; *Bowden c. Withrow's Pharmacy Halifax (1999) Ltd.*, 2008 NSSC 252, 48 M.P.L.R. (4th) 250, par. 113; *Lichy c. City of Surrey*, 2016 BCPC 55).

[29] Ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Just* et de la jurisprudence subséquente, les facteurs communs aux affaires visées par la catégorie énoncée dans *Just* sont les suivants : une autorité publique a décidé d'entretenir une route publique ou un trottoir que le public est invité à utiliser et la partie demanderesse prétend avoir subi des préjudices corporels parce que l'autorité publique n'a pas maintenu la route ou le trottoir dans un état raisonnablement sécuritaire. Lorsque ces facteurs sont présents, la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* s'appliquera, écartant ainsi la nécessité d'établir à nouveau la proximité.

[30] In this case, the plaintiff suffered significant physical injury on a municipal street in the City's downtown core. By plowing the parking spaces on Baker Street, the City invited members of the public to use them to access businesses along the street. The plaintiff was attempting to do just that when she fell into a snowbank that had been created by the City during snow removal. The *Just* category covers a variety of situations, including the prevention of injuries from rocks falling onto the road (*Just*), the prevention of injuries from trees falling onto the road (*Swinamer*), and the prevention of injuries from black ice on the road (*Brown*). It also clearly extends to the prevention of injuries from snowbanks created by a government defendant on the road and sidewalk. In our view, Ms. Marchi has proved that her circumstances fall within the scope of the *Just* category. As discussed below, it remains open to the City to prove that the relevant government decision was a core policy decision immune from liability in negligence.

[31] We are also of the view that the relationship between the plaintiff and defendant is sufficiently close to satisfy a novel proximity analysis. This case involves foreseeable physical harm to the plaintiff and therefore engages one of the core interests protected by the law of negligence (*Cooper*, at para. 36). Other hallmarks of proximity are also evident: road users are physically present on a space controlled by the public authority; they are invited to the risk by the public authority; and the public authority intends and plans for people to use its roads and sidewalks. It would be reasonably foreseeable to the City that carrying out snow removal in a negligent manner could cause harm to those invited to use the streets and sidewalks in the downtown core.

[30] En l'espèce, la demanderesse a subi d'importantes blessures physiques dans une rue municipale au cœur du centre-ville de Nelson. En déblayant les espaces de stationnement de la rue Baker, le personnel de la Ville s'est trouvé à inviter les membres du public à les utiliser pour accéder aux commerces situés le long de la rue. C'est exactement ce que la demanderesse tentait de faire quand elle est tombée dans un banc de neige créé par la Ville pendant les activités de déneigement. La catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* englobe une variété de situations, y compris la prévention des blessures causées par la chute d'un bloc de pierre sur la route (*Just*), la prévention des blessures causées par la chute d'un arbre sur la route (*Swinamer*), et la prévention des blessures causées par une plaque de glace noire sur la route (*Brown*). De toute évidence, elle s'étend aussi à la prévention des blessures causées par la présence sur des routes et des trottoirs de bancs de neige créés par un gouvernement défendeur. À notre avis, M<sup>me</sup> Marchi a démontré que sa situation relève du champ d'application de la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just*. Comme nous l'expliquerons ci-après, il demeure loisible à la Ville de prouver que la décision gouvernementale en cause en était une de politique générale fondamentale jouissant de l'immunité à l'égard de la responsabilité pour négligence.

[31] Nous sommes également d'avis que le lien entre la demanderesse et la défenderesse est suffisamment étroit pour satisfaire à une analyse d'une nouvelle situation de proximité. La présente affaire a trait à un préjudice physique prévisible causé à la demanderesse et concerne donc l'un des principaux intérêts protégés par le droit de la négligence (*Cooper*, par. 36). D'autres caractéristiques du lien de proximité sont elles aussi évidentes : les usagers de la route sont physiquement présents dans un espace qui est contrôlé par l'autorité publique; ils sont invités par l'autorité publique à s'exposer au risque; et l'autorité publique entend que les gens utilisent ses routes et ses trottoirs et planifie en conséquence. Le fait que les opérations de déneigement exécutées de manière négligente puissent causer des préjudices à ceux qui sont invités à utiliser les rues et les trottoirs du cœur du centre-ville est une situation raisonnablement prévisible par la Ville.

[32] We note that the City suggested in oral argument that its duty of care is grounded in the *Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1996, c. 337. The Act does not apply to a “public road” or “public highway” occupied by a municipality (s. 8(2)). We heard no submissions on whether Ms. Marchi’s fall occurred on a public road or highway as those terms are defined in the Act. The trial judge noted that it makes no practical difference in this case whether the Act applies, and for the purposes of these reasons, we assume it does not. Both parties agreed that core policy immunity must be addressed in any event.

[33] Finally, some confusion arose in oral argument about where to consider core policy immunity in the duty of care analysis when a previously established category applies. In novel duty of care cases, this Court has conceived of core policy immunity as a stage two residual policy consideration, as was done in *Imperial Tobacco* and *Cooper*. Where an established duty of care applies, on the other hand, this Court has stated that a full two-stage *Anns/Cooper* analysis is generally unnecessary (*Cooper*, at para. 39). Thus, where the *Just* category applies, there is no need to repeat the full two-stage analysis already done in *Just*.

[34] Nonetheless, the decision in *Just* did not decide for all future purposes when an impugned government decision with respect to road maintenance is core policy. The core policy analysis in one case will not necessarily apply to other cases because the

[32] Nous soulignons que la Ville a soutenu, lors des plaidoiries devant nous, que l’obligation de diligence est fondée sur la loi intitulée *Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1996, c. 337 (Loi). Cette loi ne s’applique ni à une [TRADUCTION] « route publique » ni à une « autoroute publique » dont une municipalité est l’occupante (par. 8(2)). On ne nous a pas présenté d’observations relativement à la question de savoir si la chute de M<sup>me</sup> Marchi est survenue sur une route ou une autoroute publique au sens de ces termes dans la Loi. Le juge de première instance a fait observer que le fait que la Loi s’applique ou non ne fait aucune différence pratique en l’espèce, et, pour les besoins des présents motifs, nous supposons qu’elle ne s’applique pas. Les deux parties se sont accordées pour dire que l’immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale doit de toute façon être examinée.

[33] Enfin, durant les plaidoiries, la question de savoir à quel moment l’immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale doit être prise en compte dans l’analyse de l’obligation de diligence, dans des cas où une catégorie reconnue antérieurement s’applique, a suscité une certaine confusion. Dans les affaires concernant une nouvelle obligation de diligence, la Cour a conçu l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique générale fondamentale comme une considération de politique résiduelle devant être examinée à la deuxième étape, comme cela a été fait dans les arrêts *Imperial Tobacco* et *Cooper*. Par contre, lorsqu’une obligation de diligence reconnue s’applique, la Cour a déclaré que l’analyse complète en deux étapes établie par les arrêts *Anns* et *Cooper* n’est généralement pas nécessaire (*Cooper*, par. 39). Ainsi, lorsque la catégorie énoncée dans l’arrêt *Just* s’applique, il n’est pas nécessaire de répéter l’analyse complète à deux étapes déjà effectuée dans cet arrêt.

[34] Néanmoins, l’arrêt *Just* n’a pas décidé, pour toutes les affaires futures, dans quels cas une décision gouvernementale contestée en matière d’entretien des routes constitue une décision de politique générale fondamentale. En effet, l’analyse effectuée

factual nature of a decision will likely vary from case to case. While other stage two concerns, like indeterminate liability, need not be taken into account because they were rejected in *Just*, it will be open to a public authority to raise core policy immunity in each case depending on the factual circumstances.

[35] As the City acknowledged before this Court, the onus is always on the public authority to establish that it is immune from liability because a core policy decision is at issue. Thus, once a plaintiff proves that her case falls within the *Just* category, a duty of care will be imposed, unless the public authority can show that the relevant government decision is protected by core policy immunity. In addition, the government decision must neither be irrational nor taken in bad faith (*Imperial Tobacco*, at para. 90).

[36] For the purposes of this case, we need not decide whether core policy immunity is best conceived of as a rule for how the *Just* category operates, or whether it should be viewed as a stage two consideration under the *Anns/Cooper* framework even when an established category of duty applies. It makes no practical difference to the outcome of the appeal. Regardless of where core policy immunity is located in the duty of care framework, the same principles apply in determining whether an immune policy decision is at issue. Those principles apply in any case in which a public authority defendant raises core policy immunity, whether the case involves a novel duty of care, falls within the *Just* category, or falls within another established or analogous category. What is most important is that immunity for core policy decisions made by government defendants is well understood and fully explored where the nature of the claim calls for it. It is for this reason that we

à l'égard d'une décision donnée ne s'appliquera pas nécessairement à d'autres cas, parce que la nature factuelle des décisions variera vraisemblablement d'une affaire à l'autre. Bien que d'autres préoccupations liées à la deuxième étape, par exemple la responsabilité indéterminée, n'aient pas besoin d'être prises en compte parce qu'elles ont été rejetées dans l'arrêt *Just*, il sera loisible à l'autorité publique d'invoquer l'immunité rattachée aux décisions de politique générale fondamentale dans chaque cas, selon les circonstances factuelles.

[35] Comme la Ville l'a reconnu devant notre Cour, il incombe toujours à l'autorité publique d'établir qu'elle est à l'abri de la responsabilité parce que la décision contestée est une décision de politique générale fondamentale. Ainsi, une fois que la partie demanderesse a fait la preuve que son cas appartient à la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just*, une obligation de diligence sera imposée, à moins que l'autorité publique ne puisse démontrer que la décision gouvernementale en cause est protégée par l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale. En outre, la décision gouvernementale ne doit être ni irrationnelle ni prise de mauvaise foi (*Imperial Tobacco*, par. 90).

[36] Pour les besoins de la présente affaire, nous n'avons pas à décider s'il est préférable de considérer l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale comme une règle relative à la manière dont opère la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* ou comme une considération à la deuxième étape du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, même lorsqu'une catégorie d'obligation de diligence reconnue s'applique. Cela n'entraîne aucune différence pratique sur l'issue du pourvoi. Peu importe où l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale se situe dans le cadre d'analyse de l'obligation de diligence, les mêmes principes s'appliquent afin de déterminer si une décision de politique générale jouissant de l'immunité est en cause. Ces principes s'appliquent dans tous les cas où l'autorité publique défenderesse invoque cette immunité, que l'affaire renvoie à une nouvelle obligation de diligence, qu'elle relève de la catégorie

will now articulate the principles underlying the immunity.

### (3) Core Policy Decisions

[37] Before determining whether core policy immunity applies in this case, we will examine the law on how to distinguish core policy decisions from government activities that attract liability for negligence. First, we trace the development of government liability for negligence, explaining why core policy decisions are immune from liability. Second, we describe the principles and factors this Court has already developed to identify a core policy decision. Third, we provide additional guidance on this issue by offering some clarifications and a framework to structure the analysis. Fourth, we apply the law on core policy immunity to the facts of this case.

#### (a) *Government Liability for Negligence and Rationale for Core Policy Immunity*

[38] Before the enactment of Crown proceedings legislation in the mid-twentieth century, governments in Canada could not be held directly or vicariously liable for the negligence of Crown servants (P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 7). As government functions expanded, however, this state of affairs became untenable; governments were increasingly

énoncée dans l'arrêt *Just*, ou qu'elle soit visée par une autre catégorie reconnue ou analogue. Ce qui importe le plus, c'est que l'immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale prises par les gouvernements défendeurs soit bien comprise et fasse l'objet d'un examen complet, lorsque la nature de la demande l'exige. C'est pour cette raison que nous formulons maintenant les principes qui sous-tendent l'immunité.

### (3) Décisions de politique générale fondamentale

[37] Avant de déterminer si l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale s'applique en l'espèce, nous examinerons l'état du droit permettant de distinguer les décisions de politique générale fondamentale des activités gouvernementales qui entraînent la responsabilité pour négligence. Premièrement, nous retraçons le développement du droit de la responsabilité des gouvernements pour négligence, en expliquant pourquoi les décisions de politique générale fondamentale sont à l'abri de la responsabilité. Deuxièmement, nous décrivons les principes et facteurs que notre Cour a déjà établis pour identifier les décisions de politique générale fondamentale. Troisièmement, nous formulons des indications supplémentaires sur la question, en donnant des précisions et un cadre permettant de structurer l'analyse. Quatrièmement, nous appliquons le droit relatif à l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale aux faits de l'espèce.

#### a) *Responsabilité des gouvernements pour négligence et raison d'être de l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale*

[38] Avant l'adoption des lois sur la responsabilité civile de l'État au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, les gouvernements au Canada ne pouvaient être tenus responsables, soit directement, soit sur la base du fait d'autrui, pour la négligence de leurs fonctionnaires (P. W. Hogg, P. J. Monahan, et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 7). Toutefois, à mesure que les fonctions des gouvernements se

involved in activities “that would have led to tortious liability if they had occurred between private citizens” (*Just*, at p. 1239). Accordingly, Parliament and the provincial legislatures enacted legislation allowing the Crown to be held liable for the torts of officials in a manner akin to private persons. British Columbia’s *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, s. 2, for example, provides that “the government is subject to all the liabilities to which it would be liable if it were a person”. Even before this legislation was enacted, municipal corporations were distinguished from the Crown and held liable for claims in negligence from the late eighteenth century onwards (D. G. Boghosian and J. M. Davison, *The Law of Municipal Liability in Canada* (loose-leaf), at § 2.4; *N. v. Poole Borough Council (AIRE Centre Intervening)*, [2019] UKSC 25, [2020] A.C. 780, at para. 26).

[39] Applying private law negligence principles to public authorities presents “special problems” (*Sutherland Shire Council*, at p. 456, per Mason J.). While legislation makes the Crown subject to liability as though it were a person, “the Crown is not a person and must be free to govern and make true policy decisions without becoming subject to tort liability as a result of those decisions” (*Just*, at p. 1239). Government decision-making occurs across a wide spectrum. At one end are public policy choices that only governments make, such as decisions taken “at the highest level” of government to adopt a course of action based on health policy or other “social and economic considerations” (*Imperial Tobacco*, at para. 95). Courts are reluctant to impose a common law duty of care in relation to these policy choices (see *Dalehite v. United States*, 346 U.S. 15 (1953), at p. 57, per Jackson J., dissenting). At the other end of the spectrum, government employees who drive vehicles or public authorities who occupy buildings clearly owe private law duties of care and must act without negligence (L. N. Klar and C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at p. 348). Tort law must ensure that liability is imposed in this latter category

sont élargies, cet état de fait est devenu intenable; les gouvernements étaient de plus en plus présents dans des activités « qui auraient entraîné une responsabilité civile délictuelle [si elles] étaient survenu[e]s entre particuliers » (*Just*, p. 1239). En conséquence, le Parlement et les législatures provinciales ont édicté des lois permettant que la Couronne puisse être tenue responsable des délits commis par ses représentants, comme le seraient des particuliers. Par exemple, la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, art. 2, prévoit que [TRADUCTION] « le gouvernement est assujéti à toutes les obligations auxquelles il serait soumis s’il était une personne ». Même avant l’édition de cette loi, les administrations municipales se distinguaient de la Couronne et pouvaient, dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, être tenues responsables en cas de poursuites pour négligence (D. G. Boghosian et J. M. Davison, *The Law of Municipal Liability in Canada* (feuilles mobiles), § 2.4; *N. c. Poole Borough Council (AIRE Centre Intervening)*, [2019] UKSC 25, [2020] A.C. 780, par. 26).

[39] L’application des principes du droit privé de la négligence aux autorités publiques pose des [TRADUCTION] « problèmes particuliers » (*Sutherland Shire Council*, p. 456, le juge Mason). Bien que les dispositions législatives assujétissent la Couronne à la responsabilité comme si elle est une personne, « la Couronne n’est pas une personne et elle doit pouvoir être libre de gouverner et de prendre de véritables décisions de politique sans encourir pour autant une responsabilité civile délictuelle » (*Just*, p. 1239). Le processus décisionnel des gouvernements couvre un large spectre. À une extrémité de ce spectre se situent les choix de politique publique que seuls les gouvernements peuvent prendre, comme ceux pris « par les plus hautes instances » du gouvernement afin d’adopter une ligne de conduite fondée sur les politiques en matière de santé et sur d’autres « considérations sociales et économiques » (*Imperial Tobacco*, par. 95). Les tribunaux sont réticents à imposer une obligation de diligence de common law à ces choix de politique (voir *Dalehite c. United States*, 346 U.S. 15 (1953), p. 57, le juge Jackson, dissident). À l’autre extrémité du spectre, les membres du personnel gouvernemental qui conduisent des véhicules ou les

of cases without extending too far into the sphere of public policy decisions.

[40] Although there is consensus “that the law of negligence must account for the unique role of government agencies”, there is disagreement on how this should be done (*Imperial Tobacco*, at para. 76). Some even argue that private law principles of negligence are wholly incompatible with the role and nature of public authorities. Echoing the *obiter* in *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, at paras. 130 and 139, for example, the City of Abbotsford intervened to propose that only public law principles should govern public authority liability. Instead of examining how core policy immunity operates within negligence law, it suggests that courts should focus on indefensibility in the administrative law sense and exercise remedial discretion where appropriate to grant monetary relief.

[41] Such an approach has no basis in this Court’s jurisprudence. It also runs counter to Crown proceedings legislation in Canada, which subjects the Crown to liability as if it were a private person. This Court’s approach has been to accept that, “[a]s a general rule, the traditional tort law duty of care will apply to a government agency in the same way that it will apply to an individual” (*Just*, at p. 1244). However, to resolve the tension arising from the application of private law negligence principles to public authorities, the Court has adopted the principle from *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), that certain policy decisions should be shielded from liability for negligence, as long as they are not irrational or made in bad faith. This approach

autorités publiques qui occupent des immeubles ont manifestement des obligations de diligence de droit privé et ne doivent pas faire montre de négligence (L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6<sup>e</sup> éd. 2017), p. 348). Le droit de la responsabilité délictuelle doit faire en sorte qu’il y ait responsabilité dans les cas relevant de cette dernière catégorie, sans toutefois pénétrer trop loin dans la sphère des décisions de politique publique.

[40] Quoiqu’il y ait consensus pour dire que « le droit de la négligence doit prendre en compte le rôle unique des organismes gouvernementaux », il y a désaccord quant à la manière dont cela doit être fait (*Imperial Tobacco*, par. 76). D’aucuns soutiennent même que les principes de négligence du droit privé sont totalement incompatibles avec le rôle et la nature des autorités publiques. En guise d’exemple, faisant écho aux remarques incidentes formulées aux par. 130 et 139 de l’arrêt *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, la ville d’Abbotsford est intervenue au présent pourvoi et a proposé que la responsabilité des autorités publiques ne soit régie que par des principes de droit public. Elle a suggéré que les tribunaux, au lieu d’examiner comment l’immunité applicable en matière de politique générale fondamentale opère en droit de la négligence, s’attachent au caractère indéfendable d’une décision au sens du droit administratif et, dans les cas appropriés, qu’ils exercent leur pouvoir discrétionnaire pour accorder une réparation pécuniaire.

[41] Une telle approche n’a aucune assise dans la jurisprudence de notre Cour. Elle va également à l’encontre des lois sur la responsabilité de l’État au Canada, lesquelles assujettissent la Couronne à la responsabilité comme si elle était un particulier. L’approche de la Cour consiste à reconnaître que, en « règle générale, l’obligation traditionnelle de diligence issue du droit de la responsabilité délictuelle s’appliquera à un organisme gouvernemental de la même façon qu’à un particulier » (*Just*, p. 1244). Toutefois, dans le but d’atténuer le conflit découlant de l’application des principes du droit privé de la négligence à des autorités publiques, la Cour a adopté le principe établi dans l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), selon

accounts for the unique nature of public authority defendants and is firmly grounded in both the legislation and this Court's jurisprudence dating back to *Barratt v. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 S.C.R. 418, and *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.

[42] The primary rationale for shielding core policy decisions from liability in negligence is to maintain the separation of powers. Subjecting those decisions to private law duties of care would entangle the courts in evaluating decisions best left to the legislature or the executive. The executive, legislative, and judicial branches of government play distinct and complementary roles in Canada's constitutional order (*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 27-29). Each branch also has core institutional competencies: the legislative branch has the power to make new laws, the executive branch executes the laws enacted by the legislative branch and the judicial branch decides disputes arising under the laws (P. W. Hogg and W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at § 9:1 ("Definition of responsible government")).

[43] It is fundamental to the constitutional order that each branch plays its proper role and that "no one of them overstep its bounds, that each show proper deference for the legitimate sphere of activity of the other" (*New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389; see also *Just*, at p. 1239). Separation of powers thus protects the independence of the judiciary, the legislature's ability and freedom to pass laws (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at paras. 2 and 35; *Chagnon v. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 SCC 39, [2018] 2 S.C.R. 687, at para. 65), and the executive's ability to execute those

lequel certaines décisions de politique devraient échapper à la responsabilité pour négligence, tant qu'elles ne sont pas irrationnelles ou prises de mauvaise foi. Cette approche tient compte de la nature unique des autorités publiques défenderesses et est fermement ancrée à la fois dans les lois et dans la jurisprudence de la Cour remontant aussi loin dans le temps que les arrêts *Barratt c. Corporation of North Vancouver*, [1980] 2 R.C.S. 418, et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

[42] La raison première pour laquelle les décisions de politique générale fondamentale sont soustraites à la responsabilité pour négligence est le maintien de la séparation des pouvoirs. Assujettir ces décisions aux obligations de diligence de droit privé amènerait les tribunaux à évaluer des décisions qui relèvent davantage des pouvoirs législatif ou exécutif. Les branches exécutive, législative et judiciaire du gouvernement jouent des rôles distincts et complémentaires dans l'ordre constitutionnel du Canada (*Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 27-29). Chaque branche possède aussi des attributions institutionnelles fondamentales : la branche législative a le pouvoir de faire de nouvelles lois, la branche exécutive exécute les lois édictées par la branche législative, et la branche judiciaire tranche les différends qui découlent de l'application des lois (P. W. Hogg et W. K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), § 9.1 (« *Definition of responsible government* »)).

[43] Il est essentiel, pour assurer le maintien de l'ordre constitutionnel, que chaque branche joue le rôle qui lui est propre et « qu'aucune [des] branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre » (*New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*), [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389; voir aussi *Just*, p. 1239). La séparation des pouvoirs protège ainsi l'indépendance de la magistrature, la capacité et la liberté du pouvoir législatif d'adopter des lois (*Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, par. 2 et 35; *Chagnon c. Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec*, 2018 CSC

laws, set priorities, and allot resources for good governance. Since municipalities hold delegated provincial powers, they enjoy the same protection for certain responsibilities.

[44] Core policy decisions of the legislative and executive branches involve weighing competing economic, social, and political factors and conducting contextualized analyses of information. These decisions are not based only on objective considerations but require value judgments — reasonable people can and do legitimately disagree (see B. A. Peterson and M. E. Van Der Weide, “Susceptible to Faulty Analysis: *United States v. Gaubert* and the Resurrection of Federal Sovereign Immunity” (1997), 72 *Notre Dame L. Rev.* 447, at p. 450). If courts were to weigh in, they would be second-guessing the decisions of democratically-elected government officials and simply substituting their own opinions (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 194, per La Forest J. (concurring); S. M. Makuch, “Municipal Immunity From Liability in Negligence”, in F. M. Steel and S. Rodgers-Magnet, eds., *Issues in Tort Law* (1983), 221, at pp. 232-34).

[45] Relatedly, the adversarial process and the rules of civil litigation are not conducive to the kind of polycentric decision-making done through the democratic process (Hogg, Monahan and Wright, at p. 226; *Home Office v. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), per Lord Diplock at pp. 1066-1068). Nor is the fact that one core policy decision is better than the other amenable to proof in the sense that courts usually require (*Just*, at pp. 1239-40, citing *Blessing v. United States*, 447 F. Supp. 1160 (E.D. Pa. 1978); see also *Berkovitz v. United States*, 486 U.S. 531 (1988), at p. 545).

39, [2018] 2 R.C.S. 687, par. 65), et la capacité du pouvoir exécutif d’appliquer ces lois, d’établir des priorités et d’allouer les ressources nécessaires à une bonne gouvernance. Comme les municipalités détiennent des pouvoirs provinciaux délégués, elles bénéficient de la même protection à l’égard de certaines responsabilités.

[44] Les décisions de politique générale fondamentale prises par les branches législative et exécutive nécessitent la mise en balance de facteurs économiques, sociaux et politiques concurrents, ainsi que la réalisation d’analyses contextualisées de données. Ces décisions ne reposent pas uniquement sur des considérations objectives, mais elles requièrent également des jugements de valeur — car des personnes raisonnables peuvent légitimement diverger d’opinions et de fait le font (voir B. A. Peterson et M. E. Van Der Weide, « Susceptible to Faulty Analysis : *United States v. Gaubert* and the Resurrection of Federal Sovereign Immunity » (1997), 72 *Notre Dame L. Rev.* 447, p. 450). Si les tribunaux intervenaient, ils remettraient en question les décisions de représentants gouvernementaux démocratiquement élus ou de représentantes gouvernementales démocratiquement élues, et ils ne feraient qu’y substituer leurs propres opinions (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 194, le juge La Forest (motifs concordants); S. M. Makuch, « Municipal Immunity From Liability in Negligence », dans F. M. Steel et S. Rodgers-Magnet, dir., *Issues in Tort Law* (1983), 221, p. 232-234).

[45] Dans le même ordre d’idées, la procédure contradictoire et les règles de procédure civile ne se prêtent pas au type de décisions polycentriques prises dans le cours du processus démocratique (Hogg, Monahan et Wright, p. 226; *Home Office c. Dorset Yacht Co.*, [1970] A.C. 1004 (H.L.), le lord Diplock, p. 1066-1068). Il en va de même du fait que, bien qu’une décision de politique générale fondamentale soit meilleure qu’une autre, cela ne saurait constituer une preuve analogue à celles que requièrent généralement les tribunaux (*Just*, p. 1239-1240, citant *Blessing c. United States*, 447 F. Supp. 1160 (E.D. Pa. 1978); voir aussi *Berkovitz c. United States*, 486 U.S. 531 (1988), p. 545).

[46] Moreover, if all government decisions were subject to tort liability, this could hinder good governance by creating a chilling effect (L. N. Klar, “The Supreme Court of Canada: Extending the Tort Liability of Public Authorities” (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, at p. 650; see also *United States v. Muniz*, 374 U.S. 150 (1963), at p. 163). Public authorities must be allowed to “adversely affect the interests of individuals” when making core policy decisions without fear of incurring liability (*Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 722).

[47] For these reasons, although there is no question that the legislative and executive branches sometimes make core policy decisions that ultimately cause harm to private parties (Klar, at p. 650), the remedy for those decisions must be through the ballot box instead of the courts (*Anns*, at p. 754; *George v. Newfoundland and Labrador*, 2016 NLCA 24, 378 Nfld. & P.E.I.R. 46, at para. 159). Unlike public (administrative) law, where delegated government decisions are reviewed by the courts to uphold the rule of law, private law liability for core policy decisions would undermine our constitutional order.

[48] Conversely, there are good reasons to hold public authorities liable for negligent activities falling outside this core policy sphere where they cause harm to private parties. “Municipalities function in many ways as private individuals or corporations do” and have the ability to “spread losses” (Makuch, at p. 239). Liability for operational activities is “a useful protection to the citizen whose ever-increasing reliance on public officials seems to be a feature of our age” (*Kamloops*, at p. 26).

[49] As we will explain, the rationale for core policy immunity — protecting the legislative and executive branch’s core institutional roles and competencies necessary for the separation of powers — should

[46] Qui plus est, si toutes les décisions gouvernementales étaient assujetties à la responsabilité délictuelle, cela risquerait de nuire à la bonne gouvernance en créant un effet paralysant (L. N. Klar, « The Supreme Court of Canada : Extending the Tort Liability of Public Authorities » (1990), 28 *Alta. L. Rev.* 648, p. 650; voir aussi *United States c. Muniz*, 374 U.S. 150 (1963), p. 163). Les autorités publiques doivent être autorisées à « nuire en soi aux intérêts des particuliers », lorsqu’elles prennent des décisions de politique générale fondamentale, sans craindre d’engager leur responsabilité (*Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 722).

[47] Pour ces raisons, bien qu’il soit incontestable que les branches législative et exécutive prennent parfois des décisions de politique générale fondamentale qui causent en définitive préjudice à des particuliers (Klar, p. 650), la réponse à de telles décisions doit émaner des électeurs plutôt que des tribunaux (*Anns*, p. 754; *George c. Newfoundland and Labrador*, 2016 NLCA 24, 378 Nfld. & P.E.I.R. 46, par. 159). Contrairement au droit public (administratif), où les décisions prises par des délégués du gouvernement sont contrôlées par les tribunaux pour assurer la primauté du droit, appliquer aux décisions de politique générale fondamentale la responsabilité de droit privé aurait pour effet de miner notre ordre constitutionnel.

[48] À l’inverse, il existe de bonnes raisons de tenir les autorités publiques responsables de leurs activités négligentes qui ne relèvent pas de la sphère de la politique générale fondamentale, lorsque ces activités causent préjudice à des particuliers. [TRADUCTION] « Les municipalités fonctionnent à plusieurs égards comme des personnes physiques ou morales », et elles ont la capacité de « causer des pertes » (Makuch, p. 239). La responsabilité à l’égard d’activités opérationnelles est « une protection utile pour les citoyens dont la confiance de plus en plus grande dans les fonctionnaires semble une caractéristique de notre temps » (*Kamloops*, p. 26).

[49] Comme nous l’expliquerons, la raison d’être de l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique générale fondamentale — la protection des compétences et des rôles institutionnels

serve as an overarching guiding principle in the analysis. Ultimately, whether a public authority ought to be immune from negligence liability depends on whether and the extent to which the underlying separation of powers rationale is engaged (see, e.g., *United States v. Varig Airlines*, 467 U.S. 797 (1984), at p. 814; *Berkovitz*, at pp. 536-37).

(b) *Defining the Scope of Core Policy Decisions*

[50] This Court explained in *Just* that “[t]rue policy decisions” must be distinguished from “operational implementation” which is subject to private law principles of negligence (p. 1240). As demonstrated by lower court decisions and academic literature — as well as the submissions before this Court — the question of what constitutes a “true” or core policy decision is a “vexed one, upon which much judicial ink has been spilled” (*Imperial Tobacco*, at para. 72). There can be no magic formula or litmus test producing an obvious answer for every government decision (para. 90).

[51] Nevertheless, our jurisprudence provides helpful guidance. Core policy decisions, shielded from negligence liability, are “decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith” (*Imperial Tobacco*, at para. 90). They are a “narrow subset of discretionary decisions” because discretion “can imbue even routine tasks” and protecting all discretionary government decisions would therefore cast “the net of immunity too broadly” (paras. 84 and 88).

fondamentaux des branches législative et exécutive nécessaires à la séparation des pouvoirs — devrait servir de principe directeur général de l’analyse. En définitive, la question de savoir si une autorité publique doit bénéficier ou non de l’immunité à l’égard des poursuites en responsabilité pour négligence dépend de la réponse à la question de savoir si la séparation des pouvoirs sous-jacente est en jeu et dans quelle mesure elle l’est (voir, p. ex., *United States c. Varig Airlines*, 467 U.S. 797 (1984), p. 814; *Berkovitz*, p. 536-537).

b) *Délimitation de la sphère des décisions de politique générale fondamentale*

[50] Dans l’arrêt *Just*, la Cour a expliqué qu’il faut distinguer les « véritables décisions de politique » de la « mise en œuvre opérationnelle » de ces décisions, laquelle est assujettie aux principes de droit privé en matière de négligence (p. 1240). Comme le démontrent les décisions des tribunaux inférieurs et la doctrine — ainsi que les observations présentées à la Cour —, la question de savoir en quoi consiste une « véritable » décision de politique générale ou une décision de politique « fondamentale » est « une question épineuse qui a fait couler beaucoup d’encre » (*Imperial Tobacco*, par. 72). En effet, il ne peut y avoir de formule magique ou de critère absolu permettant d’apporter infailliblement une réponse à toute décision prise par le gouvernement (par. 90).

[51] La jurisprudence de notre Cour offre néanmoins des indications utiles. Les décisions de politique générale fondamentale n’entraînent pas de responsabilité pour négligence et sont des décisions qui « se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d’intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu’elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi » (*Imperial Tobacco*, par. 90). Elles « forment un sous-ensemble restreint de décisions discrétionnaires », en ce que « même les tâches courantes » peuvent nécessiter l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, et le fait de protéger toutes les décisions gouvernementales discrétionnaires aurait pour effet de « donner une portée trop large à l’immunité » (par. 84 et 88).

[52] Activities falling outside this protected sphere of core policy — that is, activities that open up a public authority to liability for negligence — have been defined as “the practical implementation of the formulated policies” or “the performance or carrying out of a policy” (*Brown*, at p. 441; see also *Laurentide Motels*, at p. 718). Such “operational” decisions are generally “made on the basis of administrative direction, expert or professional opinion, technical standards or general standards of reasonableness” (*Brown*, at p. 441).

[53] In *Imperial Tobacco*, McLachlin C.J. suggested that the policy/operational distinction may not work well as a legal test, as many decisions can be characterized as one or the other when abstractly pitting policy against operation (para. 78). The Court in *Imperial Tobacco* therefore chose to focus on the positive features of core policy decisions and move away from the policy-operational distinction (para. 87). While we agree, the distinction nevertheless remains useful. In some cases, the juxtaposition of core policy and operational implementation may clearly identify the decisions that should not be subject to court oversight as opposed to those which attract liability in negligence.

[54] However, the key focus must remain on the nature of the decision (*Just*, at p. 1245; see also *Imperial Tobacco*, at para. 87), and this focus is supported by the identification of additional hallmarks of core policy decisions. In *Just*, this Court explained that core policy decisions will usually (but not always) be made “by persons of a high level of authority” (p. 1245). This was later echoed by McLachlin C.J. in *Imperial Tobacco* when she stated that, generally, core policy decisions will be made “by legislators or officers whose official responsibility requires them to assess and balance public policy considerations” (para. 87). In *Brown*, the Court explained that core policy decisions involve

[52] Les activités exclues de la sphère des décisions de politique générale fondamentale — c’est-à-dire les activités qui entraînent la responsabilité d’une autorité publique pour négligence — ont été définies comme relevant de « la mise en œuvre pratique des politiques ainsi formulées » ou de « l’exécution ou l’implantation d’une politique » (*Brown*, p. 441; voir aussi *Laurentide Motels*, p. 718). De telles décisions « opérationnelles » sont habituellement « le produit d’une directive administrative, de l’opinion d’un expert ou d’un professionnel, ou encore de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable » (*Brown*, p. 441).

[53] Dans l’arrêt *Imperial Tobacco*, la juge en chef McLachlin a avancé que la distinction politique générale/opérations pourrait ne pas constituer un critère juridique très utile, puisque de nombreuses décisions peuvent recevoir l’une ou l’autre de ces désignations, si on oppose abstraitement les décisions de politique aux décisions opérationnelles (par. 78). Dans *Imperial Tobacco*, la Cour a donc choisi de se concentrer sur les aspects positifs des décisions de politique générale fondamentale et de s’écarter de la distinction politique générale/opérations (par. 87). Bien que nous souscrivions à cette observation, la distinction demeure néanmoins utile. Dans certains cas, la juxtaposition des notions de politique générale fondamentale et de mise en œuvre opérationnelle peut permettre d’identifier clairement les décisions qui ne devraient pas être soumises au pouvoir de surveillance des tribunaux par opposition à celles qui entraînent la responsabilité pour négligence.

[54] Toutefois, l’élément clé auquel il faut s’attacher doit demeurer la nature de la décision (*Just*, p. 1245; voir aussi *Imperial Tobacco*, par. 87), et l’identification d’autres caractéristiques des décisions de politique générale fondamentale vient appuyer l’accent mis sur cet élément. Dans l’arrêt *Just*, notre Cour a expliqué que les décisions de politique sont généralement (mais pas toujours) prises « par des personnes occupant un poste élevé au sein de l’organisme » (p. 1245). La juge en chef McLachlin a par la suite exprimé la même idée dans *Imperial Tobacco*, lorsqu’elle a déclaré qu’habituellement les décisions de politique générale sont « prises par le législateur ou un fonctionnaire tenu officiellement

“planning and predetermining the boundaries of [a government’s] undertakin[g]” (p. 441). In addition, “decisions concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions” (*Just*, at pp. 1242 and 1245 (emphasis added)).

[55] The characteristics of “planning”, “predetermining the boundaries” or “budgetary allotments” accord with the underlying notion that core policy decisions will usually have a sustained period of deliberation, will be intended to have broad application, and will be prospective in nature. For example, core policy decisions will often be formulated after debate — sometimes in a public forum — and input from different levels of authority. Government activities that attract liability in negligence, on the other hand, are generally left to the discretion of individual employees or groups of employees. They do not have a sustained period of deliberation, but reflect the exercise of an agent or group of agents’ judgment or reaction to a particular event (see H. J. Krent, “Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence: Federal Governmental Liability in Tort” (1991), 38 *U.C.L.A. L. Rev.* 871, at pp. 898-99).

[56] Thus, four factors emerge from this Court’s jurisprudence that help in assessing the nature of a government’s decision: (1) the level and responsibilities of the decision-maker; (2) the process by which the decision was made; (3) the nature and extent of budgetary considerations; and (4) the extent to which the decision was based on objective criteria.

[57] Below, we offer two clarifications and provide a framework to structure the analysis.

d’évaluer et de mettre en balance des considérations d’intérêt public » (par. 87). Dans l’arrêt *Brown*, la Cour a précisé que les décisions de politique générale impliquent « la planification et [. . .] la détermination préalable des limites [des] engagements [du gouvernement] » (p. 441). De plus, « les décisions concernant l’allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique » (*Just*, p. 1242 et 1245 (nous soulignons)).

[55] Les caractéristiques fondées sur les notions de « planification », de « détermination préalable des limites » ou d’« allocation de ressources budgétaires » s’accordent avec la notion sous-jacente selon laquelle les décisions de politique générale font habituellement l’objet de longues délibérations, ont une application large et sont de nature prospective. À titre d’exemple, les décisions de politique générale sont souvent formulées après la tenue de débats — parfois publics — et l’obtention de contributions de différents niveaux hiérarchiques décisionnels. En revanche, les activités gouvernementales qui entraînent la responsabilité pour négligence relèvent généralement du pouvoir discrétionnaire d’un employé ou d’un groupe d’employés. Elles ne sont pas précédées de longues délibérations, mais elles reflètent l’exercice par un représentant ou un groupe de représentants de leur jugement à l’égard d’un événement particulier, ou encore leur réaction à cet événement (voir H. J. Krent, « Preserving Discretion Without Sacrificing Deterrence : Federal Governmental Liability in Tort » (1991), 38 *U.C.L.A. L. Rev.* 871, p. 898-899).

[56] En conséquence, il se dégage de la jurisprudence de notre Cour quatre facteurs utiles dans l’examen de la nature d’une décision gouvernementale : (1) le niveau hiérarchique et les responsabilités de la personne qui décide; (2) le processus suivi pour arriver à la décision; (3) la nature et l’importance des considérations budgétaires; et (4) la mesure dans laquelle la décision était fondée sur des critères objectifs.

[57] Ci-après, nous formulons deux précisions et établissons un cadre permettant de structurer l’analyse.

[58] The first clarification is that a public servant’s choice on how to approach government services frequently involves financial implications. For this reason, the mere presence of budgetary, financial, or resource implications does not determine whether a decision is core policy — too many government decisions, even the most operational decisions, involve some consideration of a department’s budget or the scarcity of its resources (see, e.g., Peterson and Van Der Weide, at pp. 498-501; A. Deegan, “The Public/Private Law Dichotomy And Its Relationship With The Policy/Operational Factors Distinction in Tort Law” (2001), 1 *Q.U.T.L.J.J.* 241, at p. 253). In *Just*, Cory J. was referring to budgetary *allotments* for departments, which are far removed from the budgetary decisions of individual employees on a day-to-day basis (p. 1245). While a department’s budget “has the feel of a large and complex issue that would be miserable for a judge to attempt to unravel” (Peterson and Van Der Weide, at pp. 500-501), an individual employee’s budgetary or resource allocation decisions are not necessarily difficult to assess. Whether a government decision involved budgetary considerations cannot be a test for whether it constituted core policy; it is but one consideration among many.

[59] The second clarification is that the word “policy” has a wide range of meaning, from broad directions to a set of ideas or a specific plan (see, e.g., *Cambridge Dictionary* (online): “policy” means “a set of ideas or a plan of what to do in particular situations that has been agreed to officially by a group of people, a business organization, a government, or a political party”; *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003), at p. 960: “policy” means “a definite course or method of action selected from among alternatives and in light of given conditions to guide and determine present and future decisions” or “a high-level overall plan embracing the general goals and acceptable procedures especially of a

[58] La première précision est que les choix effectués par des fonctionnaires relativement à la manière dont les services gouvernementaux sont offerts impliquent fréquemment des considérations financières. Pour cette raison, la seule existence de conséquences budgétaires, financières, ou liées aux ressources ne permet pas de décider si on est en présence d’une décision de politique — en effet, beaucoup trop de décisions gouvernementales, même parmi les plus opérationnelles, comportent une certaine prise en compte du budget d’un ministère ou de la rareté des ressources dont il dispose (voir, p. ex., Peterson et Van Der Weide, p. 498-501; A. Deegan, « The Public/Private Law Dichotomy And Its Relationship With The Policy/Operational Factors Distinction in Tort Law » (2001), 1 *Q.U.T.L.J.J.* 241, p. 253). Dans l’arrêt *Just*, le juge Cory a parlé des décisions concernant l’*allocation* de ressources budgétaires aux ministères, décisions qui sont très éloignées des décisions budgétaires prises individuellement par des membres du personnel au quotidien (p. 1245). Alors que le budget d’un ministère [TRADUCTION] « semble une question vaste et complexe qui donnera bien du fil à retordre au juge qui tentera de le déchiffrer » (Peterson et Van Der Weide, p. 500-501), les décisions des membres du personnel en matière de budget ou d’allocation des ressources ne sont pas nécessairement difficiles à évaluer. La question de savoir si une décision gouvernementale comportait des considérations budgétaires ne peut donc pas servir de critère pour déterminer si elle constituait une décision de politique fondamentale; cette question n’est qu’un élément parmi bien d’autres.

[59] La deuxième précision est le fait que le terme « politique » (« *policy* ») couvre un large éventail d’acceptions, qui vont des orientations générales à un ensemble d’idées ou un plan précis (voir, p. ex., le *Cambridge Dictionary* (en ligne), selon lequel le terme « politique » s’entend [TRADUCTION] « d’un ensemble d’idées ou d’un plan qui concerne la marche à suivre dans des situations précises auxquelles ont officiellement consenti un groupe de personnes, une entreprise, une organisation, un gouvernement ou un parti politique »; dans le dictionnaire *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11<sup>e</sup> éd. 2003), p. 960, le mot « politique » est défini comme étant [TRADUCTION] « une ligne de conduite ou une méthode d’action

governmental body”). This is why our jurisprudence has so often qualified the word policy to focus on “true” or “core” policy, pointing towards the type of policy question that requires immunity. Accordingly, the fact that the word “policy” is found in a written document, or that a plan is labelled as “policy” may be misleading and is certainly not determinative of the question. Similarly, that a certain course of conduct is mandated by written government documents is of limited assistance. While core policy might be expected to be reduced to writing, this may depend on the public authority and the circumstances; implementation procedures may also be documented. The focus must remain on the nature of the decision itself rather than the format or the government’s label for the decision.

(c) *How to Structure the Analysis*

[60] In addition to these cautions, the principles and factors set out in our jurisprudence, viewed from the perspective of the underlying rationale for core policy immunity, provide a helpful contextual framework for determining whether a government decision is a core policy decision. As noted, the key focus is always on the nature of the decision. Public policy choices are clearly within the role and competence of the legislative and executive branches of government. A court must consider the extent to which a government decision was based on public policy considerations and the extent to which the considerations impact the underlying purpose of the immunity — protecting the legislative and executive branch’s core institutional roles and competencies necessary for the separation of powers.

choisie parmi différentes possibilités et à la lumière de conditions données pour orienter et déterminer la prise de décisions immédiates et futures » ou « un plan global de haut niveau incluant des objectifs généraux et des procédures acceptables, en particulier de la part d’un organisme gouvernemental »). Voilà pourquoi notre jurisprudence a si souvent ajouté au terme « politique » les qualificatifs « véritable » ou « fondamentale », afin de faire ressortir le type de question de politique qui commande l’immunité. En conséquence, le fait que le terme « politique » figure dans un document ou qu’un plan soit intitulé « politique » peut être trompeur et ne permet certainement pas de trancher la question. De même, le fait qu’une certaine ligne de conduite est imposée par des documents gouvernementaux écrits n’est pas d’un grand secours. Bien que l’on puisse s’attendre à ce qu’une décision de politique fondamentale soit consignée par écrit, cela peut dépendre de l’autorité publique concernée et des circonstances; des procédures de mise en œuvre peuvent, elles aussi, être documentées. L’accent doit donc demeurer sur la nature de la décision elle-même, plutôt que sur la forme que prend la décision ou le titre que lui donne le gouvernement.

c) *Comment structurer l’analyse*

[60] Outre ces mises en garde, les principes et facteurs énoncés dans notre jurisprudence considérés sous l’angle de la raison d’être qui sous-tend l’immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale, constituent un cadre d’analyse contextuel utile pour déterminer si une décision gouvernementale est une décision de politique générale fondamentale. Comme nous l’avons souligné précédemment, l’élément-clé auquel il faut s’attacher demeure toujours la nature de la décision. Les choix de politique publique relèvent de toute évidence de la compétence et du rôle des branches législative et exécutive du gouvernement. Le tribunal doit prendre en compte la mesure selon laquelle la décision gouvernementale était fondée sur des considérations d’intérêt public, ainsi que le degré d’incidence de ces considérations sur la raison d’être qui sous-tend l’immunité — la protection des compétences et des rôles institutionnels fondamentaux des branches législative et exécutive nécessaires à la séparation des pouvoirs.

[61] The rationale for core policy immunity should also serve as an overarching guiding principle for how to assess and weigh the factors this Court has developed for identifying core policy decisions. We will elaborate.

[62] First: the level and responsibilities of the decision-maker. With this factor, what is relevant is how closely related the decision-maker is to a democratically-accountable official who bears responsibility for public policy decisions. The higher the level of the decision-maker within the executive hierarchy, or the closer the decision-maker is to an elected official, the higher the possibility that judicial review for negligence will raise separation of powers concerns or have a chilling effect on good governance. Similarly, the more the job responsibilities of the decision-maker include the assessment and balancing of public policy considerations, the more likely this factor will lean toward core policy immunity. Conversely, decisions made by employees who are far-removed from democratically accountable officials or who are charged with implementation are less likely to be core policy and more likely to attract liability under regular private law negligence principles (*Just*, at pp. 1242 and 1245; *Imperial Tobacco*, at para. 87).

[63] Second: the process by which the decision was made. The more the process for reaching the government decision was deliberative, required debate (possibly in a public forum), involved input from

[61] La raison d'être de l'immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale devrait également servir de principe directeur général quant à la manière d'évaluer et de mettre en balance les facteurs élaborés par notre Cour afin d'identifier les décisions de politique générale fondamentale. Nous allons maintenant préciser davantage.

[62] Premièrement : le niveau hiérarchique et les responsabilités de la personne qui décide. Dans ce facteur, ce qui importe c'est la mesure selon laquelle cette personne a des liens étroits avec un représentant ou une représentante du gouvernement qui est démocratiquement redevable devant la population et responsable à l'égard des décisions de politique générale. Plus la personne qui décide se situe à un niveau élevé dans la hiérarchie du pouvoir exécutif, ou plus cette personne occupe un niveau hiérarchique élevé au sein de la direction, ou plus elle est près d'un représentant élu ou d'une représentante élue, plus grande sera la possibilité que le contrôle judiciaire de sa décision pour cause de négligence soulève des préoccupations relatives à la séparation des pouvoirs ou ait un effet paralysant sur la bonne gouvernance. Similairement, plus les responsabilités professionnelles de la personne qui décide incluent l'évaluation et la mise en balance de considérations d'intérêt public, plus il est probable que ce facteur militera en faveur de la reconnaissance de l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique générale fondamentale. À l'inverse, des décisions prises par des membres du personnel qui ont des fonctions très éloignées de celles de représentantes gouvernementales ou de représentants gouvernementaux démocratiquement redevables devant la population, ou qui sont chargés d'activités de mise en œuvre, ne sont probablement pas des décisions de politique générale fondamentale, et sont davantage susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur suivant les principes habituels de droit privé en matière de négligence (*Just*, p. 1242 et 1245; *Imperial Tobacco*, par. 87).

[63] Deuxièmement : le processus suivi pour arriver à la décision. Plus le processus décisionnel du gouvernement avait un caractère délibératif, a nécessité des débats (parfois publics), a impliqué

different levels of authority, and was intended to have broad application and be prospective in nature, the more it will engage the separation of powers rationale and point to a core policy decision. On the other hand, the more a decision can be characterized as a reaction of an employee or groups of employees to a particular event, reflecting their discretion and with no sustained period of deliberation, the more likely it will be reviewable for negligence.

[64] Third: the nature and extent of budgetary considerations. A budgetary decision may be core policy depending on the type of budgetary decision it is. Government decisions “concerning budgetary allotments for departments or government agencies will be classified as policy decisions” because they are more likely to fall within the core competencies of the legislative and executive branches (see, e.g., *Criminal Lawyers’ Association*, at para. 28). On the other hand, the day-to-day budgetary decisions of individual employees will likely not raise separation of powers concerns.

[65] Fourth: the extent to which the decision was based on objective criteria. The more a government decision weighs competing interests and requires making value judgments, the more likely separation of powers will be engaged because the court would be substituting its own value judgment (Makuch, at pp. 234-36 and 238). Conversely, the more a decision is based on “technical standards or general standards of reasonableness”, the more likely it can be reviewed for negligence. Those decisions might also have analogues in the private sphere that courts are already used to assessing because they are based on objective criteria.

la contribution de différents niveaux hiérarchiques, était censé être vaste et avoir une nature prospective, plus le principe de la séparation des pouvoirs entrera en jeu et tendra à indiquer qu’il s’agit d’une décision de politique générale fondamentale. En revanche, plus une décision peut être caractérisée comme étant la réaction d’un membre du personnel ou d’un groupe au sein du personnel à un événement particulier qui reflète le pouvoir discrétionnaire dont il dispose à cet égard et n’a pas été précédée d’une longue période de délibération, plus il est probable qu’elle donnera ouverture à révision pour négligence.

[64] Troisièmement : la nature et de la portée des considérations budgétaires. Une décision budgétaire peut être une décision de politique générale fondamentale, selon le type de mesure budgétaire dont il s’agit. Les décisions gouvernementales « concernant l’allocation de ressources budgétaires à des ministères ou organismes gouvernementaux seront rangées dans la catégorie des décisions de politique », parce qu’elles sont plus susceptibles de relever des compétences fondamentales des branches législative et exécutive (voir, p. ex., *Criminal Lawyers’ Association*, par. 28). Par contre, les décisions budgétaires quotidiennes prises individuellement par des membres du personnel ne soulèveront probablement pas de préoccupation liée à la séparation des pouvoirs.

[65] Quatrièmement : la mesure selon laquelle la décision était fondée sur des critères objectifs. Plus la décision gouvernementale implique la mise en balance d’intérêts concurrents et requiert des jugements de valeur, plus il est vraisemblable que le facteur de la séparation des pouvoirs entrera en jeu, car dans un tel cas le tribunal substituerait ses propres jugements de valeur (Makuch, p. 234-236 et 238). Inversement, plus une décision est prise en fonction « de normes techniques ou de la norme générale de ce qui est raisonnable », plus il est probable qu’elle donne ouverture à une révision pour négligence. Il est également possible que ces décisions correspondent à des décisions analogues dans la sphère privée, décisions que les tribunaux ont déjà l’habitude d’examiner, parce qu’elles sont fondées sur des critères objectifs.

[66] Thus, in the course of weighing these factors, the key focus must always be on the underlying purpose of the immunity and the nature of the decision. None of the factors is necessarily determinative alone and more factors and hallmarks of core policy decisions may be developed; courts must assess all the circumstances.

[67] To summarize, core policy decisions are “decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors, provided they are neither irrational nor taken in bad faith” (*Imperial Tobacco*, at para. 90). They are a “narrow subset of discretionary decisions” — meaning, the presence of choice is not a marker of core policy (*ibid.*, at paras. 84 and 88). Core policy decisions are immune from negligence liability because the legislative and executive branches have core institutional roles and competencies that must be protected from interference by the judiciary’s private law oversight. A court must consider the extent to which a government decision was based on public policy considerations and the extent to which the considerations impact the rationale for core policy immunity.

[68] In addition, four factors emerge that help in assessing the nature of a government’s decision: (1) the level and responsibilities of the decision-maker; (2) the process by which the decision was made; (3) the nature and extent of budgetary considerations; and (4) the extent to which the decision was based on objective criteria. The underlying rationale — protecting the legislative and executive branch’s core institutional roles and competencies necessary for the separation of powers — serves as an overarching guiding principle for how to weigh the factors in the analysis. Thus, the nature of the

[66] Par conséquent, dans la mise en balance de ces facteurs, l’accent doit toujours être mis principalement sur l’objet qui sous-tend l’immunité et sur la nature de la décision. Aucun des facteurs n’est nécessairement déterminant en soi, et davantage de facteurs et de caractéristiques des décisions de politique générale fondamentale peuvent être élaborés; les tribunaux doivent évaluer toutes les circonstances.

[67] En résumé, les décisions de politique générale fondamentale sont des « décisions [qui] se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d’intérêt public, tels des facteurs économiques, sociaux ou politiques, pourvu qu’elles ne soient ni irrationnelles ni prises de mauvaise foi » (*Imperial Tobacco*, par. 90). Elles forment « un sous-ensemble restreint de décisions discrétionnaires » — c’est-à-dire que le fait qu’un choix a été effectué n’est pas indicatif d’une décision de politique fondamentale (*ibid.*, par. 84 et 88). Les décisions de politique générale fondamentale n’entraînent pas de responsabilité pour négligence, parce que les branches législative et exécutive ont des compétences et des rôles institutionnels fondamentaux qui doivent être protégés de l’ingérence susceptible de découler de l’exercice par les tribunaux de leur pouvoir de surveillance en application du droit privé. Le tribunal doit prendre en compte la mesure dans laquelle la décision du gouvernement était fondée sur des considérations d’intérêt public, de même que le degré d’incidence de ces considérations sur la raison d’être de l’immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale.

[68] En outre, quatre facteurs se révèlent utiles dans l’examen de la nature d’une décision gouvernementale : (1) le niveau hiérarchique et les responsabilités de la personne qui décide; (2) le processus suivi pour arriver à la décision; (3) la nature et l’importance des considérations budgétaires; et (4) la mesure dans laquelle la décision était fondée sur des critères objectifs. La raison d’être qui sous-tend l’immunité — la protection des compétences et des rôles institutionnels fondamentaux des branches législative et exécutive nécessaires à la séparation des pouvoirs — sert de principe directeur général quant

decision along with the hallmarks and factors that inform its nature must be assessed in light of the purpose animating core policy immunity.

(d) *Application of Core Policy Immunity*

[69] The City does not claim any statutory exemption from the duty of care in *Just* and there is no allegation that it was acting irrationally or in bad faith. As such, having determined that this case falls under the *Just* category, the only remaining issue at the duty of care stage is whether the City is immune from liability in negligence because the plaintiff has challenged a core policy decision. If the City’s impugned actions fall outside the scope of core policy immunity, the City may be held liable for any negligence just as a private defendant would be.

[70] The City observes that core policy immunity is a case-specific inquiry, dependent on evidence to do with “the decision-maker’s role, the decision-maker’s level of discretion and the various social, economic and political interests at play” (A.F., at para. 88). Accordingly, the City submits that the characterization of a government decision as core policy is a question of mixed fact and law, reviewable on a standard of palpable and overriding error.

[71] We disagree. In *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.*, 2020 SCC 35, [2020] 3

à la manière de mettre en balance les facteurs dans l’analyse. Ainsi, la nature de la décision, de même que les caractéristiques et les facteurs qui renseignent le tribunal sur cette nature, doivent être appréciés à la lumière de l’objet qui constitue le fondement de l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique fondamentale.

d) *Application de l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique générale fondamentale*

[69] La Ville n’invoque aucune exemption de nature légale à l’égard de l’obligation de diligence énoncée dans l’arrêt *Just*, et il n’a été formulé aucune allégation lui reprochant d’avoir agi de manière irrationnelle ou de mauvaise foi. En conséquence, après avoir déterminé que la présente affaire relève de la catégorie énoncée dans l’arrêt *Just*, la seule question qui demeure à l’étape de l’obligation de diligence consiste à se demander si la Ville bénéficiait de l’immunité à l’égard de la responsabilité pour négligence, parce que la demanderesse conteste une décision de politique générale fondamentale. Si les actions contestées de la Ville ne sont pas visées par l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique générale fondamentale, la Ville peut être tenue responsable de toute négligence, à l’instar de toute partie défenderesse privée.

[70] La Ville fait observer que l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique fondamentale requiert une analyse au cas par cas, en fonction de la preuve concernant [TRADUCTION] « le rôle de la personne qui décide, le niveau de son pouvoir discrétionnaire et les divers intérêts sociaux, économiques et politiques en jeu » (m.a., par. 88). Par conséquent, la Ville prétend que la qualification d’une décision gouvernementale comme étant une décision de politique fondamentale est une question mixte de faits et de droit, qui est susceptible de contrôle selon la norme de l’erreur manifeste et déterminante.

[71] Nous nous ne pouvons souscrire à cette prétention. Dans l’arrêt *1688782 Ontario Inc. c.*

S.C.R. 504, this Court reiterated that whether the defendant owed the plaintiff a duty of care is a question of law (para. 24; see also *Rankin's Garage*, at para. 19). While the underlying facts as found by the trial judge deserve deference, whether those facts meet the legal test of core policy immunity and, by extension, whether a duty of care arises, is a question of law and must be correct.

[72] The trial judge concluded that the City did not owe Ms. Marchi a duty of care because its actions were the result of core policy decisions about the sequence for clearing snow from roadways. He focused on the City's snow removal in a general way and concluded that the City "followed its policy". In particular, it allocated several employees to work on snow removal shifts and waited to remove snowbanks from the downtown core until after all City streets were clear to "best serve the public and accommodate emergency equipment" (paras. 4 and 13). More employees could not be called on shifts due to the limited availability of equipment, and the City:

... could not remove the windrows from downtown without creating a dangerous situation on the tops of the steep and snowy streets in Nelson in the winter as it would mean diverting equipment from plowing and clearing in favour of removing snow from downtown. [para. 15]

[73] The trial judge concluded that, as the City's decisions were dictated by the availability of resources, the written Policy's mandate, and several

*Aliments Maple Leaf Inc.*, 2020 CSC 35, [2020] 3 R.C.S. 504, notre Cour a réitéré que la question de savoir si la partie défenderesse avait une obligation de diligence envers la partie demanderesse est une question de droit (par. 24; voir aussi *Rankin's Garage*, par. 19). Bien qu'il ait lieu de faire montre de déférence à l'égard des conclusions du juge de première instance quant aux faits sous-jacents, la question de savoir si ces faits satisfont à l'analyse juridique relative à l'immunité accordée en matière de décisions de politique générale fondamentale et, partant, s'il existe une obligation de diligence, est une question de droit, et la conclusion tirée à cet égard doit être correcte.

[72] Le juge de première instance a conclu que la Ville n'avait aucune obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Marchi, parce que les actions de la Ville résultaient de décisions de politique générale fondamentale concernant l'enchaînement des activités de déblayage des routes. Il s'est concentré sur les activités de déneigement de la Ville en général et il a conclu que cette dernière [TRADUCTION] « avait suivi sa politique ». En particulier, elle avait affecté plusieurs membres du personnel à l'enlèvement de la neige selon des quarts de travail et avait attendu que toutes les rues de la Ville soient déblayées avant de procéder à l'enlèvement des bancs de neige dans le cœur du centre-ville, afin de [TRADUCTION] « servir le mieux possible le public et de permettre le passage des véhicules d'urgence » (par. 4 et 13). Il était impossible de faire appel à davantage de personnel par quart de travail, vu le nombre limité de véhicules dont la Ville disposait, et celle-ci :

[TRADUCTION] ... ne pouvait pas enlever les andains au centre-ville (c'est-à-dire les amas de neiges laissées en bordure par le déblayage) sans créer de situation dangereuse au sommet des rues escarpées et enneigées de Nelson en hiver, car pour ce faire il faudrait retirer des véhicules affectés aux opérations de déblayage et de déneigement pour les réaffecter à l'enlèvement de la neige dans le centre-ville. [par. 15]

[73] Le juge de première instance a conclu que, comme les décisions de la Ville étaient dictées par la disponibilité des ressources, par les prescriptions

“unwritten policies”, the “City’s actions were the result of policy decisions” (paras. 5 and 14).

[74] The City asks this Court to endorse the trial judge’s reasoning. It submits that its written and unwritten “snow clearance and removal policies” are core policy decisions because they involve allocating scarce resources in circumstances where not all stakeholders can be satisfied at once. The allocation of “scarce resources based on a good faith exercise of discretion” is the “core of a political decision” (A.F., at para. 59). The written Policy, for example, requires snow removal to be carried out “within budget guidelines” (para. 60). The written Policy is supplemented by unwritten practices that “further attemp[t] to prioritize certain areas of the City for snow clearance and removal, allocate City resources in an efficient and effective manner, and reduce disruption to residents caused by these operations” (para. 61). At trial, many of the City’s arguments similarly focused on the public works supervisor’s budgetary decisions. The City emphasized that the January snowfall was the City’s first snowfall of the year and the public works supervisor chose not to use more than 20 percent of the year’s snow removal budget.

[75] Ms. Marchi submits that the trial judge erred in crucial ways, improperly focusing on snow removal in general without narrowing in on the impugned decision. This case is not about the written Policy’s priority schedule for plowing and sanding or its “snow clearance and removal policies” generally, which are unchallenged. At issue is the clearing of snow from the parking stalls in the 300 block of Baker Street and the creation of a snowbank along the curb without ensuring safe access to sidewalks. Ms. Marchi submits that even assuming that the written Policy is core policy, the clearing of parking stalls

de la Politique écrite et par plusieurs [TRADUCTION] « politiques non écrites », les « actions de la Ville résultaient de décisions de politique générale » (par. 5 et 14).

[74] La Ville demande à la Cour de souscrire au raisonnement du juge de première instance. Elle soutient que ses [TRADUCTION] « politiques sur le déblayage et l’enlèvement de la neige », tant écrites que non écrites, sont des décisions de politique générale fondamentale parce qu’elles impliquent l’affectation de ressources limitées dans des circonstances où il est impossible de satisfaire aux besoins de toutes les parties prenantes en même temps. Or, l’affectation de [TRADUCTION] « ressources limitées sur la base d’un pouvoir discrétionnaire exercé de bonne foi » constitue la « décision de politique générale fondamentale » (m.a., par. 59). Par exemple, la Politique écrite exige que l’enlèvement de la neige soit effectué « conformément aux directives budgétaires » (par. 60). La Politique écrite est complétée par des pratiques non écrites prévoyant des [TRADUCTION] « mesures additionnelles visant à prioriser certains secteurs de la Ville dans le déblayage et l’enlèvement de la neige, afin de répartir les ressources de la Ville de manière efficace et efficiente et de réduire les inconvénients causés aux résidents par de telles activités » (par. 61). Lors du procès, bon nombre d’arguments de la Ville étaient similairement axés sur les décisions budgétaires de la superviseuse des travaux publics. La Ville a souligné que la chute de neige du mois de janvier était la première de l’année, et que la superviseuse des travaux publics avait choisi de ne pas utiliser plus de 20 p. 100 du budget annuel affecté à l’enlèvement de la neige.

[75] Madame Marchi fait valoir que le juge de première instance a commis des erreurs cruciales, se concentrant erronément sur les opérations d’enlèvement de la neige en général, sans restreindre son analyse à la décision contestée. La présente affaire ne porte pas sur l’ordre de priorité du déblayage et de l’épandage de sable établi dans la Politique écrite ni sur les [TRADUCTION] « politiques de déblayage et d’enlèvement de la neige » en général, qui ne sont pas contestés. La question porte sur le déblayage des espaces de stationnement dans le secteur 300 de la rue Baker et la création d’un banc de neige le long

and the creation of snowbanks was not mandated by any of the City's documents; it was the operationalization or implementation of snow removal.

[76] We agree with Ms. Marchi and the Court of Appeal that the trial judge erred. First, he described the decision or conduct at issue too broadly, focusing on the entire process of snow removal. At issue is the City's clearing of snow from the parking stalls in the 300 block of Baker Street by creating snowbanks along the sidewalks — thereby inviting members of the public to park in those stalls — without creating direct access to sidewalks. Even if the written Policy was core policy, this does not mean that the creation of snowbanks without clearing pathways for direct sidewalk access was a matter of core policy. In a duty of care analysis, the decision or conduct at issue must be described with precision to ensure that immunity only attaches to core policy decisions (see, e.g., *Imperial Tobacco*, at para. 67). The duty asserted must be tied to the negligent conduct alleged. In this case, the plaintiff claims that the City was negligent in how they actually plowed the parking spaces. The trial judge's conclusion that the "City's actions were the result of policy decisions" was overbroad, merging together all of the City's snow removal decisions and activities. The City's submissions before this Court do the same.

[77] Second, we agree with Ms. Marchi that the trial judge placed too much weight on the label of "policy", appearing to accept without question the City's description of its unwritten snow removal practices as "unwritten policies". As we have stated

du trottoir, sans prendre soin d'assurer un accès sécuritaire aux trottoirs. Madame Marchi affirme que, même si on suppose que la Politique écrite est une politique générale fondamentale, le déblayage des espaces de stationnement et la création de bancs de neige n'étaient prescrits par aucun des documents de la Ville; il s'agissait de l'opérationnalisation ou de la mise en œuvre de l'enlèvement de la neige.

[76] Nous sommes d'accord avec M<sup>me</sup> Marchi et la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a fait erreur. Premièrement, il a décrit la décision ou la conduite en cause de manière trop générale, en se concentrant sur l'ensemble du processus d'enlèvement de la neige. Or, ce qui est en cause, c'est le fait que la Ville a déblayé les espaces de stationnement situés dans le secteur 300 de la rue Baker en créant des bancs de neige le long des trottoirs — invitant ainsi les membres du public à se garer dans ces espaces — sans aménager d'accès direct aux trottoirs. Même si la Politique écrite était une politique générale fondamentale, cela ne signifie pas pour autant que la création de bancs de neige sans dégager de passages permettant d'accéder directement aux trottoirs constituait une décision de politique générale fondamentale. Dans l'analyse de l'obligation de diligence, la décision ou la conduite en cause doit être décrite avec précision de façon à ce que l'immunité soit uniquement accordée aux décisions de politique générale fondamentale (voir, p. ex., *Imperial Tobacco*, par. 67). L'obligation invoquée doit être liée à la conduite négligente reprochée. En l'espèce, la demanderesse prétend que la Ville a été négligente dans la manière dont elle a, dans les faits, déblayé les espaces de stationnement. La conclusion du juge de première instance selon laquelle [TRADUCTION] « les actions de la Ville résultaient de décisions de politique » était trop générale, amalgamant toutes les décisions et activités de la Ville en matière d'enlèvement de la neige. Les observations de la Ville devant notre Cour sont au même effet.

[77] Deuxièmement, nous sommes d'accord avec M<sup>me</sup> Marchi pour dire que le juge de première instance a accordé trop de poids au terme « politique », semblant accepter sans réserve la façon dont la Ville a décrit ses pratiques non écrites d'enlèvement de la

above, however, the word “policy” cannot be determinative of whether government conduct should be immune from negligence liability. The trial judge’s conclusion that all of the City’s unwritten snow removal practices were “unwritten policies” improperly coloured his conclusion that all of the City’s snow removal practices were core policy.

[78] Third, the trial judge improperly treated budgetary implications as determinative of the core policy question. The City also goes as far as saying that all of its decisions about extending snow removal hours were core policy decisions because they struck a balance between preserving the budget for future snow events and responding appropriately to the early January snowfall. Again, as noted above, whether a government decision involved budgetary considerations cannot be a test for whether it constituted core policy: even the most routine ones involve some consideration of budget or the scarcity of resources.

[79] The City also suggests, relying on White J.’s comments in *United States v. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), at p. 324, that if a discretionary government decision *could* have been made based on policy factors, it will be deemed a policy decision immune from liability. We would reject this submission; whether a decision was in fact core policy must be proven by the public authority.

neige, à savoir des [TRADUCTION] « politiques non écrites ». Ainsi que nous l’avons indiqué précédemment, toutefois, le terme « politique » ne saurait être déterminant pour décider si la conduite gouvernementale devrait jouir de l’immunité à l’égard de la responsabilité pour négligence. La conclusion du juge de première instance selon laquelle toutes les pratiques non écrites d’enlèvement de la neige de la Ville constituaient des « politiques non écrites » a indûment influencé sa conclusion portant que toutes les pratiques de la Ville en matière d’enlèvement de la neige étaient des décisions de politique générale fondamentale.

[78] Troisièmement, le juge de première instance a erronément considéré les répercussions budgétaires comme déterminantes en ce qui a trait à la question de la politique générale fondamentale. La Ville va aussi jusqu’à soutenir que toutes ses décisions portant sur le prolongement des heures d’enlèvement de la neige étaient des décisions de politique générale fondamentale, parce qu’elles établissaient un équilibre entre le fait de réserver une partie du budget pour des tempêtes de neige à venir et le fait de répondre de manière appropriée aux premières chutes de neige de janvier. Encore une fois, comme nous l’avons mentionné plus haut, la question de savoir si une décision gouvernementale impliquait des considérations budgétaires ne peut pas servir de critère pour décider si cette décision constituait une décision de politique générale fondamentale : même les décisions les plus courantes impliquent certaines considérations budgétaires ou liées à la rareté des ressources disponibles.

[79] La Ville prétend également, en se fondant sur les remarques du juge White dans l’affaire *United States c. Gaubert*, 499 U.S. 315 (1991), p. 324, que, si on est en présence d’une décision gouvernementale discrétionnaire qui *pourrait* avoir été prise sur la base de facteurs de politique générale, cette décision sera réputée être une décision de politique jouissant de l’immunité contre la responsabilité. Nous sommes d’avis de rejeter cet argument; il incombe à l’autorité publique d’établir qu’une décision constituait dans les faits une décision de politique générale fondamentale.

[80] For these reasons the trial judge erred in his legal analysis of whether core policy immunity applied. In our view, applying the correct legal principles to the trial judge’s findings on this record, the City’s clearing of snow from the parking stalls in the 300 block of Baker Street by creating snowbanks along the sidewalks — thereby inviting members of the public to park in those stalls — without ensuring direct access to sidewalks was not the result of a core policy decision immune from negligence liability. Instead, as we shall explain, it was a routine part of the City’s snow removal process, to which little thought was given.

[81] The City reacted to the early January snowfall in the usual course: it followed the priority routes for plowing and sanding in the written Policy (unchallenged by Ms. Marchi); it waited to remove snowbanks from the downtown core until after all City streets were plowed; and it followed several unwritten practices, including with respect to snow removal from stairs around the City. Although clearing parking stalls was not covered in the written Policy, the City cleared the angled parking stalls in the 300 block of Baker Street and created a continuous snowbank blocking the stalls from the sidewalk. Throughout this process, the public works supervisor made decisions about how many employees to deploy. She also completed “road patrol throughout the day to ensure the streets [were] safe, and crews [were] working in a timely and efficient manner” (trial reasons, at para. 5(h)).

[82] The trial judge found that it “did not occur” to the supervisor that this process could be done in a different manner (para. 35). When the supervisor was asked at trial whether she had ever considered the potential dangers caused by clearing the parking

[80] Pour ces raisons, le juge de première instance a fait erreur dans son analyse juridique de la question de savoir si l’immunité accordée à l’égard des décisions de politique fondamentale s’appliquait. À notre avis, si l’on applique les bons principes juridiques aux conclusions tirées par le juge de première instance dans la présente affaire, le fait que la Ville a déblayé les espaces de stationnement situés dans le secteur 300 de la rue Baker en créant des bancs de neige le long des trottoirs — invitant ainsi les membres du public à se garer dans ces espaces — sans prendre soin d’assurer un accès direct aux trottoirs ne découlait pas d’une décision de politique générale fondamentale qui est à l’abri de la responsabilité pour négligence. Il s’agissait plutôt, comme nous l’expliquerons, d’une pratique courante dans le cadre du processus de déneigement de la Ville à laquelle on a accordé peu d’attention.

[81] La Ville a réagi de la manière habituelle à la première chute de neige de janvier : elle s’est conformée aux itinéraires de déblayage et d’épandage de sable prévus dans la Politique écrite (qui n’est pas contestée par M<sup>me</sup> Marchi); elle a attendu que toutes les rues de la Ville soient déblayées avant de procéder à l’enlèvement des bancs de neige dans le cœur du centre-ville; et elle a suivi plusieurs pratiques non écrites, notamment en ce qui a trait à l’enlèvement de la neige dans les différents escaliers de la Ville. Bien que le déblayage des espaces de stationnement ne soit pas prévu dans la Politique écrite, la Ville a déblayé les espaces de stationnement en angle dans le secteur 300 de la rue Baker et a créé un banc de neige continu bloquant l’accès aux trottoirs à partir de ces espaces. Durant tout ce processus, la superviseuse des travaux publics a pris des décisions quant au nombre d’employés devant être déployés. Elle a également [TRADUCTION] « patrouillé les rues tout au long de la journée pour s’assurer que celles-ci [étaient] sécuritaires et que les équipes [travaillaient] rapidement et efficacement » (décision de première instance, par. 5(h)).

[82] Le juge de première instance a conclu qu’il [TRADUCTION] « n’est pas venu à l’esprit » de la superviseuse que ce processus aurait pu être effectué différemment (par. 35). Au procès, lorsqu’on lui a demandé si elle avait à quelque moment songé aux

stalls, she responded that her job was simply to follow “[the] normal protocol” and “follow direction from above me” (trial transcript, A.R., vol. IV, at p. 75). She also testified that changing the way the City plowed the streets would have required some “planning ahead” and she would not have had the authority to change the plowing method but would have had to ask her director (p. 79). The City chose not to call any other employees of the City as witnesses.

[83] On this record, the City’s decision bore none of the hallmarks of core policy. Although the extent to which the supervisor was closely connected to a democratically-elected official is unclear from the record, she disclosed that she did not have the authority to make a different decision with respect to the clearing of parking stalls (the first factor). In addition, there is no suggestion that the method of plowing the parking stalls on Baker Street resulted from a deliberative decision involving any prospective balancing of competing objectives and policy goals by the supervisor or her superiors. Indeed, there was no evidence suggesting an assessment was ever made about the feasibility of clearing pathways in the snowbanks; the City’s evidence is that this was a matter of custom (the second factor). Although it is clear that budgetary considerations were involved, these were not high-level budgetary considerations but rather the day-to-day budgetary considerations of individual employees (the third factor).

[84] Finally, the City’s chosen method of plowing the parking stalls can easily be assessed based on objective criteria (the fourth factor). Cases involving the *Just* category will not generally raise institutional

possibles dangers que pourrait causer le déblayage des espaces de stationnement, elle a répondu que son travail consistait uniquement à suivre [TRADUCTION] « le protocole normal » et à « se conformer aux directives venant de ses supérieurs » (transcription du procès, d.a., vol. IV, p. 75). Elle a également déclaré que le fait de modifier la manière dont la Ville déblayait les rues aurait nécessité une certaine « planification », et qu’elle n’aurait pas eu le pouvoir de changer la méthode de déblayage, mais aurait eu à faire une demande en ce sens à son directeur (p. 79). La Ville a choisi de ne faire témoigner aucun autre membre de son personnel.

[83] Au vu du dossier, la décision de la Ville ne présentait aucune des caractéristiques d’une décision de politique générale fondamentale. Bien que le dossier n’indique pas clairement si et dans quelle mesure la superviseure était étroitement liée à une représentante démocratiquement élue ou à un représentant démocratiquement élu, elle a révélé qu’elle ne possédait pas le pouvoir de prendre une décision différente en ce qui concerne le déblayage des espaces de stationnement (le premier facteur). De plus, rien ne tend à indiquer que la méthode de déblayage des espaces de stationnement de la rue Baker résultait d’une décision découlant de délibérations ayant comporté la mise en balance prospective d’objectifs concurrents et d’objectifs de politique d’intérêt général par la superviseure ou ses supérieurs hiérarchiques. En fait, il n’y avait aucune preuve tendant à indiquer qu’on avait à quelque moment que ce soit examiné la possibilité de dégager des passages dans les bancs de neige; selon la preuve présentée par la Ville, il s’agissait de la façon coutumière de faire les choses (le deuxième facteur). Bien que des considérations budgétaires aient clairement joué un rôle, il ne s’agissait pas de considérations budgétaires examinées à un haut niveau, mais plutôt de considérations budgétaires courantes prises en compte sur une base individuelle par des membres du personnel (le troisième facteur).

[84] Enfin, la méthode retenue par la Ville pour le déblayage des espaces de stationnement peut aisément être évaluée sur la base de critères objectifs (le quatrième facteur). Les cas qui relèvent de

competence concerns because courts routinely consider road and sidewalk maintenance issues in occupiers' liability cases. The *Just* category engages conduct that is similar in kind to what courts routinely assess. The same was true in *Hendry v. United States*, 418 F.2d 774 (2d Cir. 1969), a public authority negligence case about finding a merchant marine officer mentally unfit for service. The court concluded that the decision was reviewable because it was "not different in kind or complexity from those which courts are accustomed to entertain when tort suits are brought against private physicians" (p. 783). In this case, the court would be well-equipped to determine whether the snowbanks posed an objectively unreasonable risk of harm (the standard of care question). The safety of a road or sidewalk can be measured based on objective or commonly accepted standards as it is in the private sector (see also Peterson and Van Der Weide, at pp. 451-52, fn. 13; J. W. Bagby and G. L. Gittings, "The Elusive Discretionary Function Exception From Government Tort Liability: The Narrowing Scope of Federal Liability" (1992), 30 *Am. Bus. L.J.* 223, at p. 239).

[85] Thus, the City has not shown that the way it plowed the parking stalls was the result of a proactive, deliberative decision, based on value judgments to do with economic, social or political considerations. In these circumstances, a court's review of the City's chosen means of clearing the parking stalls in the 300 block of Baker Street does not engage the underlying purpose for core policy immunity. Insulating these kinds of decisions from negligence liability does not undermine the ability to make important public interest policy choices. The public interest is not served when *ad hoc* decisions that fail to balance competing interests or that fail to consider how best to mitigate harms are insulated from liability in negligence. Oversight of such decisions

la catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* ne soulèvent généralement pas de préoccupations en matière de compétence institutionnelle, parce que les tribunaux examinent régulièrement des questions liées à l'entretien des routes et des trottoirs dans des affaires de responsabilité des occupants. La catégorie énoncée dans l'arrêt *Just* vise une conduite de type similaire à celle que les tribunaux examinent régulièrement. C'était le cas dans *Hendry c. United States*, 418 F.2d 774 (2d Cir. 1969), une affaire de négligence de la part d'une autorité publique où un officier de la marine marchande avait été déclaré mentalement inapte au service. Le tribunal américain avait conclu que la décision était susceptible de révision parce qu'elle n'était [TRADUCTION] « pas différente de par sa nature ou sa complexité de celles que les tribunaux ont l'habitude d'examiner dans des poursuites intentées contre des médecins du secteur privé » (p. 783). En l'espèce, le tribunal serait bien outillé pour décider si les bancs de neige constituaient un risque objectivement déraisonnable de préjudice (la question de la norme de diligence). Le caractère sécuritaire d'une route ou d'un trottoir peut être évalué sur la base de normes objectives ou communément acceptées, comme c'est le cas dans le secteur privé (voir aussi Peterson et Van Der Weide, p. 451-452, note 13; J. W. Bagby et G. L. Gittings, « The Elusive Discretionary Function Exception From Government Tort Liability : The Narrowing Scope of Federal Liability » (1992), 30 *Am. Bus. L.J.* 223, p. 239).

[85] Par conséquent, la Ville n'a pas démontré que la manière dont elle a déblayé les espaces de stationnement résultait d'une décision proactive prise au terme de délibérations, et basée sur des jugements de valeur liés à des considérations économiques, sociales ou politiques. Dans de telles circonstances, l'examen par le tribunal des moyens choisis par la Ville pour déblayer les espaces de stationnement dans le secteur 300 de la rue Baker ne met pas en jeu la raison d'être qui sous-tend l'immunité accordée à l'égard des décisions de politique fondamentale. Le fait de protéger ce genre de décisions contre les actions en responsabilité pour négligence ne compromet pas la capacité d'effectuer d'importants choix de politique générale d'intérêt public. L'intérêt public

respects the respective roles of each branch of government under the separation of powers doctrine.

[86] Therefore, the City has not met its burden of proving that Ms. Marchi seeks to challenge a core policy decision immune from negligence liability. While there is no suggestion that the City made an irrational or bad faith decision, the City's "core policy defence" fails and it owed Ms. Marchi a duty of care. The regular principles of negligence law apply in determining whether the City breached the duty of care and, if so, whether it should be liable for Ms. Marchi's damages.

[87] We now turn to the remaining two issues: standard of care and causation.

#### B. *Standard of Care*

[88] The trial judge also concluded in the alternative that, even if a duty of care was owed, the City did not breach the standard of care because the snowbank did not pose an objectively unreasonable risk of harm. After a reference to the evidence of neighbouring municipalities, he concluded:

The City followed its policy. The policy was to clear snow in accordance with long established practices. The attempt to compare the practices in Nelson with those of other places was not very useful. Each of the municipalities faced difficult conditions. Nothing in the evidence showed that the policy of the City was unreasonable or

n'est pas servi si des décisions ponctuelles qui ne soupèsent pas les intérêts concurrents ou ne tiennent pas compte de la meilleure façon d'atténuer les préjudices sont soustraites à la responsabilité pour négligence. Le contrôle de telles décisions respecte les rôles respectifs de chacune des branches du gouvernement suivant la doctrine de la séparation des pouvoirs.

[86] En conséquence, la Ville ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver que M<sup>me</sup> Marchi cherche à contester une décision de politique générale fondamentale jouissant de l'immunité contre les actions en responsabilité pour négligence. Bien qu'il ne soit pas plaidé que la décision de la Ville était irrationnelle ou avait été prise de mauvaise foi, le « moyen de défense fondé sur la notion de politique générale fondamentale » invoqué par la Ville ne peut être retenu, et cette dernière avait une obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Marchi. Les principes habituels du droit de la négligence s'appliquent afin de déterminer si la Ville a manqué à son obligation de diligence et, dans l'affirmative, si elle doit être tenue responsable des dommages causés à M<sup>me</sup> Marchi.

[87] Nous nous penchons maintenant sur les deux questions restantes : la norme de diligence et le lien de causalité.

#### B. *La norme de diligence*

[88] Le juge de première instance a aussi conclu de façon subsidiaire que, même si la Ville avait une obligation de diligence, elle n'avait pas manqué à la norme de diligence applicable, parce que le banc de neige ne constituait pas un risque de préjudice objectivement déraisonnable. Après avoir fait état de la preuve relative aux municipalités avoisinantes, il a conclu ainsi :

[TRANSDUCTION] La Ville a suivi sa politique. Cette politique consistait à déblayer la neige conformément à des pratiques établies de longue date. Le fait de tenter de comparer les pratiques appliquées à Nelson à celles d'autres endroits n'était pas très utile. Chacune des municipalités faisait face à des conditions difficiles. Rien dans

the result of a manifest lack of appreciation for the risks involved. The policy is rational. It is very difficult to fault the City on a policy basis. [para. 36]

[89] The City submits that when assessing the standard of care for a public body, courts must consider all of the surrounding circumstances, including budgetary pressures and the availability of personnel and equipment. In this case, the City acted reasonably within the context. Ms. Marchi submits that the trial judge’s standard of care analysis was flawed because he conflated considerations relevant to policy immunity with the standard of care analysis and made errors in his treatment of the evidence.

[90] We agree with Ms. Marchi and the Court of Appeal that the trial judge’s treatment of the standard of care was flawed. While he acknowledged that the standard of care applicable to the City is reasonableness, he imported considerations relating to core policy immunity into standard of care and failed to engage with the practices of the neighbouring municipalities.

[91] To avoid liability, a defendant must “exercise the standard of care expected that would be of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances” (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 28). Relevant factors in this assessment include whether the risk of injury was reasonably foreseeable, the likelihood of damage and the availability and cost of preventative measures (P. H. Osborne, *The Law of Torts* (6th ed. 2020), at pp. 29-30; *Bolton v. Stone*, [1951] A.C. 850 (H.L.)). A reasonable person “takes precautions against risks which are reasonably likely to happen” (*Bolton*, at p. 863).

la preuve ne démontre que la politique de la Ville était déraisonnable, ou qu’elle résultait d’un défaut flagrant d’appréciation des risques en cause. La politique est rationnelle. Il est très difficile de blâmer la Ville sur la base de sa politique. [par. 36]

[89] La Ville soutient que, dans la détermination de la norme de diligence applicable à un organisme public, les tribunaux doivent prendre en compte l’ensemble des circonstances, y compris les pressions budgétaires et la disponibilité du personnel et de l’équipement. En l’espèce, la Ville a agi de manière raisonnable, compte tenu du contexte. Quant à elle, M<sup>me</sup> Marchi fait valoir que l’analyse de la norme de diligence effectuée par le juge de première instance était viciée, parce qu’il a amalgamé des considérations pertinentes à l’égard de l’immunité accordée aux décisions de politique à l’analyse de la norme de diligence, et qu’il a commis des erreurs dans son traitement de la preuve.

[90] Nous sommes d’accord avec M<sup>me</sup> Marchi et la Cour d’appel pour dire que la façon dont le juge de première instance a traité de la norme de diligence était viciée. Bien qu’il ait reconnu que la norme de diligence applicable à la décision de la Ville était celle du caractère raisonnable, il a importé des considérations relatives à l’immunité liée aux décisions de politique générale fondamentale dans la norme de diligence, et il a omis de se pencher sur les pratiques des municipalités avoisinantes.

[91] Pour éviter que sa responsabilité ne soit engagée, une partie défenderesse doit « agir de façon aussi diligente que le ferait une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation » (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 28). Les facteurs pertinents à cet égard comprennent la question de savoir si le risque de blessures était raisonnablement prévisible, ainsi que la disponibilité de mesures préventives et leur coût (P. H. Osborne, *The Law of Torts* (6<sup>e</sup> éd. 2020), p. 29-30; *Bolton c. Stone*, [1951] A.C. 850 (H.L.)). Une personne raisonnable [TRADUCTION] « prend des précautions à l’encontre des risques raisonnablement probables » (*Bolton*, p. 863).

[92] The reasonableness standard applies regardless of whether the defendant is a government or a private actor (*Just*, at p. 1243). In *Just*, Cory J. recognized that the “standard of care imposed upon the Crown may not be the same as that owed by an individual” (p. 1244). However, this is not because public policy concerns applicable to governments displace the reasonableness standard. In fact, Cory J. was clear that the analysis under duty of care must be “kept separate and distinct” from the analysis of the standard of care (p. 1243). It is important that the standard of care analysis not be used as another opportunity to immunize governments from liability, especially when a determination has already been made that the impugned government conduct was not core policy.

[93] Thus, the trial judge erred in principle in reaching his conclusion on the standard of care. However, we would reject Ms. Marchi’s invitation to decide this issue without a new trial. This Court is not well-placed to make factual findings regarding the impact of the evidence from other municipalities on the obligations imposed on the City.

### C. Causation

[94] In the further alternative, the trial judge found that the City was not the cause of Ms. Marchi’s injuries because Ms. Marchi assumed the risk in crossing the snowbank: she was the “author of her own misfortune”. The City submits that the trial judge’s causation analysis is owed deference and, even if a correctness standard applies, the City is not the proximate cause of Ms. Marchi’s injuries because it was not reasonably foreseeable that an individual living in a city prone to snow events would behave the way that Ms. Marchi did. Ms. Marchi submits that the trial judge erred by conflating the analysis of voluntary assumption of risk with causation — Ms. Marchi’s lack of

[92] La norme de diligence raisonnable s’applique, que la partie défenderesse soit un gouvernement ou un particulier (*Just*, p. 1243). Dans l’arrêt *Just*, le juge Cory a reconnu que « la norme de diligence imposée à la Couronne pourrait ne pas être la même que celle qu’on exige d’un particulier » (p. 1244). Toutefois, cela n’est pas attribuable au fait que les préoccupations d’ordre public applicables aux gouvernements écartent la norme de diligence raisonnable. En fait, le juge Cory a clairement indiqué que la question de l’existence d’une obligation de diligence doit être « examinée séparément et distinctement » de la question de la norme de diligence (p. 1243-1244). Il importe que l’analyse de la norme de diligence ne soit pas utilisée comme une autre occasion d’écartier la responsabilité des gouvernements, particulièrement lorsqu’il a déjà été décidé que la conduite gouvernementale contestée ne constituait pas une décision de politique générale fondamentale.

[93] Par conséquent, le juge de première instance a commis une erreur de principe en tirant sa conclusion sur la norme de diligence. Toutefois, nous sommes d’avis de rejeter l’invitation de M<sup>me</sup> Marchi à trancher cette question sans ordonner la tenue d’un nouveau procès. La Cour n’est pas bien placée pour tirer des conclusions de fait sur l’incidence de la preuve provenant d’autres municipalités relativement aux obligations qui incombent à la Ville.

### C. Le lien de causalité

[94] De manière subsidiaire encore, le juge de première instance a conclu que la Ville n’était pas à l’origine des blessures de M<sup>me</sup> Marchi, parce que cette dernière avait accepté de courir le risque de traverser le banc de neige : elle avait été l’« artisanne de son propre malheur ». La Ville soutient qu’il y a lieu de faire montre de déférence à l’égard de l’analyse du lien de causalité effectuée par le juge de première instance, et que, même si la norme de la décision correcte s’applique, la Ville n’a pas été la cause immédiate des blessures de M<sup>me</sup> Marchi, parce qu’il n’était pas raisonnablement prévisible qu’une personne vivant dans une ville sujette à des tempêtes de neige agisse comme M<sup>me</sup> Marchi l’a fait.

due care is relevant to contributory negligence, not causation.

[95] Again, we agree with Ms. Marchi and the Court of Appeal that the trial judge also erred in his causation analysis.

[96] It is well established that a defendant is not liable in negligence unless their breach caused the plaintiff's loss. The causation analysis involves two distinct inquiries (*Mustapha*, at para. 11; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 13; *Livent*, at para. 77; A.M. Linden et al., *Canadian Tort Law* (11th ed. 2018), at p. 309-10). First, the defendant's breach must be the factual cause of the plaintiff's loss. Factual causation is generally assessed using the "but for" test (*Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at paras. 8 and 13; *Resurfice Corp. v. Hanke*, 2007 SCC 7, [2007] 1 S.C.R. 333, at paras. 21-22). The plaintiff must show on a balance of probabilities that the harm would not have occurred but for the defendant's negligent act.

[97] Second, the breach must be the legal cause of the loss, meaning that the harm must not be too far remote (*Mustapha*, at para. 11; *Saadati*, at para. 20; *Livent*, at para. 77). The remoteness inquiry asks whether the actual injury was the reasonably foreseeable result of the defendant's negligent conduct (*Mustapha*, at paras. 14-16; *Livent*, at para. 79). Remoteness is distinct from the reasonable foreseeability analysis within duty of care because it focuses on the actual injury suffered by the plaintiff, whereas the duty of care analysis focuses on the type of injury (*Livent*, at para. 78; Klar and Jefferies, at p. 565).

Selon cette dernière, le juge de première instance a fait erreur en amalgamant l'analyse de l'acceptation volontaire du risque à celle du lien de causalité — le défaut de prudence de M<sup>me</sup> Marchi est pertinent à l'égard de la question de la négligence contributive, et non du lien de causalité.

[95] Encore une fois, nous sommes d'accord avec M<sup>me</sup> Marchi et la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a également fait erreur dans son analyse du lien de causalité.

[96] Il est bien établi qu'une partie défenderesse ne saurait être responsable de négligence, à moins que son manquement n'ait causé le préjudice subi par la partie demanderesse. Dans l'analyse du lien de causalité, il faut procéder à deux examens distincts (*Mustapha*, par. 11; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 13; *Livent*, par. 77; A. M. Linden et autres, *Canadian Tort Law* (11<sup>e</sup> éd. 2018), p. 309-310). Premièrement, le manquement de la partie défenderesse doit être la cause factuelle du préjudice subi par la partie demanderesse. La causalité factuelle est généralement évaluée au moyen du critère dit du « facteur déterminant » (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 8 et 13; *Resurfice Corp. c. Hanke*, 2007 CSC 7, [2007] 1 R.C.S. 333, par. 21-22). La partie demanderesse doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le préjudice ne serait pas survenu n'eût été l'acte de négligence de la partie défenderesse.

[97] Deuxièmement, le manquement doit être la cause juridique du préjudice, ce qui signifie que les dommages subis par la partie demanderesse ne doivent pas être trop éloignés (*Mustapha*, par. 11; *Saadati*, par. 20; *Livent*, par. 77). L'analyse du caractère éloigné du préjudice consiste à se demander si le préjudice réel était le résultat prévisible de la conduite négligente de la partie défenderesse (*Mustapha*, par. 14-16; *Livent*, par. 79). L'analyse du principe de l'éloignement du préjudice se distingue de celle de la prévisibilité raisonnable dans le cadre de l'obligation de diligence, parce qu'elle est axée sur le préjudice réel subi par la partie demanderesse, alors que l'analyse de l'obligation de diligence s'attache au type de préjudice (*Livent*, par. 78; Klar et Jefferies, p. 565).

[98] It is unclear whether the trial judge made any finding on factual causation. He concluded that factual causation could not be proven unless the City had met a standard of care that was impossible to meet. However, this conclusion appears to improperly conflate the standard of care and causation analyses. The trial judge never asked whether, but for the City's breach of the standard of care, Ms. Marchi would have been injured.

[99] The trial judge then turned to remoteness, or legal causation, and concluded that "[t]he plaintiff assumed the risk of crossing the snowbank"; she was the "author of her own misfortune" (at para. 45). The trial judge misapplied a number of distinct concepts in this part of his analysis. Remoteness asks whether the specific injury was reasonably foreseeable. The relevant question is whether it was reasonably foreseeable that the City's failure to remove the snowbanks could cause Ms. Marchi's injury. The trial judge never addressed this remoteness question.

[100] Instead, the trial judge focused on Ms. Marchi's conduct. The plaintiff's conduct is generally relevant to a defence, such as contributory negligence or assumption of risk. Defences are distinct from the causation analysis and the onus is on the defendant to plead and prove defences (Linden et al., at p. 463; *British Columbia Electric Railway Co. v. Dunphy*, [1919] 59 S.C.R. 263, at p. 268). The trial judge appears to have misapplied the defence of contributory negligence. Under provincial statutes such as British Columbia's *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333, contributory negligence is no longer a complete bar to recovery. Instead, damages are apportioned on the basis of comparative fault (s. 1(1); *Resurfice Corp.*, at para. 21). Therefore, even if the

[98] On ne saurait dire clairement que le juge de première instance a tiré quelque conclusion que ce soit au sujet de la causalité factuelle. Il a conclu que la causalité factuelle ne pouvait pas être établie à moins que la Ville n'ait satisfait à une norme de diligence qu'il était impossible de respecter. Cependant, cette conclusion semble amalgamer incorrectement l'analyse relative à la norme de diligence et celle relative au lien de causalité. Le juge de première instance ne s'est jamais demandé si, n'eût été le manquement de la Ville à la norme de diligence, M<sup>me</sup> Marchi aurait été blessée.

[99] Le juge de première instance a ensuite examiné la question du principe de l'éloignement du préjudice, ou de la causalité juridique, et il a conclu que [TRADUCTION] « [l]a demanderesse avait accepté de courir le risque de traverser le banc de neige »; qu'elle avait été « l'artisane de son propre malheur » (par. 45). Dans cette partie de son analyse, le juge de première instance a mal appliqué un certain nombre de notions distinctes. Le principe de l'éloignement du préjudice consiste à se demander si la blessure précise était raisonnablement prévisible. La véritable question est donc celle de savoir s'il était raisonnablement prévisible que le défaut de la Ville d'enlever les bancs de neige puisse causer la blessure subie par M<sup>me</sup> Marchi. Le juge de première instance n'a jamais abordé cette question de l'éloignement du préjudice.

[100] Le juge de première instance a plutôt mis l'accent sur la conduite de M<sup>me</sup> Marchi. La conduite de la partie demanderesse est généralement pertinente à l'égard d'un moyen de défense, par exemple la négligence contributive ou l'acceptation du risque. Les moyens de défense sont distincts de l'analyse du lien de causalité, et il incombe à la partie défenderesse de les invoquer et d'en faire la preuve (Linden et autres, p. 463; *British Columbia Electric Railway Co. c. Dunphy*, [1919] 59 R.C.S. 263, p. 268). Le juge de première instance semble avoir mal appliqué le moyen de défense fondé sur la négligence contributive. En vertu de lois provinciales comme la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333, de la Colombie-Britannique, la négligence contributive

trial judge found that Ms. Marchi was also negligent, that would not justify his conclusion that the City cannot be blamed for the accident.

[101] The trial judge also erred in law in relying on the plaintiff's assumption of risk, or *volenti non fit injuria*, which is a complete bar to recovery. This narrowly applied defence requires the defendant to prove that the plaintiff accepted both the physical and legal risks of the activity (Linden et al., at p. 483; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, at pp. 658-59). However, the plaintiff must have "understood that she bargained away her right to sue" (Linden et al., at p. 483). There was no evidentiary basis to conclude that Ms. Marchi either explicitly or implicitly bargained away her right to sue for her injuries.

[102] Therefore, the causation analysis will have to be considered in accordance with these reasons.

#### V. Conclusion

[103] For these reasons, the trial judgment must be set aside. On duty of care, we would conclude that the impugned City decision was not a core policy decision and the City therefore owed Ms. Marchi a duty of care. The standard of care and causation assessments require a new trial. We would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

*Appeal dismissed.*

n'est plus un obstacle absolu à tout dédommagement. Au contraire, des dommages-intérêts sont accordés proportionnellement à la part respective de responsabilité de chaque partie (par. 1(1); *Resurface Corp.*, par. 21). Par conséquent, même si le juge de première instance avait conclu que M<sup>me</sup> Marchi avait elle aussi été négligente, cela ne saurait justifier sa décision selon laquelle la Ville ne peut pas se voir reprocher l'accident survenu.

[101] Le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en se fondant sur le principe de l'acceptation du risque — ou *volenti non fit injuria* — par la demanderesse, qui est un obstacle absolu au dédommagement. Ce moyen de défense est appliqué restrictivement et exige que la partie défenderesse prouve que la partie demanderesse a accepté aussi bien les risques matériels que les risques juridiques de l'activité (Linden et autres, p. 483; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, p. 658-659). Toutefois, la partie demanderesse doit avoir [TRADUCTION] « compris qu'elle a renoncé à son droit d'intenter des poursuites » (Linden et autres, p. 483). Il n'y a aucun fondement probant permettant de conclure que M<sup>me</sup> Marchi avait, explicitement ou implicitement, renoncé à son droit d'intenter des poursuites pour les blessures qu'elle avait subies.

[102] Par conséquent, l'analyse du lien de causalité devra être effectuée conformément aux présents motifs.

#### V. Conclusion

[103] Pour les motifs qui précèdent, le jugement de première instance doit être annulé. En ce qui concerne l'obligation de diligence, nous sommes d'avis de conclure que la décision contestée de la Ville n'était pas une décision de politique générale fondamentale, et que la Ville avait en conséquence une obligation de diligence envers M<sup>me</sup> Marchi. Les analyses de la norme de diligence et du lien de causalité requièrent la tenue d'un nouveau procès. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi rejeté.*

*Solicitors for the appellant: Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.*

*Procureurs de l'appelante : Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Daroux Law Corporation, Trail, B.C.*

*Procureurs de l'intimée : Daroux Law Corporation, Trail (C.-B.).*

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

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

*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 British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association: Murray Ralston PC, Barrie, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : Murray Ralston PC, Barrie, Ontario.*

*Solicitor for the intervener the City of Abbotsford: City of Abbotsford, Abbotsford, B.C.*

*Procureur de l'intervenante City of Abbotsford : City of Abbotsford, Abbotsford (C.-B.).*

*Solicitor for the intervener the City of Toronto: City Solicitor's Office, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Cité de Toronto : City Solicitor's Office, Toronto.*

**Northern Regional Health Authority**  
*Appellant*

v.

**Linda Horrocks and  
Manitoba Human Rights Commission**  
*Respondents*

and

**Attorney General of British Columbia,  
Don Valley Community Legal Services,  
Canadian Association of Counsel to  
Employers,  
Canadian Human Rights Commission,  
British Columbia Council of Administrative  
Tribunals and  
Empowerment Council, Systemic Advocates in  
Addictions and Mental Health** *Interveners*

**INDEXED AS: NORTHERN REGIONAL HEALTH  
AUTHORITY v. HORROCKS**

**2021 SCC 42**

File No.: 37878.

2021: April 15; 2021: October 22.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA**

*Labour relations — Jurisdiction of arbitrator — Human rights dispute arising from collective agreement — Unionized employee suspended after attending work under influence of alcohol and later terminated for breaching abstinence agreement — Employee filing human rights complaint alleging that employer failed to adequately accommodate disability — Whether exclusive jurisdiction of labour arbitrator appointed under collective agreement and empowered by provincial labour legislation extends to adjudicating human rights disputes arising from collective agreement — The Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10,*

**Office régional de la santé du Nord** *Appelant*

c.

**Linda Horrocks et  
Commission des droits de la personne du  
Manitoba** *Intimées*

et

**Procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
Don Valley Community Legal Services,  
Association canadienne des avocats  
d'employeurs,  
Commission canadienne des droits de la  
personne,  
British Columbia Council of Administrative  
Tribunals et  
Empowerment Council, Systemic Advocates in  
Addictions and Mental Health** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : OFFICE RÉGIONAL DE LA SANTÉ  
DU NORD c. HORROCKS**

**2021 CSC 42**

N° du greffe : 37878.

2021 : 15 avril; 2021 : 22 octobre.

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

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

*Relations de travail — Compétence de l'arbitre — Différend relatif aux droits de la personne découlant d'une convention collective — Employée syndiquée suspendue après s'être présentée au travail en état d'ébriété et congédiée par la suite pour avoir violé une entente d'abstinence — Dépôt par l'employée d'une plainte concernant les droits de la personne dans laquelle elle allègue que l'employeur n'a pas pris les mesures adéquates pour composer avec son incapacité — La compétence exclusive d'un arbitre du travail nommé en vertu d'une convention collective et habilité par les lois provinciales sur le*

s. 78 — *The Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, ss. 22, 26, 29(3)*.

H was suspended for attending work under the influence of alcohol. After H disclosed her alcohol addiction and refused to enter into an agreement requiring that she abstain from alcohol and engage in addiction treatment, her employment was terminated. H's union filed a grievance and her employment was reinstated on substantially the same terms as the agreement H had refused to sign. Shortly thereafter, H's employment was terminated for an alleged breach of those terms. H filed a discrimination complaint with the Manitoba Human Rights Commission, which was heard by an adjudicator appointed under *The Human Rights Code*. The employer contested the adjudicator's jurisdiction, arguing that *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, recognizes exclusive jurisdiction in an arbitrator appointed under a collective agreement, and that this extends to human rights complaints arising from a unionized workplace. The adjudicator disagreed, finding that she had jurisdiction because the essential character of the dispute was an alleged human rights violation. She went on to consider the merits of the complaint and found that the employer had discriminated against H.

On judicial review, the reviewing judge found error in the adjudicator's characterization of the essential character of the dispute, and set aside her decision on the issue of jurisdiction. The Court of Appeal allowed H's appeal. It agreed that disputes concerning the termination of a unionized worker lie within the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator, including alleged human rights violations. Nevertheless, it held that the adjudicator had jurisdiction in this case and remitted the matter to the reviewing judge to determine whether the adjudicator's decision on the merits of the complaint was reasonable.

*Held* (Karakatsanis J. dissenting): The appeal should be allowed and the reviewing judge's order reinstated in part.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Côté, Brown, Rowe and Kasirer J.J.: The adjudicator did not have jurisdiction over H's complaint. Where labour legislation provides for the

*travail lui permet-elle de trancher les différends relatifs aux droits de la personne découlant d'une convention collective? — Loi sur les relations du travail, C.P.L.M., c. L10, art. 78 — Code des droits de la personne, C.P.L.M., c. H175, art. 22, 26, 29(3)*.

H a été suspendue parce qu'elle s'est présentée au travail en état d'ébriété. Après que H eut révélé son alcoolisme et refusé de conclure une entente exigeant qu'elle s'abstienne de consommer de l'alcool et qu'elle suive un traitement pour sa dépendance, elle a été congédiée. Le syndicat de H a déposé un grief et elle a été réintégrée dans son emploi selon essentiellement les mêmes conditions que l'entente qu'elle avait refusé de signer. Peu de temps après, H a été congédiée en raison d'une violation alléguée de ces conditions. H a déposé une plainte de discrimination auprès de la Commission des droits de la personne du Manitoba, qui a été instruite par une arbitre nommée en vertu du *Code des droits de la personne*. L'employeur a contesté la compétence de cette arbitre, soutenant que l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, reconnaît la compétence exclusive d'un arbitre nommé en vertu d'une convention collective et que cette compétence s'étend aux plaintes en matière de droits de la personne survenant dans un milieu de travail syndiqué. L'arbitre n'était pas de cet avis; elle estimait plutôt qu'elle avait compétence parce que le caractère essentiel du différend était une prétendue violation des droits de la personne. Elle s'est ensuite penchée sur le fond de la plainte et a conclu que l'employeur avait fait preuve de discrimination envers H.

Lors du contrôle judiciaire, le juge chargé de la révision a conclu que la qualification du caractère essentiel du différend par l'arbitre des droits de la personne était erronée, et a annulé sa décision sur la question de la compétence. La Cour d'appel a accueilli l'appel de H. Elle a reconnu que les différends concernant le congédiement d'un travailleur syndiqué relèvent de la compétence exclusive d'un arbitre du travail, y compris lorsque des violations des droits de la personne sont alléguées dans le cadre du différend. Elle a néanmoins conclu que l'arbitre des droits de la personne avait compétence en l'espèce et a renvoyé l'affaire au juge chargé de la révision afin qu'il établisse si la décision de l'arbitre des droits de la personne sur le fond de la plainte de discrimination était raisonnable.

*Arrêt* (la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge chargé de la révision est rétablie en partie.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Côté, Brown, Rowe et Kasirer : L'arbitre des droits de la personne n'avait pas compétence à l'égard de la plainte de H.

final settlement of disputes arising from a collective agreement, the jurisdiction of the decision-maker empowered by that legislation — generally, a labour arbitrator — is exclusive. Competing statutory tribunals may carve into that sphere of exclusivity, but only where such legislative intent is clearly expressed. In the instant case, the essential character of H's complaint falls squarely within the labour arbitrator's mandate, and there is no clear express legislative intent to grant concurrent jurisdiction to the human rights adjudicator over such disputes. The reviewing judge's order setting aside the adjudicator's decision should be reinstated.

Exclusive arbitral jurisdiction, as explained by the Court in *Weber*, captures disputes that are factually related to the rights and obligations under the collective agreement, even where those same facts give rise to other legal claims based in statute or the common law. The question in each case is whether the dispute, viewed with an eye to its essential character, arises from the collective agreement. However, not all actions in the courts between a unionized employer and employee are precluded, because an arbitrator's exclusive jurisdiction extends only to disputes that expressly or inferentially arise out of the collective agreement, and not every workplace dispute will fall within this scope. In addition, the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator is subject to the residual curial jurisdiction to grant remedies that lie outside the remedial authority of a labour arbitrator.

When it has considered the relationship between the respective spheres of jurisdiction held by labour arbitrators and statutory tribunals, the Court has affirmed that *Weber*'s exclusive jurisdiction model applies — where matters arise from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement, the claimant must proceed by arbitration and no other forum has the power to entertain an action in respect of that dispute. *Weber* does not stand for the proposition that labour arbitrators always have exclusive jurisdiction in employer-union disputes; rather, depending on the legislation and the nature of the dispute, other tribunals may possess overlapping jurisdiction, concurrent jurisdiction, or themselves be endowed with exclusive jurisdiction.

However, exclusive arbitral jurisdiction is not a mere preference that should be disregarded whenever a competing statutory scheme is present, but an interpretation of the

Lorsqu'une loi sur les relations de travail comprend une disposition qui prévoit le règlement définitif des différends résultant d'une convention collective, la compétence du décideur nommé en vertu de cette loi — généralement, un arbitre du travail — est exclusive. Les tribunaux concurrents d'origine législative peuvent empiéter sur cette sphère d'exclusivité, mais seulement lorsqu'une telle intention du législateur est clairement exprimée. En l'espèce, le caractère essentiel de la plainte de H relève clairement du mandat de l'arbitre du travail, et il n'y a aucune intention claire et expresse du législateur de conférer une compétence concurrente à l'arbitre des droits de la personne à l'égard de ces différends. L'ordonnance du juge chargé de la révision annulant la décision de l'arbitre des droits de la personne devrait être rétablie.

La compétence arbitrale exclusive, comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Weber*, vise les différends qui se rapportent sur le plan factuel aux droits et obligations au titre de la convention collective, même lorsque ces mêmes faits donnent lieu à d'autres demandes en justice fondées sur une loi ou la common law. Dans chaque cas, il s'agit de déterminer si le différend, considéré dans son essence, résulte de la convention collective. Toutefois, toutes les actions en justice mettant en cause un employeur et un employé syndiqué ne sont pas écartées, parce que la compétence exclusive d'un arbitre du travail ne s'applique qu'aux différends qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective, et tous les litiges en milieu de travail ne relèveront pas de ce champ d'application. De plus, la compétence exclusive d'un arbitre du travail est assujettie à la compétence judiciaire résiduelle d'accorder des réparations qui ne relèvent pas du pouvoir de réparation de cet arbitre.

Lorsqu'elle s'est penchée sur le lien entre les sphères de compétence des arbitres du travail et celles des tribunaux d'origine législative, la Cour a confirmé que le modèle de la compétence exclusive établi dans l'arrêt *Weber* s'applique — lorsque les affaires résultent de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de la violation de la convention collective, le demandeur doit avoir recours à l'arbitrage et aucune autre juridiction n'a le pouvoir d'entendre une action relativement à ce différend. Dans l'arrêt *Weber*, il n'a pas été dit que la compétence de l'arbitre en droit du travail à l'égard d'un conflit de travail est toujours exclusive; en fait, selon la loi applicable et la nature du litige, il pourra y avoir chevauchement, concurrence ou exclusivité.

Toutefois, la compétence arbitrale exclusive n'est pas une simple préférence dont on ne devrait pas tenir compte lorsqu'il existe un régime législatif concurrent, mais une

mandate given to arbitrators by statute. The unavoidable conclusion to be drawn from the Court's jurisprudence is that mandatory dispute resolution clauses signal a legislative intention to confer exclusive jurisdiction on the labour arbitrator or other dispute resolution forum provided for under the agreement. The text and purpose of a mandatory dispute resolution clause remains unchanged, irrespective of the existence or nature of competing regimes, and its interpretation must therefore remain consistent. Conditioning the effect of a mandatory dispute resolution clause on the nature of the competing forum would result in persistent jurisdictional confusion, leaving members of the public unsure where to turn to resolve a dispute.

It is therefore necessary to consider whether a competing statutory scheme demonstrates an intention to displace the arbitrator's exclusive jurisdiction. In some cases, it may enact a complete code that confers exclusive jurisdiction over certain kinds of disputes on a competing tribunal; in other cases, the legislation may endow a competing tribunal with concurrent jurisdiction over disputes that would otherwise fall solely to the labour arbitrator for decision. However, the mere existence of a competing tribunal is insufficient to displace labour arbitration as the sole forum for disputes arising from a collective agreement; some positive expression of the legislature's will is necessary. Where a legislature intends concurrent jurisdiction, it will specifically so state in the competing tribunal's enabling statute. But even absent specific language, the statutory scheme may disclose that intention: in some statutes, certain provisions necessarily imply that the tribunal has concurrent jurisdiction over disputes that are also subject to the grievance process, or the legislative history will show that the legislature contemplated concurrency. In these circumstances, an exclusive arbitral jurisdiction model would defeat, not achieve, the legislative intent.

Accordingly, resolving jurisdictional contests between labour arbitrators and competing statutory tribunals entails a two-step analysis. First, the relevant legislation must be examined to determine whether it grants the arbitrator exclusive jurisdiction and, if so, over what matters. Where the legislation includes a mandatory dispute resolution clause, an arbitrator empowered under that clause has the

interprétation du mandat que la loi confère aux arbitres du travail. La conclusion devant inévitablement être tirée de la jurisprudence de la Cour est que les clauses de règlement obligatoire des différends signalent l'intention du législateur de conférer une compétence exclusive aux arbitres du travail ou à toute autre instance de règlement des différends prévue dans la convention collective. Le texte et l'objet d'une clause de règlement obligatoire des différends demeurent inchangés, peu importe l'existence de régimes concurrents ou la nature de ceux-ci, et son interprétation doit donc être la même. Le fait de subordonner l'effet d'une disposition prévoyant le règlement obligatoire des différends à la nature du tribunal concurrent créerait une confusion persistente en ce qui concerne la juridiction compétente, plongeant les membres du public dans l'incertitude quant à savoir à qui s'adresser en vue de régler un litige.

Il demeure donc nécessaire de se demander si un régime législatif concurrent indique une intention d'écarter la compétence exclusive de l'arbitre du travail. Dans certains cas, le régime peut prévoir un code exhaustif qui confère à un tribunal concurrent la compétence exclusive sur certains types de différends; dans d'autres cas, la loi peut doter un tribunal concurrent d'une compétence partagée à l'égard des différends qui autrement relèveraient uniquement de l'arbitre du travail. Toutefois, la simple existence d'un tribunal concurrent ne suffit pas pour écarter l'arbitrage en droit du travail en tant que seule juridiction pour les différends résultant d'une convention collective; il est nécessaire que le législateur exprime concrètement sa volonté de produire cet effet. Lorsque le législateur souhaite qu'il y ait compétence concurrente, il l'indiquera expressément dans la loi constitutive du tribunal administratif. Toutefois, même sans indication expresse en ce sens, cette intention peut ressortir du régime législatif : dans certaines lois, des dispositions impliquent nécessairement que le tribunal administratif a une compétence concurrente sur les différends qui sont également soumis à la procédure de règlement des griefs, ou l'historique législatif montrera que le législateur envisageait une compétence concurrente. En pareil cas, l'application d'un modèle de compétence arbitrale exclusive ferait échec à l'intention du législateur, et ne permettrait pas de concrétiser cette intention.

Par conséquent, la résolution des conflits de compétence entre les arbitres du travail et les tribunaux d'origine législatif concurrents comporte une analyse en deux étapes. D'abord, il faut examiner la loi applicable afin d'établir si elle confère une compétence exclusive à l'arbitre du travail et, dans l'affirmative, sur quelles questions porte cette compétence. Lorsque la loi comprend

exclusive jurisdiction to decide all disputes arising from the collective agreement, subject to clearly expressed legislative intent to the contrary. Secondly, if it is determined that the arbitrator has exclusive jurisdiction, the next step is to determine whether the dispute falls within the scope of that jurisdiction. The scope will depend on the precise language of the statute but, in general, it will extend to all disputes that arise, in their essential character, from the interpretation, application, or alleged violation of the collective agreement. This requires analysing the ambit of the collective agreement and accounting for the factual circumstances underpinning the dispute. The relevant inquiry is into the facts alleged, and not the legal characterization of the matter.

In the present case, two statutes are relevant. First, *The Labour Relations Act* contains, in s. 78, a mandatory dispute resolution clause that discloses a legislative intent to grant exclusive jurisdiction to the labour arbitrator over all disputes arising from the collective agreement. Secondly, s. 22(1) of *The Human Rights Code* provides that any person may file a complaint alleging that another person has contravened the *Code*, and ss. 26 and 29(3) direct the Commission to investigate complaints and, where appropriate, to request the designation of an adjudicator to hear the complaint. While such provisions vest broad jurisdiction in the Commission over *Code* violations, they are — absent express displacement of the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator — insufficient to support a finding that the Commission holds concurrent jurisdiction. Thus, the arbitrator’s jurisdiction under *The Labour Relations Act* over disputes that arise, in their essential character, from the interpretation, application, or alleged violation of the collective agreement is exclusive and, more particularly, exclusive of the Commission. The essential character of H’s complaint, which arises from the employer’s exercise of its rights under, and from its alleged violation of, the collective agreement, represents such a dispute. The claim therefore falls solely to an arbitrator to adjudicate. While H alleges a human rights violation, this is not sufficient to displace the exclusive jurisdiction of the labour arbitrator.

*Per Karakatsanis J. (dissenting):* The appeal should be dismissed. The statutory schemes under *The Labour*

une disposition prévoyant le règlement obligatoire des différends, l’arbitre du travail nommé en vertu de cette disposition a compétence exclusive pour trancher tous les différends résultant de la convention collective, sous réserve d’une intention législative clairement exprimée à l’effet contraire. Ensuite, s’il est établi que l’arbitre du travail a une compétence exclusive, l’étape suivante consiste à établir si le différend relève de cette compétence. La portée de la compétence exclusive d’un arbitre du travail dépendra du libellé précis de la loi, mais englobe, en règle générale, tous les différends dont le caractère essentiel découle de l’interprétation, de l’application ou de la prétendue violation de la convention collective. Il faut analyser le champ d’application de la convention collective et prendre en compte les circonstances factuelles qui sous-tendent le conflit. L’analyse pertinente porte sur les faits allégués, et non sur la qualification juridique de la question.

En l’espèce, deux lois sont applicables. D’abord, la *Loi sur les relations du travail* contient, à l’art. 78, une disposition prévoyant le règlement obligatoire des différends qui révèle l’intention du législateur de conférer une compétence exclusive à l’arbitre du travail à l’égard de tous les conflits résultant de la convention collective. Ensuite, le par. 22(1) du *Code des droits de la personne* prévoit qu’une plainte peut être déposée par une personne qui déclare qu’une autre personne a contrevenu aux dispositions du *Code*, et l’art. 26 et le par. 29(3) chargent la Commission de procéder à l’examen de ces plaintes et, au besoin, de demander la désignation d’un arbitre des droits de la personne afin qu’il statue sur la plainte. Bien que ces dispositions confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire à la Commission à l’égard des violations du *Code*, elles sont — sauf si la compétence exclusive d’un arbitre du travail a été expressément écartée — insuffisantes pour conclure que la Commission a une compétence concurrente. Par conséquent, la compétence de l’arbitre au titre de la *Loi sur les relations du travail* à l’égard des demandes dont le caractère essentiel découle de l’interprétation, de l’application ou d’une prétendue violation de la convention collective est exclusive et, plus particulièrement, elle exclut la Commission. Le caractère essentiel de la plainte déposée par H, qui découle de l’exercice par l’employeur de ses droits au titre de la convention collective et de la prétendue violation de celle-ci, représente un tel différend. Par conséquent, seul un arbitre du travail peut trancher la demande. Bien que H invoque une violation des droits de la personne, cela ne suffit pas pour écarter la compétence exclusive de l’arbitre du travail.

*La juge Karakatsanis (dissidente) :* L’appel devrait être rejeté. Les régimes législatifs de la *Loi sur les relations*

*Relations Act* and *The Human Rights Code* point to concurrent jurisdiction. Although labour arbitration may well have been the more appropriate forum, the adjudicator was not wrong to conclude that she had jurisdiction, nor was she wrong to rule on the merits.

Deciding jurisdictional issues between two tribunals involves a two-step analysis. The first step is to consider both statutory schemes to determine whether the legislature intended for exclusive or concurrent jurisdiction. A liberal interpretation of the legislation is required to ensure that a scheme is not offended by the conferral of jurisdiction on a forum not intended by the legislature, or by ousting the jurisdiction of the intended forum. The second step is to consider the essential character of the dispute to determine whether it falls within one or both of the statutory schemes. This inquiry turns on the facts of the dispute rather than the legal characterization of the claim.

Apart from establishing this framework, the Court's jurisprudence does not provide a rule that, absent express legislative intent to the contrary, arbitral jurisdiction is exclusive over disputes that fall within the scope of a collective agreement, nor a rebuttable rule that the exclusive jurisdiction model, followed in *Weber*, applies in every case involving two statutory tribunals. Generally, when statutory tribunals are established, courts should give way to the special grant of jurisdiction given to such tribunals so as not to undermine the benefits intended by the legislature, including the provision of speedy and affordable dispute resolution. However, the reasoning from *Weber* favouring exclusive labour arbitration over civil litigation in the courts does not readily apply to jurisdictional issues between different statutory tribunals. When two tribunals are created with overlapping mandates and areas of expertise, the legislative schemes must be viewed as a whole. The legislature may very well have assigned the same tasks to two forums and may have intended for more than one adjudicative body to have jurisdiction over a dispute.

Turning to the first step of the analysis in the instant case, *The Labour Relations Act* confers broad jurisdiction to arbitrators to deal with matters related to a collective

*du travail* et du *Code des droits de la personne* permettent de conclure à l'existence d'une compétence concurrente. Même s'il est fort possible que l'arbitrage eût été la procédure la plus appropriée, l'arbitre des droits de la personne n'a pas eu tort de conclure qu'elle avait compétence, et n'a pas plus eu tort de statuer sur le fond de la plainte.

Trancher les questions de compétence entre deux tribunaux comporte une analyse en deux étapes. La première étape consiste à examiner les deux régimes législatifs afin de déterminer si le législateur avait l'intention de conférer une compétence exclusive ou concurrente. Il convient de donner à la loi une interprétation libérale de façon à ce que l'attribution de compétence à une instance que n'avait pas envisagée le législateur, ou l'exclusion de la compétence d'une instance envisagée par le législateur, ne porte pas atteinte au régime. La deuxième étape consiste à examiner le caractère essentiel du différend pour déterminer s'il relève de la compétence de l'un de ces régimes législatifs ou des deux. L'analyse porte sur les faits entourant le litige plutôt que sur la qualification juridique de la question.

Hormis le fait qu'elle énonce ce cadre d'analyse, la jurisprudence de la Cour ne renferme pas de règle suivant laquelle, à défaut d'intention à l'effet contraire clairement exprimée par le législateur, l'arbitre du travail a compétence exclusive sur les différends qui relèvent du champ d'application d'une convention collective, ni de règle réfutable selon laquelle le modèle de la compétence exclusive, suivi dans l'arrêt *Weber*, s'applique dans tous les cas impliquant deux tribunaux administratifs d'origine législative. Généralement, lorsqu'un tribunal administratif est créé, les cours devraient s'effacer devant l'attribution spéciale de compétence à ce tribunal pour ne pas compromettre les avantages voulus par le législateur, notamment de faciliter le règlement rapide et économique des différends. Toutefois, ce raisonnement tiré de l'arrêt *Weber*, qui favorise l'arbitrage exclusif des conflits de travail plutôt que les actions en justice, ne s'applique pas d'emblée aux questions de délimitation des compétences entre différents tribunaux administratifs d'origine législative. Lorsque deux tribunaux administratifs sont assortis dès leur création de mandats et de champs d'expertise qui se chevauchent, les régimes législatifs doivent être considérés comme un tout. Le législateur peut fort bien avoir attribué les mêmes tâches aux deux tribunaux et avoir voulu que plus d'un organisme décisionnel ait compétence sur un différend.

Pour ce qui est de la première étape de l'analyse dans le présent cas, la *Loi sur les relations du travail* confère une vaste compétence aux arbitres du travail pour statuer

agreement. However, the Act does not specifically oust the Commission's jurisdiction under *The Human Rights Code*. Nor does anything in the *Code* oust the Commission's jurisdiction over a unionized employee, or oust the jurisdiction of the arbitrator under the Act. Nothing in either scheme suggests the legislature meant for one scheme to prevail over the other. There is no doubt that the labour scheme is designed to rely heavily upon arbitration for matters within the scope of a collective agreement. But so too does the human rights scheme rely heavily upon the Commission to address discrimination. In the jurisprudence, the jurisdiction of human rights tribunals has only been ousted when the statutory text of the other tribunal has specifically excluded all other decision-making bodies, thereby indicating that jurisdiction was meant to be exclusive. No such express or strong language exists in *The Labour Relations Act*. The Act does not clearly confer exclusive jurisdiction on labour arbitrators, and *The Human Rights Code* does not remove human rights complaints of unionized employees from the Commission's jurisdiction.

Under the second step of the analysis, the Court must consider the essential nature of H's dispute to determine whether it falls within the jurisdiction of a labour arbitrator, or that of the Commission, or both. The claim is about whether H's employer discriminated against her on the basis of mental or physical disability — and therefore violated the collective agreement and *The Human Rights Code* — when it terminated her employment for allegedly violating her undertaking to abstain from alcohol. This dispute falls within the scope of the collective agreement, which specifically prohibits the employer from discriminating on the basis of disability and provides a grievance and arbitration procedure for any dispute arising out of the agreement's interpretation, application, or alleged violation. Given this context, H's discrimination claim can easily be characterized as arising out of an alleged violation of the collective agreement. A labour arbitrator accordingly has jurisdiction over it. However, the dispute also falls within the Commission's jurisdiction and within the mandate of the *Code*, as does the processing of H's complaint. There is no exception for a complaint made by a unionized employee who may be subject to a collective agreement. H's claim thus falls within both a

sur des questions relatives à une convention collective. Cependant, la Loi n'écarte pas expressément la compétence que confère le *Code des droits de la personne* à la Commission, et aucune des dispositions du *Code* n'écarte la compétence de la Commission sur les salariés syndiqués, ni la compétence conférée à l'arbitre du travail en vertu de la Loi. Rien dans l'un ou l'autre de ces régimes législatifs ne permet de penser que le législateur souhaitait que l'un ait préséance sur l'autre. Il ne fait aucun doute que le régime régissant les relations de travail est conçu pour s'appuyer fortement sur l'arbitrage en ce qui a trait aux questions relevant du champ d'application d'une convention collective, mais c'est également le cas du régime régissant les droits de la personne qui compte fortement sur la Commission pour statuer sur les plaintes de discrimination. Dans la jurisprudence, la compétence des tribunaux des droits de la personne n'a été écartée que lorsque le texte de loi de l'autre tribunal administratif excluait expressément tous les autres organismes décisionnels, indiquant ainsi que la compétence se voulait exclusive. Il n'y a pas de libellé aussi catégorique ou explicite dans la *Loi sur les relations du travail*. La Loi ne confère pas clairement une compétence exclusive aux arbitres du travail, et le *Code des droits de la personne* ne soustrait pas à la compétence de la Commission les plaintes relatives aux droits de la personne qui sont déposées par des employés syndiqués.

Lors de la deuxième étape de l'analyse, la Cour doit examiner la nature essentielle de la plainte de H pour déterminer si elle relève de la compétence de l'arbitre du travail ou de celle de la Commission, ou des deux. La plainte porte sur la question de savoir si H a été victime de discrimination de la part de son employeur en raison d'une incapacité physique ou mentale — et si son employeur a de ce fait violé la convention collective et le *Code des droits de la personne* — lorsqu'il l'a congédiée au motif qu'elle n'aurait pas respecté son engagement de s'abstenir de consommer de l'alcool. Ce différend relève du champ d'application de la convention collective, qui interdit expressément à l'employeur de faire preuve de discrimination fondée sur une incapacité et prévoit une procédure de griefs et d'arbitrage pour tout différend résultant de l'interprétation, de l'application ou de la prétendue violation de la convention collective. Dans ces conditions, la plainte de discrimination de H peut facilement être considérée comme résultant de la prétendue violation de la convention collective. Un arbitre du travail a donc compétence sur cette plainte. Toutefois, le litige relève également de la compétence de la Commission et du mandat du *Code*, tout comme l'instruction de la plainte de H.

labour arbitrator's mandate under *The Labour Relations Act* and the Commission's mandate under *The Human Rights Code*.

There is agreement with the majority that where two tribunals have concurrent jurisdiction over a dispute, the decision-maker must consider whether to exercise its jurisdiction in the circumstances of a particular case. When the Commission shares jurisdiction with a labour arbitrator over a human rights dispute, a number of factors may guide the Commission's discretion to hear the complaint of a unionized employee, including: whether the claim is about the collective agreement itself rather than a violation of it; whether the union involved is opposed in interest to the complainant such that they could be left without legal recourse; whether a labour arbitrator would not have jurisdiction over every party possibly affected; and whether the Commission is a better fit.

These factors have different implications for the exercise of discretion. If the union is adverse in interest or is unwilling to pursue a grievance, unionized employees should still have legal recourse to adjudicate their human rights complaints before the Commission. Conversely, if the claim is about the violation of the collective agreement, if the union is supportive, and if the arbitrator has jurisdiction over the necessary parties, there will be a compelling case for a human rights forum to defer to the labour arbitration regime. Additionally, an inquiry into which forum is a better fit permits a broad consideration of the circumstances of the complaint. The remedy sought by the complainant may be highly relevant. If a complainant seeks a declaration, damages, or systemic changes, a human rights tribunal may be the better fit. On the other hand, if a complainant seeks reinstatement, there is a strong case for labour arbitration to have primary responsibility. Finally, access to justice and efficiency favour deferring to labour arbitration. As a general rule, the Commission should decline jurisdiction unless labour arbitration is not a realistic alternative.

Il n'y a pas d'exception pour une plainte déposée par un employé syndiqué qui peut être assujéti à une convention collective. La plainte de H relève donc à la fois du mandat de l'arbitre du travail en vertu de la *Loi sur les relations de travail* et du mandat de la Commission en vertu du *Code des droits de la personne*.

Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que lorsque deux tribunaux administratifs ont une compétence concurrente à l'égard d'un différend, le décideur doit évaluer s'il est opportun d'exercer sa compétence eu égard aux circonstances de l'espèce. Dans le cas où elle a une compétence partagée avec un arbitre du travail sur un différend relatif aux droits de la personne, la Commission peut tenir compte d'un certain nombre de facteurs lorsqu'elle décide, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, si elle instruira ou non la plainte d'un employé syndiqué, notamment les suivants : si la plainte porte sur la convention collective elle-même plutôt que sur une violation de celle-ci; si l'intérêt du syndicat est opposé à celui des plaignants, de sorte qu'ils risquent de se retrouver sans autre recours; si un arbitre du travail n'a pas compétence à l'égard de toutes les parties pouvant être visées par le litige; et si la Commission présentait une plus grande adéquation.

Ces facteurs ont différentes répercussions pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Si l'intérêt du syndicat est opposé à celui du plaignant ou si le syndicat ne veut pas donner suite au grief, les employés syndiqués devraient tout de même avoir un recours en justice afin que leur plainte en matière de droits de la personne soit instruite par la Commission. Inversement, si la plainte porte sur la violation de la convention collective, si le syndicat appuie l'employé et si l'arbitre du travail a compétence sur les parties concernées, il s'agira d'un cas où le tribunal des droits de la personne sera tout à fait justifié de décliner compétence en faveur de l'arbitre nommé dans le cadre du régime d'arbitrage du travail. De plus, la question de savoir quelle juridiction présente une plus grande adéquation permet d'accorder une grande importance aux circonstances de la plainte. La réparation demandée par la personne qui dépose une plainte peut être un facteur très pertinent. Si la personne réclame un jugement déclaratoire, des dommages-intérêts ou des changements systémiques, un tribunal des droits de la personne pourrait présenter une meilleure adéquation. Par ailleurs, si la personne demande d'être réintégrée dans son emploi, il est tout à fait justifié qu'il revienne en premier lieu aux arbitres du travail de statuer sur ces plaintes. Enfin, l'accès à la justice et la résolution efficace des conflits militent en faveur de l'arbitrage en droit du travail. En règle générale, la Commission devrait décliner compétence, à moins que l'arbitrage en droit du travail ne soit pas une option réaliste.

In the present case, there was no clear evidence before the human rights adjudicator that the union would not assist or support H. And there are good reasons why the Commission or the adjudicator could have exercised their discretion to defer to the labour arbitration scheme: the dispute was about discrimination arising under the collective agreement, and the remedy sought — reinstatement — was squarely within the powers of a labour arbitrator. However, because the human rights adjudicator in this case clearly had jurisdiction, it cannot be said that she was wrong to proceed. In any event, it would not be appropriate, nearly a decade after the events giving rise to the dispute and over six years after the adjudicator's decision on the merits, to set aside the adjudicator's decision on jurisdiction. The remedies available on judicial review are discretionary and reflect a public interest in the orderly administration of affairs, including the need for finality and certainty.

### Cases Cited

By Brown J.

**Applied:** *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; **considered:** *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; **referred to:** *Stene v. Telus Communications Company*, 2019 BCCA 215, 24 B.C.L.R. (6th) 74; *Bruce v. Cohon*, 2017 BCCA 186, 97 B.C.L.R. (5th) 296; *Cherubini Metal Works Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 38, 253 N.S.R. (2d) 144; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Allen v. Alberta*, 2003 SCC 13, [2003] 1 S.C.R. 128; *Goudie v. Ottawa (City)*, 2003 SCC 14, [2003] 1 S.C.R. 141; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19,

Dans la présente affaire, l'arbitre des droits de la personne ne s'est vu présenter aucune preuve démontrant de façon évidente que le syndicat n'aiderait ou ne soutiendrait pas H. Et il existe de bonnes raisons de penser que la Commission ou l'arbitre des droits de la personne aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire pour décliner compétence au profit de l'arbitre nommé dans le cadre du régime d'arbitrage du travail : le différend portait sur la discrimination résultant de la convention collective et la réparation demandée, soit la réintégration, relevait directement des pouvoirs d'un arbitre du travail. Toutefois, étant donné que l'arbitre des droits de la personne avait clairement compétence pour statuer sur l'affaire, on ne peut conclure qu'elle a eu tort d'instruire la plainte. En tout état de cause, il ne conviendrait pas, près d'une dizaine d'années après les faits à l'origine de la plainte et plus de six ans après la décision rendue sur le fond par l'arbitre des droits de la personne, d'annuler sa décision concernant la compétence. Les réparations pouvant être accordées lors d'un contrôle judiciaire sont de nature discrétionnaire et reflètent un intérêt public pour une administration ordonnée des affaires, notamment la nécessité d'assurer le caractère définitif et la certitude des décisions.

### Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Arrêts appliqués :** *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; **arrêts examinés :** *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; **arrêts mentionnés :** *Stene c. Telus Communications Company*, 2019 BCCA 215, 24 B.C.L.R. (6th) 74; *Bruce c. Cohon*, 2017 BCCA 186, 97 B.C.L.R. (5th) 296; *Cherubini Metal Works Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 38, 253 N.S.R. (2d) 144; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Allen c. Alberta*, 2003 CSC 13, [2003] 1 R.C.S. 128; *Goudie c. Ottawa (Ville)*,

[2006] 1 S.C.R. 666; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 247; *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Côté v. Saiano*, [1998] R.J.Q. 1965; *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495; *A.T.U., Local 583 v. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75; *Calgary Health Region v. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23; *Human Rights Commission (N.S.) v. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61; *Canpar Industries v. I.U.O.E., Local 115*, 2003 BCCA 609, 20 B.C.L.R. (4th) 301; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Cadillac Fairview Corp. v. Human Rights Commission (Sask.)* (1999), 177 Sask. R. 126; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

By Karakatsanis J. (dissenting)

*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465; *Greater Essex District School Board and OSSTF (OMERS Pension Plan), Re* (2015), 256 L.A.C. (4th) 1; *Human Rights Commission (N.S.) v. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61; *Calgary Health Region v. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23; *Université de Sherbrooke v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada*,

2003 CSC 14, [2003] 1 R.C.S. 141; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *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; *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 247; *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609; *Côté c. Saiano*, [1998] R.J.Q. 1965; *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495; *A.T.U., Local 583 c. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75; *Calgary Health Region c. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23; *Human Rights Commission (N.S.) c. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61; *Canpar Industries c. I.U.O.E., Local 115*, 2003 BCCA 609, 20 B.C.L.R. (4th) 301; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Cadillac Fairview Corp. c. Human Rights Commission (Sask.)* (1999), 177 Sask. R. 126; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360; *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; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465; *Greater Essex District School Board and OSSTF (OMERS Pension Plan), Re* (2015), 256 L.A.C. (4th) 1; *Human Rights Commission (N.S.) c. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61; *Calgary Health Region c. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23; *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services*

*Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Mason v. Gen-Auto Shippers and Teamsters Local Union 938*, [1999] OLRB Rep. 242; *Creed v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 339*, [1999] O.L.R.D. No. 3422 (QL); *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Haaretz.com v. Goldhar*, 2018 SCC 28, [2018] 2 S.C.R. 3; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Blatz v. 4L Communications Inc.*, 2012 CanLII 42311; *Qumsieh v. Brandon School Division*, 2019 MBHR 3; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Zulkoskey v. Canada (Minister of Employment and Social Development)*, 2016 FCA 268; *Dick v. Pepsi Bottling Group (Canada), Co.*, 2014 CanLII 16055; *A.T.U., Local 583 v. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Fingland v. Ontario (Ministry of Transportation)*, 2008 ONCA 812, 93 O.R. (3d) 268; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, ss. 16(1.1), 57(1), 98(3).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 41, 42.  
*Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, preamble, ss. 4, 7(2)(a), 14, 22(1), 26, 29(3), 34, 42, 43(2), 58.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 25.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 45.1.  
*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 55.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 37.  
*Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 100.  
*Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, ss. 7, 20, 78, 121(2).  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 86.  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1).  
*Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, ss. 135, 136.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 84(2), (3).  
*Manitoba Hydro Act*, C.C.S.M., c. H190, s. 22.  
*Manitoba Public Insurance Corporation Act*, C.C.S.M., c. P215, s. 65(13).

*de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Mason c. Gen-Auto Shippers and Teamsters Local Union 938*, [1999] OLRB Rep. 242; *Creed c. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 339*, [1999] O.L.R.D. No. 3422 (QL); *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Haaretz.com c. Goldhar*, 2018 CSC 28, [2018] 2 R.C.S. 3; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Blatz c. 4L Communications Inc.*, 2012 CanLII 42311; *Qumsieh c. Brandon School Division*, 2019 MBHR 3; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Zulkoskey c. Canada (Ministre de l'Emploi et du Développement social)*, 2016 CAF 268; *Dick c. Pepsi Bottling Group (Canada), Co.*, 2014 CanLII 16055; *A.T.U., Local 583 c. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Fingland c. Ontario (Ministry of Transportation)*, 2008 ONCA 812, 93 O.R. (3d) 268; *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641.

### Lois et règlements cités

*Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 16(1.1), 57(1), 98(3).  
*Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, préambule, art. 4, 7(2)(a), 14, 22(1), 26, 29(3), 34, 42, 43(2), 58.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 45.1.  
*Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 100.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 25.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, art. 37.  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, art. 86.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, art. 135, 136.  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 84(2), (3).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 41, 42.  
*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 48.  
*Loi sur la location à usage d'habitation*, C.P.L.M., c. R119, art. 152(1), 158(1).  
*Loi sur la Société d'assurance publique du Manitoba*, C.P.L.M., c. P215, art. 65(13).

*Residential Tenancies Act*, C.C.S.M., c. R119, ss. 152(1), 158(1).  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 42.  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 26.  
*Workers Compensation Act*, C.C.S.M., c. W200, ss. 60(1), 60.8(1).

### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated June 2021, release 2).  
 Brown, Donald J. M., with the assistance of David Fairlie. *Civil Appeals*. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated July 2021, release 2).  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated July 2021, release 2).  
 Etherington, Brian. “Weber, and Almost Everything After, Twenty Years Later: Its Impact on Individual Charter, Common Law, and Statutory Rights Claims”, in Elizabeth Shilton and Karen Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law: Essays in Memory of Bernie Adell*. Toronto: Irwin Law, 2017, 25.  
 Evans, John M. “The Role of Appellate Courts in Administrative Law” (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 1.  
 Gagnon, Jean Denis. “Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail. Compétence de l’arbitre et d’autres tribunaux. Quand l’incertitude devient la règle” (2006), 66 *R. du B.* 1.  
 Gall, Peter A., Andrea L. Zwack and Kate Bayne. “Determining Human Rights Issues in the Unionized Workplace: The Case for Exclusive Arbitral Jurisdiction” (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 381.  
 Lokan, Andrew K., and Maryth Yachnin. “From *Weber* to *Parry Sound*: The Expanded Scope of Arbitration” (2004), 11 *C.L.E.L.J.* 1.  
 Manitoba Human Rights Commission. Board of Commissioners. *Policy # P-3: Jurisdiction — Concurrent Jurisdiction*, December 18, 2002, revised October 8, 2014 (online: <http://www.manitobahumanrights.ca/v1/education-resources/resources/pubs/board-of-commissioner-policies/p-3.pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC42\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC42_1_eng.pdf)).  
 Mummé, Claire. “Questions, Questions: Has *Weber* Had an Impact on Unions’ Representational Responsibilities

*Loi sur les accidents du travail*, C.P.L.M., c. W200, art. 60(1), 60.8(1).  
*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, c. L.2, art. 45(1).  
*Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., c. L10, art. 7, 20, 78, 121(2).  
*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, c. I-4, art. 55.  
*Loi sur l’Hydro-Manitoba*, C.P.L.M., c. H190, art. 22.  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, art. 42.  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, art. 26.

### Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (loose-leaf updated June 2021, release 2).  
 Brown, Donald J. M., with the assistance of David Fairlie. *Civil Appeals*, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated July 2021, release 2).  
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated July 2021, release 2).  
 Commission des droits de la personne du Manitoba. Conseil des Commissaires. *Politique n° P-3 : Compétence — Compétence concurrente*, 18 décembre 2002, mise à jour 8 octobre 2014 (en ligne : <http://www.manitobahumanrights.ca/v1/education-resources/resources/pubs/fr-bofc-policies/p-3.pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC42\\_1\\_fra.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC42_1_fra.pdf)).  
 Etherington, Brian. « *Weber*, and Almost Everything After, Twenty Years Later : Its Impact on Individual Charter, Common Law, and Statutory Rights Claims », in Elizabeth Shilton and Karen Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law : Essays in Memory of Bernie Adell*, Toronto, Irwin Law, 2017, 25.  
 Evans, John M. « The Role of Appellate Courts in Administrative Law » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 1.  
 Gagnon, Jean Denis. « Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail. Compétence de l’arbitre et d’autres tribunaux. Quand l’incertitude devient la règle » (2006), 66 *R. du B.* 1.  
 Gall, Peter A., Andrea L. Zwack and Kate Bayne. « Determining Human Rights Issues in the Unionized Workplace : The Case for Exclusive Arbitral Jurisdiction » (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 381.  
 Lokan, Andrew K., and Maryth Yachnin. « From *Weber* to *Parry Sound* : The Expanded Scope of Arbitration » (2004), 11 *C.L.E.L.J.* 1.  
 Mummé, Claire. « Questions, Questions : Has *Weber* Had an Impact on Unions’ Representational Responsibilities

in Workplace Human Rights Disputes?”, in Elizabeth Shilton and Karen Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law: Essays in Memory of Bernie Adell*. Toronto: Irwin Law, 2017, 229.

Pickel, Jo-Anne. “Statutory Tribunals and the Challenges of Managing Parallel Claims”, in Elizabeth Shilton and Karen Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law: Essays in Memory of Bernie Adell*. Toronto: Irwin Law, 2017, 175.

Shilton, Elizabeth. “Choice, but No Choice: Adjudicating Human Rights Claims in Unionized Workplaces in Canada” (2013), 38 *Queen’s L.J.* 461.

Shilton, Elizabeth. “‘Everybody’s Business’: Human Rights Enforcement and the Union’s Duty To Accommodate” (2014), 18 *C.L.E.L.J.* 209.

Shilton, Elizabeth. “Labour Arbitration and Public Rights Claims: Forcing Square Pegs into Round Holes” (2016), 41 *Queen’s L.J.* 275.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Mainella and Pfuetzner JJ.A.), 2017 MBCA 98, [2018] 1 W.W.R. 77, 27 Admin. L.R. (6th) 95, 416 D.L.R. (4th) 385, 43 C.C.E.L. (4th) 16, 88 C.H.R.R. D/1, 2018 CLLC 230-009, [2017] M.J. No. 274 (QL), 2017 CarswellMan 458 (WL Can.), setting aside a decision of Edmond J., 2016 MBQB 89, 327 Man. R. (2d) 284, [2016] 11 W.W.R. 297, 33 C.C.E.L. (4th) 323, 84 C.H.R.R. D/67, [2016] CLLC 230-031, [2016] M.J. No. 127 (QL), 2016 CarswellMan 155 (WL Can.). Appeal allowed, Karakatsanis J. dissenting.

*Robert Watchman and Todd C. Andres*, for the appellant.

*Paul Champ and Bijon Roy*, for the respondent Linda Horrocks.

*Thor J. Hansell and Shea Garber*, for the respondent the Manitoba Human Rights Commission.

*Robert Danay*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Busayo A. Faderin*, for the intervener Don Valley Community Legal Services.

in Workplace Human Rights Disputes? », in Elizabeth Shilton and Karen Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law : Essays in Memory of Bernie Adell*, Toronto, Irwin Law, 2017, 229.

Pickel, Jo-Anne. « Statutory Tribunals and the Challenges of Managing Parallel Claims », in Elizabeth Shilton and Karen Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law : Essays in Memory of Bernie Adell*, Toronto, Irwin Law, 2017, 175.

Shilton, Elizabeth. « Choice, but No Choice : Adjudicating Human Rights Claims in Unionized Workplaces in Canada » (2013), 38 *Queen’s L.J.* 461.

Shilton, Elizabeth. « “Everybody’s Business” : Human Rights Enforcement and the Union’s Duty To Accommodate » (2014), 18 *C.L.E.L.J.* 209.

Shilton, Elizabeth. « Labour Arbitration and Public Rights Claims : Forcing Square Pegs into Round Holes » (2016), 41 *Queen’s L.J.* 275.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Monnin, Mainella et Pfuetzner), 2017 MBCA 98, [2018] 1 W.W.R. 77, 27 Admin. L.R. (6th) 95, 416 D.L.R. (4th) 385, 43 C.C.E.L. (4th) 16, 88 C.H.R.R. D/1, 2018 CLLC 230-009, [2017] M.J. No. 274 (QL), 2017 CarswellMan 458 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Edmond, 2016 MBQB 89, 327 Man. R. (2d) 284, [2016] 11 W.W.R. 297, 33 C.C.E.L. (4th) 323, 84 C.H.R.R. D/67, [2016] CLLC 230-031, [2016] M.J. No. 127 (QL), 2016 CarswellMan 155 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Karakatsanis est dissidente.

*Robert Watchman et Todd C. Andres*, pour l’appelant.

*Paul Champ et Bijon Roy*, pour l’intimée Linda Horrocks.

*Thor J. Hansell et Shea Garber*, pour l’intimée la Commission des droits de la personne du Manitoba.

*Robert Danay*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Busayo A. Faderin*, pour l’intervenant Don Valley Community Legal Services.

*Craig W. Neuman, Q.C.*, for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers.

*Brian Smith*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

*Oliver Pulleyblank*, for the intervener the British Columbia Council of Administrative Tribunals.

*Karen R. Spector*, for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health.

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

BROWN J. —

## I. Introduction

[1] Labour relations legislation across Canada requires every collective agreement to include a clause providing for the final settlement of all differences concerning the interpretation, application or alleged violation of the agreement, by arbitration or otherwise. The precedents of this Court have maintained that the jurisdiction conferred upon the decision-maker appointed thereunder is *exclusive*. At issue in this case, principally, is whether that exclusive jurisdiction held by labour arbitrators in Manitoba extends to adjudicating claims of discrimination that, while falling within the scope of the collective agreement, might also support a human rights complaint.

[2] The respondent Linda Horrocks says that her employer, the appellant, the Northern Regional Health Authority (“NRHA”), failed to adequately accommodate her disability. In 2011, she was suspended for attending work under the influence of alcohol. After she disclosed her alcohol addiction and refused to enter into a “last chance agreement” requiring that she abstain from alcohol and engage in addiction treatment, the NRHA terminated her employment. Ms. Horrocks’ union filed a grievance,

*Craig W. Neuman, c.r.*, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats d’employeurs.

*Brian Smith*, pour l’intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*Oliver Pulleyblank*, pour l’intervenant British Columbia Council of Administrative Tribunals.

*Karen R. Spector*, pour l’intervenant Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health.

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

LE JUGE BROWN —

## I. Introduction

[1] Partout au Canada, les lois sur les relations de travail exigent que toute convention collective comprenne une disposition prévoyant le règlement définitif, par voie d’arbitrage ou autrement, de tous les différends concernant l’interprétation, l’application ou la prétendue violation de la convention collective. Selon la jurisprudence de la Cour, la compétence conférée au décideur nommé en vertu de la convention collective est *exclusive*. En l’espèce, la question en litige est principalement de savoir si cette compétence exclusive des arbitres du travail au Manitoba leur permet de trancher des allégations de discrimination qui, même si elles relèvent du champ d’application de la convention collective, pourraient aussi donner ouverture à une plainte en matière de droits de la personne.

[2] L’intimée Linda Horrocks affirme que son employeur, l’appelant, l’Office régional de la santé du Nord (« ORSN »), n’a pas pris les mesures adéquates pour composer avec son incapacité. En 2011, elle a été suspendue parce qu’elle s’est présentée au travail en état d’ébriété. Après qu’elle eut révélé son alcoolisme et refusé de conclure une « entente de la dernière chance », laquelle exigeait qu’elle s’abstienne de consommer de l’alcool et qu’elle suive un traitement pour sa dépendance, l’ORSN l’a congédiée.

which was settled by an agreement reinstating her employment on substantially the same terms as the last chance agreement. Shortly thereafter, the NRHA terminated her employment for an alleged breach of those terms.

[3] Ms. Horrocks filed a complaint with the respondent, the Manitoba Human Rights Commission, which was heard by an adjudicator appointed under *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175. The NRHA contested the adjudicator's jurisdiction to hear the complaint, arguing that this Court's judgment in *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, recognizes exclusive jurisdiction in an arbitrator appointed under a collective agreement, and that this jurisdiction extends to human rights complaints arising from a unionized workplace. Chief Adjudicator Walsh disagreed, finding that she had jurisdiction. While *Weber* does recognize exclusive jurisdiction in labour arbitrators over disputes that arise from the interpretation, application, administration, or violation of a collective agreement, the essential character of *this* dispute, she held, was an alleged *human rights violation* (2015 MBHR 3, 83 C.H.R.R. D/45). Chief Adjudicator Walsh went on to consider the merits of the complaint and found that the NRHA had discriminated against Ms. Horrocks.

[4] On judicial review, Edmond J. found error in the adjudicator's characterization of the essential character of the dispute, and set aside the adjudicator's decision on the issue of jurisdiction. As he saw it, the essential character of the dispute was whether the NRHA had just cause to terminate Ms. Horrocks' employment (2016 MBQB 89, 327 Man. R. (2d)

Le syndicat de M<sup>me</sup> Horrocks a déposé une plainte, qui a été réglée au moyen d'une entente prévoyant la réintégration de M<sup>me</sup> Horrocks dans son emploi selon essentiellement les mêmes conditions que l'entente de la dernière chance. Peu de temps après, l'ORSN l'a congédiée en raison d'une violation alléguée de ces conditions.

[3] Madame Horrocks a déposé une plainte auprès de l'intimée, la Commission des droits de la personne du Manitoba, qui a été instruite par une arbitre nommée en vertu du *Code des droits de la personne*<sup>1</sup>. L'ORSN a contesté la compétence de cette arbitre pour instruire la plainte, soutenant que le jugement de la Cour dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, reconnaît la compétence exclusive d'un arbitre nommé en vertu d'une convention collective (« arbitre du travail<sup>2</sup> ») et que cette compétence s'étend aux plaintes en matière de droits de la personne survenant dans un milieu de travail syndiqué. L'arbitre en chef Walsh n'était pas de cet avis; elle estimait plutôt qu'elle avait compétence. Bien que l'arrêt *Weber* reconnaisse la compétence exclusive des arbitres du travail à l'égard de différends qui résultent de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de la violation d'une convention collective, le caractère essentiel du *présent* différend, a-t-elle statué, était une prétendue *violation des droits de la personne* (2015 MBHR 3, 83 C.H.R.R. D/45). L'arbitre en chef Walsh s'est ensuite penchée sur le fond de la plainte et a conclu que l'ORSN avait fait preuve de discrimination envers M<sup>me</sup> Horrocks.

[4] Lors du contrôle judiciaire, le juge Edmond a conclu que la qualification du caractère essentiel du différend par l'arbitre des droits de la personne était erronée, et a annulé la décision de celle-ci sur la question de la compétence. À son avis, le caractère essentiel du différend était la question de savoir si l'ORSN avait un motif valable de congédier

<sup>1</sup> Afin de distinguer le terme « arbitre » employé comme équivalent du terme « adjudicator » dans la version anglaise du *Code des droits de la personne* du Manitoba et le terme « arbitre » employé comme équivalent du terme « arbitrator » dans la version anglaise de la *Loi sur les relations du travail* du Manitoba, j'utiliserai les termes « arbitre des droits de la personne » et « arbitre du travail », respectivement.

<sup>2</sup> *Ibid.*

284). “[A]ny [such] dispute”, he held (at para. 57), “including any human rights violation associated with the termination, is within the exclusive jurisdiction of labour arbitration”. As such, Edmond J. found it unnecessary to decide whether the adjudicator’s decision on the merits of the complaint was reasonable. The Court of Appeal agreed with Edmond J.’s conclusion that disputes concerning the termination of a unionized worker lie within the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator, *including* where the dispute alleges human rights violations (2017 MBCA 98, 416 D.L.R. (4th) 385). Nevertheless, it held that the adjudicator had jurisdiction for several reasons:

- (a) Ms. Horrocks “made a choice to sever” the employment and human rights aspects of her claim by not grieving her second termination (para. 80);
- (b) The discrimination claim raised issues that “transcend[ed]” the specific employment context, because an employer’s accommodation of an employee’s alcohol dependency is “larger than the specifics of what occurred in the employment relationship” (para. 85); and
- (c) The union was not interested in pursuing arbitration, thus precluding Ms. Horrocks from bringing her claim to any forum if a labour arbitrator were to hold exclusive jurisdiction (para. 87).

In the result, the Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter to the Court of Queen’s Bench to determine whether the adjudicator’s decision on the merits of the discrimination complaint was reasonable.

[5] For the reasons that follow, I find myself in respectful disagreement with the adjudicator and the Court of Appeal. Properly understood, this Court’s jurisprudence has consistently affirmed that, where labour legislation provides for the final settlement

M<sup>me</sup> Horrocks (2016 MBQB 89, 327 Man. R. (2d) 284). [TRADUCTION] « [D]e tels différends », a-t-il affirmé (au par. 57), « y compris toute violation des droits de la personne associée au congédiement, relève exclusivement de l’arbitrage en droit du travail ». Ainsi, le juge Edmond a jugé inutile de décider si la décision de l’arbitre des droits de la personne sur le fond de la plainte était raisonnable. La Cour d’appel a souscrit à la conclusion du juge Edmond portant que les différends concernant le congédiement d’un travailleur syndiqué relèvent de la compétence exclusive d’un arbitre du travail, *y compris* lorsque des violations des droits de la personne sont alléguées dans le cadre du différend (2017 MBCA 98, 416 D.L.R. (4th) 385). Elle a néanmoins conclu que l’arbitre des droits de la personne avait compétence pour plusieurs raisons :

- a) Madame Horrocks a [TRADUCTION] « choisi de retrancher » les aspects relatifs à l’emploi et ceux relatifs aux droits de la personne de sa demande en ne portant pas plainte à l’égard de son deuxième congédiement (par. 80);
- b) L’allégation de discrimination soulevait des questions qui [TRADUCTION] « transcendent[ai]ent » le contexte particulier de l’emploi, car la question des mesures prises par un employeur pour composer avec l’alcoolisme d’un employé est « plus large que ce qui s’est précisément passé dans la relation d’emploi » (par. 85); et
- c) Le syndicat ne voulait pas aller en arbitrage, ce qui empêchait M<sup>me</sup> Horrocks de porter sa demande devant une autre juridiction si un arbitre du travail devait avoir compétence exclusive (par. 87).

Par conséquent, la Cour d’appel a accueilli l’appel et renvoyé l’affaire à la Cour du Banc de la Reine afin que celle-ci établisse si la décision de l’arbitre des droits de la personne sur le fond de la plainte de discrimination était raisonnable.

[5] Soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec l’arbitre des droits de la personne et la Cour d’appel pour les motifs qui suivent. Bien interprétée, la jurisprudence de notre Cour a toujours confirmé que, lorsqu’une loi sur les relations de travail comprend

of disputes arising from a collective agreement, the jurisdiction of the decision-maker empowered by that legislation — generally, a labour arbitrator — is exclusive. Competing statutory tribunals may carve into that sphere of exclusivity, but only where that legislative intent is clearly expressed. Here, the combined effect of the collective agreement and *The Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, is to mandate arbitration of “all differences” concerning the “meaning, application, or alleged violation” of the collective agreement (s. 78(1)). In its essential character, Ms. Horrocks’ complaint alleges a violation of the collective agreement, and thus falls squarely within the arbitrator’s mandate. *The Human Rights Code* does not clearly express legislative intent to grant concurrent jurisdiction to the adjudicator over such disputes. It follows that the adjudicator did not have jurisdiction over the complaint, and the appeal should be allowed.

## II. Issues

[6] As noted, the principal issue arising is whether the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator appointed under a collective agreement extends to human rights disputes that arise therefrom. But two preliminary issues were also put to us by the parties: first, the standard of review applicable to an administrative decision concerning the jurisdictional lines between two tribunals; and secondly, the standard of review applicable on appeal from a judicial review of an administrative decision.

## III. Analysis

### A. *Standard of Review*

#### (1) Administrative Standard of Review

[7] Decisions concerning the jurisdictional lines between two or more administrative bodies must

une disposition qui prévoit le règlement définitif des différends résultant d’une convention collective, la compétence du décideur nommé en vertu de cette loi — généralement, un arbitre du travail — est exclusive. Les tribunaux concurrents d’origine législative peuvent empiéter sur cette sphère d’exclusivité, mais seulement lorsque l’intention du législateur est clairement exprimée. En l’espèce, la convention collective et la *Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., c. L10, ont pour effet combiné de rendre l’arbitrage obligatoire pour « tous les conflits » relatifs « à [l’]interprétation, à [l’]application ou à [la] prétendue violation » de la convention collective (par. 78(1)). Le caractère essentiel de la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks est une prétendue violation de la convention collective, et la plainte relève donc clairement du mandat de l’arbitre du travail. Le *Code des droits de la personne* n’indique aucune intention claire du législateur de conférer une compétence concurrente à l’arbitre des droits de la personne à l’égard de ces différends. Par conséquent, l’arbitre des droits de la personne n’avait pas compétence à l’égard de la plainte, et le pourvoi devrait être accueilli.

## II. Questions en litige

[6] Comme je l’ai indiqué, la principale question en l’espèce est de savoir si la compétence exclusive d’un arbitre du travail nommé en vertu d’une convention collective s’étend aux différends en matière de droits de la personne résultant de celle-ci. Toutefois, les parties nous ont également soumis deux questions préliminaires : d’abord, la norme de contrôle applicable à une décision administrative concernant la délimitation des compétences entre deux tribunaux; et ensuite, la norme de contrôle applicable lors d’un appel visant un contrôle judiciaire d’une décision administrative.

## III. Analyse

### A. *Norme de contrôle*

#### (1) Norme de contrôle des décisions administratives

[7] Les décisions portant sur la délimitation des compétences respectives d’organismes administratifs

be correct (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 53). This standard safeguards the rule of law, which “requires courts to intervene where one administrative body has interpreted the scope of its authority in a manner that is incompatible with the jurisdiction of another” (para. 64). It also fosters predictability, finality and certainty in the law (*ibid.*).

[8] Here, the reviewing judge and the Court of Appeal applied the correctness standard to the adjudicator’s decision. The Commission acknowledges that this is faithful to *Vavilov*, but argues that the determination of jurisdictional lines involves a fact-specific inquiry into the “essential character” of a dispute, which ought to attract deference (R.F., at paras. 75-84). It therefore invites the Court to reconsider the established standard.

[9] I am not persuaded that such reconsideration is necessary or desirable. As I will explain below, correctly determining the jurisdictional lines between two administrative bodies requires that a decision-maker correctly identify the essential character of the dispute. Applying a reasonableness standard to this component of the analysis would undermine the objective of ensuring that one adjudicative body does not trespass on the jurisdiction of the other. I note as well that appellate authority concerning the jurisdictional lines between courts and tribunals has generally held that the essential character determination is reviewed for correctness (*Stene v. Telus Communications Company*, 2019 BCCA 215, 24 B.C.L.R. (6th) 74, at para. 38; *Bruce v. Cohon*, 2017 BCCA 186, 97 B.C.L.R. (5th) 296, at para. 80; *Cherubini Metal Works Ltd. v. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 38, 253 N.S.R. (2d) 144, at para. 12). These authorities explain that this is so notwithstanding the fact-specific nature of the essential character inquiry, because it grounds a determination of jurisdiction.

sont assujetties à la norme de la décision correcte (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 53). Cette norme garantit la primauté du droit, qui « commande l’intervention des cours de justice lorsqu’un organisme administratif interprète l’étendue de ses pouvoirs d’une manière qui est incompatible avec la compétence d’un autre organisme administratif » (par. 64). Elle favorise aussi la prévisibilité, la certitude et le caractère définitif en droit (*ibid.*).

[8] En l’espèce, le juge de révision et la Cour d’appel ont appliqué la norme de la décision correcte à la décision de l’arbitre des droits de la personne. La Commission reconnaît que l’application de cette norme est fidèle à l’arrêt *Vavilov*, mais soutient que le fait de délimiter les compétences comporte un examen des faits propres à l’espèce concernant le [TRADUCTION] « caractère essentiel » d’un différend, qui doit commander la déférence (m.i., par. 75-84). Elle invite donc la Cour à réexaminer la norme établie.

[9] Je ne suis pas convaincu qu’un tel réexamen soit nécessaire ou souhaitable. Comme je l’explique plus loin, pour bien délimiter les compétences entre deux organismes administratifs, le décideur doit cerner correctement le caractère essentiel du différend. L’application de la norme de la décision raisonnable à cet élément de l’analyse minerait l’objectif consistant à faire en sorte qu’un organisme décisionnel n’empiète pas sur la compétence de l’autre. Je note aussi que dans la jurisprudence des cours d’appel concernant la délimitation des compétences entre les cours et les tribunaux administratifs, il est généralement statué que c’est la norme de la décision correcte qui s’applique à la conclusion tirée au sujet du caractère essentiel du différend (*Stene c. Telus Communications Company*, 2019 BCCA 215, 24 B.C.L.R. (6th) 74, par. 38; *Bruce c. Cohon*, 2017 BCCA 186, 97 B.C.L.R. (5th) 296, par. 80; *Cherubini Metal Works Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)*, 2007 NSCA 38, 253 N.S.R. (2d) 144, par. 12). Selon ces décisions, il en est ainsi malgré la nature factuelle de l’analyse relative au caractère essentiel, parce qu’elle constitue le fondement d’une attribution de compétence.

(2) Appellate Standard of Review

[10] A reviewing judge's selection and application of the standard of review is reviewable for correctness. This standard traces back to *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, where LeBel J. explained:

The proper approach to this issue was set out by the Federal Court of Appeal in *Telfer v. Canada Revenue Agency*, 2009 FCA 23, 386 N.R. 212, at para. 18:

Despite some earlier confusion, there is now ample authority for the proposition that, on an appeal from a decision disposing of an application for judicial review, the question for the appellate court to decide is simply whether the court below identified the appropriate standard of review and applied it correctly. The appellate court is not restricted to asking whether the first-level court committed a palpable and overriding error in its application of the appropriate standard.

In *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at para. 247, Deschamps J. aptly described this process as “‘step[ping] into the shoes’ of the lower court” such that the “appellate court’s focus is, in effect, on the administrative decision” (emphasis deleted).

The issue for our consideration can thus be summarized as follows: Did the application judge choose the correct standard of review and apply it properly? [Text in brackets in original; paras. 45-47.]

This approach accords no deference to the reviewing judge's application of the standard of review. Rather, the appellate court performs a *de novo* review of the administrative decision (D. J. M. Brown, with the assistance of D. Fairlie, *Civil Appeals* (loose-leaf), at §14:45).

[11] The approach to appellate review prescribed in *Agraira* is different than that set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Where *Housen* applies, the degree of deference

(2) Norme de contrôle en appel

[10] La sélection et l'application d'une norme de contrôle par le juge de révision sont assujetties à la norme de la décision correcte. Cette norme tire son origine de l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, où le juge LeBel a expliqué ce qui suit :

L'approche à adopter à l'égard de cette question a été énoncée par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Agence du revenu) c. Telfer*, 2009 CAF 23 (CanLII), par. 18 :

Bien qu'il y ait eu confusion dans le passé, la jurisprudence actuelle permet d'affirmer que lorsqu'une décision en matière de contrôle judiciaire est portée en appel, le rôle de la juridiction d'appel consiste simplement à décider si la juridiction inférieure a employé la norme de contrôle appropriée et si elle l'a appliquée correctement. Le rôle de la juridiction d'appel ne se limite pas à se demander si la juridiction inférieure a commis une erreur manifeste et dominante en appliquant la norme de contrôle appropriée.

Dans *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, par. 247, la juge Deschamps a rappelé avec justesse, au sujet de cette démarche, qu'en se « ‘met[tant] à la place’ du tribunal d'instance inférieure la cour d'appel se concentre effectivement sur la décision administrative » (italiques omis).

La question que nous devons examiner peut donc être résumée comme suit : le juge de première instance a-t-il choisi la norme de contrôle appropriée et l'a-t-il appliquée correctement? [Texte entre crochets dans l'original; par. 45-47.]

Cette approche n'accorde aucune déférence à l'application de la norme de contrôle par le juge de révision. La cour d'appel procède plutôt à un examen *de novo* de la décision administrative (D. J. M. Brown, assisté de D. Fairlie, *Civil Appeals* (feuilles mobiles), §14:45).

[11] L'approche relative à l'examen en appel prescrite dans l'arrêt *Agraira* est différente de celle énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Lorsque l'arrêt *Housen*

accorded to the original decision-maker depends on the type of error at issue: errors of law are reviewed on the correctness standard, while errors of fact and mixed fact and law attract the palpable and overriding error standard. The NRHA invites the Court to reconsider *Agraira*, saying that a *de novo* review of administrative decisions renders the first level of review a “necessary but feckless step in the judicial review of an administrative decision” (A.F., at para. 6). In its submission, no principled reason precludes applying the standards of review stated in *Housen* to an appeal from a judicial review decision.

[12] I would decline the invitation to reconsider *Agraira*, which is a recent decision of the Court and remains good law. Of course, there may be good reason to apply the *Housen* standard where a reviewing judge acts as a decision-maker of first instance (the Hon. J. M. Evans, “The Role of Appellate Courts in Administrative Law” (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 1, at pp. 30-34; Brown, at §14:46; *Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91, at para. 29), but this does not provide a reason for applying *Housen* to the selection and application of the standard of review. In any event, however, this point makes no difference to NRHA’s appeal. As indicated, the adjudicator’s finding that she had jurisdiction is reviewable for correctness. And if the adjudicator was bound to correctly determine her own jurisdiction, it follows that the reviewing judge was also bound to apply the same standard in reviewing the adjudicator’s decision. Concluding otherwise would allow an incorrect determination of jurisdictional lines to stand, which would undermine the values of certainty and predictability that justified the application of the correctness standard in the first instance. Even under *Housen*, no deference would have been owed to the reviewing judge’s analysis.

s’applique, le degré de déférence dont il convient de faire preuve envers le décideur initial dépend du type d’erreur en cause : les erreurs de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte, alors que les erreurs de fait et les erreurs mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de l’erreur manifeste et déterminante. L’ORSN invite la Cour à réexaminer l’arrêt *Agraira*, et affirme qu’un examen *de novo* des décisions administratives fait en sorte que le premier niveau d’examen est [TRADUCTION] « une étape nécessaire mais inefficace du contrôle judiciaire d’une décision administrative » (m.a., par. 6). Selon l’observation qu’il formule, aucune raison logique n’empêche l’application des normes de contrôle énoncées dans l’arrêt *Housen* à un appel d’un contrôle judiciaire.

[12] Je ne ferai pas droit à la demande relative au réexamen de l’arrêt *Agraira*, qui est une décision récente de la Cour et qui est toujours valable. Évidemment, il peut y avoir de bonnes raisons d’appliquer la norme établie dans l’arrêt *Housen* lorsqu’un juge de révision agit comme décideur de première instance (l’hon. J. M. Evans, « The Role of Appellate Courts in Administrative Law » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 1, p. 30-34; Brown, §14:46; *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160, par. 29 (CanLII)), mais cela ne constitue pas une raison justifiant l’application de l’arrêt *Housen* à la sélection et à l’application de la norme de contrôle. Quoiqu’il en soit, toutefois, ce point ne change rien au pourvoi formé par l’ORSN. Comme il est indiqué, la conclusion de l’arbitre des droits de la personne portant qu’elle avait compétence est assujettie à la norme de la décision correcte. Et si l’arbitre des droits de la personne était tenue d’établir correctement sa propre compétence, il s’ensuit que le juge de révision était également tenu d’appliquer la même norme lors de l’examen de la décision de celle-ci. Conclure autrement permettrait qu’une délimitation incorrecte des compétences soit maintenue, ce qui minerait les valeurs de la certitude et de la prévisibilité qui justifiaient l’application de la norme de la décision correcte en première instance. Même selon l’arrêt *Housen*, aucune déférence ne s’imposait à l’égard de l’analyse du juge de révision.

### B. *The Adjudicator's Jurisdiction*

[13] It is settled law that the scope of a labour arbitrator's jurisdiction precludes curial recourse in disputes that arise from a collective agreement, even where such disputes also give rise to common law or statutory claims (*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at p. 721; *Weber*, at para. 54; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Allen v. Alberta*, 2003 SCC 13, [2003] 1 S.C.R. 128, at paras. 12-17; *Goudie v. Ottawa (City)*, 2003 SCC 14, [2003] 1 S.C.R. 141, at paras. 22-23; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 30). It is similarly beyond dispute that labour arbitrators may apply human rights legislation to disputes arising from the collective agreement (*Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at paras. 1 and 28-29; *Weber*, at para. 56). Indeed, it has been observed that labour arbitration is *the primary forum* for the enforcement of human rights in unionized workplaces (E. Shilton, “‘Everybody’s Business’: Human Rights Enforcement and the Union’s Duty To Accommodate” (2014), 18 *C.L.E.L.J.* 209, at p. 235; P. A. Gall, A. L. Zwack and K. Bayne, “Determining Human Rights Issues in the Unionized Workplace: The Case for Exclusive Arbitral Jurisdiction” (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 381, at p. 397).

[14] At stake, however — in this appeal and more generally — is whether that observation understates the case: Is labour arbitration merely the *primary*, as opposed to the *exclusive* forum for enforcing human rights issues arising from the collective agreement? Ms. Horrocks and the Commission contend that a labour arbitrator's jurisdiction to apply human rights legislation to such disputes is *not* exclusive. In their view, arbitral exclusivity applies only to decide jurisdictional contests between labour arbitrators and *the courts*. Where the competing forum is a statutory tribunal, they say the arbitrator's jurisdiction is concurrent unless the legislation expressly mandates

### B. *La compétence de l'arbitre des droits de la personne*

[13] Il est bien établi en droit que la portée de la compétence d'un arbitre du travail empêche qu'il y ait recours judiciaire dans les différends résultant d'une convention collective, même lorsque de tels différends donnent aussi lieu à des recours en common law ou prévus par la loi (*St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 721; *Weber*, par. 54; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Allen c. Alberta*, 2003 CSC 13, [2003] 1 R.C.S. 128, par. 12-17; *Goudie c. Ottawa (Ville)*, 2003 CSC 14, [2003] 1 R.C.S. 141, par. 22-23; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 30). De même, il n'est pas contesté que les arbitres du travail peuvent appliquer les lois sur les droits de la personne aux différends résultant d'une convention collective (*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. 1 et 28-29; *Weber*, par. 56). De fait, il a été observé que l'arbitrage en droit du travail est *la principale juridiction* utilisée pour faire respecter les droits de la personne dans les milieux de travail syndiqués (E. Shilton, « “Everybody’s Business” : Human Rights Enforcement and the Union’s Duty To Accommodate » (2014), 18 *C.L.E.L.J.* 209, p. 235; P. A. Gall, A. L. Zwack et K. Bayne, « Determining Human Rights Issues in the Unionized Workplace : The Case for Exclusive Arbitral Jurisdiction » (2005), 12 *C.L.E.L.J.* 381, p. 397).

[14] Toutefois, autant dans le présent pourvoi que de façon plus générale, l'enjeu est de savoir si cette observation réduit l'importance de l'affaire : l'arbitrage en droit du travail est-il seulement la *juridiction principale*, par opposition à la *juridiction exclusive*, pour l'instruction d'affaires relatives aux droits de la personne résultant de la convention collective? Madame Horrocks et la Commission soutiennent que la compétence d'un arbitre du travail pour appliquer les lois sur les droits de la personne à de tels différends *n'est pas* exclusive. À leur avis, l'exclusivité arbitrale ne s'applique que pour trancher les conflits de compétence entre les arbitres du travail et *les*

exclusivity. This applies with particular force to human rights adjudication schemes, given the quasi-constitutional nature of their enabling legislation. In their view, concluding otherwise would jeopardize access to justice in unionized workplaces.

[15] This argument is unsustainable in light of this Court's jurisprudence. Properly understood, the decided cases indicate that, where labour legislation provides for the final settlement of disputes arising from a collective agreement, the jurisdiction of the arbitrator or other decision-maker empowered by this legislation is exclusive. This applies irrespective of the nature of the competing forum, but is always subject to clearly expressed legislative intent to the contrary.

(1) Exclusive Arbitral Jurisdiction

[16] Labour relations statutes in Canada generally require that collective agreements include a method for the final settlement of differences concerning the interpretation, application, and alleged violation of the agreement. Some statutes specifically require arbitration of such differences, while others permit the parties to select a different method of dispute resolution. Where a collective agreement does not include a dispute resolution procedure that complies with the statute, it is deemed to include an arbitration clause in prescribed terms. See G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 12-51 to 12-55; *The Labour Relations Act*, s. 78; *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 84(2) and (3); *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, ss. 135 and 136; *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 26; *Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48; *Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 100; *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 42; *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 55; *Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 86;

*cours*. Elles affirment que lorsque l'autre juridiction ayant compétence est un tribunal d'origine législative, la compétence de l'arbitre du travail est concurrente, à moins que la loi ne prévienne expressément l'exclusivité. Cela s'applique tout particulièrement aux régimes d'arbitrage en matière de droits de la personne, compte tenu de la nature quasi constitutionnelle de leur loi habilitante. Selon elles, conclure autrement mettrait en péril l'accès à la justice dans les milieux de travail syndiqués.

[15] Cet argument ne peut être soutenu à la lumière de la jurisprudence de la Cour. Il ressort des décisions rendues, interprétées correctement, que lorsque les lois sur les relations de travail comportent une disposition qui prévoit le règlement définitif des différends résultant d'une convention collective, la compétence conférée à l'arbitre du travail ou à tout autre décideur nommé en vertu de cette loi est exclusive. Cela s'applique peu importe la nature de l'autre juridiction ayant compétence, mais toujours sous réserve d'une intention législative clairement exprimée à l'effet contraire.

(1) Compétence arbitrale exclusive

[16] Les lois sur les relations de travail au Canada exigent généralement que les conventions collectives contiennent une clause prévoyant le règlement définitif des différends concernant l'interprétation, l'application et la prétendue violation de la convention. Certaines lois exigent expressément l'arbitrage de ces différends, alors que d'autres permettent aux parties de choisir un autre mode de règlement. La convention collective qui ne prévoit pas de procédure de règlement des différends conforme à la loi est réputée comporter une clause d'arbitrage aux conditions fixées par la loi. Voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 12-51 à 12-55; *Loi sur les relations du travail*, art. 78; *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, par. 84(2) et (3); *Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, art. 135 et 136; *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, art. 26; *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 48; *Code du travail*, RLRQ c. C-27, art. 100; *Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, art. 42; *Loi sur les relations*

*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 37; *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 57(1).

[17] This Court has interpreted such mandatory dispute resolution provisions as conferring exclusive jurisdiction on the decision-maker appointed thereunder — typically, a labour arbitrator. That understanding originates in *St. Anne Nackawic*, which concerned an employer’s civil action against a union for damages following an illegal strike. The union raised a preliminary objection to the court’s jurisdiction, arguing that, under s. 55(1) of New Brunswick’s *Industrial Relations Act*, only a labour arbitrator could adjudicate disputes arising from the collective agreement. That section read as follows:

55(1) Every collective agreement shall provide for the final and binding settlement by arbitration or otherwise, without stoppage of work, of all differences between the parties to, or persons bound by, the agreement or on whose behalf it was entered into, concerning its interpretation, application, administration or an alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

[18] The Court found that this section left no room for curial jurisdiction over the claim. Allowing the parties such recourse to enforce the collective agreement would, he explained, undermine the integrity of the labour arbitration scheme and the labour relations system as a whole:

The collective agreement establishes the broad parameters of the relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law. . . . The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations,

*industrielles*, L.R.N.-B. 1973, c. I-4, art. 55; *Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, art. 86; *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, art. 37; *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, par. 57(1).

[17] Selon l’interprétation de la Cour, de telles dispositions obligatoires en matière de règlement des différends confèrent une compétence exclusive au décideur nommé en vertu de ces dispositions — habituellement, un arbitre du travail. Cette interprétation provient de l’arrêt *St. Anne Nackawic*, qui portait sur une poursuite civile intentée par un employeur contre un syndicat en vue de l’obtention de dommages-intérêts en raison d’une grève illégale. Le syndicat a soulevé une objection préliminaire concernant la compétence de la cour, soutenant que selon le par. 55(1) de la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick, seul un arbitre du travail pouvait trancher les différends découlant de la convention collective. Ce paragraphe est le suivant :

55(1) Toute convention collective doit prévoir des dispositions pour le règlement définitif et obligatoire, par voie d’arbitrage ou autrement et sans arrêt de travail, de tous conflits entre les parties à la convention ou entre les personnes liées par elle, ou au nom desquelles elle a été conclue, relativement à son interprétation, à son application, à son exécution ou à une violation alléguée de la convention, y compris le fait de savoir si une question est arbitrable.

[18] La Cour a conclu que cette disposition ne laissait place à aucune compétence judiciaire sur la réclamation. Permettre aux parties d’exercer un tel recours pour l’application de la convention collective minerait, selon le juge, l’intégrité du régime d’arbitrage en droit du travail et du système des relations de travail dans son ensemble :

La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l’employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d’une manière appropriée par l’arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l’objet d’actions devant les tribunaux en *common law*. [ . . . ] L’attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des

and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks.

...

... if the courts are available to the parties as an alternative forum, violence is done to a comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting. Arbitration, when adopted by the parties as was done here in the collective agreement, is an integral part of that scheme, and is clearly the forum preferred by the legislature for resolution of disputes arising under collective agreements. From the foregoing authorities, it might be said, therefore, that the law has so evolved that it is appropriate to hold that the grievance and arbitration procedures provided for by the Act and embodied by legislative prescription in the terms of a collective agreement provide the exclusive recourse open to parties to the collective agreement for its enforcement. [Emphasis added; pp. 718-19 and 721.]

[19] In *Weber*, the Court elaborated upon the scope of exclusive arbitral jurisdiction identified in *St. Anne Nackawic*, holding that it also ousted curial jurisdiction over tort and *Charter* claims arising from a collective agreement. There, an employer had hired private investigators to determine whether an employee was abusing his sick leave benefits. The investigators gained entry to the employee's home by assuming a false identity, and obtained information that led to the employee's termination. The employee filed a grievance seeking damages for mental anguish caused by the surveillance, which was settled. Further, he commenced a civil action alleging trespass, nuisance, deceit, invasion of privacy, and breach of his *Charter* rights. The employer objected, arguing that the dispute related to the sick leave provisions in the collective agreement and thus fell to be decided exclusively by a labour arbitrator.

relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches.

...

... si les parties ont accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porte atteinte à un régime législatif complet destiné à régler tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail. L'arbitrage, lorsqu'il est adopté par les parties, comme c'est le cas dans la présente convention collective, constitue une partie intégrante de ce régime et est clairement la juridiction que la législature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives. D'après la jurisprudence citée, on pourrait donc dire que le droit a évolué de telle manière qu'il est juste de conclure que les griefs et les procédures d'arbitrage prévus par la Loi et consacrés par une prescription législative dans les termes d'une convention collective constituent le recours exclusif dont disposent les parties à une convention collective pour son application. [Je souligne; p. 718-719 et 721.]

[19] Dans l'arrêt *Weber*, la Cour a précisé la portée de la compétence arbitrale exclusive cernée dans l'arrêt *St. Anne Nackawic*, concluant qu'elle excluait également la compétence judiciaire à l'égard des demandes fondées sur la responsabilité délictuelle et sur la *Charte* qui résultent d'une convention collective. Dans cette affaire, l'employeur avait embauché des détectives privés pour qu'ils établissent si un employé abusait de ses congés de maladie. Les détectives ont réussi à entrer chez l'employé en prenant une fausse identité, et ils ont obtenu des renseignements ayant mené au congédiement de l'employé. Celui-ci a déposé un grief afin d'obtenir des dommages-intérêts pour l'angoisse causée par la surveillance, et cette plainte a fait l'objet d'un règlement. De plus, il a intenté une poursuite civile dans laquelle il invoquait les délits d'intrusion, de nuisance, de dol, d'atteinte à sa vie privée et de violation de ses droits garantis par la *Charte*. L'employeur s'y est opposé, soutenant que le différend se rapportait aux dispositions sur les congés de maladie prévues dans la convention collective et qu'il devait donc être tranché exclusivement par un arbitre du travail.

[20] The Court agreed that the matter fell within exclusive arbitral jurisdiction. That jurisdiction, it explained, captures disputes that are *factually* related to the rights and obligations under the collective agreement, even where those same facts give rise to other *legal* claims based in statute or the common law:

The issue is not whether the action, defined legally, is independent of the collective agreement, but rather whether the dispute is one “arising under [the] collective agreement”. Where the dispute, regardless of how it may be characterized legally, arises under the collective agreement, then the jurisdiction to resolve it lies exclusively with the labour tribunal and the courts cannot try it. [Emphasis in original; text in brackets in original; para. 43.]

[21] This analysis reflected the language of the applicable labour relations statute at issue in *Weber*, which required arbitration of “all differences between the parties arising from the interpretation, application, administration or alleged violation of the agreement” (*Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 45(1)). As the Court explained, the term “differences” revealed a legislative concern not for the *form* of legal actions that might be advanced, but for the *dispute* between the parties (para. 45). Such concern made sense, being consistent with the objectives of the legislation, including the resolution of disputes “quickly and economically, with a minimum of disruption to the parties and the economy” — an objective that “lies at the heart of all Canadian labour statutes” (para. 46 (emphasis added)). In short, and as the Court summarized (at para. 67 (emphasis added)), “[t]he question in each case is whether the dispute, viewed with an eye to its essential character, arises from the collective agreement.”

[22] A word of caution is in order here. The Court was careful to note that “[t]his approach does not preclude all actions in the courts between [a unionized] employer and employee” (para. 54 (emphasis added)). This is because an arbitrator’s exclusive jurisdiction extends only to “disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement” (*ibid.*; see also *Bisaillon*, at paras. 30-33). Not every workplace dispute will fall within this scope. For

[20] La Cour a reconnu que l’affaire relevait de la compétence arbitrale exclusive. Selon elle, cette compétence visait les différends qui se rapportaient *sur le plan factuel* aux droits et obligations au titre de la convention collective, même lorsque ces mêmes faits donnaient lieu à d’autres demandes *en justice* fondées sur une loi ou la common law :

Il ne s’agit pas de savoir si l’action, définie en termes juridiques, est indépendante de la convention collective, mais plutôt si le litige « résulte [de la] convention collective ». Si, peu importe ce dont il peut être qualifié sur le plan juridique, le litige résulte de la convention collective, seul le tribunal du travail peut l’entendre, à l’exclusion des cours de justice. [Souligné dans l’original; texte entre crochets dans l’original; par. 43.]

[21] Cette analyse reflétait le libellé de la loi sur les relations de travail applicable en cause dans l’arrêt *Weber*, qui exigeait l’arbitrage de « tous les différends entre les parties que soulèvent l’interprétation, l’application, l’administration ou une prétendue inexécution de la convention collective » (*Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, c. L.2, par. 45(1)). Comme l’a expliqué la Cour, le mot « différends » révélait le souci du législateur non pas quant à la *forme* des actions en justice pouvant être intentées, mais quant au *litige* opposant les parties (par. 45). Un tel souci était logique et cadrerait avec les objectifs de la loi, notamment le règlement des différends « rapidement et économiquement, avec un minimum de perturbations pour les parties et pour l’économie » — objectif « au cœur de toutes les lois canadiennes sur les relations du travail » (par. 46 (je souligne)). En bref, et comme l’a résumé la Cour (au par. 67 (je souligne)), « [d]ans chaque cas, il s’agit de déterminer si le litige, considéré dans son essence, résulte de la convention collective. »

[22] Il convient de formuler ici un avertissement. La Cour a pris soin de souligner que « [c]e modèle ne ferme pas la porte à toutes les actions en justice mettant en cause l’employeur et l’employé [syndiqué] » (par. 54 (je souligne)). Il en est ainsi parce que la compétence exclusive d’un arbitre du travail ne s’applique qu’aux « litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective » (*ibid.*; voir aussi *Bisaillon*, par. 30-33).

example, in *Goudie*, employees claimed damages under a pre-employment contract. The Court found that this claim arose from the pre-employment contract, and not from the collective agreement (at para. 4), and therefore fell outside the arbitrator's exclusive jurisdiction. (See, similarly, *Wainwright v. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 247 (C.A.); *Johnston v. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.); *Côté v. Saiano*, [1998] R.J.Q. 1965 (C.A.).)

[23] A further caveat: the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator is subject to the residual curial jurisdiction to grant remedies that lie outside the remedial authority of a labour arbitrator, including interlocutory injunctions (*Weber*, at para. 67; see also *Brotherhood of Maintenance of Way Employees Canadian Pacific System Federation v. Canadian Pacific Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 495; *Bisaillon*, at para. 42). This ensures that there is no “deprivation of ultimate remedy” (*Weber*, at para. 57, quoting *St. Anne Nackawic*, at p. 723).

(a) *Exclusive Arbitral Jurisdiction and Statutory Tribunals*

[24] This Court has twice considered the relationship between the respective spheres of jurisdiction held by labour arbitrators and statutory tribunals. In each case, it affirmed the exclusivity of arbitral jurisdiction recognized in *St. Anne Nackawic* and *Weber*.

[25] In *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360, the issue was whether an arbitrator could hear the grievance of a police officer who resigned after he was informed that he would be charged with discreditable conduct by his employer police service and could be subject to dismissal under *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01. The Court found that *The Police Act* gave police boards exclusive responsibility to resolve disciplinary matters. Because the essential character of the dispute concerned police discipline, it fell exclusively to

Tous les litiges en milieu de travail ne relèveront pas de ce champ d'application. Par exemple, dans l'arrêt *Goudie*, les employés réclamaient des dommages-intérêts en application d'un contrat de préemploi. La Cour a conclu que cette demande résultait du contrat de préemploi, et non de la convention collective (au par. 4), et qu'elle ne relevait donc pas de la compétence exclusive de l'arbitre du travail. (Voir, au même effet, *Wainwright c. Vancouver Shipyards Co.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 247 (C.A.); *Johnston c. Dresser Industries Canada Ltd.* (1990), 75 O.R. (2d) 609 (C.A.); *Côté c. Saiano*, [1998] R.J.Q. 1965 (C.A.).)

[23] Je formulerais une autre réserve : la compétence exclusive d'un arbitre du travail est assujettie à la compétence judiciaire résiduelle d'accorder des réparations qui ne relèvent pas du pouvoir de réparation de cet arbitre, notamment les injonctions interlocutoires (*Weber*, par. 67; voir aussi *Fraternité des préposés à l'entretien des voies — Fédération du réseau Canadien Pacifique c. Canadien Pacifique Ltée*, [1996] 2 R.C.S. 495; *Bisaillon*, par. 42). Cela fait en sorte qu'il n'y a pas « privation réelle du recours ultime » (*Weber*, par. 57, citant *St. Anne Nackawic*, p. 723).

a) *Compétence arbitrale exclusive et tribunaux d'origine législative*

[24] La Cour s'est penchée à deux reprises sur le lien entre les sphères de compétence des arbitres du travail et celles des tribunaux d'origine législative. Dans chaque cas, elle a confirmé l'exclusivité de la compétence arbitrale reconnue dans les arrêts *St. Anne Nackawic* et *Weber*.

[25] Dans l'affaire *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360, la question était de savoir si un arbitre pouvait instruire le grief d'un policier qui avait démissionné après avoir été informé que son employeur, le corps de police, l'accuserait d'avoir eu une conduite déshonorante, et qu'il pouvait faire l'objet d'une procédure de renvoi aux termes de *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01. La Cour a conclu que *The Police Act* attribuait aux commissions de police la responsabilité exclusive de régler les affaires disciplinaires. Étant donné que

the board, and not to the arbitrator. Of significance, however, the Court affirmed that, as to matters that *do* arise from “the interpretation, application, administration or violation of [the] collective agreement”, *Weber*’s “exclusive jurisdiction model” applies — meaning, “the claimant must proceed by arbitration [and] [n]o other forum has the power to entertain an action in respect of that dispute” (para. 22 (emphasis added)).

[26] This view was consistently maintained in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185 (“*Morin*”). The case concerned a term in the collective agreement between teachers’ unions and the province stipulating that experience acquired during the 1996-1997 school year would not be credited for the purposes of calculating seniority and salary increments. This affected young teachers particularly, some of whom filed a complaint with the provincial human rights commission, alleging discrimination on the basis of age contrary to the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12; the commission then brought the matter before the Quebec Human Rights Tribunal. The Attorney General of Quebec challenged the tribunal’s jurisdiction over the matter, asserting that it fell instead within the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator.

[27] The Court explained that it is necessary to examine the relevant legislation in order to determine whether it confers exclusive jurisdiction on the arbitrator and, if so, whether the essential character of the dispute falls within the scope of that jurisdiction. *Weber*, it explained (at para. 11), “does not stand for the proposition that labour arbitrators always have exclusive jurisdiction in employer-union disputes. Depending on the legislation and the nature of the dispute, other tribunals may possess overlapping jurisdiction, concurrent jurisdiction, or themselves be endowed with exclusive jurisdiction”. In the case

le caractère essentiel du différend concernait la discipline des policiers, il relevait exclusivement de la commission, et non de l’arbitre. Le fait le plus important, toutefois, est que la Cour a affirmé que, pour ce qui est des affaires résultant *effectivement* « de l’interprétation, de l’application, de l’administration ou de l’inexécution de [la] convention collective », le « modèle de la compétence exclusive » établi dans l’arrêt *Weber* s’applique — c’est-à-dire que « le demandeur doit avoir recours à l’arbitrage [et] [a]ucun autre tribunal n’a le pouvoir d’entendre une action relativement à ce litige » (par. 22 (je souligne)).

[26] La Cour a invariablement maintenu cette opinion dans l’arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S. 185 (« *Morin* »). Cette affaire portait sur une clause de la convention collective conclue entre les syndicats des enseignants et la province, qui prévoyait que l’expérience acquise lors de l’année scolaire 1996-1997 ne serait pas prise en compte pour calculer l’ancienneté et les augmentations de traitement. Cette clause touchait particulièrement les jeunes enseignants, dont certains ont déposé une plainte auprès de la commission provinciale des droits de la personne dans laquelle ils alléguaient être victimes de discrimination en raison de leur âge, ce qui est contraire à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12; la commission a ensuite porté l’affaire devant le Tribunal des droits de la personne du Québec. Le procureur général du Québec a contesté la compétence du tribunal à l’égard de l’affaire, soutenant qu’elle relevait plutôt de la compétence exclusive d’un arbitre du travail.

[27] La Cour a expliqué qu’il est nécessaire d’examiner la loi applicable afin d’établir si elle confère une compétence exclusive à l’arbitre du travail et, dans l’affirmative, si le caractère essentiel du différend relève de la portée de cette compétence. Selon elle, dans l’arrêt *Weber* (par. 11), il n’a pas été dit que « la compétence de l’arbitre en droit du travail à l’égard d’un conflit de travail est toujours exclusive. Selon la loi applicable et la nature du litige, il pourra y avoir chevauchement, concurrence ou exclusivité ». Dans l’affaire dont elle était saisie, la Cour a reconnu que la disposition du *Code du travail*

before it, the Court accepted that the mandatory dispute resolution clause in Quebec's *Labour Code* did grant an arbitrator exclusive jurisdiction over disputes arising from the operation of the collective agreement (at paras. 16 and 20-24), but also determined that the dispute in *Morin* did not fall within that jurisdictional scope; rather than arising from the operation of the collective agreement, it arose out of its negotiation (paras. 24 and 26). McLachlin C.J. explained, for the majority:

Everyone agrees on how the agreement, if valid, should be interpreted and applied. The only question is whether the process leading to the adoption of the alleged discriminatory clause and the inclusion of that clause in the agreement violates the Quebec *Charter*, rendering it unenforceable. [para. 24]

While, therefore, an arbitrator might have had concurrent jurisdiction over the dispute if it arose “incidentally to a different dispute under the collective agreement”, the dispute in *Morin* nevertheless fell outside the scope of the arbitrator’s exclusive jurisdiction (para. 27). By contrast, it fell squarely within the mandate of the human rights tribunal, which had generous (but not exclusive) jurisdiction over human rights violations.

[28] To be clear, *Morin* was decided by applying the analytical framework stated in *Weber*, which led to the conclusion that the dispute in question fell outside of the ambit of the arbitrator’s exclusive jurisdiction. Significantly, *Morin* was *not* decided on the basis that the legislation conferred concurrent jurisdiction on the human rights tribunal over all human rights disputes in unionized workplaces. Such a conclusion would be at odds with the Court’s recognition that the *Labour Code* conferred exclusive jurisdiction on labour arbitrators over disputes that arise from the operation of collective agreements. It would also be at odds with the Court’s direction that the dispute’s essential character be identified in order to determine whether jurisdiction over its resolution falls exclusively to the arbitrator (E. Shilton, “Choice, but No Choice: Adjudicating Human Rights

du Québec prévoyant le règlement obligatoire des différends accordait *dans les faits* une compétence exclusive à l’arbitre du travail à l’égard des litiges découlant de la mise en œuvre de la convention collective (au par. 16 et 20-24), mais a aussi établi que le litige dans l’affaire *Morin* ne relevait pas de cette compétence; il ne découlait pas de la *mise en œuvre* de la convention collective, mais plutôt de sa *négo-ciation* (par. 24 et 26). La juge en chef McLachlin a expliqué, au nom des juges majoritaires :

Toutes les parties s’entendent sur la façon dont la convention, si elle est valide, doit être interprétée et appliquée. La seule question qui se pose est de savoir si le processus ayant mené à l’adoption de la clause tenue pour discriminatoire et l’insertion de celle-ci dans la convention collective contreviennent à la *Charte québécoise*, rendant de ce fait la clause inapplicable. [par. 24]

Par conséquent, bien qu’un arbitre du travail puisse avoir eu une compétence concurrente à l’égard du litige s’il était survenu « accessoirement [à] la question dans le cadre d’un autre litige relevant de la convention collective », le litige dans l’affaire *Morin* ne relevait néanmoins pas de la compétence exclusive de celui-ci (par. 27). En revanche, il relevait clairement du mandat du tribunal des droits de la personne, qui a une compétence large (mais non exclusive) à l’égard des violations des droits de la personne.

[28] Pour que tout soit bien clair, précisons que l’arrêt *Morin* a été tranché selon le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Weber*, qui a mené à la conclusion que le litige en question ne relevait pas de la portée de la compétence exclusive de l’arbitre du travail. Fait à noter, l’arrêt *Morin* n’a pas été tranché en fonction du fait que la loi conférait une compétence concurrente au tribunal des droits de la personne à l’égard de tous les différends relatifs aux droits de la personne dans les milieux de travail syndiqués. Une telle conclusion serait contraire au fait que la Cour a reconnu que le *Code du travail* conférait une compétence exclusive aux arbitres du travail à l’égard des différends résultant de l’application des conventions collectives. Elle serait aussi contraire à la directive donnée par la Cour portant que le caractère essentiel du différend doit être cerné afin d’établir si la

Claims in Unionized Workplaces in Canada” (2013), 38 *Queen’s L.J.* 461, at p. 480).

[29] I am aware of several appellate courts having resisted recognizing a labour arbitrator’s jurisdiction in human rights disputes as exclusive, on the basis that the exclusivity model developed in *Weber* has no application where the competing tribunal is a statutory body. In *A.T.U., Local 583 v. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75, for example, the Court of Appeal of Alberta reasoned:

The legislative intent in enacting labour relations regimes and creating arbitration procedures must be respected. In my view, however, it is unwise simply to import the principles developed in cases involving a contest between the courts and arbitration, including the inherent preference for the exclusive jurisdiction of arbitrators often apparent in those cases, into a situation where the court must consider two statutory regimes. In the latter situation there are two legislative intents to consider, not one. If we were to accept exclusive jurisdiction as a starting point, we would run the risk of giving the jurisdictional advantage to one statutory tribunal over another and thereby reducing the efficacy of the second statutory regime. [para. 23]

(See also *Calgary Health Region v. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23, at paras. 25-30; *Human Rights Commission (N.S.) v. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61, at paras. 45-46.)

[30] To the extent this passage from *A.T.U.* suggests that exclusive arbitral jurisdiction is a mere “preference” that should be disregarded wherever a competing statutory scheme is present, I see the matter differently. As I read this Court’s jurisprudence, the unavoidable conclusion to be drawn is that mandatory dispute resolution clauses like those

compétence à l’égard de sa résolution relève exclusivement de l’arbitre du travail (E. Shilton, « Choice, but No Choice : Adjudicating Human Rights Claims in Unionized Workplaces in Canada » (2013), 38 *Queen’s L.J.* 461, p. 480).

[29] Je suis conscient que plusieurs cours d’appel n’ont pas voulu reconnaître l’exclusivité de la compétence de l’arbitre du travail dans les différends concernant les droits de la personne, au motif que le modèle d’exclusivité élaboré dans l’arrêt *Weber* ne s’applique pas lorsque le tribunal ayant compétence concurrente est d’origine législative. Dans l’arrêt *A.T.U., Local 583 c. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75, par exemple, la Cour d’appel de l’Alberta a eu le raisonnement suivant :

[TRADUCTION] L’intention du législateur lors de l’adoption de régimes de relations de travail et de la création de procédures d’arbitrage doit être respectée. À mon avis, toutefois, il est mal avisé d’incorporer simplement les principes élaborés dans des décisions où il y a concurrence entre les tribunaux et l’arbitrage, notamment la préférence inhérente pour la compétence exclusive des arbitres souvent apparente dans de telles affaires, à une situation où le tribunal doit examiner deux régimes législatifs. Dans ce dernier cas, il y a deux intentions législatives à prendre en considération, et non seulement une. Si nous devons accepter d’emblée la compétence exclusive, nous courrions le risque de donner un avantage sur le plan de la compétence à un tribunal d’origine législative par rapport à un autre, ce qui réduirait l’efficacité du second régime législatif. [par. 23]

(Voir aussi *Calgary Health Region c. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23, par. 25-30; *Human Rights Commission (N.S.) c. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61, par. 45-46.)

[30] Dans la mesure où cet extrait de l’arrêt *A.T.U.* laisse entendre que la compétence arbitrale exclusive est une simple « préférence » dont on ne devrait pas tenir compte lorsqu’il existe un régime législatif concurrent, je ne vois pas les choses de la même façon. Selon mon interprétation de la jurisprudence de la Cour, la conclusion devant inévitablement être

considered in *St. Anne Nackawic, Weber* and *Morin* signal a legislative intention to confer exclusive jurisdiction on the labour arbitrator (or other dispute resolution forum provided for under the agreement). This is not a judicial *preference*, but an *interpretation* of the mandate given to arbitrators by statute. The text and purpose of a mandatory dispute resolution clause remains unchanged, irrespective of the existence or nature of competing regimes, and its interpretation must therefore also remain consistent.

[31] This conclusion is consistent with the concern expressed in *Vavilov* for predictability, finality and certainty in respect of jurisdictional lines between competing tribunals. Conditioning the effect of a mandatory dispute resolution clause on the nature of the competing forum would result in persistent jurisdictional confusion, leaving members of the public unsure “where to turn in order to resolve a dispute” (para. 64). Affirming that the same principles apply in every context avoids this state of affairs.

[32] That said, it remains necessary to consider whether the competing statutory scheme demonstrates an intention to displace the arbitrator’s exclusive jurisdiction. In some cases, it may enact a “complete code” that confers exclusive jurisdiction over certain kinds of disputes on a competing tribunal, as it did in *Regina Police* (see also J.-A. Pickel, “Statutory Tribunals and the Challenges of Managing Parallel Claims”, in E. Shilton and K. Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law: Essays in Memory of Bernie Adell* (2017), 175, at pp. 184-87). In other cases, the legislation may endow a competing tribunal with concurrent jurisdiction over disputes that would otherwise fall solely to the labour arbitrator for decision. And where the legislature so provides, courts must respect that intention.

tirée est que les clauses de règlement obligatoire des différends, comme celles en question dans les arrêts *St. Anne Nackawic, Weber* et *Morin*, signalent l’intention du législateur de conférer une compétence exclusive aux arbitres du travail (ou à toute autre instance de règlement des différends prévue dans la convention collective). Il ne s’agit pas d’une *préférence* judiciaire, mais d’une *interprétation* du mandat que la loi confère aux arbitres. Le texte et l’objet d’une clause de règlement obligatoire des différends demeurent inchangés, peu importe l’existence de régimes concurrents ou la nature de ceux-ci, et son interprétation doit donc être la même.

[31] Cette conclusion cadre avec le souci exprimé dans l’arrêt *Vavilov* au sujet de la prévisibilité, de la certitude et du caractère définitif en ce qui a trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux administratifs concurrents. Le fait de subordonner l’effet d’une disposition prévoyant le règlement obligatoire des différends à la nature du tribunal concurrent créerait une confusion persistente en ce qui concerne la juridiction compétente, plongeant les membres du public dans l’incertitude quant à « savoir à qui s’adresser en vue de régler un litige » (par. 64). Le fait de confirmer que les mêmes principes s’appliquent dans tous les contextes permet d’éviter cette situation.

[32] Cela dit, il demeure nécessaire de se demander si le régime législatif concurrent indique une intention d’écarter la compétence exclusive de l’arbitre du travail. Dans certains cas, le régime peut prévoir un « code exhaustif » qui confère à un tribunal concurrent la compétence exclusive sur certains types de différends, comme c’était le cas dans l’affaire *Regina Police* (voir aussi J.-A. Pickel, « Statutory Tribunals and the Challenges of Managing Parallel Claims », dans E. Shilton et K. Schucher, dir., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law : Essays in Memory of Bernie Adell* (2017), 175, p. 184-187). Dans d’autres cas, la loi peut doter un tribunal concurrent d’une compétence partagée à l’égard des différends qui autrement relèveraient uniquement de l’arbitre du travail. Et lorsque le législateur prévoit une telle compétence, les tribunaux doivent respecter cette intention.

[33] What *Morin* indicates, however, is that the mere existence of a competing tribunal is insufficient to displace labour arbitration as the sole forum for disputes arising from a collective agreement. Consequently, some positive expression of the legislature's will is necessary to achieve that effect. Ideally, where a legislature intends concurrent jurisdiction, it will specifically so state in the tribunal's enabling statute. But even absent specific language, the statutory scheme may disclose that intention. For example, some statutes specifically empower a decision-maker to defer consideration of a complaint if it is capable of being dealt with through the grievance process (see, e.g., *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 25; *Canada Labour Code*, ss. 16(1.1) and 98(3); *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 41 and 42). Such provisions necessarily imply that the tribunal has concurrent jurisdiction over disputes that are also subject to the grievance process. In other cases, the provisions of a statute may be more ambiguous, but the legislative history will plainly show that the legislature contemplated concurrency (see, e.g., *Canpar Industries v. I.U.O.E., Local 115*, 2003 BCCA 609, 20 B.C.L.R. (4th) 301). In these circumstances, applying an exclusive arbitral jurisdiction model would defeat, not achieve, the legislative intent.

[34] In saying this, I acknowledge that, absent "express and unequivocal language" to the contrary, human rights legislation prevails over all other enactments in the event of a conflict (*Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158). In some cases, appellate courts have concluded that by virtue of this paramount status, express language is required to oust the jurisdiction of a human rights tribunal (*Halifax*, at paras. 63-73; *Cadillac Fairview Corp. v. Human Rights Commission (Sask.)* (1999), 177 Sask. R. 126 (C.A.); *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465 (Ont. C.A.) ("*Naraine*"), at para. 47). Whether that is so I need not decide here. But in

[33] Toutefois, ce qu'indique l'arrêt *Morin*, c'est que la simple existence d'un tribunal concurrent ne suffit pas pour écarter l'arbitrage en droit du travail en tant que seule juridiction pour les différends résultant d'une convention collective. Par conséquent, il est nécessaire que le législateur exprime concrètement sa volonté de produire cet effet. Idéalement, lorsque le législateur souhaite qu'il y ait compétence concurrente, il l'indiquera expressément dans la loi constitutive du tribunal administratif. Toutefois, même sans indication expresse en ce sens, cette intention peut ressortir du régime législatif. Par exemple, certaines lois habilite expressément le décideur à refuser d'instruire la plainte au motif que celle-ci pourrait être instruite selon la procédure de règlement des griefs (voir, p. ex., *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 25; *Code canadien du travail*, al. 16(1.1) et par. 98(3); *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 41 et 42). Ces dispositions impliquent nécessairement que le tribunal administratif a une compétence concurrente sur les différends qui sont également soumis à la procédure de règlement des griefs. Dans d'autres cas, les dispositions d'une loi peuvent être plus ambiguës, mais l'historique législatif montrera clairement que le législateur envisageait une compétence concurrente (voir, p. ex., *Canpar Industries c. I.U.O.E., Local 115*, 2003 BCCA 609, 20 B.C.L.R. (4th) 301). En pareil cas, l'application d'un modèle de compétence arbitrale exclusive ferait échec à l'intention du législateur, et ne permettrait pas de concrétiser cette intention.

[34] En disant cela, je reconnais que, à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement « en termes clairs et exprès », les lois sur les droits de la personne ont préséance sur toutes les autres lois en cas de conflit (*Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, p. 158). Dans certains cas, les cours d'appel ont conclu qu'en raison de cette primauté, il est nécessaire que le législateur s'exprime en des termes explicites pour exclure la compétence d'un tribunal des droits de la personne (*Halifax*, par. 63-73; *Cadillac Fairview Corp. c. Human Rights Commission (Sask.)* (1999), 177 Sask. R. 126 (C.A.); *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465 (C.A. Ont.) (« *Naraine* »),

light of the jurisprudence of this Court which I have recounted, I am of the view that the inclusion of a mandatory dispute resolution clause in a labour relations statute must qualify as an explicit indication of legislative intent to oust the operation of human rights legislation.

[35] Even were it otherwise, the human rights legislation that applies in this case merely provides that “the substantive rights and obligations in this Code are paramount over the substantive rights and obligations in every other Act of the Legislature” (*The Human Rights Code*, s. 58). This indicates that while the *obligations* are “paramount”, the *procedures* established by *The Human Rights Code* for enforcing them are *not*. This is entirely consistent with exclusive arbitral jurisdiction.

(b) *Individual Rights, Collective Representation, and Access to Justice*

[36] The respondents argue that interpreting the arbitrator’s jurisdiction as exclusive with respect to human rights issues raises access to justice concerns. This is because employees’ access to labour arbitration is controlled by their union. If a union declines to advance a claim to arbitration, the employee is left without recourse (*Naraine*, at para. 62; *A.T.U.*, at paras. 66-67). This is said to be particularly undesirable since human rights are “quintessentially individual rights, and their enforcement should lie within the control of the rights holder” (Shilton, “Choice, but No Choice”, at p. 502). The answer to this concern is, however, governed by *Weber*, inasmuch as this Court placed control over unionized workers’ ability to advance workplace-related *Charter* claims — most of which relate no less to “quintessentially individual rights” — in the hands of labour unions.

[37] Furthermore, this concern is mitigated by the union’s duty of fair representation — codified in Manitoba in s. 20 of *The Labour Relations*

par. 47). Je n’ai pas à trancher si tel est le cas en l’espèce. Toutefois, compte tenu de la jurisprudence de la Cour que j’ai recensée, j’estime que l’inclusion d’une disposition prévoyant le règlement obligatoire des différends dans une loi sur les relations de travail doit être considérée comme une indication explicite de l’intention du législateur d’écarter l’application des lois sur les droits de la personne.

[35] Même s’il en était autrement, la loi sur les droits de la personne qui s’applique en l’espèce prévoit simplement que « les droits et obligations fondamentaux du présent code priment sur ceux de toute autre loi de la Législature » (*Code des droits de la personne*, art. 58). Ce passage indique que les *obligations* « priment », tandis que les *procédures* établies dans le *Code des droits de la personne* pour faire respecter ces obligations *ne* « priment » *pas*. Cela est en parfaite adéquation avec la compétence arbitrale exclusive.

b) *Droits individuels, représentation collective et accès à la justice*

[36] Les intimés font valoir qu’interpréter la compétence de l’arbitre du travail comme étant exclusive à l’égard des questions liées aux droits de la personne soulève des préoccupations concernant l’accès à la justice, car le syndicat contrôle l’accès des employés à l’arbitrage. Si le syndicat refuse de soumettre un grief à l’arbitrage, l’employé n’a aucun autre recours (*Naraine*, par. 62; *A.T.U.*, par. 66-67), ce qui est particulièrement non souhaitable, car les droits de la personne sont [TRADUCTION] « des droits essentiellement individuels, et leur respect devrait relever du contrôle du titulaire des droits » (Shilton, « Choice, but No Choice », p. 502). La réponse à cette préoccupation est toutefois régie par l’arrêt *Weber*, en ce sens que la Cour a placé le contrôle de la capacité des travailleurs syndiqués à présenter des demandes fondées sur la *Charte* liées au milieu de travail — dont la plupart se rapportent tout de même à des « droits essentiellement individuels » — entre les mains des syndicats.

[37] En outre, cette préoccupation est atténuée par le devoir de juste représentation du syndicat — codifié au Manitoba à l’art. 20 de la *Loi sur les relations*

*Act* — which “acts as a check on the principle of exclusivity” (C. Mummé, “Questions, Questions: Has *Weber* Had an Impact on Unions’ Representational Responsibilities in Workplace Human Rights Disputes?”, in Shilton and Schucher, *One Law for All?*, 229, at p. 237). Unions themselves are also subject to human rights obligations and may be held directly liable under human rights legislation for engaging in discriminatory conduct, including entering into a discriminatory agreement (*The Human Rights Code*, s. 14; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at pp. 989-94).

[38] Of course, there will be instances of a union declining to advance a grievance to arbitration without breaching its duty of fair representation or engaging in discrimination. And, in such cases, the employee will indeed be left without a forum for resolution. But this state of affairs — which, it bears restating, can be undone by clearly expressed legislative intent to the contrary — is a product of the union’s statutorily granted monopoly on representation (*Bisaillon*, at paras. 24-28; *Noël v. Société d’énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207, at para. 41). In other words, it is a product of legislative choice, to which we are bound to give effect.

(c) *Summary*

[39] To summarize, resolving jurisdictional contests between labour arbitrators and competing statutory tribunals entails a two-step analysis. First, the relevant legislation must be examined to determine whether it grants the arbitrator exclusive jurisdiction and, if so, over what matters (*Morin*, at para. 15). Where the legislation includes a mandatory dispute resolution clause, an arbitrator empowered under that clause has the exclusive jurisdiction to decide all disputes arising from the collective agreement, subject to clearly expressed legislative intent to the contrary.

*du travail* — qui [TRADUCTION] « sert de contre-poids au principe de l’exclusivité » (C. Mummé, « Questions, Questions : Has *Weber* Had an Impact on Unions’ Representational Responsibilities in Workplace Human Rights Disputes? », dans Shilton et Schucher, *One Law for All?*, 229, p. 237). Les syndicats eux-mêmes sont également assujettis à des obligations en matière de droits de la personne, et peuvent être tenus directement responsables au titre des lois sur les droits de la personne pour avoir eu une conduite discriminatoire, ce qui comprend la conclusion d’un accord discriminatoire (*Code des droits de la personne*, art. 14; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, p. 989-994).

[38] Évidemment, il y aura des cas où le syndicat refusera de soumettre un grief à l’arbitrage, sans manquer à son devoir de juste représentation ou sans faire preuve de discrimination. Dans de tels cas, l’employé se retrouvera effectivement sans juridiction pouvant régler son grief. Toutefois, cette situation — qui, rappelons-le, peut être renversée par une intention législative clairement exprimée à l’effet contraire — résulte du monopole de représentation que confère la loi au syndicat (*Bisaillon*, par. 24-28; *Noël c. Société d’énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 41). Autrement dit, elle découle d’un choix du législateur, auquel nous sommes tenus de donner effet.

c) *Résumé*

[39] Pour résumer, la résolution des conflits de compétence entre les arbitres du travail et les tribunaux d’origine législative concurrents comporte une analyse en deux étapes. D’abord, il faut examiner la loi applicable afin d’établir si elle confère une compétence exclusive à l’arbitre et, dans l’affirmative, sur quelles questions porte cette compétence (*Morin*, par. 15). Lorsque la loi comprend une disposition prévoyant le règlement obligatoire des différends, l’arbitre nommé en vertu de cette disposition a compétence exclusive pour trancher tous les différends résultant de la convention collective, sous réserve d’une intention législative clairement exprimée à l’effet contraire.

[40] If at the first step it is determined that the legislation grants the labour arbitrator exclusive jurisdiction, the next step is to determine whether the dispute falls within the scope of that jurisdiction (*Morin*, at paras. 15 and 20; *Regina Police*, at para. 27). The scope of an arbitrator’s exclusive jurisdiction will depend on the precise language of the statute but, in general, it will extend to all disputes that arise, in their essential character, from the interpretation, application, or alleged violation of the collective agreement. This requires analysing the ambit of the collective agreement and accounting for the factual circumstances underpinning the dispute (*Weber*, at para. 51). The relevant inquiry is into the *facts* alleged, not the *legal* characterization of the matter (*Weber*, at para. 43; *Regina Police*, at para. 25; *Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223 (“*Charette*”), at para. 23).

[41] Where two tribunals have concurrent jurisdiction over a dispute, the decision-maker must consider whether to exercise its jurisdiction in the circumstances of a particular case. For the reasons given below, concurrency does not arise in this case. I would therefore decline to elaborate here on the factors that should guide the determination of the appropriate forum.

[42] Bearing these general principles in mind, I turn to the facts of this case.

(2) Application

(a) *The Statutory Scheme*

[43] Two statutes are relevant here. First, as already noted, *The Labour Relations Act* contains a mandatory dispute resolution clause, which states:

**78(1)** Every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences between the parties thereto, or persons bound by the agreement or on

[40] Si, à la première étape, il est établi que la loi confère une compétence exclusive à l’arbitre du travail, l’étape suivante consiste à établir si le différend relève de cette compétence (*Morin*, par. 15 et 20; *Regina Police*, par. 27). La portée de la compétence exclusive d’un arbitre dépendra du libellé précis de la loi, mais englobe, en règle générale, tous les différends dont le caractère essentiel découle de l’interprétation, de l’application ou de la prétendue violation de la convention collective. Il faut analyser le champ d’application de la convention collective et prendre en compte les circonstances factuelles qui sous-tendent le conflit (*Weber*, par. 51). L’analyse pertinente porte sur les *faits* allégués, et non sur la qualification *juridique* de la question (*Weber*, par. 43; *Regina Police*, par. 25; *Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223 (« *Charette* »), par. 23).

[41] Lorsque deux tribunaux administratifs ont une compétence concurrente à l’égard d’un différend, le décideur doit évaluer s’il est opportun d’exercer sa compétence eu égard aux circonstances de l’espèce. Pour les motifs exposés plus loin, il n’y a pas de compétence concurrente en l’espèce. Je n’apporterai donc pas de précisions ici concernant les facteurs qui devraient guider la détermination de la juridiction appropriée.

[42] À la lumière de ces principes généraux, je me penche maintenant sur les faits de la présente affaire.

(2) Application

a) *Le régime législatif*

[43] Deux lois sont applicables en l’espèce. D’abord, comme il a déjà été noté, la *Loi sur les relations du travail* contient une disposition prévoyant le règlement obligatoire des différends, dont le libellé est le suivant :

**78(1)** La convention collective contient une clause prévoyant le règlement définitif, sans arrêt de travail, par voie d’arbitrage ou autrement, de tous les conflits entre les parties à la convention ou les personnes liées par elle ou au

whose behalf it was entered into, concerning its meaning, application, or alleged violation.

In this case, the parties chose grievance arbitration as the sole dispute resolution mechanism (“Collective Agreement between: Canadian Union of Public Employees, Local 8600 and Nor-Man Regional Health Authority Inc.”, April 1, 2008, to March 31, 2012, arts. 10 and 11, reproduced in A.R., vol. II, at pp. 19-22). That method is binding on the parties (s. 78(4)).

[44] Like the mandatory dispute resolution clauses at issue in *St. Anne Nackawic, Weber, Regina Police*, and *Morin*, the purpose of s. 78 is to channel all disputes arising from the collective agreement into a single forum for resolution. Like those clauses, it discloses a legislative intent to grant exclusive jurisdiction to the labour arbitrator (or other decision-maker chosen by the parties) over all disputes arising from the collective agreement.

[45] The second relevant statute here, *The Human Rights Code*, provides that “[a]ny person may file . . . a complaint alleging that another person has contravened this Code” (s. 22(1)), and directs the Commission to investigate such complaints (s. 26). Where such investigation leads the Commission to conclude that “additional proceedings in respect of the complaint would further the objectives of this Code or assist the Commission in discharging its responsibilities under this Code”, it must either request the designation of an adjudicator to hear the complaint or recommend that the minister commence a prosecution for an alleged contravention of the *Code* (s. 29(3)). While such provisions vest broad jurisdiction in the Commission over *Code* violations, they are — absent express displacement of the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator established by the mandatory arbitration clause — insufficient to support a finding that the Commission holds concurrent jurisdiction here.

nom desquelles la convention a été conclue, relativement à son interprétation, à son application ou à une prétendue violation d’une de ses dispositions.

En l’espèce, les parties ont choisi l’arbitrage de grief comme seul mécanisme de règlement des différends (« Collective Agreement between : Canadian Union of Public Employees, Local 8600 and Nor-Man Regional Health Authority Inc. », 1<sup>er</sup> avril 2008 au 31 mars 2012, art. 10 et 11, reproduite dans d.a., vol. II, p. 19-22). Ce mode de règlement lie les parties (par. 78(4)).

[44] Tout comme les dispositions prévoyant le règlement obligatoire des différends dont il était question dans les arrêts *St. Anne Nackawic, Weber, Regina Police* et *Morin*, l’objet de l’art. 78 est de diriger tous les différends résultant de la convention collective vers une seule juridiction en vue de leur règlement. À l’instar de ces dispositions, il révèle l’intention du législateur de conférer une compétence exclusive à l’arbitre du travail (ou à un autre décideur choisi par les parties) à l’égard de tous les conflits résultant de la convention collective.

[45] La deuxième loi applicable en l’espèce, le *Code des droits de la personne*, prévoit qu’« [u]ne plainte peut être déposée [. . .] par une personne qui déclare qu’une autre personne a contrevenu aux dispositions du présent code » (par. 22(1)), et charge la Commission de procéder à l’examen de ces plaintes (art. 26). Lorsqu’un tel examen amène la Commission à conclure que « des procédures additionnelles quant à la plainte serviraient les buts du présent code ou faciliteraient l’exercice des fonctions de la Commission en vertu du présent code », celle-ci doit demander la désignation d’un arbitre des droits de la personne afin qu’il statue sur la plainte ou recommander au ministre d’introduire une poursuite relativement à une contravention qui aurait été commise au *Code* (par. 29(3)). Bien que ces dispositions confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire à la Commission à l’égard des violations du *Code*, elles sont — sauf si la compétence exclusive d’un arbitre du travail établie par une clause d’arbitrage obligatoire a été expressément écartée — insuffisantes pour conclure que la Commission a une compétence concurrente en l’espèce.

[46] I would therefore conclude that the arbitrator's jurisdiction under *The Labour Relations Act* over claims that arise, in their essential character, from the interpretation, application, or alleged violation of the collective agreement is *exclusive* and, more particularly, *exclusive of the Commission*.

(b) *The Essential Character of the Dispute*

[47] Having recognized the arbitrator's exclusive jurisdiction over disputes whose essential character arises from the interpretation, application or alleged violation of the collective agreement between the NRHA and Ms. Horrocks' union, it remains for me to consider whether the essential character of Ms. Horrocks' complaint filed with the Commission represents such a dispute. In my view, it does.

[48] This dispute concerns the NRHA's response to Ms. Horrocks' attendance at work under the influence of alcohol, which response included requiring that she sign an abstinence agreement and, after she breached that agreement, terminating her employment. The NRHA says that these steps were necessary to protect its patients. Ms. Horrocks says that other options were available to accomplish the NRHA's objective.

[49] The collective agreement includes a management rights clause, which entitles the employer to maintain quality patient care; to discipline, suspend, or discharge employees for just cause; and to make, alter, and enforce rules and regulations in a manner that is fair and consistent with the terms of the agreement (art. 301). These rights are expressly limited by a prohibition on discrimination under art. 6 of the collective agreement. They are also implicitly limited by the terms of employment-related statutes (*Parry Sound*, at para. 26; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, at p. 523), including the prohibition on discrimination under s. 7 of *The Labour Relations Act*.

[46] Je conclurais donc que la compétence de l'arbitre au titre de la *Loi sur les relations du travail* à l'égard des demandes dont le caractère essentiel découle de l'interprétation, de l'application ou d'une prétendue violation de la convention collective est *exclusive* et, plus particulièrement, qu'elle exclut *la Commission*.

b) *Le caractère essentiel du litige*

[47] Après avoir reconnu la compétence exclusive de l'arbitre du travail à l'égard de différends dont le caractère essentiel découle de l'interprétation, de l'application ou d'une prétendue violation de la convention collective conclue entre l'ORSN et le syndicat de M<sup>me</sup> Horrocks, il me reste à décider si le caractère essentiel de la plainte déposée par M<sup>me</sup> Horrocks à la Commission représente un tel différend. À mon avis, tel est le cas.

[48] Le différend porte sur la réponse de l'ORSN à la présence au travail de M<sup>me</sup> Horrocks alors qu'elle était en état d'ébriété, réponse qui comprenait notamment la signature exigée d'une entente d'abstinence et, à la suite du non-respect de l'entente, le congédiement de M<sup>me</sup> Horrocks. L'ORSN soutient que ces mesures étaient nécessaires pour protéger ses patients. Madame Horrocks affirme que d'autres options étaient possibles pour réaliser l'objectif de l'ORSN.

[49] La convention collective comprend une clause des droits de la direction, qui autorise l'employeur à maintenir des soins de qualité aux patients; à sanctionner, suspendre ou renvoyer les employés pour un motif valable; et à édicter, modifier et appliquer des règles et règlements d'une manière qui est juste et conforme aux modalités de la convention collective (art. 301). Ces droits sont expressément limités par l'interdiction de discrimination énoncée à l'art. 6 de la convention collective. Ils sont aussi implicitement limités par les dispositions des lois ayant trait à l'emploi (*Parry Sound*, par. 26; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, p. 523), notamment l'interdiction de discrimination prévue à l'art. 7 de la *Loi sur les relations du travail*.

[50] In its essential character, then, Ms. Horrocks' complaint is that her employer exercised its management rights in a way that was inconsistent with their express and implicit limits. This complaint arises foursquare from the NRHA's exercise of its rights under, and from its alleged violation of, the collective agreement. While the claim invokes Ms. Horrocks' statutory rights, those rights are "too closely intertwined with collectively bargained rights to be sensibly separated" and cannot be "meaningfully adjudicated . . . except as part of a public/private package that only a labour arbitrator can deal with" (E. Shilton, "Labour Arbitration and Public Rights Claims: Forcing Square Pegs into Round Holes" (2016), 41 *Queen's L.J.* 275, at p. 309). On the authority of this Court's precedents, the inescapable conclusion is that Ms. Horrocks' claim therefore falls solely to the arbitrator to adjudicate.

[51] The adjudicator, I observe, sought to escape the inescapable by describing the essential character of the dispute as "aris[ing] from an alleged violation of the complainant's human rights and not out of the 'interpretation, application, administration or violation of the collective agreement'" (MBHR reasons, at para. 110; see also *Weber*, at para. 52). Respectfully, the adjudicator's error here was to do what *Weber* directs not to do, by focussing on the *legal* characterization of Ms. Horrocks' claim instead of on "whether the facts of the dispute fall within the ambit of the collective agreement" (para. 44). It is of course true that Ms. Horrocks alleges a human rights violation. But were that sufficient to displace the exclusive jurisdiction of the labour arbitrator, exclusive arbitral jurisdiction would be significantly undermined, because *every* human rights complaint would automatically fall within the jurisdiction of the human rights adjudication system. Again, what matters are the *facts* of the complaint, not the legal form in which the complaint is advanced.

[50] De par son caractère essentiel, donc, la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks est que son employeur a exercé ses droits de la direction d'une manière incompatible avec les limites expresses et implicites auxquelles ces droits étaient subordonnés. Cette plainte découle carrément de l'exercice par l'ORSN de ses droits au titre de la convention collective et de la prétendue violation de celle-ci. Bien que M<sup>me</sup> Horrocks invoque dans sa plainte des droits que la loi lui reconnaît, ceux-ci sont [TRADUCTION] « trop étroitement liés aux droits faisant l'objet de négociations collectives pour en être raisonnablement dissociés » et ne peuvent être « jugés de façon significative [. . .] que dans le cadre d'un mécanisme public/privé dont seul un arbitre du travail peut être en charge » (E. Shilton, « Labour Arbitration and Public Rights Claims : Forcing Square Pegs into Round Holes » (2016), 41 *Queen's L.J.* 275, p. 309). Selon les précédents établis par la Cour, la conclusion inéluctable est donc que seul l'arbitre du travail peut trancher la demande de M<sup>me</sup> Horrocks.

[51] Je constate que l'arbitre des droits de la personne a tenté d'échapper à la conclusion inéluctable en expliquant que le caractère essentiel du litige [TRADUCTION] « résulte de la prétendue violation des droits de la personne de la plaignante, et non de "l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de la violation de la convention collective" » (motifs de la CDPM, par. 110; voir aussi *Weber*, par. 52). Soit dit en tout respect, l'erreur de l'arbitre des droits de la personne dans la présente affaire a été de faire ce que l'arrêt *Weber* commande de ne pas faire, c'est-à-dire de se concentrer sur la qualification *juridique* de la demande de M<sup>me</sup> Horrocks plutôt que sur la question « de savoir si les faits entourant le litige sont visés par la convention collective » (par. 44). Certes, il est vrai que M<sup>me</sup> Horrocks invoque une violation des droits de la personne. Toutefois, si cela était suffisant pour écarter la compétence exclusive de l'arbitre du travail, celle-ci serait considérablement minée parce que *toute* plainte en matière de droits de la personne relèverait automatiquement de la compétence du système décisionnel des droits de la personne. Encore une fois, ce qui importe, ce sont les *faits* de la plainte, et non la forme juridique que prend la plainte formulée.

[52] Moreover, our jurisprudence makes clear that the mere allegation of a human rights violation does not bring a dispute within the jurisdiction of a human rights tribunal. In *Charette*, for example, the complainant, having been denied social assistance benefits while on maternity leave, alleged that the benefits scheme discriminated against her on the basis of pregnancy. Under the relevant legislation, the Commission des affaires sociales (“CAS”) held exclusive jurisdiction to apply and interpret the benefits scheme. This Court found that, notwithstanding the allegation of discrimination, the essential character of the dispute was Ms. Charette’s entitlement to benefits, which fell within the CAS’s exclusive jurisdiction. In concurring reasons, Binnie J. cited to *Weber*, cautioning that “one must look not to the legal characterization of the wrong, but to the facts giving rise to the dispute” (para. 37, quoting *Weber*, at para. 49). In the context of the case, he found that the “wrong” was legally characterizable as “the subject matter of a *Charter* complaint”, while the “facts giving rise to the dispute” were “the Minister’s discontinuance of an income security benefit, and Ms. Charette’s claim to get it back under an administrative scheme that the legislature in plain words has channelled directly to the CAS” (para. 37).

[53] Similarly, in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, a House of Commons employee argued that he was constructively dismissed as a result of workplace harassment and discrimination. The Court held that the allegation of a human rights violation “does not automatically steer the case to the Canadian Human Rights Commission” (para. 93). Looking at the facts underpinning the complaint, the Court found nothing “to lift these complaints out of their specific employment context” (para. 94). It confirmed: “A grievance that raises a human rights issue is nevertheless a grievance for purposes of employment or labour relations . . .” (para. 95).

[52] De plus, il ressort clairement de notre jurisprudence que la simple allégation de violation des droits de la personne ne fait pas en sorte que le différend relève de la compétence du tribunal des droits de la personne. Dans l’affaire *Charette*, par exemple, la plaignante, qui s’était vu refuser des prestations d’aide sociale pendant son congé de maternité, soutenait que le régime de prestations était discriminatoire à son égard sur le fondement de sa grossesse. En vertu de la loi applicable, la Commission des affaires sociales (« CAS ») détenait la compétence exclusive pour appliquer et interpréter le régime de prestations. La Cour a conclu que, malgré l’allégation de discrimination, le caractère essentiel du conflit était le droit de M<sup>me</sup> Charette aux prestations, qui relevait de la compétence exclusive de la CAS. Dans des motifs concordants, le juge Binnie a cité l’arrêt *Weber*, avertissant qu’il « faut s’attacher non pas à la qualité juridique du tort, mais aux faits qui donnent naissance au litige » (par. 37, citant *Weber*, par. 49). Dans le contexte de l’affaire, il a conclu que le « tort » pouvait être qualifié en droit « d’atteinte à l’origine d’une plainte fondée sur la *Charte* », alors que les « faits qui donnent naissance au litige » étaient « la décision du ministre de ne plus verser de prestations de sécurité du revenu et le recours de M<sup>me</sup> Charette, pour toucher de nouveau ces prestations, à un appel administratif qui, selon l’intention manifeste du législateur, devait être interjeté directement à la CAS » (par. 37).

[53] De même, dans l’arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, un employé de la Chambre des communes a fait valoir qu’il avait été congédié indirectement en raison d’actes discriminatoires et de harcèlement en milieu de travail à son égard. La Cour a conclu que l’allégation de violation des droits de la personne ne fait pas en sorte que la « cause est nécessairement du ressort de la Commission canadienne des droits de la personne » (par. 93). Lors de l’examen des faits à la base de la plainte, la Cour n’a rien trouvé qui « justifie que les plaintes de M. Vaid soient considérées dans un autre contexte que leur contexte de relations de travail » (par. 94). Elle a confirmé : « Le grief qui soulève une question relative aux droits de la personne demeure un grief en matière d’emploi ou de relations de travail . . . » (par. 95).

[54] In my respectful view, the Court of Appeal similarly fell into error in describing the essential character of the dispute. Ms. Horrocks, it said, “sever[ed]” her claim relating to discipline and discharge from her claim relating to discrimination:

The essential character of the dispute raised in the complaint to the Commission must be examined in light of the factual context, particularly the absence of a grievance of the second termination. This was not a case of forum shopping. Rather than hedging her bets, by not grieving her second termination, the complainant made a choice to sever her claims relating to discipline and discharge from her claim relating to discrimination on the basis of alcohol dependency. By doing so, she abandoned her rights under the collective agreement to just cause protection, the grievance procedure and union representation (see *Paterno v. Salvation Army, Centre of Hope*, 2011 HRTO 2298 (Ont. Human Rights Trib.), at para. 33). She also gave up any right to challenge the second termination in terms of her discipline and dismissal, given that in Manitoba only a labour arbitrator can decide issues of whether there was just cause to dismiss an employee who was subject to a collective agreement. [para. 80]

This reveals a misunderstanding of what constitutes the “factual context” of a claim. The relevant facts are only those leading to the dispute. The *procedures* chosen by a claimant to *resolve* the dispute have no relevance. Much like the analysis of the adjudicator, the Court of Appeal’s understanding would allow a claimant to circumvent the arbitrator’s exclusive jurisdiction by opting to proceed in a different forum.

[55] The Court of Appeal also found that Ms. Horrocks’ complaint “transcends” the collective agreement and is, therefore, “not in the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator to decide” (para. 85). It explained:

... the expected standards of accommodating workers with an alcohol or drug dependence should not depend on the nature of a particular collective agreement or the prudence of a particular employer where a workplace is not subject

[54] À mon humble avis, la Cour d’appel a, de la même façon, commis une erreur en décrivant le caractère essentiel du différend. Selon elle, M<sup>me</sup> Horrocks a [TRADUCTION] « retranch[é] » sa demande relative aux mesures disciplinaires et s’est libérée de celle relative à la discrimination :

[TRADUCTION] Le caractère essentiel du différend soulevé dans la plainte soumise à la Commission doit être examiné à la lumière du contexte factuel, particulièrement l’absence de grief à l’égard du second congédiement. Il ne s’agissait pas d’un cas de recherche de tribunal favorable. Plutôt que de se couvrir, en ne portant pas plainte à l’égard de son second congédiement, la plaignante a fait le choix de retrancher ses demandes relatives aux mesures disciplinaires et de se libérer de sa demande relative à la discrimination fondée sur son alcoolisme. Ce faisant, elle a abandonné ses droits au titre de la convention collective à la protection pour motif valable, à la procédure de grief et à la représentation syndicale (voir *Paterno c. Salvation Army, Centre of Hope*, 2011 HRTO 2298 (Trib. droits pers. Ont.), par. 33). Elle a aussi renoncé à tout droit de contester le second congédiement en ce qui a trait aux mesures disciplinaires qui lui ont été imposées et à son renvoi, étant donné qu’au Manitoba, seul un arbitre du travail peut trancher la question de savoir s’il y avait un motif valable de congédier un employé qui était visé par une convention collective. [par. 80]

Ce passage révèle une mauvaise compréhension de ce qui constitue le « contexte factuel » d’une plainte. Les faits pertinents sont seulement ceux qui sont à l’origine du différend. Les *procédures* choisies par le demandeur pour *régler* le différend n’ont aucune pertinence. Tout comme l’analyse de l’arbitre des droits de la personne, la compréhension de la Cour d’appel permettrait à un demandeur de contourner la compétence exclusive de l’arbitre du travail en choisissant de procéder devant une autre juridiction.

[55] La Cour d’appel a aussi conclu que la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks [TRADUCTION] « transcende » la convention collective et, par conséquent, qu’elle « ne relève pas de la compétence exclusive d’un arbitre du travail » (par. 85). Elle a expliqué :

[TRADUCTION] ... les normes attendues en ce qui a trait aux mesures d’adaptation à l’alcoolisme ou à la toxicomanie des travailleurs ne devraient pas dépendre de la nature d’une convention collective précise ou de la prudence d’un

to a collective agreement. A degree of consistency in methodology in designing individualized accommodation for disabled workers is in the overall public interest. These are issues in which the Commission properly plays an important role in defining. [para. 85]

Again, this stands in opposition to *Weber*. There, the Court (at para. 60) *rejected* the suggestion that claims involving important policy questions fall outside the arbitrator’s exclusive jurisdiction, stating that, even where a *Charter* issue may raise “broad policy concerns”, it is “nonetheless a component of the labour dispute, and hence within the jurisdiction of the labour arbitrator”. Continuing, the Court removed all room for doubt on this point: “The existence of broad policy concerns with respect to a given issue cannot preclude the labour arbitrator from deciding all facets of the labour dispute” (*ibid.*). In short, such concerns do not “transcend” the collective agreement; rather, they form part of the arbitrator’s remit in adjudicating disputes thereunder.

#### IV. The Possibility of the Commission Declining Jurisdiction

[56] The suggestion is made that, “[a]s a general rule, the Commission should decline jurisdiction unless labour arbitration is not a realistic alternative” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 128). Experience suggests that this statement would prove to be more aspirational than directional. “[D]espite the *Weber* line of cases and despite the authority of [labour] arbitrators to apply human rights . . . statutes” (Pickel, at p. 199), human rights tribunals have not only regularly held that they have concurrent jurisdiction, but have exercised it, even where there exists or has existed a parallel labour arbitration proceeding dealing with the substance of the complaint (pp. 187-200).

employeur précis lorsqu’un milieu de travail n’est pas assujéti à une convention collective. Il est dans l’intérêt public général d’assurer une certaine cohérence dans la méthodologie lors de la prise de mesures individualisées pour les travailleurs ayant une incapacité. Ce sont là des questions que la Commission contribue à bon droit à définir. [par. 85]

Encore une fois, cette interprétation est contraire à l’arrêt *Weber*. Dans cette affaire, la Cour (au par. 60) a *rejeté* la proposition selon laquelle les demandes comportant d’importantes questions de principe ne relèvent pas de la compétence exclusive de l’arbitre du travail, affirmant que, même lorsqu’une demande fondée sur la *Charte* peut soulever « des préoccupations de principe globales », elle « n’en est pas moins un élément du conflit de travail et, partant, elle relève de la compétence de l’arbitre ». Ensuite, la Cour n’a laissé aucune place au doute sur ce point : « L’existence de préoccupations de principe globales concernant une question donnée ne peut empêcher l’arbitre de résoudre tous les aspects du conflit de travail » (*ibid.*). En résumé, de telles préoccupations ne « transcendent » pas la convention collective; elles font plutôt partie du domaine de compétence de l’arbitre du travail lorsqu’il tranche les différends en résultant.

#### IV. Possibilité que la Commission décline compétence

[56] Ma collègue avance l’idée qu’« [e]n règle générale, la Commission devrait décliner compétence, à moins que l’arbitrage ne soit pas une option réaliste » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 128). L’expérience nous enseigne qu’un tel énoncé représenterait davantage un idéal qu’une directive. [TRADUCTION] « [M]algré les décisions rendues dans la foulée de l’arrêt *Weber* et malgré le pouvoir des arbitres [du travail] d’appliquer les lois sur les droits de la personne » (Pickel, p. 199), les tribunaux des droits de la personne ont non seulement régulièrement statué qu’ils avaient une compétence concurrente, mais l’ont effectivement exercée, même lorsqu’il existait ou avait existé une procédure parallèle d’arbitrage en droit du travail permettant de statuer sur le fond de la plainte (p. 187-200).

[57] This posture was evident in the submissions before us from counsel for the Commission who, upon being questioned from the bench about whether the Commission’s position was that “whether or not the Commission chooses to act upon its authority or declines to do so depends on whether the complaint has been ‘fully and fairly’ . . . dealt with under the grievance procedure” (transcript, at p. 85), responded:

No, Justice, and I don’t think the Commission would suggest for a moment that that is what it is there for.

The words I meant to convey is, there is an opportunity on the part of the Executive Director under section 26, or the Commission itself under section 29, to look at whether any given complaint — and perhaps better words would have been “adjudicated”, “adequately adjudicated”, “fairly adjudicated” would fall into the equation as well. I mean, if there were abuses there, yes, I submit it would be open to the Commission to consider that. [pp. 85-86]

[58] Leaving room for the Commission to exercise jurisdiction where it subjectively views labour arbitration as not “realistic” (Karakatsanis J.’s reasons, at para. 128), coupled with the Commission’s understanding that it may review the parallel process for “adequacy” or “fairness”, will inevitably come at the expense of finality and judicial economy. Further, and as I have explained, it is an option foreclosed by the jurisprudence of this Court, as I understand it.

## V. Conclusion

[59] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and, subject to one caveat I add below, reinstate Edmond J.’s order setting aside the adjudicator’s decision. As Ms. Horrocks neither participated in the judicial review or appeal proceedings in the courts below nor opposed the NRHA’s application for leave to appeal to this Court, I would not make an order as to costs against her. The

[57] Cette position ressort à l’évidence des observations qui nous ont été présentées par l’avocat de la Commission, qui a répondu ce qui suit lorsqu’on lui a demandé à l’audience si la Commission estimait que [TRADUCTION] « sa décision d’exercer sa compétence ou de la décliner dépend de la question de savoir si la plainte a été instruite “entièrement et équitablement” [. . .] au moyen de la procédure de règlement des griefs » (transcription, p. 85) :

[TRADUCTION] Non, Monsieur le Juge, et je ne pense pas que la Commission laisserait entendre un seul instant que c’est là son rôle.

Ce que je voulais dire, c’est qu’il est également loisible au directeur général, en vertu de l’article 26, et à la Commission elle-même, en vertu de l’article 29, de vérifier si une plainte donnée — et peut-être qu’il aurait mieux convenu d’employer une formulation comme « qui a été tranchée », « qui a été tranchée de façon convenable » ou « qui a été tranchée de façon impartiale », entre en ligne de compte. Je veux dire qu’en cas d’abus, j’estime effectivement que la Commission aurait la possibilité d’envisager une telle mesure. [p. 85-86]

[58] Permettre à la Commission d’exercer sa compétence lorsqu’elle considère subjectivement que l’arbitrage du conflit de travail n’est pas une option « réaliste » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 128), ajouté au fait que celle-ci estime qu’elle a le pouvoir de vérifier si le processus parallèle est « convenable » ou « impartial », nuira inévitablement au caractère définitif des décisions et à l’économie des ressources judiciaires. En outre, et comme je l’ai expliqué, il s’agit d’une option exclue par la jurisprudence de la Cour, selon l’interprétation que j’en fais.

## V. Conclusion

[59] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et, sous réserve de la mise en garde que j’ajoute ci-après, de rétablir l’ordonnance du juge Edmond annulant la décision de l’arbitre des droits de la personne. Comme M<sup>me</sup> Horrocks n’a pas participé au contrôle judiciaire ou aux procédures d’appel devant les juridictions inférieures ni contesté la demande d’autorisation

NRHA will have its costs from the Commission in this Court and in the courts below.

[60] The caveat arises from para. 2 of Edmond J.'s order, which states that Ms. Horrocks "shall be entitled to file a grievance . . . and that if the grievance is not resolved, to proceed to arbitration" (A.R., vol. I, at p. 76). This order appears to reflect the judge's finding that the NRHA is not entitled to object to Ms. Horrocks' grievance on the basis of timeliness because it had advised the court that it would not do so (see MBQB reasons, at paras. 62 and 65(8)). I note that counsel for the NRHA made similar representations before this Court.

[61] In my view, Ms. Horrocks' entitlement to file a grievance and proceed to arbitration was not before the Court of Queen's Bench on the judicial review. Nor was the NRHA's ability to object to her grievance on the basis of timeliness. Both issues involve the interpretation and application of the collective agreement, and must therefore be decided in the first instance by the labour arbitrator. I would not restore para. 2 of Edmond J.'s order.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting) —

### I. Overview

[62] What forum is available in Manitoba for adjudicating the workplace human rights claim of a unionized employee — does an arbitrator appointed under *The Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, have exclusive jurisdiction? Or does a labour arbitrator have concurrent jurisdiction with an adjudicator

d'appel de l'ORSN à la Cour, je ne la condamnerais pas aux dépens. L'ORSN obtiendra ses dépens de la Commission devant la Cour et les juridictions inférieures.

[60] La mise en garde découle du par. 2 de l'ordonnance du juge Edmond, qui indique que M<sup>me</sup> Horrocks [TRADUCTION] « aura le droit de déposer un grief [. . .] et, si ce grief n'est pas réglé, de procéder à l'arbitrage » (d.a., vol. I, p. 76). Cette ordonnance semble refléter la conclusion du juge selon laquelle l'ORSN n'a pas le droit de s'opposer au grief de M<sup>me</sup> Horrocks pour cause de non-respect des délais parce qu'il avait indiqué au tribunal qu'il ne le ferait pas (voir les motifs de la CDPM, par. 62 et 65(8)). Je note que l'avocat de l'ORSN a formulé des observations semblables devant notre Cour.

[61] À mon avis, la Cour du Banc de la Reine n'était pas appelée à se prononcer, lors du contrôle judiciaire, sur le droit de M<sup>me</sup> Horrocks de déposer un grief et de procéder à l'arbitrage, pas plus que sur la possibilité pour l'ORSN de s'opposer à son grief pour cause de non-respect des délais. Ces deux questions concernent l'interprétation et l'application de la convention collective et doivent donc d'abord être tranchées par l'arbitre du travail. Je ne rétablirais pas le par. 2 de l'ordonnance du juge Edmond.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) —

### I. Aperçu

[62] Quelle juridiction est compétente au Manitoba pour statuer sur la plainte relative aux droits de la personne en milieu de travail présentée par une employée syndiquée? L'arbitre nommé en vertu de la *Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., c. L10 (« arbitre du travail<sup>3</sup> »), a-t-il compétence exclusive?

<sup>3</sup> Afin de distinguer le terme « arbitre » employé comme équivalent du terme « adjudicator » dans la version anglaise du *Code des droits de la personne* du Manitoba et le terme « arbitre » employé comme équivalent du terme « arbitrator » dans la version anglaise de la *Loi sur les relations du travail* du Manitoba, j'utiliserai les termes « arbitre des droits de la personne » et « arbitre du travail », respectivement.

appointed under *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175? That is the issue in this appeal.

[63] My colleague Brown J. concludes that a labour arbitrator has exclusive jurisdiction over Ms. Horrocks' discrimination claim. He interprets this Court's jurisprudence as providing a rule that "where labour legislation provides for the final settlement of disputes arising from a collective agreement, the jurisdiction of the decision-maker empowered by that legislation — generally, a labour arbitrator — is exclusive" (para. 5). As this is the rule, "[c]ompeting statutory tribunals may carve into that sphere of exclusivity, but only where that legislative intent is clearly expressed" (*ibid.*). My colleague concludes that the jurisdiction of the Manitoba Human Rights Commission (Commission) is ousted in favour of exclusive labour arbitration because he finds that: (i) there is no express legislative intent conferring concurrent jurisdiction on the Commission (at paras. 45-46); and (ii) the essential nature of Ms. Horrocks' claim arises under the collective agreement (para. 47).

[64] While I agree that Ms. Horrocks' discrimination claim arises under the collective agreement and a labour arbitrator accordingly has jurisdiction over it, I disagree that the Commission's jurisdiction is therefore ousted. There is no rule that the exclusive jurisdiction model from *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, applies in all cases involving a jurisdictional issue between labour arbitration and another statutory tribunal. Such a rule was squarely rejected by the majority in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, 2004 SCC 39, [2004] 2 S.C.R. 185 (*Morin*), where McLachlin C.J. recognized that there cannot be any jurisprudentially created presumption about legislative intent. Even when a dispute arises under a collective agreement,

Ou a-t-il une compétence concurrente à celle d'un arbitre nommé en vertu du *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175 (« arbitre des droits de la personne<sup>4</sup> »)? Voilà la question en cause dans le présent pourvoi.

[63] Mon collègue le juge Brown conclut qu'un arbitre du travail a compétence exclusive sur la plainte de discrimination de M<sup>me</sup> Horrocks. Selon l'interprétation qu'il en fait, la jurisprudence de la Cour établit une règle selon laquelle « lorsqu'une loi sur les relations de travail comprend une disposition qui prévoit le règlement définitif des différends résultant d'une convention collective, la compétence du décideur nommé en vertu de cette loi — généralement, un arbitre du travail — est exclusive » (par. 5). En raison de cette règle, « [l]es tribunaux concurrents d'origine législative peuvent empiéter sur cette sphère d'exclusivité, mais seulement lorsque l'intention du législateur est clairement exprimée » (*ibid.*). Mon collègue conclut que la compétence de la Commission des droits de la personne du Manitoba (Commission) est écartée en faveur de l'arbitrage exclusif en droit du travail parce qu'il estime que (i) le législateur n'a pas expressément indiqué son intention de conférer une compétence concurrente à la Commission (par. 45-46), et (ii) la nature essentielle de la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks résulte de la convention collective (par. 47).

[64] Bien que je convienne que la plainte de discrimination de M<sup>me</sup> Horrocks résulte de la convention collective et qu'un arbitre du travail a donc compétence pour statuer sur celle-ci, je ne suis pas pour autant d'accord pour dire que la compétence de la Commission est de ce fait écartée. Il n'existe aucune règle qui prévoit que le modèle de la compétence exclusive établi dans l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, s'applique dans tous les cas comportant une question de délimitation des compétences entre un arbitre du travail et un tribunal administratif d'origine législative. Une telle règle a carrément été rejetée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, 2004 CSC 39, [2004] 2 R.C.S.

<sup>4</sup> *Ibid.*

a human rights tribunal may nevertheless have concurrent jurisdiction over the dispute depending on the legislation.

[65] I proceed in three parts. First, I explain my view of this Court’s jurisprudence. Second, I explain why the statutory schemes point to concurrent jurisdiction in this case. Third, I describe the factors the Commission or the human rights adjudicator in this case could have considered in determining whether to exercise their discretion to defer to labour arbitration. Although labour arbitration may well have been the more appropriate forum for Ms. Horrocks’ claim, I do not find that the adjudicator was wrong to conclude that she had jurisdiction and to rule on the merits of the complaint (2015 MBHR 3, 83 C.H.R.R. D/45). In these circumstances, I would not remit the substantive discrimination claim to a labour arbitrator nearly a decade after the events giving rise to it and over six years after the adjudicator’s decision on the merits. I would accordingly dismiss the appeal.

## II. Analysis

### A. *This Court’s Jurisprudence*

[66] My colleague interprets the decisions in *Weber, Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, 2000 SCC 14, [2000] 1 S.C.R. 360, *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, and *Morin* as having effectively decided this appeal. He writes that these “cases indicate that, where labour legislation provides for the final settlement of disputes arising from a collective agreement, the jurisdiction of the arbitrator or other decision-maker empowered by this legislation is exclusive. This applies irrespective

185 (*Morin*), où la juge en chef McLachlin a reconnu qu’il ne peut y avoir de présomption jurisprudentielle quant à l’intention du législateur. Même lorsque le différend résulte d’une convention collective, le tribunal des droits de la personne peut néanmoins avoir une compétence concurrente sur ce différend, selon la loi applicable.

[65] Mon analyse se décline en trois volets. Je vais tout d’abord expliquer mon point de vue sur la jurisprudence de la Cour. Ensuite, je vais expliquer pourquoi les régimes législatifs en cause permettent de conclure à l’existence d’une compétence concurrente en l’espèce. Enfin, je vais exposer les facteurs dont la Commission ou l’arbitre des droits de la personne en l’espèce auraient pu tenir compte afin de décider si elles exerçaient leur pouvoir discrétionnaire pour s’en remettre à l’arbitrage en droit du travail. Même s’il est fort possible que l’arbitrage du travail eût été la procédure la plus appropriée pour l’instruction de la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks, je n’estime pas que l’arbitre des droits de la personne a eu tort de conclure qu’elle avait compétence et de statuer sur le fond de la plainte (2015 MBHR 3, 83 C.H.R.R. D/45). Dans ces conditions, je suis d’avis de ne pas confier l’examen du fond de la plainte de discrimination à un arbitre du travail près d’une dizaine d’années après les faits à l’origine de la plainte et plus de six ans après la décision rendue sur le fond par l’arbitre des droits de la personne. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi.

## II. Analyse

### A. *Jurisprudence de la Cour*

[66] Selon l’interprétation qu’il en fait, mon collègue estime que les arrêts *Weber, Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 R.C.S. 360, *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, et *Morin* tranchent le présent pourvoi. Il écrit qu’il « ressort des décisions rendues [. . .] que lorsque les lois sur les relations de travail comportent une disposition qui prévoit le règlement définitif des différends résultant d’une convention collective, la compétence conférée à

of the nature of the competing forum, but is always subject to clearly expressed legislative intent to the contrary” (para. 15).

[67] I disagree. Below, I explain why these cases do not provide a rule that, absent express legislative intent to the contrary, arbitral jurisdiction is exclusive over disputes that fall within the scope of the collective agreement.

[68] In *Weber*, this Court considered the jurisdictional divide between labour arbitration and the superior courts. It held that the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, ousted a superior court’s jurisdiction to hear the claimant’s tort and constitutional claims, thus concluding that labour arbitration was the only forum, as between labour arbitration and the courts, for adjudicating disputes arising under the collective agreement. The Court in *Weber* provided a framework for resolving jurisdictional issues between labour arbitration and the courts, which was refined in *Regina Police Assn., Quebec (Attorney General) v. Quebec (Human Rights Tribunal)*, 2004 SCC 40, [2004] 2 S.C.R. 223 (*Charette*), and *Morin* to apply to jurisdictional issues between two statutory tribunals.

[69] Those cases set out the appropriate approach to the analysis. The first step is to consider both statutory schemes to determine whether the legislature intended for exclusive or concurrent jurisdiction over certain spheres: “Jurisdictional issues must be decided in accordance with the legislative scheme governing the parties” (*Charette*, at para. 33; see also *Weber*, at paras. 38-58, and *Morin*, at para. 15). In conducting this exercise, “a liberal interpretation of the legislation is required to ensure that a scheme

l’arbitre du travail ou à tout autre décideur nommé en vertu de cette loi est exclusive. Cela s’applique peu importe la nature de l’autre juridiction ayant compétence, mais toujours sous réserve d’une intention législative clairement exprimée à l’effet contraire » (par. 15).

[67] Je ne suis pas de cet avis. J’expliquerai plus loin pourquoi ces arrêts n’énoncent pas une règle suivant laquelle, à défaut d’intention à l’effet contraire clairement exprimée par le législateur, l’arbitre du travail a compétence exclusive sur les différends qui relèvent du champ d’application de la convention collective.

[68] Dans l’affaire *Weber*, la Cour s’est penchée sur la ligne de démarcation entre la compétence de l’arbitre du travail et celle de la cour supérieure. Elle a jugé que la *Loi sur les relations de travail* de l’Ontario, L.R.O. 1990, c. L.2, écartait la compétence d’une cour supérieure à l’égard des actions fondées sur la responsabilité civile délictuelle et sur la violation de droits garantis par la Constitution présentées par le demandeur, concluant ainsi que, entre l’arbitre du travail et les tribunaux, seul l’arbitre du travail avait compétence pour statuer sur les différends résultant de la convention collective. Dans l’arrêt *Weber*, la Cour a défini un cadre pour la résolution des questions relatives à la compétence qui se posent entre les arbitres du travail et les cours de justice, cadre qui a été précisé dans les arrêts *Regina Police Assn., Québec (Procureur général) c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CSC 40, [2004] 2 R.C.S. 223 (*Charette*), et *Morin* en vue de son application à des questions relatives à la délimitation des compétences de deux tribunaux administratifs d’origine législative.

[69] Ces arrêts établissent la démarche à suivre pour procéder à l’analyse. La première étape consiste à examiner les deux régimes législatifs afin de déterminer si le législateur avait l’intention de conférer une compétence exclusive ou concurrente à l’égard de certains domaines : « Les questions de compétence doivent être tranchées conformément au régime législatif régissant les parties » (*Charette*, par. 33; voir aussi *Weber*, par. 38-58, et *Morin*, par. 15). Dans le cadre de cette analyse, « il convient de donner à la

is not offended by the conferral of jurisdiction on a forum not intended by the legislature” (*Regina Police Assn.*, at para. 39), or by ousting the jurisdiction of a forum intended by the legislature.

[70] The second step is to consider the essential character of the dispute to determine whether it falls within one or both of those statutory schemes (*Morin*, at paras. 15 and 20; *Regina Police Assn.*, at para. 27). As McLachlin C.J. stated in *Morin*, at para. 15: “The second step is logically necessary since the question is whether the legislative mandate applies to the particular dispute at issue.” This inquiry turns on the facts of the dispute rather than the legal characterization of the claim (*Weber*, at paras. 43-45). The analysis “must . . . take into account all the facts surrounding the dispute between the parties” (*Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 31; see also *Regina Police Assn.*, at para. 25). When the statutory schemes provide for concurrent jurisdiction, the essential character of the dispute may fall within both.

[71] I agree with my colleague, at para. 41, that “[w]here two tribunals have concurrent jurisdiction over a dispute, the decision-maker must consider whether to exercise its jurisdiction in the circumstances of a particular case.” In other words, the decision-maker must consider which tribunal is the “better fit” (*Morin*, at para. 30). As I find that there is concurrent jurisdiction here, I expand on the factors that should guide the determination of the more appropriate forum below.

[72] Apart from establishing the framework, the cases do not provide a rebuttable rule that the exclusive jurisdiction model, followed in *Weber*, applies in every case involving two statutory tribunals. In *Weber*, the exclusive jurisdiction model respected the legislature’s intent to create a specialized forum for certain disputes: “. . . it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective

loi une interprétation libérale de façon à ce que l’attribution de compétence à une instance que n’avait pas envisagée le législateur », ou l’exclusion de la compétence d’une instance envisagée par le législateur, « ne porte pas atteinte au régime » (*Regina Police Assn.*, par. 39).

[70] La deuxième étape consiste à examiner le caractère essentiel du différend pour déterminer s’il relève de la compétence de l’un de ces régimes législatifs ou des deux (*Morin*, par. 15 et 20; *Regina Police Assn.*, par. 27). Comme l’a déclaré la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Morin*, au par. 15 : « La seconde [étape] s’impose logiquement puisqu’il faut déterminer si le litige relève du mandat conféré par la loi. . . ». Cette analyse porte sur les faits entourant le litige plutôt que sur la qualification juridique de la question (*Weber*, par. 43-45). L’analyse « doit [. . .] porter sur l’ensemble des faits entourant le litige qui oppose les parties » (*Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 31; voir aussi *Regina Police Assn.*, par. 25). Lorsque le régime législatif prévoit une compétence concurrente, il est possible que le caractère essentiel du différend relève de la compétence des deux juridictions.

[71] J’abonde dans le sens de mon collègue lorsqu’il affirme, au par. 41, que « [l]orsque deux tribunaux administratifs ont une compétence concurrente à l’égard d’un différend, le décideur doit évaluer s’il est opportun d’exercer sa compétence eu égard aux circonstances de l’espèce. » En d’autres termes, le décideur doit se demander quel tribunal présente une « plus grande adéquation » avec le litige (*Morin*, par. 30). Comme j’estime qu’il y a compétence concurrente en l’espèce, j’exposerai dans le détail plus loin les facteurs qui devraient aider à déterminer quelle juridiction est la plus appropriée.

[72] Hormis le fait qu’elle énonce le cadre d’analyse applicable, la jurisprudence ne renferme pas de règle réfutable selon laquelle le modèle de la compétence exclusive, suivi dans l’arrêt *Weber*, s’applique dans tous les cas impliquant deux tribunaux administratifs d’origine législative. Dans l’affaire *Weber*, le modèle de la compétence exclusive respectait l’intention du législateur de créer un tribunal

agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks” (*Weber*, at para. 41, quoting *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, at pp. 718-19 (emphasis added)). Exclusive jurisdiction also promoted efficiency — i.e., permitting court actions to proceed whenever framing a cause of action as independent of the collective agreement would undermine the quick and economical resolution of disputes (*Weber*, at para. 46).

[73] Statutory tribunals are established by legislatures to carry out certain statutory mandates. They are given specialized jurisdiction and “assigned . . . tasks” for efficiency, access to justice, or other reasons (*St. Anne Nackawic*, at p. 719; see also J.-A. Pickel, “Statutory Tribunals and the Challenges of Managing Parallel Claims”, in E. Shilton and K. Schucher, eds., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law: Essays in Memory of Bernie Adell* (2017), 175, at p. 178). When statutory tribunals are established, courts should give way to this special grant of jurisdiction so as not to undermine the benefits intended by the legislature — one such benefit is the provision of speedy and affordable dispute resolution with “a minimum of disruption to the parties and the economy” (*Weber*, at para. 46). While courts of course retain residual jurisdiction to hear matters not conferred on other bodies (*Regina Police Assn.*, at para. 26), statutory tribunals require jurisdictional space, so to speak, to do their jobs.

[74] This reasoning from *Weber* favouring exclusive labour arbitration over civil litigation in the

spécialisé pour certains différends : « . . . l’on porterait atteinte à l’économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d’avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n’a pas attribué ces tâches » (*Weber*, par. 41, citant *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier (Section locale 219)*, [1986] 1 R.C.S. 704, p. 718-719 (je souligne)). La compétence exclusive favorisait également l’efficacité — c.-à-d. permettre les actions en justice chaque fois que le fait de qualifier une cause d’action d’indépendante de la convention collective irait à l’encontre de l’objectif de la résolution rapide et peu coûteuse des différends (*Weber*, par. 46).

[73] Les tribunaux administratifs d’origine législative sont créés par le législateur pour remplir certains mandats qui leur sont confiés par la loi. Ils se voient conférer une compétence spécialisée et « attribu[er] [des] tâches » pour des raisons notamment d’efficacité et d’accès aux tribunaux (*St. Anne Nackawic*, p. 719; voir aussi J.-A. Pickel, « Statutory Tribunals and the Challenges of Managing Parallel Claims », dans E. Shilton et K. Schucher, dir., *One Law for All? Weber v Ontario Hydro and Canadian Labour Law : Essays in Memory of Bernie Adell* (2017), 175, p. 178). Lorsqu’un tribunal administratif est créé, les *tribunaux judiciaires* devraient s’effacer devant cette attribution spéciale de compétence pour ne pas compromettre les avantages voulus par le législateur — un de ceux-ci est de faciliter le règlement rapide et économique des différends « avec un minimum de perturbations pour les parties et pour l’économie » (*Weber*, par. 46). Bien que les tribunaux judiciaires conservent évidemment leur compétence résiduelle pour instruire les questions n’ayant pas fait l’objet d’une attribution de compétence à un autre organisme (*Regina Police Assn.*, par. 26), les tribunaux administratifs d’origine législative ont besoin de cet espace juridictionnel, pour ainsi dire, afin de s’acquitter de leurs fonctions.

[74] Ce raisonnement tiré de l’arrêt *Weber*, qui favorise l’arbitrage exclusif des conflits de travail

courts does not readily apply to jurisdictional issues between different statutory tribunals. Statutory tribunals are “set up at different times, as part of different policy initiatives which themselves overlap” (A. K. Lokan and M. Yachnin, “From *Weber* to *Parry Sound: The Expanded Scope of Arbitration*” (2004), 11 *C.L.E.L.J.* 1, at p. 27). When two tribunals are created with overlapping mandates and areas of expertise, the legislative schemes must be viewed as a whole. The legislature may very well have “assigned” the same “tasks” to two forums. While “the rationale for adopting the exclusive jurisdiction model [is] to ensure that the legislative scheme in issue [is] not frustrated by the conferral of jurisdiction upon an adjudicative body that was not intended by the legislature” (*Regina Police Assn.*, at para. 26 (emphasis added)), the legislature may have intended for more than one adjudicative body to have jurisdiction over a dispute.

[75] Indeed, legislatures sometimes expressly recognize that statutory tribunals have overlapping jurisdiction. The human rights statutes in Ontario and certain other jurisdictions, for example, explicitly allow the relevant statutory bodies to decline to deal with complaints in appropriate circumstances, including if the complaint could be more appropriately dealt with in a different forum (see *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 45.1; B. Etherington, “*Weber*, and Almost Everything After, Twenty Years Later: Its Impact on Individual *Charter*, Common Law, and Statutory Rights Claims”, in Shilton and Schucher, *One Law for All?*, 25, at p. 77; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 25; *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (*CHRA*), s. 41).

[76] In *Regina Police Assn.*, the Court considered a jurisdictional issue between two statutory regimes: labour arbitration and police boards created under *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01.

plutôt que les actions en justice, ne s’applique pas d’emblée aux questions de délimitation des compétences entre différents tribunaux administratifs d’origine législative. Ces derniers sont [TRADUCTION] « créés à différents moments, dans le cadre d’initiatives stratégiques différentes qui se chevauchent elles-mêmes » (A. K. Lokan et M. Yachnin, « From *Weber* to *Parry Sound : The Expanded Scope of Arbitration* » (2004), 11 *C.L.E.L.J.* 1, p. 27). Lorsque deux tribunaux administratifs sont assortis dès leur création de mandats et de champs d’expertise qui se chevauchent, les régimes législatifs doivent être considérés comme un tout. Le législateur peut fort bien avoir « attribué » les mêmes « tâches » aux deux tribunaux. Même si « le modèle de la compétence exclusive a été adopté afin de garantir que l’attribution de compétence à une instance décisionnelle que n’avait pas envisagée le législateur ne porte pas atteinte au régime législatif en cause » (*Regina Police Assn.*, par. 26 (je souligne)), il est possible que le législateur ait voulu que plus d’un organisme décisionnel ait compétence sur un différend.

[75] Il arrive d’ailleurs parfois que le législateur reconnaisse expressément que des tribunaux administratifs d’origine législative ont des compétences qui se chevauchent. Les lois relatives aux droits de la personne qui existent en Ontario et dans certains autres ressorts, par exemple, permettent explicitement aux organismes compétents créés par la loi de refuser de statuer sur une plainte dans certaines circonstances, notamment lorsque la plainte pourrait avantageusement être instruite par une autre instance (voir *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 45.1; B. Etherington, « *Weber*, and Almost Everything After, Twenty Years Later : Its Impact on Individual *Charter*, Common Law, and Statutory Rights Claims », dans Shilton et Schucher, *One Law for All?*, 25, p. 77; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 25; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 (*LCDP*), art. 41).

[76] Dans l’affaire *Regina Police Assn.*, la Cour a examiné une question portant sur la délimitation des compétences entre deux régimes législatifs : l’arbitrage en droit du travail et les commissions de police

Interpreting *The Police Act* “liberally” (para. 36), the Court concluded that the Act set out a complete code for disciplinary matters involving police officers and that the essential character of the dispute in that case fell within its statutory scheme. On the other hand, the collective agreement specifically provided that matters falling within the Act and regulations were not arbitrable (para. 27). It was clear from this scheme that concurrent jurisdiction was not contemplated: “The question, therefore, is whether the legislature intended this dispute to be governed by the collective agreement or *The Police Act* and Regulations” (para. 26 (emphasis added)).

[77] Thus, to the extent the Court in *Regina Police Assn.* explained that “the approach described in *Weber* applies when it is necessary to decide which of the two competing statutory regimes should govern a dispute” (para. 26), it did so in the context of *competing*, not *concurrent* jurisdiction. In those circumstances, it was necessary to determine within whose exclusive jurisdiction the essential nature of the dispute fell. I therefore disagree with my colleague’s reading of *Regina Police Assn.*, which suggests that the Court affirmed that matters falling within the ambit of a collective agreement fall exclusively within the jurisdiction of a labour arbitrator.

[78] Similarly, the decision in *Morin* does not prescribe a rule that all disputes arising under a collective agreement fall exclusively within a labour arbitrator’s jurisdiction even when another statutory tribunal is in play. *Morin* concerned a collective agreement covering teachers in Quebec. A group of young teachers challenged amendments to the agreement’s seniority credit scheme, for discriminating against them on the basis of age, contrary to the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. The issue was whether their discrimination claim, which they took to the Quebec Human Rights Commission and which was later brought to the Quebec Human Rights Tribunal,

créées sous le régime de *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01. Interprétant *The Police Act* « de façon libérale » (par. 36), la Cour a conclu que cette loi établissait un code complet relativement aux affaires disciplinaires mettant en cause des membres du corps policier et que le caractère essentiel du différend dans cette affaire relevait de son régime législatif. En revanche, la convention collective prévoyait expressément que les questions visées par la loi et le règlement n’étaient pas arbitrables (par. 27). Il ressortait à l’évidence de l’économie de la loi que celle-ci n’envisageait pas une compétence concurrente : « Il faut donc se demander si le législateur a voulu que le présent litige soit régi par la convention collective ou par *The Police Act* et le Règlement » (par. 26 (je souligne)).

[77] Ainsi, dans la mesure où la Cour a, dans l’arrêt *Regina Police Assn.*, expliqué que « le modèle décrit dans *Weber* s’applique quand il faut déterminer lequel de deux régimes législatifs concurrents devrait régir le litige » (par. 26), elle le faisait en parlant de compétences *exclusives*, et non de compétences *partagées*. Dès lors, il était nécessaire de déterminer de quelle compétence exclusive relevait la nature essentielle du différend. Je ne souscris donc pas à l’interprétation que mon collègue propose de l’arrêt *Regina Police Assn.*, qui laisse entendre que la Cour a affirmé que les questions relevant du champ d’application d’une convention collective ressortaient exclusivement à un arbitre du travail.

[78] De même, l’arrêt *Morin* n’énonce pas de règle suivant laquelle tous les différends résultant d’une convention collective relèvent exclusivement de la compétence d’un arbitre du travail même lorsqu’un autre tribunal administratif d’origine législative est en jeu. L’affaire *Morin* portait sur une convention collective visant des enseignants québécois. Un groupe de jeunes enseignants contestait les modifications apportées au régime d’ancienneté de la convention collective au motif qu’il était discriminatoire à leur égard en raison de leur âge, en violation de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12. Il s’agissait de savoir si la plainte de discrimination qu’ils avaient portée devant

instead fell within the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator.

[79] McLachlin C.J. clarified that, in resolving the issue, the *first* step is to look at the legislative scheme respecting labour arbitration and the other statutory tribunal to determine whether the legislature intended to confer areas of exclusive jurisdiction to either forum (paras. 16-19).

[80] Under the first step, s. 100 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, required that “[e]very grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it.” This meant that a labour arbitrator was competent to resolve all grievances under the collective agreement (*Morin*, at para. 16). In the *Quebec Charter*, s. 111 granted the Human Rights Tribunal broad jurisdiction over human rights matters in Quebec. That jurisdiction was not exclusive because some provisions of the *Quebec Charter* removed the Human Rights Tribunal’s jurisdiction in certain situations or gave the Commission discretion to stop acting on behalf of a complainant (paras. 18-19).

[81] While McLachlin C.J. observed that s. 100 of the *Labour Code* was similar to the clause examined in *Weber* and that, in *Weber*, the Court gave the arbitrator exclusive jurisdiction over disputes arising under the collective agreement, she noted that the language was arguably weaker in the Quebec legislation (para. 21). In the end, however, she did not conclusively decide whether s. 100 conferred exclusive jurisdiction on a labour arbitrator for disputes arising under the collective agreement because, in any event, the nature of the dispute was outside of any potential area of exclusivity: “This clause [at issue in *Weber*] is arguably stronger than the clause conferring jurisdiction on the arbitrator in the case at bar. However, the critical difference between *Weber* and this case lies in the factual context that gave rise to the dispute” (para. 21). In other words, *Morin*

la Commission des droits de la personne du Québec, et qui avait par la suite été soumise au Tribunal des droits de la personne du Québec, relevait plutôt de la compétence exclusive d’un arbitre du travail.

[79] La juge en chef McLachlin a précisé que, pour trancher la question, la *première* étape consiste à examiner le régime législatif concernant l’arbitrage en droit du travail et l’autre tribunal administratif créé par la loi pour établir si le législateur entendait accorder à l’un ou l’autre une compétence exclusive sur certaines questions (par. 16-19).

[80] En ce qui concerne la première étape, l’art. 100 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, prévoyait que « [t]out grief doit être soumis à l’arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l’association accréditée et l’employeur y donnent suite. » On pouvait en conclure que l’arbitre du travail avait compétence pour régler tout grief régi par la convention collective (*Morin*, par. 16). L’article 111 de la *Charte* québécoise investissait le Tribunal des droits de la personne d’une vaste compétence au chapitre des droits de la personne au Québec. Cette compétence n’était pas exclusive, parce que des dispositions de la *Charte* québécoise excluaient la compétence du Tribunal des droits de la personne dans certains cas ou autorisaient la Commission à cesser d’agir en faveur du plaignant (par. 18-19).

[81] Tout en faisant observer que l’art. 100 du *Code du travail* était semblable à la disposition examinée dans l’arrêt *Weber* et que, dans cet arrêt, la Cour avait conclu que l’arbitre du travail avait compétence exclusive sur les différends résultant de la convention collective, la juge en chef McLachlin a signalé que le libellé de la loi québécoise était moins catégorique (par. 21). En fin de compte, cependant, elle n’a pas tranché définitivement la question de savoir si l’art. 100 conférait une compétence exclusive à un arbitre du travail en ce qui a trait aux différends résultant de la convention collective parce que, de toute façon, il était impossible de rattacher la nature du différend à une question pouvant faire l’objet d’une compétence exclusive : « On peut certes prétendre que cette disposition [en cause dans l’arrêt *Weber*] est rédigée de manière plus catégorique que celle qui,

turned on the *second* step of the test: the nature of the dispute was such that it would not have fallen within the exclusive jurisdiction of a labour arbitrator *even if* the scheme provided for exclusive jurisdiction.

[82] I therefore agree with Brown J. that, ultimately, McLachlin C.J. held in *Morin* that the arbitrator did not have exclusive jurisdiction over the young teachers' dispute because of the dispute's nature — the claim was more about “the process of the negotiation and the inclusion of [the impugned] term in the collective agreement” rather than a violation of the collective agreement (para. 23; see also para. 24). There was agreement among the parties on how the provisions, if valid, applied, and the young teachers' dispute did not therefore “arise out of the operation of the collective agreement, so much as out of the pre-contractual negotiation of that agreement” (para. 24).

[83] I do not agree, however, that *Morin* decided that the labour arbitrator's jurisdiction would have been exclusive had the nature of the young teachers' dispute fallen within the collective agreement's ambit. That is precisely the question McLachlin C.J. left undecided.

[84] Moreover, McLachlin C.J.'s analysis in *Morin* is consistent with the proposition that falling under a labour arbitrator's jurisdiction is insufficient to ground arbitral exclusivity in all cases. McLachlin C.J. went on to provide four distinct reasons to refute the argument that the Tribunal “should not have taken jurisdiction” over the young teachers' dispute: (1) the claim was about the collective agreement itself rather than a violation of it; (2) the union involved was opposed in interest to the complainants so they could have been left without legal recourse; (3) the labour arbitrator would not have jurisdiction over every party possibly affected by the dispute; and (4) the Tribunal was a “better fit” to challenge the collective agreement (*Morin*, at para. 27 (emphasis

en l'espèce, attribuée compétence à l'arbitre, mais la différence essentielle entre *Weber* et la présente affaire tient aux faits ayant donné naissance au litige » (par. 21). En d'autres termes, l'arrêt *Morin* portait sur le *second* volet du critère : la nature du litige était telle que celui-ci ne pouvait relever de la compétence exclusive d'un arbitre du travail *même si* le régime applicable prévoyait une compétence exclusive.

[82] Je suis donc d'accord avec le juge Brown pour dire qu'en fin de compte, la juge en chef McLachlin a conclu dans l'arrêt *Morin* que l'arbitre du travail n'avait pas compétence exclusive sur le différend des jeunes enseignants en raison de la nature de celui-ci : le litige portait davantage sur « le processus de négociation et l'insertion de la clause [contestée] dans la convention collective » que sur une violation de la convention collective (par. 23; voir aussi par. 24). Il y avait consensus entre les parties sur la façon dont les dispositions, si elles étaient valides, s'appliqueraient, et le différend soulevé par les jeunes enseignants « ne découl[ait] pas tant de la mise en œuvre de la convention collective que de la négociation ayant précédé sa signature » (par. 24).

[83] Toutefois, je ne suis pas d'avis que, dans l'arrêt *Morin*, la Cour a décidé que la compétence de l'arbitre du travail aurait été exclusive si la nature de la plainte des jeunes enseignants avait relevé du champ d'application de la convention collective. Il s'agit précisément là de la question que la juge en chef McLachlin a laissée sans réponse.

[84] En outre, l'analyse de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Morin* étaye la proposition portant que le fait que le litige relève de la compétence d'un arbitre du travail ne suffit pas pour fonder l'exclusivité de la compétence arbitrale dans tous les cas. La juge en chef McLachlin a ensuite donné quatre raisons distinctes réfutant l'argument suivant lequel le Tribunal « aurait dû décliner compétence » sur le litige : (1) la plainte portait sur la convention collective elle-même plutôt que sur une violation de celle-ci; (2) l'intérêt du syndicat était opposé à celui des plaignants, de sorte qu'ils risquaient de se retrouver sans autre recours; (3) l'arbitre du travail n'aurait pas eu compétence à l'égard de toutes les parties pouvant être visées par le litige; et (4) le Tribunal

added); see also paras. 28-30, citing *Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465 (Ont. C.A.) (*Naraine*); Etherington, at p. 74).

[85] As I will explain below, these factors provide useful guidance to human rights tribunals on when to exercise jurisdiction or when to defer in favor of labour arbitration.

[86] For these reasons, I do not accept that *Morin* mandates a particular result in this appeal. McLachlin C.J.'s analysis in *Morin* was limited to deciding that arbitral jurisdiction was not exclusive in the circumstances of that case. She did not decide whether it would have been exclusive had the dispute arisen under the collective agreement. Her reasons can also be taken as implying that a labour arbitrator could have had jurisdiction over a similar dispute (see para. 25).

[87] Importantly, this Court's jurisprudence does not establish a judicially created presumption for interpreting arbitration clauses in legislation. In *Morin*, McLachlin C.J. was careful not to provide concrete rules, emphasizing how much each case depends on the legislative scheme. She also expressly rejected the dissenting opinion's suggestion that the starting point is arbitral exclusivity (at paras. 11 and 14):

*Weber* holds that the model that applies in a given situation depends on the governing legislation, as applied to the dispute viewed in its factual matrix. . . . However, *Weber* does not stand for the proposition that labour arbitrators always have exclusive jurisdiction in employer-union disputes. Depending on the legislation and the nature of the dispute, other tribunals may possess overlapping jurisdiction, concurrent jurisdiction, or themselves be endowed with exclusive jurisdiction . . . .

présentait une « plus grande adéquation » avec le litige dans le cas d'une contestation de la convention collective (*Morin*, par. 27 (je souligne); voir aussi par. 28-30, citant *Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 465 (C.A. Ont.) (*Naraine*); Etherington, p. 74).

[85] Comme je l'explique plus loin, ces facteurs fournissent des balises utiles aux tribunaux des droits de la personne concernant les situations où il convient d'exercer leur compétence ou de la décliner en faveur de celle d'un arbitre du travail.

[86] Pour ces motifs, je ne peux accepter que l'arrêt *Morin* dicte un résultat précis dans le présent pourvoi. L'analyse de la juge en chef McLachlin dans cet arrêt portait uniquement sur la question de savoir si la compétence arbitrale n'était pas exclusive eu égard aux circonstances de l'affaire. Elle n'a pas tranché la question de savoir si cette compétence était exclusive dans le cas où le différend aurait résulté de la convention collective. On pourrait également penser que ses motifs laissent entendre qu'un arbitre du travail aurait pu avoir compétence sur un différend semblable (voir par. 25).

[87] Fait important à signaler, la jurisprudence de la Cour n'établit pas de présomption jurisprudentielle en ce qui concerne l'interprétation de dispositions législatives prévoyant le recours à l'arbitrage. Dans l'arrêt *Morin*, la juge en chef McLachlin s'est gardée d'énoncer des règles concrètes, soulignant à quel point chaque cas dépend du régime législatif. Elle a aussi expressément rejeté la suggestion figurant dans les motifs dissidents portant que le point de départ est l'exclusivité de la compétence arbitrale (par. 11 et 14) :

L'arrêt *Weber* pose le principe que le choix du modèle dépend des dispositions législatives en cause, compte tenu de leur application au différend considéré dans son contexte factuel. [. . .] Elle n'a pas dit pour autant que la compétence de l'arbitre en droit du travail à l'égard d'un conflit de travail est toujours exclusive. Selon la loi applicable et la nature du litige, il pourra y avoir chevauchement, concurrence ou exclusivité . . . .

...

The case thus turns on whether the legislation confers exclusive jurisdiction on the arbitrator over this dispute. At this point, I diverge, with respect, from my colleague Bastarache J. who starts from the assumption that there is an “established principle” of arbitral exclusivity in Quebec. He formulates the principal question as whether “the principle of exclusive arbitral jurisdiction, a well-established principle in Quebec law, [should] be abandoned in favour of the jurisdiction of the Human Rights Tribunal in cases where a dispute between unionized workers and their employer raises a human rights issue” (para. 32). Thus framed, the question presupposes exclusivity. But, as we have seen, there is no legal presumption of exclusivity *in abstracto*. [Text in brackets in original.]

[88] McLachlin C.J. recognized that legislation across different jurisdictions will differ and this Court cannot presume, on the basis of previous decisions like *Regina Police Assn.* decided in different contexts, that the legislature will use express language to indicate concurrent jurisdiction. If anything, even though *Regina Police Assn.* did not involve a human rights claim, the Court interpreted *The Police Act* “liberally” when labour arbitration was the competing forum. My colleague’s suggestion that mandatory arbitration clauses should be presumed to confer exclusive jurisdiction will have problematic implications for other contexts where labour arbitration has overlapping or concurrent jurisdiction with other statutory bodies (see, e.g., *Greater Essex District School Board and OSSTF (OMERS Pension Plan), Re* (2015), 256 L.A.C. (4th) 1 (Ont.)).

[89] For the same reasons, the ruling of this Court in *Parry Sound* — which held that human rights codes are substantively incorporated in all collective agreements — also does not provide an answer to the jurisdictional issue in this appeal (see also Lokan and Yachnin, at p. 27). A human rights complaint from a unionized employee, even if it falls within the ambit of the collective agreement, does not automatically entail exclusive arbitral jurisdiction. Indeed, “[i]n

...

La question déterminante en l’espèce est donc de savoir si la loi confère à l’arbitre une compétence exclusive relativement au litige. C’est sur ce point que, en toute déférence, je diverge d’opinion avec mon collègue le juge Bastarache, qui postule que l’exclusivité de la compétence arbitrale est un « principe bien établi » au Québec. Voici, selon lui, la principale question que notre Cour doit trancher (par. 32) : « le principe bien établi au Québec de l’exclusivité arbitrale doit-il être abandonné pour faire place à la compétence du Tribunal des droits de la personne lorsque le litige opposant des travailleurs syndiqués et un employeur soulève une question touchant aux droits de la personne? » Formulée ainsi, la question présuppose l’exclusivité. Or, comme nous l’avons vu, il n’existe pas *in abstracto* de présomption légale d’exclusivité.

[88] La juge en chef McLachlin a reconnu que les lois sont différentes d’un ressort à l’autre et que la Cour ne peut présumer, sur le fondement de décisions antérieures rendues dans des contextes différents comme l’arrêt *Regina Police Assn.*, que le législateur s’exprimera en des termes explicites pour conférer une compétence concurrente. En fait, même si l’affaire *Regina Police Assn.* ne concernait pas une plainte liée aux droits de la personne, la Cour a interprété *The Police Act* « de façon libérale » lorsque l’arbitrage en droit du travail était la juridiction concurrente. La proposition de mon collègue suivant laquelle on devrait présumer que les clauses d’arbitrage obligatoire confèrent une compétence exclusive aura des répercussions problématiques dans d’autres contextes où l’arbitre du travail a une compétence qui chevauche celle d’autres organismes créés par la loi ou une compétence concurrente avec ces derniers (voir, p. ex., *Greater Essex District School Board and OSSTF (OMERS Pension Plan), Re* (2015), 256 L.A.C. (4th) 1 (Ont.)).

[89] Pour les mêmes raisons, la conclusion tirée par la Cour dans l’arrêt *Parry Sound* — suivant laquelle les codes des droits de la personne sont substantiellement incorporés dans toutes les conventions collectives — ne permet pas non plus de trancher la question de la compétence dans le présent pourvoi (voir aussi Lokan et Yachnin, p. 27). Même si elle relève du champ d’application de la convention collective, une plainte relative aux droits

the years since *Morin* was decided, concurrency has clearly been accepted across Canada as the general approach to be followed in dealing with human rights issues” (Etherington, at p. 76; see also C. Mummé, “Questions, Questions: Has *Weber* Had an Impact on Unions’ Representational Responsibilities in Workplace Human Rights Disputes?”, in Shilton and Schucher, *One Law for All?*, 229, at p. 235). Most Canadian jurisdictions have thus interpreted *Morin* in a manner consistent with the analysis offered in these reasons (Pickel, at p. 176). Appellate courts have generally ruled in favor of concurrent jurisdiction between an arbitrator and another statutory tribunal (see *Human Rights Commission (N.S.) v. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61, at para. 44; *Naraine; Calgary Health Region v. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23, at paras. 25 and 34; J. D. Gagnon, “Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail. Compétence de l’arbitre et d’autres tribunaux. Quand l’incertitude devient la règle” (2006), 66 *R. du B.* 1, at p. 31; *contra, Université de Sherbrooke v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397, at para. 27 (CanLII)).

[90] To conclude, the jurisprudence does not provide a rule of arbitral exclusivity when another statutory regime is in issue. There is no presumption of exclusivity when a legislature uses a mandatory arbitration clause such that concurrent jurisdiction can only be found if there is express language to that effect. I now turn to the statutory schemes in this case.

### B. *The Statutory Schemes*

[91] Since the jurisdiction of two specialized tribunals is at issue, I consider the legislative regime in both the Manitoba *Labour Relations Act* and the Manitoba *Human Rights Code*: “. . . there are two,

de la personne déposée par un employé syndiqué n’entraîne pas automatiquement la compétence arbitrale exclusive. D’ailleurs, [TRADUCTION] « dans les années qui ont suivi l’arrêt *Morin*, le modèle de la compétence concurrente a clairement été accepté partout au Canada comme la démarche générale à suivre pour trancher les questions de droits de la personne » (Etherington, p. 76; voir aussi C. Mummé, « Questions, Questions : Has *Weber* Had an Impact on Unions’ Representational Responsibilities in Workplace Human Rights Disputes? », dans Shilton et Schucher, *One Law for All?*, 229, p. 235). La plupart des tribunaux canadiens ont donc interprété l’arrêt *Morin* conformément à l’analyse proposée dans ces motifs (Pickel, p. 176). En règle générale, les cours d’appel se sont prononcées en faveur d’une compétence concurrente entre l’arbitre et un autre tribunal administratif d’origine législative (voir *Human Rights Commission (N.S.) c. Halifax (Regional Municipality)*, 2008 NSCA 21, 264 N.S.R. (2d) 61, par. 44; *Naraine; Calgary Health Region c. Alberta (Human Rights & Citizenship Commission)*, 2007 ABCA 120, 74 Alta. L.R. (4th) 23, par. 25 et 34; J. D. Gagnon, « Les droits de la personne dans un contexte de rapports collectifs de travail. Compétence de l’arbitre et d’autres tribunaux. Quand l’incertitude devient la règle » (2006), 66 *R. du B.* 1, p. 31; *contra, Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397, par. 27 (CanLII)).

[90] En conclusion, la jurisprudence ne prévoit pas de règle d’exclusivité de la compétence arbitrale lorsqu’un autre régime législatif est en cause. Il n’y a pas de présomption d’exclusivité lorsque le législateur prévoit une clause d’arbitrage obligatoire, de sorte qu’on ne peut conclure à l’existence d’une compétence concurrente que s’il existe une disposition expresse en ce sens. Je me penche maintenant sur les régimes législatifs en cause en l’espèce.

### B. *Les régimes législatifs*

[91] Comme la compétence de deux tribunaux spécialisés est en cause, je vais examiner le régime législatif de la *Loi sur les relations du travail* du Manitoba et celui du *Code des droits de la personne*

not one, legislative mandates that must be respected” (*Calgary Health Region*, at para. 25; see also *Regina Police Assn.*, at para. 23).

[92] First, the Manitoba *Labour Relations Act* requires that every collective agreement contain a method for the settlement of all differences between the parties (the union and the employer) concerning the meaning, application, or alleged violation of the collective agreement:

**78(1)** Every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences between the parties thereto, or persons bound by the agreement or on whose behalf it was entered into, concerning its meaning, application, or alleged violation.

[93] If the parties fail to include a provision as required under s. 78(1), the collective agreement is deemed to contain a clause providing for arbitration after the exhaustion of any grievance procedure established in the collective agreement (s. 78(2)).

[94] The Act also grants labour arbitrators broad remedial powers. They can order damages for contraventions of the collective agreement with interest (s. 121(2)(a) and (b)), order the reinstatement of an employee (s. 121(2)(c)), order an employer to rescind or rectify disciplinary action taken against an employee (s. 121(2)(d)), “relieve, on just and equitable terms, against breaches of time limits or other procedural requirements set out in the collective agreement” (s. 121(2)(e)), or do two or more of these things (s. 121(2)(f)). The arbitrator’s ruling is also described as “a final and conclusive settlement of the matter” (s. 121(2)).

[95] There is thus broad arbitral jurisdiction to deal with matters related to the collective agreement. However, the *Labour Relations Act* does not

du Manitoba : [TRADUCTION] « . . . il y a non pas un, mais deux mandats législatifs à respecter » (*Calgary Health Region*, par. 25; voir aussi *Regina Police Assn.*, par. 23).

[92] Tout d’abord, la *Loi sur les relations du travail* du Manitoba dispose que toute convention collective doit prévoir un mécanisme de règlement de tous les conflits entre les parties (le syndicat et l’employeur) relativement à l’interprétation, à l’application ou à une prétendue violation de la convention collective :

**78(1)** La convention collective contient une clause prévoyant le règlement définitif, sans arrêt de travail, par voie d’arbitrage ou autrement, de tous les conflits entre les parties à la convention ou les personnes liées par elle ou au nom desquelles la convention a été conclue, relativement à son interprétation, à son application ou à une prétendue violation d’une de ses dispositions.

[93] Si les parties n’ont pas inclus une disposition comme l’exige le par. 78(1), la convention collective est réputée contenir une disposition prévoyant le recours à l’arbitrage une fois épuisée la procédure de règlement des griefs établie par la convention collective (par. 78(2)).

[94] La Loi confère également de vastes pouvoirs de réparation aux arbitres du travail. Ceux-ci peuvent condamner une personne à payer des dommages-intérêts par suite d’une contravention à la convention collective (al. 121(2)a) et b)), ordonner la réintégration de l’employé congédié (al. 121(2)c)), ordonner à l’employeur d’annuler ou de corriger une mesure disciplinaire prise contre un employé (al. 121(2)d)), « exonérer, selon des modalités justes et équitables, des violations de délais ou d’autres exigences procédurales mentionnées dans la convention collective » (al. 121(2)e)) ou prendre au moins deux de ces mesures (al. 121(2)f)). La décision de l’arbitre est aussi décrite comme « r[é]gl[ant] de façon définitive et péremptoire la question soumise à l’arbitrage » (par. 121(2)).

[95] Par conséquent, l’arbitre du travail dispose de vastes pouvoirs pour statuer sur des questions relatives à la convention collective. Cependant, la *Loi*

specifically oust the Commission’s jurisdiction under the *Human Rights Code*.

[96] Turning to the *Code*, the preamble provides that “Manitobans recognize the individual worth and dignity of every member of the human family” and that the human rights protections enshrined in the *Code* are “of such fundamental importance that they merit paramount status over all other laws of the province”. Under s. 4, the Commission has several key responsibilities, including to:

(a) promote the principle that all members of the human family are free and equal in dignity and rights and entitled to be treated on the basis of their personal merits, regardless of their actual or presumed association with any group;

(b) further the principle of equality of opportunity and equality in the exercise of civil and legal rights regardless of status;

...

(e) promote understanding and acceptance of, and compliance with, this Code and the regulations.

[97] Section 22(1) provides that “[a]ny person may file, at an office of the Commission, a complaint alleging that another person has contravened this Code.” Once a complaint is filed, s. 26 requires that “[a]s soon as is reasonably possible . . . , the executive director shall cause the complaint to be investigated to the extent the Commission regards as sufficient for fairly and properly disposing of it”.

[98] Section 34 of the *Code* identifies the parties to a complaint referred for adjudication. The Commission is one of the parties, and “shall have carriage of the complaint”. Section 29(3) requires the Commission to request that an adjudicator be designated to adjudicate a complaint if the Commission is satisfied that additional proceedings would further the objectives of the *Code* or if it would assist the Commission in discharging its responsibilities.

*sur les relations du travail* n’écarter pas expressément la compétence que confère le *Code des droits de la personne* à la Commission.

[96] Pour ce qui est du *Code*, son préambule dispose que « les Manitobains reconnaissent la valeur et la dignité individuelles de tous les membres de la famille humaine » et que la protection des droits de la personne consacrés par le *Code* « est d’une importance telle qu’elle devrait primer sur les autres lois de la province ». L’article 4 confère à la Commission plusieurs fonctions importantes, dont les suivantes :

a) défendre le principe selon lequel les membres de la famille humaine sont libres et égaux en dignité et en droit et doivent être traités en fonction de leurs mérites individuels, sans qu’il soit tenu compte de leur association actuelle ou présumée avec un groupe quelconque;

b) favoriser le principe de l’égalité des chances et de l’égalité dans l’exercice des droits civils et juridiques ainsi que son application à l’égard de tous;

...

e) favoriser la compréhension, l’acceptation et l’observation du présent code et des règlements.

[97] Le paragraphe 22(1) prévoit qu’« [u]ne plainte peut être déposée à un bureau de la Commission par une personne qui déclare qu’une autre personne a contrevenu aux dispositions du présent code. » Selon l’art. 26, après qu’une plainte a été déposée, « [l]e directeur général procède à l’examen [de la] plainte, aussitôt qu’il est raisonnablement possible de le faire [. . .], dans la mesure jugée satisfaisante par la Commission pour qu’il soit statué sur la plainte de manière impartiale et convenable ».

[98] L’article 34 du *Code* indique quelles sont les parties à une plainte renvoyée à l’arbitrage : la Commission en est une, et elle « est responsable de la conduite des procédures relatives à la plainte ». Le paragraphe 29(3) exige que la Commission demande qu’un arbitre soit désigné pour statuer sur la plainte si elle est convaincue que des procédures additionnelles serviraient les buts du *Code* ou faciliteraient l’exercice de ses fonctions.

[99] For violations of the *Code*, adjudicators have broad remedial powers. They can make a party do or refrain from doing anything to secure compliance with the *Code*, order compensation, order damages, or adopt and implement affirmative action programs (see s. 43(2)). Finally, s. 42 provides that adjudicators have exclusive jurisdiction over any questions “that must be decided in completing the adjudication and in rendering a final decision respecting the complaint”, and s. 58 provides that the substantive rights and obligations in the *Human Rights Code* are “paramount”.

[100] Nothing in the *Human Rights Code* ousts the Commission’s jurisdiction over a unionized employee. Nor does it oust the jurisdiction of the arbitrator under the *Labour Relations Act*.

[101] I turn next to consider the essential nature of Ms. Horrocks’ dispute to determine whether it falls within one or both of these jurisdictions. Ms. Horrocks’ claim is about whether her employer discriminated against her on the basis of mental or physical disability — and therefore violated the collective agreement and the *Human Rights Code* — when it terminated her employment for allegedly violating her undertaking to totally abstain from alcohol. She seeks reinstatement.

[102] I agree with Brown J. that the essential nature of Ms. Horrocks’ claim falls within the scope of the collective agreement. The collective agreement in this case specifically prohibits the employer from discriminating on the basis of mental or physical disability (“Collective Agreement between: Canadian Union of Public Employees, Local 8600 and Norman Regional Health Authority Inc.”, April 1, 2008, to March 31, 2012, art. 6, reproduced in A.R., vol. II, at p. 12). In *Parry Sound*, this Court confirmed that the substantive rights and obligations of human rights codes are incorporated into each collective

[99] En cas de violations du *Code*, l’arbitre des droits de la personne dispose de vastes pouvoirs de réparation. Il peut ordonner à une partie de faire ou de s’abstenir de faire une chose afin que l’observation du *Code* soit assurée, accorder une indemnité ou des dommages-intérêts ou adopter et mettre à exécution un programme de promotion sociale (voir par. 43(2)). Enfin, l’art. 42 prévoit que l’arbitre des droits de la personne a compétence exclusive pour statuer sur des questions « qui doivent être tranchées lorsqu’il complète son arbitrage et qu’il rend une décision finale quant à la plainte », et l’art. 58 prévoit que les droits et obligations fondamentaux du *Code des droits de la personne* « priment » sur ceux de toute autre loi.

[100] Aucune des dispositions du *Code des droits de la personne* n’écarte la compétence de la Commission sur les salariés syndiqués ou la compétence conférée à l’arbitre du travail en vertu de la *Loi sur les relations du travail*.

[101] Je passe maintenant à l’examen de la nature essentielle de la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks pour déterminer si elle relève de la compétence de l’une de ces juridictions, ou des deux. La plainte de M<sup>me</sup> Horrocks porte sur la question de savoir si elle a été victime de discrimination de la part de son employeur en raison d’une incapacité physique ou mentale — et si son employeur a de ce fait violé la convention collective et le *Code des droits de la personne* — lorsqu’il l’a congédiée au motif qu’elle n’aurait pas respecté son engagement de s’abstenir totalement de consommer de l’alcool. Elle demande à être réintégrée dans son emploi.

[102] Je suis d’accord avec le juge Brown pour dire que la nature essentielle de la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks relève du champ d’application de la convention collective. En l’espèce, la convention collective interdit expressément à l’employeur de faire preuve de discrimination fondée sur une incapacité physique ou mentale (« Collective Agreement between : Canadian Union of Public Employees, Local 8600 and Norman Regional Health Authority Inc. », 1<sup>er</sup> avril 2008 au 31 mars 2012, art. 6, reproduite dans d.a., vol. II, p. 12). Dans l’arrêt *Parry Sound*, la Cour a confirmé que les droits et obligations substantiels prévus par

agreement over which an arbitrator has jurisdiction. The collective agreement in the present case also provides a grievance and arbitration procedure for any dispute arising out of the interpretation, application, or alleged violation of the collective agreement (arts. 10 and 11). Given this context, Ms. Horrocks' discrimination claim can easily be characterized as arising out of an alleged violation of the collective agreement. A labour arbitrator accordingly has jurisdiction over it.

[103] In my view, however, the dispute also falls within the Commission's jurisdiction even though Ms. Horrocks is a unionized employee. Her complaint of discrimination falls squarely within the mandate of the *Code*. Section 22(1) expressly provides that "[a]ny person" can file a complaint with the Commission. The processing of her complaint is also within the Commission's mandate under ss. 4, 7(2)(a), 29(3) and 34 of the *Code*. Once a complaint is made to the Commission, it must be dealt with in accordance with the *Code*. There is no exception for a complaint made by a unionized employee who may be subject to a collective agreement.

[104] Although the Court of Appeal in this case concluded that the human rights adjudicator had jurisdiction over Ms. Horrocks' dispute, it also held that the adjudicator lacked jurisdiction to decide "questions of discipline or dismissal or to grant any related remedy" (2017 MBCA 98, 416 D.L.R. (4th) 385, at para. 92). I disagree with this bifurcated conclusion. Section 43(2) of the *Code* gives adjudicators broad powers to remedy human rights violations, including ordering an employer to "do or refrain from doing anything in order to secure compliance with this Code, to rectify any circumstance caused by the contravention, or to make just amends for the contravention". If a dispute falls within the adjudicator's jurisdiction, then the adjudicator's remedial powers are delimited by the *Code*.

les codes des droits de la personne sont incorporés dans toute convention collective à l'égard de laquelle un arbitre du travail a compétence. La convention collective dans le cas qui nous occupe prévoit également une procédure de griefs et d'arbitrage pour tout différend résultant de l'interprétation, de l'application ou de la prétendue violation de la convention collective (art. 10 et 11). Dans ces conditions, on peut aisément considérer que la plainte de discrimination de M<sup>me</sup> Horrocks résulte de la prétendue violation de la convention collective. Un arbitre du travail a donc compétence sur cette plainte.

[103] À mon avis, toutefois, le litige relève également de la compétence de la Commission, même si M<sup>me</sup> Horrocks est une employée syndiquée. Sa plainte de discrimination relève directement du mandat du *Code*. Le paragraphe 22(1) prévoit expressément qu'« une personne » peut déposer une plainte auprès de la Commission. L'instruction de sa plainte relève aussi du mandat de la Commission selon l'art. 4, l'al. 7(2)a, le par. 29(3) et l'art. 34 du *Code*. Une fois qu'une plainte est déposée auprès de la Commission, elle doit être instruite conformément au *Code*. Il n'y a pas d'exception pour une plainte déposée par un employé syndiqué qui peut être assujéti à une convention collective.

[104] Même si elle a conclu en l'espèce que l'arbitre des droits de la personne avait compétence sur la demande de M<sup>me</sup> Horrocks, la Cour d'appel a également conclu que l'arbitre des droits de la personne n'avait pas compétence pour statuer sur [TRADUCTION] « des questions relatives à la discipline ou au congédiement ou pour accorder toute réparation connexe » (2017 MBCA 98, 416 D.L.R. (4th) 385, par. 92). Je ne puis souscrire à cette conclusion à deux volets. Le paragraphe 43(2) du *Code* confère aux arbitres des droits de la personne de larges pouvoirs pour remédier aux violations des droits de la personne, y compris celui d'ordonner à un employeur de « faire ou s'abstenir de faire une chose afin que l'observation du présent code soit assurée, réparer un état de choses découlant de la contravention ou compenser équitablement un dommage causé par la contravention au présent code ». Si le litige relève de la compétence de l'arbitre des droits de la personne, les pouvoirs de réparation de ce dernier sont alors précisés dans le *Code*.

[105] Given the mandate and provisions of the *Code*, including s. 22(1)'s use of "[a]ny person", I find it unacceptable that some unionized employees, whose unions refuse to grieve their members' discrimination claims without breaching the duty of fair representation, would be left without legal recourse. Nothing in the *Code* suggests that this result was intended; on the contrary, such a result might violate the responsibilities of the Commission under s. 4.

[106] Although it is true that the duty of fair representation "acts as a check on the principle of exclusivity", it is not a sufficient check given the importance of the human rights involved (Mummé, at p. 237). Despite the tendency of labour arbitrators to interpret the duty in an expansive way where discrimination is involved, the content of the duty has not evolved since this Court's decision in *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, which preceded *Parry Sound*:

In a situation of conflicting employee interests, the union may pursue one set of interests to the detriment of another as long as its decision to do so is not actuated by any . . . improper motives . . . , and as long as it turns its mind to all the relevant considerations. . . . [I]t is the underlying motivation and method used to make this choice that may be objectionable. [pp. 1328-29]

Thus, in cases involving discrimination against a unionized employee, unions can decide not to grieve without breaching their duty of fair representation, "so long as their decisions are reasoned, not arbitrary, in bad faith or discriminatory" (Mummé, at p. 238; see also *Mason v. Gen-Auto Shippers and Teamsters Local Union 938*, [1999] OLRB Rep. 242, at paras. 17 and 20; *Creed v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 339*, [1999] O.L.R.D. No. 3422 (QL)). They have the right to make errors, and they must also, at times, balance competing interests.

[105] Compte tenu du mandat et des dispositions du *Code*, notamment de l'expression « une personne » employée au par. 22(1), j'estime inacceptable que certains employés syndiqués se retrouvent sans recours en justice lorsque leur syndicat refuse de déposer un grief à la suite d'une plainte de discrimination, sans manquer à son devoir de juste représentation. Rien dans le *Code* ne permet de penser qu'un tel résultat était voulu; au contraire, un tel résultat pourrait constituer un manquement aux fonctions de la Commission prévues à l'art. 4.

[106] Même s'il est vrai que le devoir de juste représentation [TRADUCTION] « sert de contre-poids au principe de l'exclusivité », ce n'est pas un contre-poids suffisant compte tenu de l'importance des droits de la personne en jeu (Mummé, p. 237). Malgré la tendance des arbitres du travail à interpréter cette obligation de façon large lorsqu'il est question de discrimination, la nature de celle-ci n'a pas évolué depuis l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, qui était antérieur à l'arrêt *Parry Sound* :

Lorsque les employés ont des intérêts opposés, le syndicat peut choisir de défendre un ensemble d'intérêts au détriment d'un autre pourvu que sa décision ne découle pas des motifs irréguliers [. . .] et pourvu qu'il examine tous les facteurs pertinents. [. . .] Ce sont plutôt les motifs sous-jacents et la méthode utilisée pour effectuer ce choix qui peuvent faire l'objet d'une objection. [p. 1329]

Ainsi, dans les affaires où il est question de discrimination à l'égard d'un employé syndiqué, les syndicats peuvent décider de ne pas déposer de grief sans manquer à leur devoir de représentation équitable, [TRADUCTION] « dès lors que leur décision est motivée et qu'elle n'est pas arbitraire ou entachée de mauvaise foi ou de discrimination » (Mummé, p. 238; voir aussi *Mason c. Gen-Auto Shippers and Teamsters, Local Union 938*, [1999] OLRB Rep. 242, par. 17 et 20; *Creed c. International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 339*, [1999] O.L.R.D. No. 3422 (QL)). Les syndicats ont le droit de commettre des erreurs et ils doivent aussi, parfois, mettre en balance des intérêts opposés.

[107] To conclude, I find that both a labour arbitrator under the *Labour Relations Act* and the Commission under the *Human Rights Code* have jurisdiction, on the face of the legislation, over Ms. Horrocks' claim of discrimination against her employer. Nothing in either scheme suggests the legislature meant either scheme to prevail. There is no doubt that the labour scheme is designed to rely heavily upon arbitration for matters within the scope of the collective agreement. But so too does the human rights scheme rely heavily upon the Commission and human rights adjudicators to address discrimination, given the paramount and fundamental importance of human rights legislation (*Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at para. 33).

[108] This Court has only ousted the jurisdiction of human rights tribunals when the statutory text of the other tribunal has specifically excluded all other decision-making bodies, thereby indicating that jurisdiction was meant to be exclusive. In *Charette*, the Court considered a jurisdictional issue between the Quebec Human Rights Tribunal and the *Commission des affaires sociales*, Quebec's social assistance review board (CAS). The complainant participated in a social assistance program for low-income families with children. The program required that at least one adult receive income from employment. When the complainant went on maternity leave, she lost access to the program because maternity benefits were not considered income from employment. She filed a claim with the Human Rights Tribunal alleging discrimination on the basis of sex and pregnancy contrary to the Quebec *Charter*. The Quebec government contested the Tribunal's jurisdiction, arguing that the CAS had exclusive jurisdiction.

[107] En conclusion, j'estime que l'arbitre du travail, en vertu de la *Loi sur les relations du travail*, et la Commission, en vertu du *Code des droits de la personne*, ont les deux compétence, au vu des dispositions législatives applicables, sur la plainte de discrimination déposée par M<sup>me</sup> Horrocks contre son employeur. Rien dans l'un ou l'autre de ces régimes législatifs ne permet de penser que le législateur souhaitait que l'un ou l'autre ait préséance. Il ne fait aucun doute que le régime régissant les relations de travail est conçu pour s'appuyer fortement sur l'arbitrage en ce qui a trait aux questions relevant du champ d'application de la convention collective, mais c'est également le cas du régime régissant les droits de la personne, qui compte fortement sur la Commission et les arbitres des droits de la personne pour statuer sur les plaintes de discrimination, compte tenu de l'importance primordiale et fondamentale des lois relatives aux droits de la personne (*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, par. 33).

[108] La Cour n'a écarté la compétence des tribunaux des droits de la personne que lorsque le texte de loi de l'autre tribunal administratif excluait expressément tous les autres organismes décisionnels, indiquant ainsi que la compétence se voulait exclusive. Dans l'affaire *Charette*, la Cour s'est penchée sur une question de compétence entre le Tribunal des droits de la personne du Québec et la Commission des affaires sociales (CAS), la commission de révision de l'aide sociale du Québec. La plaignante était inscrite à un programme qui prévoyait le versement de prestations d'aide sociale aux familles à faible revenu ayant des enfants à charge. Le programme exigeait qu'au moins un adulte touche un revenu d'emploi. Lorsqu'elle est partie en congé de maternité, la plaignante ne pouvait plus bénéficier du programme parce que les prestations de maternité n'étaient pas considérées comme un revenu d'emploi. Elle a porté plainte devant le Tribunal des droits de la personne du Québec, alléguant avoir fait l'objet de discrimination fondée sur le sexe et sur la grossesse en contravention de la *Charte* québécoise. Le gouvernement du Québec a contesté la compétence du Tribunal, en faisant valoir que la CAS avait compétence exclusive.

[109] A majority of the Court concluded that the CAS had exclusive jurisdiction to hear the matter. Section 23 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales*, R.S.Q., c. C-34, gave the CAS authority to interpret and apply the Quebec *Charter*. Section 21 provided that the administrative appeal route for dissatisfied claimants was not overlapping or concurrent with courts or other tribunals, but was exclusive to the CAS:

The object of the [CAS] is to hear, to the exclusion of every other commission, tribunal, board or body, except as regards the requests contemplated in paragraph d of this section:

(a) the appeals brought under section 78 or section 81 of the Act respecting income security . . . .

[110] Similarly, in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, the Court again addressed a contest between a human rights tribunal and a labour arbitrator. Mr. Vaid worked at the House of Commons and alleged that he had been constructively dismissed. He brought a complaint before the Canada Human Rights Tribunal alleging racial discrimination contrary to the *CHRA*. As a federal employee, Mr. Vaid's employment was governed by the *Parliamentary Employment and Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. 33 (2nd Supp.) (*PESRA*), which had a labour arbitration regime. One of the issues was whether Mr. Vaid's complaint fell exclusively within *PESRA*'s labour arbitration regime or whether the Tribunal had concurrent jurisdiction over it.

[111] The Court unanimously held that Mr. Vaid's complaint fell exclusively within *PESRA*'s labour arbitration regime. Section 5(1) provided that one of *PESRA*'s purposes was to "provide to certain persons employed in Parliamentary service collective bargaining and other rights in respect of their employment". Section 62(1)(a)(i) permitted any employee who felt aggrieved by the interpretation or application of "a provision of a statute" to present

[109] La Cour a conclu à la majorité que la CAS avait compétence exclusive pour instruire l'affaire. L'article 23 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-34, donnait à la CAS le pouvoir d'interpréter et d'appliquer la *Charte québécoise*. L'article 21 disposait que la voie d'appel administratif prévue à l'intention des demandeurs insatisfaits ne faisait pas double emploi avec la compétence des tribunaux judiciaires ou administratifs, car la compétence de la CAS était exclusive :

La [CAS] a pour fonction d'entendre, exclusivement à toute autre commission, tribunal, régie ou organisme, à l'exception des requêtes visées dans le paragraphe d du présent article :

a) les appels interjetés en vertu de l'article 78 ou de l'article 81 de la Loi sur la sécurité du revenu. . .

[110] De même, dans l'affaire *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, la Cour s'est de nouveau penchée sur un conflit de compétence entre un tribunal des droits de la personne et un arbitre du travail. Monsieur Vaid travaillait à la Chambre des communes et alléguait avoir fait l'objet d'un congédiement déguisé. Il a déposé une plainte devant le Tribunal canadien des droits de la personne, alléguant avoir fait l'objet de discrimination raciale en contravention de la *LCDP*. L'emploi de M. Vaid, en tant qu'employé fédéral, était régi par la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, L.R.C. 1985, c. 33 (2<sup>e</sup> suppl.) (*LRTP*), qui prévoyait un régime d'arbitrage du travail. L'une des questions était de savoir si la plainte de M. Vaid relevait exclusivement du régime d'arbitrage du travail de la *LRTP* ou si le Tribunal avait une compétence concurrente sur celle-ci.

[111] La Cour a jugé à l'unanimité que la plainte de M. Vaid relevait exclusivement du régime d'arbitrage du travail de la *LRTP*. Le paragraphe 5(1) de cette loi prévoyait que l'un de ses objets était « d'assurer à certaines personnes affectées aux services parlementaires certains droits, dont celui de négociation collective, dans le cadre de leur emploi ». Le sous-alinéa 62(1)a(i) donnait à l'employé qui s'estimait lésé par l'interprétation ou l'application à son égard

a grievance. Finally, s. 2 of *PESRA* provided that, where other federal legislation dealt with “matters similar to those provided for under” *PESRA*, *PESRA* prevailed:

... except as provided in this Act, nothing in any other Act of Parliament that provides for matters similar to those provided for under this Act . . . shall apply . . .

[112] In *Charette* and *Vaid*, then, the legislation clearly provided for exclusive jurisdiction of a body that was not the human rights tribunal. If the dispute fell within the jurisdiction of that other body (the CAS and *PESRA* arbitration regimes, respectively), the legislative intent was to oust the jurisdiction of the human rights tribunal.

[113] No such express or strong language exists in the Manitoba *Labour Relations Act*. The text of s. 78(1) states that “[e]very collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise”. Where the Manitoba legislature intends to oust the jurisdiction of other tribunals, it uses the words “exclusive jurisdiction” (see, e.g., *The Manitoba Public Insurance Corporation Act*, C.C.S.M., c. P215, s. 65(13); *The Workers Compensation Act*, C.C.S.M., c. W200, ss. 60(1) and 60.8(1); *The Manitoba Hydro Act*, C.C.S.M., c. H190, s. 22; and see “exclusive authority” in *The Residential Tenancies Act*, C.C.S.M., c. R119, ss. 152(1) and 158(1)). Rather than using the words “exclusive jurisdiction”, s. 78(1) of the Act even contemplates the parties specifying a different forum — “or otherwise”. While the words “or otherwise” in s. 78(1) do not necessarily suggest that the *Labour Relations Act* contemplates concurrent jurisdiction with the Commission, they certainly indicate that the legislature is comfortable with parties bargaining for forums other than labour arbitration to have jurisdiction over disputes arising from a collective agreement.

« d’une disposition législative » le droit de présenter un grief. Enfin, l’art. 2 de la *LRTP* précisait que celle-ci avait préséance sur « les autres lois fédérales qui réglementent des questions semblables à celles que règlement[e] la [*LRTP*] » :

... sauf disposition expresse de la présente loi, les autres lois fédérales qui réglementent des questions semblables à celles que règlement[e] la présente loi [. . .] n’ont aucun effet. . . .

[112] Ainsi, dans les affaires *Charette* et *Vaid*, la loi conférait clairement une compétence exclusive à un organisme qui n’était pas le tribunal des droits de la personne. Si le différend relevait de la compétence de cet autre organisme (la CAS et le régime d’arbitrage prévu par la *LRTP*, respectivement), l’intention du législateur était d’écarter la compétence du tribunal des droits de la personne.

[113] Il n’y a pas de libellé aussi catégorique et explicite dans la *Loi sur les relations du travail* du Manitoba. Le paragraphe 78(1) dispose que « [l]a convention collective contient une clause prévoyant le règlement définitif, sans arrêt de travail, par voie d’arbitrage ou autrement ». Lorsqu’il entend écarter la compétence d’autres tribunaux administratifs, le législateur manitobain emploie les mots « compétence exclusive » (voir, p. ex., *Loi sur la Société d’assurance publique du Manitoba*, C.P.L.M., c. P215, par. 65(13); *Loi sur les accidents du travail*, C.P.L.M., c. W200, par. 60(1) et 60.8(1); *Loi sur l’Hydro-Manitoba*, C.P.L.M., c. H190, art. 22; et voir « pouvoir exclusif » dans la *Loi sur la location à usage d’habitation*, C.P.L.M., c. R119, par. 152(1) et 158(1)). Or, au lieu d’employer cette expression, le par. 78(1) de la Loi prévoit même la possibilité que les parties désignent une autre juridiction — « ou autrement ». Bien que les mots « ou autrement » au par. 78(1) n’indiquent pas nécessairement que la *Loi sur les relations du travail* prévoit une compétence concurrente à celle de la Commission, ils indiquent certainement que le législateur ne voit pas d’inconvénient à ce que les parties s’entendent pour que d’autres juridictions qu’un arbitre du travail aient compétence à l’égard des différends résultant de la convention collective.

[114] The conclusion to be drawn is that when the Manitoba legislature intends to confer exclusive jurisdiction, it uses clear words to that effect. The *Labour Relations Act* does not clearly confer exclusive jurisdiction on labour arbitrators, and the *Human Rights Code* does not remove from the Commission's jurisdiction human rights complaints of unionized employees. Neither statute ousts the other's jurisdiction, and Ms. Horrocks' claim falls within both a labour arbitrator's mandate under the *Labour Relations Act* and the Commission's mandate under the *Human Rights Code*. In these circumstances, I would agree with the comments of Lokan and Yachnin, at p. 27:

. . . it is difficult to make a credible case that the legislature intended arbitration to supplant other tribunals completely in the unionized sector. . . . Rather than look for jurisdictional clarity that does not exist, it would seem to be more profitable for tribunals and courts to develop pragmatic doctrines on how to treat each other's processes and decisions.

[115] I now turn to the remaining issue — whether the Commission or adjudicator should have exercised their jurisdiction to hear the complaint in this case.

### C. Which Forum Is More Appropriate?

[116] My conclusion that both a human rights adjudicator and a labour arbitrator have jurisdiction over Ms. Horrocks' dispute does not answer the question of whether the Commission or adjudicator should have deferred in favour of a different forum. The analysis of whether a forum has jurisdiction is distinct from whether it should exercise that jurisdiction. Dealing with both jurisdiction and *forum non conveniens* in the private international law context, Côté J. has explained: "The importance of maintaining this distinction flows from the discrete concerns underlying each analysis and the nature of the relevant factors at each stage" (*Haaretz.com*

[114] On peut en conclure que, lorsque le législateur manitobain entend conférer une compétence exclusive, il emploie des termes clairs en ce sens. La *Loi sur les relations du travail* ne confère pas clairement une compétence exclusive aux arbitres du travail, et le *Code des droits de la personne* ne soustrait pas à la compétence de la Commission les plaintes relatives aux droits de la personne qui sont déposées par des employés syndiqués. Aucune de ces lois n'exclut la compétence de l'autre, et la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks relève à la fois du mandat de l'arbitre du travail en vertu de la *Loi sur les relations du travail* et du mandat de la Commission en vertu du *Code des droits de la personne*. Dans ces conditions, j'abonde dans le sens des auteurs Lokan et Yachnin, lorsqu'ils font observer, à la p. 27 de leur article :

[TRADUCTION] . . . il est difficile de soutenir de façon crédible que le législateur voulait que l'arbitrage supplante complètement les autres tribunaux dans le cas des travailleurs syndiqués. [ . . . ] Au lieu de chercher une réponse claire qui n'existe pas en ce qui concerne la délimitation des compétences respectives, il serait sans doute plus utile que les tribunaux administratifs et judiciaires élaborent des principes pragmatiques sur la façon de traiter leurs procédures et décisions respectives.

[115] Je passe maintenant à la dernière question, soit celle de savoir si la Commission ou l'arbitre des droits de la personne aurait dû exercer sa compétence pour instruire la plainte en l'espèce.

### C. Quelle est la juridiction qui convient le mieux?

[116] Ma conclusion portant qu'un arbitre des droits de la personne et un arbitre du travail ont les deux compétence sur la plainte de M<sup>me</sup> Horrocks ne répond pas à la question de savoir si la Commission ou l'arbitre des droits de la personne aurait dû décliner compétence en faveur d'une autre juridiction. L'analyse de la question de savoir si une juridiction a compétence est distincte de celle visant à savoir si cette même juridiction devrait exercer cette compétence. Traitant à la fois de la compétence et de la doctrine du *forum non conveniens* dans le contexte du droit international privé, la juge Côté a expliqué : « Il importe de maintenir cette distinction en

v. *Goldhar*, 2018 SCC 28, [2018] 2 S.C.R. 3, at para. 28).

(1) Discretion to Defer

[117] In their submissions, both Ms. Horrocks and the Commission suggested that the Commission may not have discretion under the *Human Rights Code* to decline to pursue adjudication if a complaint falls within its jurisdiction (transcript, at p. 75). As Ms. Horrocks notes in her factum, however, it might be “reasonable to assume that the Manitoba Human Rights Commission may not be ‘satisfied’ that adjudication is required where a complainant has or could pursue a grievance”, thus allowing for a form of deferral (R.F. Linda Horrocks, at para. 92). The employer argued that, in the event this Court finds jurisdiction to be concurrent, it should decide that arbitration is the most appropriate forum. Failure to give proper guidance would lead to forum shopping and collateral attacks, ultimately undermining the rule of law.

[118] Under s. 29 of the *Code*, the Commission plays a gatekeeper function in screening complaints:

**29(3)** If a complaint is not settled, terminated or dismissed and the Commission is satisfied that additional proceedings in respect of the complaint would further the objectives of this Code or assist the Commission in discharging its responsibilities under this Code, the Commission shall

- (a) request the chief adjudicator to designate a member of the adjudication panel to adjudicate the complaint; or
- (b) recommend that the minister commence a prosecution for an alleged contravention of the Code.

raison des préoccupations distinctes qui sous-tendent chaque analyse et de la nature des facteurs pertinents à chaque étape » (*Haaretz.com c. Goldhar*, 2018 CSC 28, [2018] 2 R.C.S. 3, par. 28).

(1) Pouvoir discrétionnaire pour décliner compétence

[117] Dans leurs observations, M<sup>me</sup> Horrocks et la Commission avancent l’une et l’autre l’idée que la Commission n’a peut-être pas le pouvoir discrétionnaire en vertu du *Code des droits de la personne* pour refuser de statuer sur la plainte si celle-ci relève de sa compétence (transcription, p. 75). Comme M<sup>me</sup> Horrocks le souligne dans son mémoire, toutefois, il pourrait être [TRADUCTION] « raisonnable de supposer que la Commission des droits de la personne du Manitoba ne serait pas “convaincue” de devoir exercer sa compétence lorsqu’un plaignant a un grief ou pourrait en présenter un », permettant ainsi à la Commission de décliner sa compétence (m.i. Linda Horrocks, par. 92). L’employeur a fait valoir que, dans l’éventualité où la Cour jugerait qu’il existe une compétence concurrente, elle devrait décider que l’arbitrage est le mode de règlement qui convient le mieux. L’absence de balises appropriées inciterait les plaignants à se mettre à la recherche de la juridiction la plus favorable et à se livrer à des contestations indirectes, ce qui aurait finalement pour effet de compromettre la primauté du droit.

[118] Selon l’art. 29 du *Code*, la Commission joue un rôle de gardien en ce qui concerne l’examen préalable des plaintes :

**29(3)** Si une plainte n’est pas réglée ou rejetée ou s’il n’est pas mis fin aux procédures s’y rapportant et si la Commission est convaincue que des procédures additionnelles quant à la plainte serviraient les buts du présent code ou faciliteraient l’exercice des fonctions de la Commission en vertu du présent code, celle-ci doit, selon le cas :

- a) demander à l’arbitre en chef de désigner un membre du tribunal d’arbitrage afin qu’il statue sur la plainte;
- b) recommander au ministre d’introduire une poursuite relativement à une contravention qui aurait été commise au présent code.

(See also *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at para. 21.)

[119] Although s. 29(3) is less explicit than the deferral clauses found in Ontario, British Columbia, and the *CHRA* (see Ontario's *Human Rights Code*, s. 45.1; British Columbia's *Human Rights Code*, s. 25(1) and (2); *CHRA*, s. 41(1)), the provision does not require the Commission to forward a case to an adjudicator unless it is satisfied that it would further the objectives of the *Code*. The availability of a more appropriate, efficient, and timely forum that addresses workplace discrimination may well satisfy the Commission that additional proceedings before a human rights adjudicator would not assist the Commission in discharging its duties. Further, the Commission may choose to defer any decision in this regard, pending pursuit of other accessible adjudication addressing the complaint of discrimination.

[120] Indeed, this interpretation of the *Code* accords with the Commission's practice of deferring the adjudication of complaints in favour of other forums. For example, in a policy statement, the Commission explains that where a dispute falls under the concurrent jurisdiction of another body which is considering the matter, the Commission may seek the consent of the parties to "put the complaint on hold" or do so on its own initiative (*Policy # P-3: Jurisdiction — Concurrent Jurisdiction*, revised October 8, 2014 (online), at p. 2).

[121] Similarly, the Manitoba Human Rights Tribunal has concluded that it can defer hearing complaints in appropriate circumstances, including so that the dispute can be adjudicated by a labour arbitrator (*Blatz v. 4L Communications Inc.*, 2012 CanLII 42311, at paras. 11-12; *Qumsieh v. Brandon School Division*, 2019 MBHR 3, at paras. 10-11 (CanLII)).

(Voir aussi *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 21.)

[119] Bien que le par. 29(3) soit moins explicite que les dispositions permettant de refuser de statuer sur une plainte que l'on trouve en Ontario, en Colombie-Britannique et dans la *LCDP* (voir *Code des droits de la personne* de l'Ontario, art. 45.1; *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, par. 25(1) et (2); *LCDP*, par. 41(1)), cette disposition n'oblige la Commission à déférer l'affaire à un arbitre des droits de la personne que si elle est convaincue que cette mesure favoriserait les buts du *Code*. L'existence d'une juridiction plus appropriée, plus efficace et plus rapide, qui est compétente pour se pencher sur les situations de discrimination en milieu de travail, pourrait bien convaincre la Commission que des procédures additionnelles devant un arbitre des droits de la personne ne faciliteraient pas l'exercice des fonctions de la Commission. De plus, la Commission peut choisir de suspendre le prononcé de toute décision à cet égard, en attendant l'issue d'un recours devant une autre juridiction concernant la plainte de discrimination.

[120] D'ailleurs, cette interprétation du *Code* s'accorde avec la pratique de la Commission de décliné compétence sur les plaintes en faveur d'autres juridictions. Par exemple, dans un énoncé de politique, la Commission explique que lorsqu'un différend relève de la compétence concurrente d'un autre organisme qui examine l'affaire, la Commission peut demander le consentement des parties « pour suspendre la plainte » ou la suspendre de sa propre initiative (*Politique n° P-3 : Compétence — Compétence concurrente*, mise à jour le 8 octobre 2014 (en ligne), p. 2).

[121] De même, le Tribunal des droits de la personne du Manitoba a conclu qu'il peut refuser de statuer sur une plainte lorsque les circonstances s'y prêtent, notamment lorsque le différend peut être tranché par un arbitre du travail (*Blatz c. 4L Communications Inc.*, 2012 CanLII 42311, par. 11-12; *Qumsieh c. Brandon School Division*, 2019 MBHR 3, par. 10-11 (CanLII)).

[122] Different considerations may apply, and a complaint may be dismissed, where there are concerns about a duplication of proceedings (see *Code*, ss. 29(1)(a) and 42; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422, at paras. 25-34; *Zulkoskey v. Canada (Minister of Employment and Social Development)*, 2016 FCA 268, at paras. 23-24 (CanLII); *Dick v. Pepsi Bottling Group (Canada), Co.*, 2014 CanLII 16055 (Man. H.R.)).

(2) Factors Guiding the Exercise of Discretion

[123] When the Commission shares jurisdiction with a labour arbitrator over a human rights dispute, a number of factors can guide its discretion in deciding whether or not to proceed with a complaint of a unionized employee.

[124] As mentioned, McLachlin C.J. provided four factors in *Morin* that favoured the human rights forum's exercise of jurisdiction in that case: (1) the claim was about the collective agreement itself rather than a violation of it; (2) the union involved was opposed in interest to the complainants so they could have been left without legal recourse; (3) the labour arbitrator would not have jurisdiction over every party possibly affected by the dispute; and (4) the Tribunal was a "better fit" to challenge the collective agreement (paras. 27-30).

[125] If the union is adverse in interest or is unwilling to pursue a grievance, this weighs heavily in favour of access to justice in respect of human rights claims (*Morin*, at para. 28; *Naraine*, at paras. 60-61; *A.T.U., Local 583 v. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75, at paras. 64-66). Where a union declines to grieve the human rights complaint of a unionized employee, unionized employees should have legal recourse to adjudicate their human rights complaints.

[122] Divers facteurs peuvent s'appliquer, et la plainte peut être rejetée lorsqu'on craint un dédoublement d'instances (voir *Code*, al. 29(1)a) et art. 42; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422, par. 25-34; *Zulkoskey c. Canada (Ministre de l'Emploi et du Développement social)*, 2016 CAF 268, par. 23-24 (CanLII); *Dick c. Pepsi Bottling Group (Canada), Co.*, 2014 CanLII 16055 (D.P. Man.)).

(2) Facteurs encadrant l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[123] Dans le cas où elle a une compétence partagée avec un arbitre du travail sur un différend relatif aux droits de la personne, la Commission peut tenir compte d'un certain nombre de facteurs lorsqu'elle décide, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, si elle instruira ou non la plainte d'un employé syndiqué.

[124] Comme je l'ai déjà mentionné, la juge en chef McLachlin a, dans l'arrêt *Morin*, énoncé quatre facteurs qui favorisaient dans cette affaire l'exercice, par le tribunal des droits de la personne, de sa compétence : (1) la plainte portait sur la convention collective elle-même plutôt que sur une violation de celle-ci; (2) l'intérêt du syndicat était opposé à celui des plaignants, de sorte qu'ils risquaient de se retrouver sans autre recours; (3) l'arbitre du travail n'aurait pas eu compétence à l'égard de toutes les parties pouvant être visées par le litige; et (4) le Tribunal présentait une « plus grande adéquation » avec le litige pour la contestation de la convention collective (par. 27-30).

[125] Si l'intérêt du syndicat est opposé à celui du plaignant ou si le syndicat ne veut pas donner suite au grief, cela milite fortement en faveur de l'accès à la justice pour toute personne ayant une plainte en matière de droits de la personne (*Morin*, par. 28; *Naraine*, par. 60-61; *A.T.U., Local 583 c. Calgary (City)*, 2007 ABCA 121, 75 Alta. L.R. (4th) 75, par. 64-66). Lorsqu'un syndicat refuse de donner suite à la plainte d'un travailleur syndiqué concernant les droits de la personne, ce dernier devrait avoir un recours en justice afin que sa plainte en matière de droits de la personne soit instruite.

[126] Conversely, if the claim is about the violation of the collective agreement, the union is supportive, the arbitrator has jurisdiction over the necessary parties, and the remedy seeks re-establishment of the employment relationship, there will be a compelling case for the human rights forum to defer to the labour arbitration regime.

[127] Finally, determining which forum is a “better fit” permits a broad consideration of the circumstances of the complaint. It seems to me that the remedy sought by the complainant may be highly relevant to the better fit analysis. For example, if a complainant seeks reinstatement, labour arbitration through union representation may be the better fit. On the other hand, if a complainant seeks a declaration, damages, or systemic changes — rather than the re-establishment of the employment relationship — a human rights tribunal may be the better fit.

[128] Thus, there is a strong case for labour arbitration to have primary responsibility over the human rights complaints of unionized employees, particularly if the remedy sought is reinstatement. Access to justice and efficiency in resolving issues in an ongoing relationship will militate in favour of deferring to labour arbitration. As a general rule, the Commission should decline jurisdiction unless labour arbitration is not a realistic alternative.

[129] In this case, the human rights adjudicator was not presented with any evidence that other proceedings had been or could be commenced; the limited evidence she had suggested that Ms. Horrocks did not feel confident that the union would support her (para. 87). Nevertheless, there was no clear evidence that the union would not assist. And there are good reasons why the Commission or the adjudicator could have exercised their discretion to defer to the labour arbitration scheme. The dispute was about discrimination arising under the collective

[126] Inversement, si la plainte porte sur la violation de la convention collective, que le syndicat appuie l’employé, que l’arbitre du travail a compétence sur les parties concernées et que la réparation demandée est la réintégration de l’employé dans ses fonctions, il s’agira d’un cas où le tribunal des droits de la personne sera tout à fait justifié de décliner compétence en faveur de l’arbitre nommé dans le cadre du régime d’arbitrage du travail.

[127] Enfin, le fait de déterminer quelle juridiction présente une « plus grande adéquation » permet d’accorder une grande importance aux circonstances de la plainte. Il me semble que la réparation demandée par la personne qui dépose une plainte peut être un facteur très pertinent pour ce qui est de l’analyse de cette question. Par exemple, si la personne demande d’être réintégrée dans son emploi, le recours à l’arbitrage par le biais d’un représentant syndical peut présenter une meilleure adéquation. Par contre, si la personne réclame un jugement déclaratoire, des dommages-intérêts ou des changements systémiques — plutôt que la réintégration dans ses fonctions — un tribunal des droits de la personne pourrait présenter une meilleure adéquation.

[128] Il est donc tout à fait justifié qu’il revienne en premier lieu aux arbitres du travail de statuer sur les plaintes relatives aux droits de la personne présentées par des employés syndiqués, surtout si la réparation demandée est la réintégration. L’accès à la justice et la résolution efficace des conflits dans le cadre d’une relation à long terme militent en faveur de l’arbitrage en droit du travail. En règle générale, la Commission devrait décliner compétence, à moins que l’arbitrage en droit du travail ne soit pas une option réaliste.

[129] En l’espèce, l’arbitre des droits de la personne ne s’est vu présenter aucune preuve indiquant que d’autres procédures avaient été engagées ou pourraient l’être; les quelques éléments de preuve dont elle disposait indiquaient que M<sup>me</sup> Horrocks n’avait pas le sentiment que le syndicat la soutiendrait (par. 87). Il n’y avait cependant pas de preuve démontrant de façon évidente que le syndicat ne l’aiderait pas. Et il existe de bonnes raisons de penser que la Commission ou l’arbitre des droits de la personne aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire pour

agreement, and the remedy sought, reinstatement, was squarely within the powers of a labour arbitrator and concerned the re-establishment of the working relationship.

[130] With that said, it has always been recognized that remedies in judicial review are discretionary in nature, such that “even if the applicant makes out a case for review on the merits, the reviewing court has an overriding discretion to refuse relief” (*Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at para. 37; see also *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 36). The discretionary nature of the remedies available in a judicial review reflects an orientation not only towards individual rights but also towards the public interest in the orderly administration of affairs, including the need for finality and certainty (*Fingland v. Ontario (Ministry of Transportation)*, 2008 ONCA 812, 93 O.R. (3d) 268, at para. 30, quoting *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.), at para. 258; D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at § 3:1). The human rights adjudicator in this case was asked to decide whether or not she had jurisdiction, which she answered affirmatively. Because she clearly had jurisdiction to hear the case, I cannot conclude that the adjudicator was wrong to proceed in these circumstances. In any event, it would not be appropriate, nearly a decade after the events giving rise to the dispute and over six years after the adjudicator’s decision on the merits, to set the adjudicator’s decision aside.

### III. Conclusion

[131] In my view, the Court of Appeal was correct in deciding that the human rights adjudicator in this

décliner compétence au profit de l’arbitre nommé dans le cadre du régime d’arbitrage du travail. Le différend portait sur la discrimination résultant de la convention collective et la réparation demandée, soit la réintégration, relevait clairement des pouvoirs d’un arbitre du travail et concernait le rétablissement de la relation de travail.

[130] Cela dit, il est de jurisprudence constante que les réparations pouvant être accordées lors d’un contrôle judiciaire sont de nature discrétionnaire, de sorte que « même si le demandeur établit le bien-fondé de sa demande de contrôle judiciaire, la cour de révision dispose du pouvoir discrétionnaire prépondérant de refuser d’accorder la réparation » (*Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 37; voir aussi *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 36). Le caractère discrétionnaire de ce type de réparations possibles dans le cadre d’un contrôle judiciaire reflète une orientation non seulement vers les droits individuels, mais aussi vers l’intérêt public pour une administration ordonnée des affaires, notamment la nécessité d’assurer le caractère définitif et la certitude des décisions (*Fingland c. Ontario (Ministry of Transportation)*, 2008 ONCA 812, 93 O.R. (3d) 268, par. 30, citant *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.), par. 258; D. J. M. Brown et J. M. Evans, assistés de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), §3:1). L’arbitre des droits de la personne en l’espèce a été appelée à décider si elle avait ou non compétence, ce à quoi elle a répondu par l’affirmative. Étant donné qu’elle avait clairement compétence pour statuer sur l’affaire, je ne puis conclure qu’elle a eu tort en l’espèce d’instruire la plainte. En tout état de cause, il ne conviendrait pas, près d’une dizaine d’années après les faits à l’origine de la plainte et plus de six ans après la décision rendue sur le fond par l’arbitre des droits de la personne, d’annuler sa décision.

### III. Dispositif

[131] À mon avis, la Cour d’appel a eu raison de décider que l’arbitre des droits de la personne en

case had jurisdiction to hear the dispute. Accordingly, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, KARAKATSANIS J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Pitblado, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent Linda Horrocks: Champ & Associates, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent the Manitoba Human Rights Commission: MLT Aikins, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Don Valley Community Legal Services: Monkhouse Law, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Counsel to Employers: Neuman Thompson, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Council of Administrative Tribunals: Pulleyblank Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health: Karen R. Spector, Toronto.*

l'espèce avait compétence pour instruire le litige. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, la juge KARAKATSANIS est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant : Pitblado, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée Linda Horrocks : Champ & Associates, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée la Commission des droits de la personne du Manitoba : MLT Aikins, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant Don Valley Community Legal Services : Monkhouse Law, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats d'employeurs : Neuman Thompson, Edmonton.*

*Procureure de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant British Columbia Council of Administrative Tribunals : Pulleyblank Law Corporation, Vancouver.*

*Procureure de l'intervenant Empowerment Council, Systemic Advocates in Addictions and Mental Health : Karen R. Spector, Toronto.*

**Mike Ward** *Appellant*

v.

**Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse** *Respondent*

and

**Sylvie Gabriel,  
Jérémy Gabriel,  
Association des professionnels de l'industrie de l'humour,  
International Commission of Jurists (Canada),  
Canadian Civil Liberties Association,  
Canadian Constitutional Foundation and  
League for Human Rights of B'nai Brith  
Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: WARD v. QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE)**

**2021 SCC 43**

File No.: 39041.

2021: February 15; 2021: October 29.

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

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

*Human rights — Right to safeguard of dignity — Right to equal recognition and exercise of human rights and freedoms — Freedom of expression — Discrimination claim brought on behalf of public figure with disability against professional comedian who mocked some of his physical characteristics — Scope of jurisdiction of Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse and Human Rights Tribunal with respect to discrimination — Legal framework that applies to discrimination claim based on expression where there is conflict between right to safeguard of dignity and freedom*

**Mike Ward** *Appelant*

c.

**Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse** *Intimée*

et

**Sylvie Gabriel,  
Jérémy Gabriel,  
Association des professionnels de l'industrie de l'humour,  
Commission internationale de juristes (Canada),  
Association canadienne des libertés civiles,  
Canadian Constitutional Foundation et  
Ligue pour les droits de la personne de B'nai  
Brith Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : WARD c. QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE)**

**2021 CSC 43**

N° du greffe : 39041.

2021 : 15 février; 2021 : 29 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 DU QUÉBEC**

*Droits de la personne — Droit à la sauvegarde de la dignité — Droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne — Liberté d'expression — Recours en discrimination intenté au nom d'une personnalité publique en situation de handicap à l'encontre d'un humoriste professionnel qui s'est moqué de certaines de ses caractéristiques physiques — Étendue de la compétence de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et du Tribunal des droits de la personne en matière de discrimination — Cadre juridique applicable à un recours en discrimination fondé*

*of expression — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 4, 9.1, 10.*

From September 2010 to March 2013, W, a professional comedian, gave a show that included a routine in which he mocked certain figures in Quebec's artistic community, including G, a public figure with a disability. W also made a video, posted on his website, in which he made disparaging comments about G. In both his video and his show, W mocked some of G's physical characteristics. At the time of the events alleged against W, G was a minor and a student in secondary school, and he had an artistic career as a singer.

G's parents filed a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, which then asked the Human Rights Tribunal to find that W had interfered with G's right to full and equal recognition of his right to the safeguard of his dignity, contrary to ss. 4 and 10 of the *Quebec Charter*. The Tribunal found that all the elements of discrimination under the *Quebec Charter* had been established. In particular, W had made comments concerning G's disability, although he had not chosen G because of his disability, but rather because he was a public figure. The Tribunal rejected W's defence based on freedom of expression, protected by s. 3 of the *Quebec Charter*, and found that his comments exceeded the limits of what a reasonable person can tolerate in the name of freedom of expression. The Tribunal therefore held that the discrimination suffered by G was not justified. W was ordered to pay moral and punitive damages to G. A majority of the Court of Appeal dismissed W's appeal. In the majority's view, the Tribunal could conclude that there was discrimination and that W's comments were not justified by freedom of expression. The dissenting judge concluded instead that W's comments did not constitute discriminatory speech.

*Held* (Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: The elements of a discrimination claim under the *Quebec Charter* have not been established. A discrimination claim is not, and must not become, an action in defamation. The two are governed by different considerations and have different purposes. A discrimination claim must be limited to expression whose effects are

*sur des propos qui mettent en opposition le droit à la sauvegarde de la dignité et la liberté d'expression — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 4, 9.1, 10.*

De septembre 2010 à mars 2013, W, un humoriste professionnel, présente un spectacle qui comprend un numéro dans lequel il se moque de certaines personnalités du milieu artistique québécois, dont G, une personnalité publique en situation de handicap. W réalise aussi une capsule vidéo qui est diffusée sur son site Internet dans laquelle il prononce des propos désobligeants sur G. Dans sa capsule comme dans son spectacle, W se moque de certaines caractéristiques physiques de G. Au moment où les faits reprochés à W se déroulent, G est mineur, étudie au secondaire et mène une carrière artistique en chant.

Les parents de G portent plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Celle-ci demande alors au Tribunal des droits de la personne de constater que W a porté atteinte au droit de G à la reconnaissance de son droit à la sauvegarde de sa dignité en pleine égalité, contrairement aux art. 4 et 10 de la *Charte québécoise*. Le Tribunal conclut que tous les éléments constitutifs de la discrimination, au sens de la *Charte québécoise*, sont établis. Notamment, W aurait tenu des propos liés au handicap de G, bien qu'il n'ait pas choisi ce dernier à cause de son handicap mais plutôt parce qu'il est une personnalité publique. Le Tribunal rejette le moyen de défense invoqué par W fondé sur la liberté d'expression, protégée par l'art. 3 de la *Charte québécoise*, et conclut que les propos de ce dernier ont outrepassé les limites de ce qu'une personne raisonnable peut tolérer au nom de la liberté d'expression. En conséquence, le Tribunal considère que la discrimination dont G a été victime n'est pas justifiée. W est condamné à verser des dommages moraux et punitifs à G. La Cour d'appel, à la majorité, rejette l'appel de W. De l'avis des juges majoritaires, le Tribunal pouvait conclure à l'existence de la discrimination et conclure que les propos de W n'étaient pas justifiés par la liberté d'expression. En dissidence, une juge conclut plutôt que les propos de W ne véhiculent pas un discours discriminatoire.

*Arrêt* (les juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe : Les éléments constitutifs d'un recours en discrimination fondé sur la *Charte québécoise* n'ont pas été établis. Le recours en discrimination n'est pas, et ne doit pas devenir, un recours en diffamation. L'un et l'autre obéissent à des considérations différentes et poursuivent des objectifs différents. Le recours en discrimination doit

truly discriminatory. The Tribunal has no power to decide actions in defamation or other civil liability actions, since its jurisdiction is limited to complaints of discrimination or exploitation based on ss. 10 to 19 and 48 of the *Quebec Charter*. In this case, G was made subject to a distinction by being targeted by W's comments. However, in light of the Tribunal's finding that W did not choose G because of his disability but rather because he was a public figure, the distinction was not based on a prohibited ground. Moreover, even if there had been differential treatment based on a prohibited ground, G's right to full and equal recognition of his right to the safeguard of his dignity was not impaired.

A plaintiff claiming the protection of s. 10 of the *Quebec Charter*, which provides for a right to equality in the recognition and exercise of the other rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter*, must satisfy a burden of proof that has three elements. First, the plaintiff must prove a distinction, exclusion or preference, that is, a decision, a measure or conduct that affects them differently from others to whom it may apply. Second, the plaintiff must establish that one of the characteristics expressly protected in s. 10 was a factor in the differential treatment complained of. Third, the plaintiff must show that the differential treatment impairs the full and equal exercise or recognition of a freedom or right guaranteed by the *Quebec Charter*. It is only where these three elements are established that the burden of justifying the discrimination then falls on the defendant. Hurtful expression relating to a ground listed in s. 10 of the *Quebec Charter* and harm suffered are insufficient to constitute discrimination and thus to be within the Tribunal's jurisdiction where the social effects of discrimination, such as the perpetuation of prejudice or disadvantage, are absent.

In addition, s. 9.1 of the *Quebec Charter* determines the scope of the fundamental right on which the alleged infringement of s. 10 is based. In a context where a discrimination claim is based on a right guaranteed by any of ss. 1 to 9 and where the defendant also asserts a right set out in those provisions, the respective scope of the rights being asserted must be determined in light of s. 9.1. Because s. 9.1 does not apply to s. 10, this balancing exercise must be undertaken in analyzing the third element of discrimination. The right relied on by the defendant is not a defence, but a limit to the scope of the right invoked by the plaintiff. Before it can be found that there has been

être limité à des propos dont les effets sont réellement discriminatoires. Le Tribunal n'est pas habilité à trancher les recours en diffamation ni les autres recours en responsabilité civile, puisque sa compétence est limitée aux plaintes pour discrimination ou exploitation fondées sur les art. 10 à 19 et 48 de la *Charte québécoise*. En l'espèce, G a fait l'objet d'une distinction en ayant été ciblé par les propos de W. Toutefois, considérant la conclusion du Tribunal selon laquelle W n'a pas choisi G à cause de son handicap, mais bien parce qu'il est une personnalité publique, cette distinction n'est pas fondée sur un motif prohibé. De plus, même s'il y avait eu différence de traitement fondée sur un motif prohibé, le droit de G à la reconnaissance de son droit à la sauvegarde de sa dignité en pleine égalité n'a pas été compromis.

Le demandeur qui sollicite la protection de l'art. 10 de la *Charte québécoise*, qui assure le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte québécoise*, doit satisfaire à un fardeau de preuve qui comprend trois éléments. Premièrement, il doit prouver qu'il a fait l'objet d'une distinction, exclusion ou préférence, c'est-à-dire d'une décision, mesure ou conduite qui le touche d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. Deuxièmement, il doit établir qu'une des caractéristiques expressément protégées à l'art. 10 a été un facteur dans la différence de traitement dont il se plaint. Troisièmement, il doit démontrer que cette différence de traitement compromet l'exercice ou la reconnaissance en pleine égalité d'une liberté ou d'un droit garanti par la *Charte québécoise*. C'est uniquement lorsque ces trois éléments sont établis que le fardeau de justifier la discrimination revient ensuite au défendeur. La présence de propos blessants, liés à un motif énuméré à l'art. 10 de la *Charte québécoise*, et d'un préjudice subi est insuffisante pour constituer de la discrimination et ainsi relever de la compétence du Tribunal lorsque les effets sociaux de la discrimination, comme la perpétuation de préjugés ou de désavantages, sont absents.

De plus, l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* délimite la portée du droit fondamental sur lequel s'appuie la violation alléguée de l'art. 10. Dans un contexte où le recours en discrimination s'appuie sur un droit garanti par l'un ou l'autre des art. 1 à 9, et où le défendeur fait aussi valoir un droit prévu par ces dispositions, la portée respective des droits revendiqués doit être déterminée au regard de l'art. 9.1. Puisque l'art. 9.1 ne s'applique pas à l'art. 10, cet exercice de pondération doit être fait dans le cadre de l'analyse du troisième élément constitutif de la discrimination. Le droit sur lequel s'appuie le défendeur ne constitue pas un moyen de défense, mais une limitation

discrimination in the recognition or exercise of a right provided for in any of ss. 1 to 9, the protection of that right must be called for in light of the democratic values, public order and general well-being of the citizens of Quebec referred to in s. 9.1. There is no discrimination if, in a particular context, s. 9.1 gives the right exercised by the defendant precedence over the right invoked by the plaintiff in combination with s. 10.

Where the claim brought requires a determination, in light of s. 9.1, of the respective scope of the right to the safeguard of dignity guaranteed by s. 4 and the freedom of expression protected by s. 3, the analysis of the third element of discrimination involves interpreting these rights so that both are exercised with a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec.

The right to the safeguard of dignity set out in s. 4 of the *Quebec Charter* permits a person to claim protection from the denial of their worth as a human being. It protects the humanity of every person in its most fundamental attributes. To be contrary to s. 4 of the *Quebec Charter*, conduct must therefore reach a high level of gravity that does not trivialize the concept of dignity. Such conduct cannot be assessed in a purely subjective manner; an objective analysis is required instead, because dignity is aimed at protecting not a particular person or even a class of persons, but humanity in general. Where a person is stripped of their humanity by being subjected to treatment that debases, subjugates, objectifies, humiliates or degrades them, there is no question that their dignity is violated. In this sense, the right to the safeguard of dignity is a shield against this type of interference that does no less than outrage the conscience of society.

The exercise of freedom of expression, for its part, presupposes, at the same time that it fosters, society's tolerance of expression that is unpopular, offensive or repugnant. Limits on freedom of expression are justified where, in a given context, there are serious reasons to fear harm that is sufficiently specific and cannot be prevented by the discernment and critical judgment of the audience, or where freedom of expression is used to disseminate expression that forces certain persons to argue for their basic humanity or social standing as a precondition to participating in the deliberative aspects of democracy. These limits also apply in an artistic context. Freedom of

de la portée du droit invoqué par le demandeur. Avant de conclure à l'existence d'une discrimination dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit prévu à l'un ou l'autre des art. 1 à 9, la protection de ce droit doit s'imposer au regard des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec dont il est question à l'art. 9.1. Il n'y a pas de discrimination si, dans un contexte donné, cette disposition assure la préséance du droit exercé par le défendeur sur le droit que le demandeur conjugue à l'art. 10.

Lorsque le recours intenté appelle à délimiter, au regard de l'art. 9.1, l'étendue respective du droit à la sauvegarde de la dignité garanti par l'art. 4 et de la liberté d'expression que protège l'art. 3, l'analyse du troisième élément constitutif de la discrimination consiste à interpréter ces droits de manière à ce que l'un et l'autre s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

Le droit à la sauvegarde de la dignité, consacré à l'art. 4 de la *Charte québécoise*, permet à une personne de réclamer la protection contre la négation de sa valeur en tant qu'être humain. Il protège l'humanité de chaque personne dans ses attributs les plus fondamentaux. Ainsi, pour contrevenir à l'art. 4 de la *Charte québécoise*, une conduite doit atteindre un degré de gravité élevé qui ne banalise pas la notion de dignité. Une telle conduite ne saurait faire l'objet d'une appréciation purement subjective; une analyse objective s'impose plutôt, puisque la dignité n'a pas pour horizon la protection d'une personne particulière, ni même d'une catégorie de personnes, mais de l'humanité en général. Lorsqu'une personne se voit privée de son humanité par l'infliction de traitements qui l'avalissent, l'asservissent, la réifient, l'humilient ou la dégradent, sa dignité est indéniablement bafouée. En ce sens, le droit à la sauvegarde de la dignité constitue un bouclier contre ce type d'atteintes qui ne font pas moins que révolter la conscience de la société.

Pour sa part, l'exercice de la liberté d'expression pré-suppose, en même temps qu'il alimente, la tolérance de la société envers les expressions impopulaires, désobligeantes ou répugnantes. Les limites à la liberté d'expression se justifient lorsqu'il existe, dans un contexte donné, des raisons sérieuses de craindre un préjudice suffisamment précis auquel le discernement et le jugement critique de l'auditoire ne sauraient faire obstacle ou lorsque la liberté d'expression sert à diffuser des propos qui ont pour effet de forcer certaines personnes à défendre leur propre humanité fondamentale ou leur propre statut social avant même d'être admises à participer au débat démocratique.

expression cannot give an artist a level of protection higher than that of other persons.

The principles arising from *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, are indispensable to the required analysis of the legal framework that applies to a discrimination claim under the *Quebec Charter* in a context involving freedom of expression. In that case, the Court considered whether the prohibition against hate speech in s. 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code* was constitutional under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court limited the prohibition created by the provision in question to expression that could inspire extreme feelings of detestation likely to affect the vulnerable group's acceptance within society and that also had enough motivating force to lead to the type of discriminatory treatment the legislature was seeking to address. The Court declined to limit freedom of expression in order to confer protection from emotional harm.

The test for resolving a conflict between the right to freedom of expression and the right to the safeguard of dignity, in the context of the *Quebec Charter*, requires that it be determined, first, whether a reasonable person, aware of the relevant context and circumstances, would view the expression targeting an individual or group as inciting others to vilify them or to detest their humanity on the basis of a prohibited ground of discrimination. Hate speech within the meaning of *Whatcott* is therefore prohibited, as is expression that has the same effects on personal dignity without meeting the definition of hatred given in that case. Second, it must be shown that a reasonable person would view the expression, considered in its context, as likely to lead to discriminatory treatment of the person targeted, that is, to jeopardize the social acceptance of the individual or group. The analysis is focused on the likely effects of the expression on third parties, that is, the discriminatory treatment likely to result from it, and not on the emotional harm suffered by the person alleging discrimination. The mode of expression and the effect of the mode of expression are determinative.

In this case, G was made subject to a distinction by being exposed to mockery in W's comedy show and videos. However, in light of the Tribunal's finding that W did not choose G because of his disability but rather because

Ces limites s'appliquent aussi dans un contexte artistique. La liberté d'expression ne saurait conférer à l'artiste un degré de protection supérieur à celui de ses concitoyens.

Les enseignements qui se dégagent de l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, sont incontournables dans l'analyse requise du cadre juridique applicable à un recours en discrimination en vertu de la *Charte québécoise*, dans un contexte qui implique la liberté d'expression. Dans cet arrêt, la Cour s'est prononcée sur la constitutionnalité, au regard de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de l'interdiction des propos haineux édictée à l'al. 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code*. La Cour a limité la prohibition édictée par la disposition en cause aux propos qui peuvent inspirer des sentiments extrêmes de détestation de nature à compromettre l'acceptation du groupe vulnérable au sein de la société et qui, par ailleurs, possèdent une force mobilisatrice suffisante pour mener au genre de traitement discriminatoire que le législateur vise à enrayer. La Cour a refusé de limiter la liberté d'expression pour conférer une protection contre les préjudices émotionnels.

Pour résoudre le conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la sauvegarde de sa dignité dans le contexte de la *Charte québécoise*, le test applicable nécessite de déterminer, dans un premier temps, si une personne raisonnable, informée des circonstances et du contexte pertinents, considérerait que les propos visant un individu ou un groupe incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Sont donc interdits les propos haineux au sens de *Whatcott*, de même que les propos qui produisent les mêmes effets sur la dignité des personnes sans pour autant répondre à la définition de la haine donnée dans cet arrêt. Dans un second temps, il doit être démontré qu'une personne raisonnable considérerait que, situés dans leur contexte, les propos tenus peuvent vraisemblablement avoir pour effet de mener au traitement discriminatoire de la personne visée, c'est-à-dire de mettre en péril l'acceptation sociale de cet individu ou de ce groupe. L'analyse est centrée sur les effets probables des propos à l'égard des tiers, c'est-à-dire sur les traitements discriminatoires susceptibles d'en résulter, et non sur le préjudice émotionnel subi par la personne qui allègue être victime de discrimination. Le mode d'expression des propos et l'effet de ce mode d'expression sont déterminants.

En l'espèce, G a fait l'objet d'une distinction en ayant été exposé à la moquerie dans le spectacle et les capsules humoristiques de W. Toutefois, considérant la conclusion du Tribunal selon laquelle W n'a pas choisi G à cause de

he was a public figure, the distinction was not based on a prohibited ground. Moreover, the comments made by W meet neither of the two requirements of the test established to resolve the conflict between the fundamental rights invoked by the parties. The first requirement of the test is not met: a reasonable person aware of the relevant circumstances would not view W's comments about G as inciting others to vilify him or to detest his humanity on the basis of a prohibited ground of discrimination. His comments, considered in their context, cannot be taken at face value. The second requirement of the test is also not met: a reasonable person could not view the comments made by W, considered in their context, as likely to lead to discriminatory treatment of G. The impugned comments exploited, rightly or wrongly, a feeling of discomfort in order to entertain, but they did little more than that. The Commission therefore does not meet the requirements for succeeding under ss. 4 and 10 of the *Quebec Charter*.

*Per* Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed. This case is about the rights of vulnerable and marginalized individuals, particularly children with disabilities, to be free from public humiliation, cruelty, vilification and bullying that singles them out on the basis of their disability and the devastating harm to their dignity that results. The issue is whether the child with disabilities lost protection from discrimination and the right to be free from public humiliation and bullying just because he is well known.

W's jokes about G, who was between 10 and 13 years old, were pejorative slurs based on his disability. W referred to G as the "ugly singing kid" and he mocked him as unable to close his mouth and as having a "sub-woofers" on his head in describing a hearing aid device. His jokes about drowning G drew on pernicious stereotypes about persons with disabilities as objects of pity and as burdens on society who are disposable. W performed his stand-up routine 230 times to a combined audience of over 100,000 people, and sold over 7,500 DVD copies of it. His video clips remained accessible to all on his website for a year, and were made available on other platforms without W's authorization. Each time the jokes were repeated, so too was the harm to G. W's comments were so widespread that G could not ignore them. Neither could his classmates. W's jokes followed him to school where other children repeated the insults and magnified the mockery. This was a direct consequence of W, a well-known figure in Quebec,

son handicap, mais bien parce qu'il est une personnalité publique, cette distinction n'est pas fondée sur un motif prohibé. De plus, les propos tenus par W ne satisfont à aucune des deux exigences du test établi pour résoudre le conflit entre les droits fondamentaux invoqués par les parties. La première exigence du test n'est pas rencontrée : une personne raisonnable informée des circonstances pertinentes ne considérerait pas que les propos de W visant G incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Situés dans leur contexte, ses propos ne peuvent être pris au premier degré. La seconde exigence du test n'est pas rencontrée non plus : une personne raisonnable ne pourrait considérer que les propos tenus par W, situés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement avoir pour effet de mener au traitement discriminatoire de G. Les propos litigieux exploitent, à tort ou à raison, un malaise en vue de divertir, mais ils ne font guère plus que cela. La Commission ne satisfait donc pas aux exigences requises pour avoir gain de cause en vertu des art. 4 et 10 de la *Charte québécoise*.

*Les* juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer (dissidents) : Le pourvoi devrait être rejeté. Cette affaire concerne le droit des personnes vulnérables et marginalisées, particulièrement les enfants handicapés, de ne pas être l'objet d'humiliation, de cruauté, d'intimidation et de dénigrement publics les ciblant de façon particulière sur la base de leur handicap, ainsi que l'atteinte dévastatrice à leur dignité qui en résulte. La question en litige consiste à décider si un enfant handicapé a perdu sa protection contre la discrimination et le droit de ne pas être l'objet d'humiliation et d'intimidation publiques du seul fait qu'il est bien connu.

Les blagues de W au sujet de G, qui avait entre 10 et 13 ans, étaient des insultes péjoratives basées sur le handicap de ce dernier. W a qualifié G de « pas beau qui chante », et il s'est moqué de lui en disant qu'il était incapable de fermer sa bouche au complet et qu'il avait un « sub-woofers » (une caisse de son) sur la tête en décrivant un appareil auditif. Ses blagues sur sa tentative de noyer G s'inspiraient de stéréotypes pernicious voulant que les personnes handicapées soient des objets de pitié et des fardeaux pour la société dont on peut se débarrasser. W a présenté son spectacle d'humour à 230 reprises, devant plus de 100 000 personnes au total, et il a vendu plus de 7 500 exemplaires du DVD de ce spectacle. Ses capsules vidéo sont demeurées accessibles à toutes et à tous sur son site Web pendant un an, en plus d'être mises à la disposition des intéressés sur d'autres plateformes sans l'autorisation de W. Chaque fois que les blagues étaient répétées, le préjudice causé à G se répétait. Les propos de

distributing his routines about G widely. This must be considered as a factor in the determination of whether W's comments were likely to cause serious harm to a reasonable person in his circumstances. W's comments caused G anguish and prompted him to isolate himself from his peer group and even to contemplate suicide. The language used by W about G's disability, both in live performances and on the internet, constituted a discriminatory interference with his right to dignity, honour and reputation.

At issue in this case is s. 10 of the *Quebec Charter*, which protects the equal exercise of other individual rights and freedoms, including the right to the safeguard of one's dignity. This provision serves to protect individuals from discriminatory speech so harmful that a reasonable person in their circumstances would refuse to tolerate it. To determine whether speech constitutes discrimination, the same framework as the one used for other claims of discrimination under s. 10 of the *Quebec Charter* applies. In this case, the impairment of the equal exercise of the right to dignity meets the threshold of sufficient seriousness through the widely disseminated taunting of a child with a disability that plays on dehumanizing notions associated with his disability. This impairment to the equal exercise of the right to dignity is not justified by W's freedom of expression. W's remarks result in a violation of the equal exercise of the right to the safeguard of dignity enshrined in the *Quebec Charter*.

The framework or test for claims of discrimination under s. 10 of the *Quebec Charter* was confirmed by the Court in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789. The approach to discrimination under the *Quebec Charter*, which is in keeping with the Court's application of the test for discrimination across the country, is to consider, at the first step, whether a case of *prima facie* discrimination is made out, and, at the second step, to determine if the conduct is justified.

W étaient à ce point répandus que G ne pouvait pas les ignorer. Ses camarades de classe non plus. Les blagues de W l'ont suivi à l'école, où d'autres enfants répétaient les insultes et exacerbaient la moquerie. Il s'agissait là d'une conséquence directe de la distribution à grande échelle par W, une personnalité bien connue au Québec, de ses numéros à propos de G. Cela doit être considéré comme un facteur dans l'examen de la question de savoir si les commentaires de W étaient susceptibles de causer un préjudice sérieux à une personne raisonnable dans la situation de G. Les propos de W ont causé de l'angoisse à G et l'ont poussé à s'isoler de ses pairs et même à avoir des pensées suicidaires. Les propos formulés par W au sujet du handicap de G, tant dans les représentations devant public que sur Internet, constituaient une atteinte discriminatoire au droit de ce dernier à la dignité, à l'honneur et à la réputation.

La disposition en cause en l'espèce est l'art. 10 de la *Charte québécoise*, qui protège l'exercice, en pleine égalité, d'autres droits et libertés individuels, y compris le droit d'une personne à la sauvegarde de sa dignité. Cette disposition sert à protéger les gens contre des propos discriminatoires tellement préjudiciables qu'une personne raisonnable se trouvant dans leur situation refuserait de les tolérer. Pour déterminer si des propos constituent de la discrimination, il faut appliquer le même cadre d'analyse que celui utilisé dans le contexte d'autres recours en discrimination fondés sur l'art. 10 de la *Charte québécoise*. En l'espèce, l'atteinte à l'exercice en pleine égalité du droit à la dignité causée par des moqueries largement diffusées visant un enfant handicapé et soulevant des idées déshumanisantes liées à son handicap, satisfait au critère de la gravité suffisante. Cette atteinte à l'exercice en pleine égalité du droit à la dignité n'est pas justifiée par la liberté d'expression de W. Les propos de W entraînent une violation du droit à l'exercice, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de la dignité consacré par la *Charte québécoise*.

Le cadre d'analyse applicable en cas de recours en discrimination fondés sur l'art. 10 de la *Charte québécoise* a été confirmé par la Cour dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789. La démarche en matière de discrimination visée par la *Charte québécoise*, démarche qui est compatible avec l'analyse appliquée par la Cour en matière de discrimination partout au pays, consiste à se demander, à la première étape, si une preuve de discrimination *prima facie* a été établie, et, à la seconde, si la conduite était justifiée.

At the first step, the complainant must show that the exercise of one of the rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter*, other than equality, was affected in a discriminatory way. The complainant's burden is limited to showing prejudice and its connection to a prohibited ground of discrimination. The complainant does not have to show that that right or freedom was independently violated. There will be a distinction based on a prohibited ground whenever a complainant carries a burden that others do not, by reason of an enumerated personal characteristic. The use of an overtly discriminatory slur constitutes a distinction, exclusion, or preference based on an enumerated ground, while comments which are not overt slurs may constitute discrimination depending on how a person in the marginalized group at issue would understand them. Uniform treatment which fails to accommodate differences may also constitute a prohibited distinction. Whether there is a distinction on a ground listed in s. 10 in a particular case is a question of mixed fact and law that is owed deference on appeal.

If the complainant can show *prima facie* discrimination on a balance of probabilities, the defendant is entitled to present a defence or a justification. At this second step, the burden of proof shifts to the defendant to justify his or her decision or conduct on the basis of the exemptions provided for in the applicable human rights legislation or those developed by the courts.

As neither the *Canadian Charter* nor the *Quebec Charter* make hate speech the threshold at which discriminatory comments can be actionable, there is no constitutional bar to legal recourse in circumstances involving speech that can cause individual harm without being hateful. This is the case, for example, with harassment, defamation, and the *Quebec Charter's* s. 4 right to the safeguard of one's dignity, honour and reputation. Section 10 of the *Quebec Charter* also places a *prima facie* limit on s. 2(b) of the *Canadian Charter* by prohibiting speech that prevents the equal exercise of the right to the safeguard of dignity, honour and reputation.

The legislative purpose underlying s. 10 is inherently tied to the other individual human rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter*. It goes beyond preventing harm on a group scale and the perpetuation of

À la première étape, le plaignant doit établir que l'exercice d'une liberté ou d'un droit garanti par la *Charte québécoise*, autre que l'égalité, a été compromis de façon discriminatoire. Le fardeau qui incombe au plaignant se limite à démontrer l'existence d'un préjudice et d'un lien entre ce préjudice et un motif de discrimination prohibé. Le plaignant n'a pas à établir que la liberté ou le droit en question a été violé de façon indépendante. Il y aura distinction fondée sur un motif interdit chaque fois qu'un plaignant se voit imposer un fardeau que d'autres n'ont pas, en raison d'une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré. Le fait de proférer une insulte ouvertement discriminatoire constitue une distinction, exclusion ou préférence fondée sur un motif énuméré, tandis que des propos qui ne sont pas des insultes explicites peuvent constituer de la discrimination eu égard à la façon dont une personne faisant partie du groupe marginalisé en cause les comprendrait. Un traitement uniforme qui ne fait pas de place aux différences peut également constituer une distinction interdite. La question de savoir si, dans un cas donné, il y a distinction fondée sur un motif énuméré à l'art. 10 est une question mixte de fait et de droit qui commande la déférence en appel.

Si le plaignant est en mesure d'établir qu'il y a discrimination *prima facie* selon la prépondérance des probabilités, le défendeur a le droit de présenter une défense ou une justification. À cette seconde étape, le fardeau de la preuve est transféré au défendeur, qui doit alors justifier sa décision ou sa conduite en invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence.

Puisque ni la *Charte canadienne* ni la *Charte québécoise* ne font des propos haineux le seuil à partir duquel des commentaires discriminatoires peuvent donner ouverture à un recours, rien dans la Constitution n'empêche d'intenter un recours en justice dans des situations mettant en cause des propos qui peuvent causer un préjudice individuel sans pour autant être haineux. C'est le cas, par exemple, en ce qui concerne le harcèlement, la diffamation et le droit d'une personne à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation prévu à l'art. 4 de la *Charte québécoise*. L'article 10 de la *Charte québécoise* impose également une limite *prima facie* à la liberté garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne* en interdisant les propos qui empêchent l'exercice, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation.

L'objectif législatif qui sous-tend l'art. 10 est intrinsèquement lié aux autres droits et libertés individuels garantis par la *Charte québécoise*. Il ne se limite pas à prévenir les préjudices collectifs et la perpétuation d'attitudes

discriminatory attitudes in the public at large. Its proper interpretation cannot be understood in reference to principles governing the constitutionality of a different provision with a different objective, such as the provision at issue in *Whatcott*, a case that concerns hate speech. *Whatcott* is not the proper standard to decide the present appeal. It is well recognized that speech can cause individual harm without being hateful. Nor does freedom of expression limit the ability of administrative decision-makers to address harmful speech that is not hate speech.

Section 10 should continue to be interpreted in a way that allows for this individual harm to be addressed, in keeping with the standard set out by the Quebec Court of Appeal in *Calego International inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517. The appropriate threshold for discriminatory speech under the *Quebec Charter* was set out in *Calego*. The determination of whether speech undermines the equal exercise of the right to dignity is an objective one, not subjectively determined, but it is one that takes into account the circumstances of the complainant. Only comments which are a particularly contemptuous affront to their racial, ethnic or other identity and one that has grave consequences will constitute discrimination. This is a fact specific and highly contextual inquiry. Based on *Calego*, speech based on an enumerated ground will violate the s. 10 guarantee of equality in the exercise of the s. 4 right to the safeguard of one's dignity when it constitutes such a contemptuous affront to the individual's identity that it would have serious consequences for the reasonable person in that individual's circumstances. The reasonable person would be aware of the importance of freedom of expression in a democratic society, and would therefore be expected to tolerate hurtful speech, even related to protected grounds, that does not rise to a high level of gravity. While the assessment of whether speech impairs dignity is objective, it must account for the particular characteristics of the plaintiff and it must consider all of the context in which the remarks are made.

When a claim involves a discriminatory interference with the exercise of the rights and freedoms outlined in the *Quebec Charter*, s. 10 is engaged and the Human Rights Tribunal has jurisdiction to hear the claim. While there is resemblance between a s. 10 claim based on equal exercise of dignity and a claim of defamation, because s. 4

discriminatoires au sein du public en général. Cet article ne peut donc pas être interprété par référence aux principes qui régissent la constitutionnalité d'une disposition différente ayant un objectif différent, telle la disposition litigieuse dans l'arrêt *Whatcott*, une affaire de propos haineux. L'arrêt *Whatcott* n'est pas la norme appropriée pour trancher le présent pourvoi. Il est reconnu que des propos peuvent causer un préjudice individuel sans pour autant être haineux. La liberté d'expression ne limite pas non plus la faculté qu'ont les décideurs administratifs de se pencher sur des propos préjudiciables qui ne sont pas des propos haineux.

L'article 10 doit continuer à être interprété d'une manière qui permette de s'attaquer à ce type de préjudices individuels, conformément à la norme établie par la Cour d'appel du Québec dans *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517. Le seuil approprié en matière de propos discriminatoires pour l'application de la *Charte québécoise* est celui qui a été énoncé dans l'arrêt *Calego*. La question de savoir si des propos compromettent l'exercice, en pleine égalité, du droit à la dignité est décidée suivant un critère objectif, et non subjectif, mais qui tient compte de la situation du plaignant. Seuls les propos adressés à un plaignant qui sont un affront particulièrement méprisant envers son identité raciale, ethnique ou autre, et lourd de conséquences constitueront de la discrimination. Il s'agit d'une analyse factuelle et éminemment contextuelle. Suivant l'arrêt *Calego*, des propos fondés sur un motif énuméré violeront la garantie de l'art. 10 à l'exercice, en pleine égalité, du droit prévu à l'art. 4 à la sauvegarde de la dignité lorsqu'ils constituent un affront si méprisant envers l'identité du plaignant qu'ils auraient des conséquences graves sur une personne raisonnable qui se trouverait dans la situation de cet individu. Cette personne raisonnable serait consciente de l'importance de la liberté d'expression dans une société démocratique, et serait en conséquence censée tolérer des propos blessants, même liés à des motifs protégés, mais n'atteignant pas un seuil élevé de gravité. Bien que la question de savoir si des propos portent atteinte à la dignité soit évaluée objectivement, l'évaluation doit prendre en compte les caractéristiques particulières du plaignant et tenir compte de l'ensemble du contexte dans lequel les propos sont formulés.

Lorsque la demande a pour objet une entrave discriminatoire à l'exercice des droits et libertés énoncés dans la *Charte québécoise*, l'art. 10 entre en jeu et le Tribunal des droits de la personne a compétence pour entendre la demande. Bien qu'il y ait ressemblance entre une demande présentée en vertu de l'art. 10 et fondée sur l'exercice, en

of the *Quebec Charter* is implicated in both, a claim for defamation does not necessarily engage the distinct right to dignity and it is not based on the plaintiff's membership in a particular group. The grounds of defamation and discrimination each address related but distinct violations.

The rights set out in ss. 1 to 9 of the *Quebec Charter* may be recognized as justifications to *prima facie* discrimination. Generally, conflicts between individual *Quebec Charter* rights are resolved under s. 9.1, which requires consideration of democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec in balancing rights. Ensuring a proportionate balance between the rights of individuals under the *Quebec Charter* involves a consideration of the specific rights at issue, the values that underpin them and the circumstances of the particular case. Because of s. 9.1, the right to freedom of expression protected by s. 3, like the s. 4 right, may not be exercised in a way that is disproportionately harmful or abusive. Only by properly balancing the complainant's right to the safeguard of his dignity and the defendant's freedom of expression can the scope of the s. 10 right to the equal exercise of the right to the safeguard of dignity be appreciated. The s. 9.1 balancing thereby ties back to the standard expressed in *Calego*, which is attuned to the value of free expression in society.

In determining whether there is a proportionate public interest justifying an exercise of freedom of expression which violates another person's *Quebec Charter* rights, courts must consider all of the values concerned. With well-known personalities, as with anyone else, courts must consider all the competing interests at stake, the harm caused and whether there is an actual identifiable public interest permitting the impugned expression. Artistic expression, like any other expression, may cross a boundary when its effect is to disproportionately harm others.

There is disagreement with the majority that the Tribunal was wrong to find a distinction on an enumerated ground, or that it committed a palpable and overriding error in doing so. The Tribunal concluded, rightly, that both W's widely disseminated video clips and his stand-up special subjected G to a distinction based on his disability.

pleine égalité, du droit à la dignité, et une action en diffamation, étant donné que l'art. 4 de la *Charte québécoise* entre en jeu dans les deux cas, une action en diffamation ne met pas nécessairement en jeu le droit distinct à la dignité et n'est pas fondée sur l'appartenance du demandeur à un groupe particulier. Le recours en diffamation et le recours en discrimination visent des violations liées, mais distinctes.

Les droits énoncés aux art. 1 à 9 de la *Charte québécoise* peuvent être reconnus comme des justifications à la discrimination *prima facie*. Généralement, les conflits entre les droits individuels garantis par la *Charte québécoise* sont résolus par application de l'art. 9.1, lequel requiert la prise en compte des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec dans la mise en balance des droits. Mettre en équilibre de façon proportionnelle les droits garantis aux gens par la *Charte québécoise* implique la prise en compte des droits particuliers en cause, des valeurs qui les sous-tendent et des circonstances de l'espèce. En raison de l'art. 9.1, le droit à la liberté d'expression protégé par l'art. 3, tout comme le droit prévu à l'art. 4, ne peut pas être exercé de manière démesurément préjudiciable ou abusive. Ce n'est qu'en mettant adéquatement en balance le droit du plaignant à la sauvegarde de sa dignité et la liberté d'expression du défendeur que la portée du droit prévu à l'art. 10 à l'exercice, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de la dignité peut être appréciée. La mise en balance requise par l'art. 9.1 se rattache ainsi à la norme exprimée dans *Calego*, qui est en phase avec la valeur de la liberté d'expression dans la société.

Lorsqu'ils décident s'il existe un intérêt public proportionnel justifiant l'exercice de la liberté d'expression d'une façon qui viole les droits que la *Charte québécoise* garantit à une autre personne, les tribunaux doivent tenir compte de toutes les valeurs en présence. Dans le cas d'une personnalité bien connue, comme pour toute autre personne, les tribunaux doivent prendre en compte les intérêts opposés qui sont en jeu, ainsi que le préjudice causé, et se demander s'il existe un intérêt public réel et identifiable justifiant les propos reprochés. L'expression artistique, à l'instar de toute autre forme d'expression, peut aller trop loin lorsqu'elle a pour effet de causer un préjudice disproportionné à autrui.

Il y a désaccord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le Tribunal a eu tort de conclure à l'existence d'une distinction fondée sur un motif énuméré ou que, ce faisant, il a commis une erreur manifeste et déterminante. Le Tribunal a conclu, à juste titre, que tant les capsules vidéo largement diffusées de W que son spectacle

W targeted aspects of G's public personality which were inextricable from his disability, which made him stand apart from the other public figures that W mocked as "sacred cows".

The existence of *prima facie* discrimination depends on whether this distinction had the effect of impairing G's right to free and equal recognition of the s. 4 right to the safeguard of his dignity, as a fundamental right under s. 10 of the *Quebec Charter*. The applicable standard that W's speech had to meet to constitute an actionable violation of this prohibition on discrimination is whether W's comments were likely to cause serious harm to a reasonable person in G's circumstances. On the modified objective standard that the Tribunal should have applied, there are unique aspects of this case that constitute facts sufficient to conclude that the Commission met its burden and that *prima facie* discrimination was made out. When W began performing his show in which he joked about drowning him, G was 13. In his stand-up routine, W remarked that he defended G from criticism only until he found out that he was not dying, at which point he took it upon himself to drown him. W's jokes implied that society would be better off if G were dead and invoked archaic attitudes advocating for the exclusion and segregation of children with disabilities. W preyed on G's disability and the way it manifests itself in order to make his audience laugh, portraying the child as a subject of ridicule rather than as an individual deserving of respect. These are clearly the types of comments which lead a disabled child to question his self-respect and self-worth, violating s. 10 of the *Quebec Charter* and causing severe dignitary harm.

This conclusion shifts the onus to W to justify his *prima facie* discriminatory speech. He attempts to do so by invoking his right to freedom of expression under s. 3 of the *Quebec Charter* and s. 2(b) of the *Canadian Charter* as a defence. However, W's justifications that he did not intend to discriminate, that he was treating G like any other celebrity, and that his artistic licence as a comedian gave him a right to mock a disabled child have no basis in law. The Court's jurisprudence confirms that it is the impact of the conduct that matters, not the intention: it is immaterial whether W intended to mock G because he has a disability, whether W was joking or being serious, or whether G was skewered in the same way as other celebrities. The

devant public avaient soumis G à une distinction fondée sur son handicap. W a ciblé des aspects de la personnalité publique de G qui étaient inextricablement liés à son handicap, ce qui le distinguait des autres personnalités publiques dont W s'est moqué en tant que « vaches sacrées ».

L'existence de discrimination *prima facie* dépend de la réponse à la question de savoir si cette distinction a eu pour effet de porter atteinte au droit de G à la reconnaissance, en pleine égalité, du droit que lui garantit l'art. 4 à la sauvegarde de sa dignité, en tant que droit fondamental, conformément à l'art. 10 de la *Charte québécoise*. La norme à laquelle devaient satisfaire les propos de W pour donner ouverture à un recours pour violation de l'interdiction de discriminer est celle de savoir si les commentaires de W étaient susceptibles de causer un préjudice sérieux à une personne raisonnable dans la situation de G. Au regard de la norme objective modifiée que le Tribunal aurait dû appliquer, la présente affaire comporte des aspects singuliers qui constituent des faits suffisants pour conclure que la Commission s'est acquittée de son fardeau et que la discrimination *prima facie* a été établie. Lorsque W a commencé à présenter son spectacle dans lequel il a fait sa blague concernant sa tentative de noyer G, celui-ci était âgé de 13 ans. Dans son numéro d'humour, W faisait remarquer qu'il avait initialement défendu G contre les critiques, jusqu'à ce qu'il apprenne que ce dernier n'était pas mourant, après quoi il a décidé de le noyer. Les blagues de W insinuaient que la société s'en porterait mieux si G était mort et s'appuyaient sur des attitudes archaïques, qui préconisent l'exclusion et la ségrégation des enfants handicapés. W a utilisé le handicap de G et ses manifestations pour faire rire son auditoire, présentant l'enfant comme un objet de ridicule, plutôt que comme une personne digne de respect. De toute évidence, il s'agit là du type de propos qui amèneraient un enfant handicapé à mettre en doute son respect et son estime de soi, violant ainsi l'art. 10 de la *Charte québécoise* et causant une atteinte grave à la dignité.

Cette conclusion a pour effet de transférer à W le fardeau de justifier ses propos discriminatoires *prima facie*. Il tente de le faire en invoquant le droit à la liberté d'expression qui lui est garanti par l'art. 3 de la *Charte québécoise* et par l'al. 2b) de la *Charte canadienne* comme moyen de défense. Toutefois, les justifications avancées par W, à savoir qu'il n'avait pas l'intention de discriminer, qu'il traitait G comme n'importe quelle autre célébrité et que sa liberté artistique en tant qu'humoriste lui conférait le droit de se moquer d'un enfant handicapé, sont dénuées de fondement juridique. La jurisprudence de la Cour confirme que c'est l'effet de la conduite qui importe, et non l'intention : il importe peu que W ait eu ou non l'intention

Court's jurisprudence also rejects the proposition that it is acceptable to discriminate if it results from treating likes alike. It also rejects the proposition that freedom of expression includes the right to discriminate. The jurisprudence also confirms the principle that the dignity of public figures is not necessarily subservient to the right to express harmful remarks. There is no reason to depart from that jurisprudence.

W's remarks cannot be justified in the circumstances and they result in a violation of the equal exercise of the right to the safeguard of dignity enshrined in the *Quebec Charter*. W's exercise of his expressive rights under s. 3 of the *Quebec Charter* are completely disproportionate when compared to the s. 4 harm suffered by G. A reasonable person in G's circumstances, even one attuned to the importance placed on freedom of expression, including artistic expression and satire, would not be expected to bear the speech at issue in this case. The Tribunal was entitled to grant punitive damages and there is no reason to overturn or modify them. Punitive damages here serve not only a denunciatory purpose, but serve to deter people like W from profiting from the intentional interference with the *Charter* rights of others and treating compensation for this harm as merely the cost of doing business.

### Cases Cited

By Wagner C.J. and Côté J.

**Applied:** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; **followed:** *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; **considered:** *Calego International inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Prud'homme*

de se moquer de G parce que celui-ci avait un handicap, que W ait parlé à la blague ou sérieusement ou que G ait été l'objet de railleries de la même façon que d'autres célébrités. La jurisprudence de la Cour rejette également la proposition voulant qu'il soit acceptable de discriminer, si la discrimination résulte du fait de traiter également des gens dans la même situation. Elle rejette aussi la proposition voulant que la liberté d'expression emporte le droit de se livrer à de la discrimination. La jurisprudence confirme en outre le principe selon lequel la dignité des personnalités publiques n'est pas nécessairement subordonnée au droit d'exprimer des propos préjudiciables. Il n'y a aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence.

Les propos de W ne peuvent se justifier dans les circonstances et ils entraînent une violation du droit à l'exercice, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de la dignité consacré par la *Charte québécoise*. L'exercice par W du droit à la liberté d'expression que lui garantit l'art. 3 de la *Charte québécoise* est complètement disproportionné par rapport au préjudice subi par G au regard de l'art. 4. On ne s'attendrait pas à ce qu'une personne raisonnable dans la même situation que G, même si elle était sensible à l'importance accordée à la liberté d'expression, y compris l'expression artistique et la satire, supporte les propos litigieux prononcés en l'espèce. Il était loisible au Tribunal d'octroyer des dommages-intérêts punitifs et il n'y a aucune raison de les écarter ou de les modifier. En l'espèce, les dommages-intérêts punitifs servent non seulement un objectif de dénonciation, mais ils servent également à dissuader des gens comme W de profiter d'une atteinte intentionnelle aux droits que garantit la *Charte* à autrui et de considérer l'indemnité versée à l'égard de ce préjudice comme de simples frais d'exploitation.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et la juge Côté

**Arrêts appliqués :** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; **arrêts suivis :** *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; **arrêt examiné :** *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996]

- v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Filion*, 2004 CanLII 468; *Tchanderli-Braham v. Bériault*, 2018 QCTDP 4; *Jied v. Éthier*, 2019 QCTDP 26; *Mirouh v. Gaudreault*, 2021 QCTDP 10; *Ayotte v. Tremblay*, 2021 QCTDP 13; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Ford v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Québec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; *Fortier v. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 1426; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577; *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *Procureur général du Canada v. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182; *J.L. v. S.B.*, [2000] R.R.A. 665; *Bourdeau v. Hamel*, 2013 QCCS 752; *Hébert v. Giguère*, [2003] R.J.Q. 89; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9113-0831 Québec inc. (Bronzage Évasion au soleil du monde)*, 2007 QCTDP 18, [2007] R.J.D.T. 1289; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Montréal (Ville de) v. Cabaret Sex Appeal inc.*, [1994] R.J.Q. 2133; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Brodie, Dansky and Rubin v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Trudeau v. AD4 Distribution Canada inc.*, 2014 QCCA 2 R.C.S. 345; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Filion*, 2004 CanLII 468; *Tchanderli-Braham c. Bériault*, 2018 QCTDP 4; *Jied c. Éthier*, 2019 QCTDP 26; *Mirouh c. Gaudreault*, 2021 QCTDP 10; *Ayotte c. Tremblay*, 2021 QCTDP 13; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Fortier c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 1426; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *Procureur général du Canada c. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182; *J.L. c. S.B.*, [2000] R.R.A. 665; *Bourdeau c. Hamel*, 2013 QCCS 752; *Hébert c. Giguère*, [2003] R.J.Q. 89; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9113-0831 Québec inc. (Bronzage Évasion au soleil du monde)*, 2007 QCTDP 18, [2007] R.J.D.T. 1289; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Montréal (Ville de) c. Cabaret Sex Appeal inc.*, [1994] R.J.Q. 2133; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Brodie, Dansky and Rubin c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008]

1740; *Hydro-Québec v. Matta*, 2020 SCC 37, [2020] 3 S.C.R. 595.

By Abella and Kasirer JJ. (dissenting)

*Calego International inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Velk v. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175; *Quebec (Commission des droits de la personne) v. St-Jean-Sur-Richelieu, Commission scolaire* (1994), 117 D.L.R. (4th) 67; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Desroches v. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc.)*, 2010 QCTDP 12; *St-Éloi v. Rivard*, 2018 QCTDP 2; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Camirand*, 2008 QCTDP 11; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Paradis*, 2016 QCTDP 17; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Quenneville*, 2019 QCTDP 18; *De Gaston v. Wojcik*, 2012 QCTDP 20; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Brisson*, 2009 QCTDP 3; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v.*

*2 R.C.S. 420; Trudeau c. AD4 Distribution Canada inc.*, 2014 QCCA 1740; *Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37, [2020] 3 R.C.S. 595.

Citée par les juges Abella et Kasirer (dissidents)

*Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Velk c. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Desroches c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc.)*, 2010 QCTDP 12; *St-Éloi c. Rivard*, 2018 QCTDP 2; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Camirand*, 2008 QCTDP 11; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Paradis*, 2016 QCTDP 17; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Quenneville*, 2019 QCTDP 18; *De Gaston v. Wojcik*, 2012 QCTDP 20; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Brisson*, 2009 QCTDP 3; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Dennis c. United States*, 339 U.S. 162 (1950); *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011]

*Sfridis*, 2002 QCTDP 42; *McCoy v. McCoy*, 2014 QCCS 286; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 S.C.R. 795; *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. Grande Prairie (City)*, 2018 ABCA 154, 67 Alta. L.R. (6th) 230; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Chamberland*, 2013 QCTDP 37; *Yapi v. Moustafa*, 2021 QCTDP 9; *Ferdia v. 9142-7963 Québec inc.*, 2021 QCTDP 2; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Procureur général du Canada v. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Derbal v. Tchassao*, 2021 QCTDP 11; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21; *Laroche v. Lamothe*, 2018 QCCA 1726; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Braker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772; *Pardy v. Earle*, 2013 BCSC 1079, 52 B.C.L.R. (5th) 295; *Hill v.* 1 R.C.S. 19; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfridis*, 2002 QCTDP 42; *McCoy c. McCoy*, 2014 QCCS 286; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, 2017 CSC 62, [2017] 2 R.C.S. 795; *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform c. Grande Prairie (City)*, 2018 ABCA 154, 67 Alta. L.R. (6th) 230; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Chamberland*, 2013 QCTDP 37; *Yapi c. Moustafa*, 2021 QCTDP 9; *Ferdia c. 9142-7963 Québec inc.*, 2021 QCTDP 2; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Procureur général du Canada c. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Derbal c. Tchassao*, 2021 QCTDP 11; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21; *Laroche c. Lamothe*, 2018 QCCA 1726; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Braker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*,

*Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22, [2004] 2 A.C. 457; *HRH the Duchess of Sussex v. Associated Newspapers Ltd.*, [2021] EWHC 273 (Ch.), [2021] 4 W.L.R. 35; *Von Hannover v. Germany*, No. 59320/00, ECHR 2004-VI; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Southwind v. Canada*, 2021 SCC 28, [2021] 2 S.C.R. 450; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265.

### Statutes and Regulations Cited

*Accepting Schools Act*, 2012, S.O. 2012, c. 5.  
*Act to Amend the Alberta Bill of Rights to Protect Our Children*, S.A. 2015, c. 1.  
*Act to Amend the Education Act*, S.N.B. 2012, c. 21.  
*Act to prevent and stop bullying and violence in schools*, S.Q. 2012, c. 19, s. 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).  
*Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, preamble, ss. 1 to 9.1, 10 to 19, 21, 22, 23 to 38, 39 to 48, 49, 54, 55, 71, 80, 111, 132, 133, 134(1).  
*Civil Code of Québec*, preliminary provision, art. 1457.  
 Décret 1676-91, (1992) 124 G.O. II, 51.  
 Décret 179-2010, (2010) 142 G.O. II, 1196.  
*Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3, s. 13.  
*Intimate Images and Cyber-protection Act*, S.N.S. 2017, c. 7.  
*Public Schools Amendment Act (Reporting Bullying and Other Harm)*, S.M. 2011, c. 18.

### Treaties and Other International Instruments

*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Can. T.S. 2010 No. 8, arts. 5, 7, 16.  
*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, arts. 2, 19, 23.  
*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948).

### Authors Cited

Bailey, Jane. “‘Sexualized Online Bullying’ Through an Equality Lens: Missed Opportunity in *AB v. Bragg?*” (2014), 59 *McGill L.J.* 709.  
 Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux*, 9<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.  
 Besson, Samantha, and Eleonor Kleber. “Article 2. The Right to Non-Discrimination”, in John Tobin, ed., *The UN Convention on the Rights of the Child: A*

2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772; *Pardy c. Earle*, 2013 BCSC 1079, 52 B.C.L.R. (5th) 295; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Campbell c. MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22, [2004] 2 A.C. 457; *HRH the Duchess of Sussex c. Associated Newspapers Ltd.*, [2021] EWHC 273 (Ch.), [2021] 4 W.L.R. 35; *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, CEDH 2004-VI; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Southwind c. Canada*, 2021 CSC 28, [2021] 2 R.C.S. 450; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265.

### Lois et règlements cités

*Act to Amend the Alberta Bill of Rights to Protect Our Children*, S.A. 2015, c. 1.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, préambule, art. 1 à 9.1, 10 à 19, 21, 22, 23 à 38, 39 à 48, 49, 54, 55, 71, 80, 111, 132, 133, 134(1).  
*Code civil du Québec*, disposition préliminaire, art. 1457.  
 Décret 1676-91, (1992) 124 G.O. II, 51.  
 Décret 179-2010, (2010) 142 G.O. II, 1196.  
*Intimate Images and Cyber-protection Act*, S.N.S. 2017, c. 7.  
*Loi de 2012 pour des écoles tolérantes*, L.O. 2012, c. 5.  
*Loi modifiant la Loi sur l'éducation*, L.N.-B. 2012, c. 21.  
*Loi modifiant la Loi sur les écoles publiques (obligation de faire rapport des cas d'intimidation et des préjudices subis)*, L.M. 2011, c. 18.  
*Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 13.  
*Loi visant à prévenir et à combattre l'intimidation et la violence à l'école*, L.Q. 2012, c. 19, art. 2.

### Traités et autres instruments internationaux

*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 2, 19, 23.  
*Convention relative aux droits des personnes handicapées*, R.T. Can. 2010 n° 8, art. 5, 7, 16.  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948).

### Doctrine et autres documents cités

Bailey, Jane. « “Sexualized Online Bullying” Through an Equality Lens : Missed Opportunity in *AB v. Bragg?* » (2014), 59 *R.D. McGill* 709.  
 Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, vol. 1, *Principes généraux*, 9<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.  
 Besson, Samantha, and Eleonor Kleber. « Article 2. The Right to Non-Discrimination », in John Tobin, ed., *The UN Convention on the Rights of the Child : A*

- Commentary*. New York: Oxford University Press, 2019, 41.
- Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society*. New York: Oxford University Press, 1986 (1988 reprint).
- Brunelle, Christian. “La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale”, dans *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143.
- Brunelle, Christian. “Pour une restructuration de la *Charte québécoise*?”, dans *Mélanges en l’honneur de Jacques-Yvan Morin*, [2015] *R.Q.D.I.* (hors-série) 199.
- Canada. Canadian Human Rights Commission. *Left Out: Challenges faced by persons with disabilities in Canada’s schools*. Ottawa, 2017.
- Carignan, Pierre. “L’égalité dans le droit: une méthode d’approche appliquée à l’article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne” (1987), 21 *R.J.T.* 491.
- Commend, Susanne. “*Au secours des petits infirmes*”: *Les enfants handicapés physiques au Québec entre charité et exclusion, 1920-1990*, thèse de doctorat. Montréal: Université de Montréal, 2018.
- De Koninck, Thomas. *De la dignité humaine*. Paris: Quadrige/PUF, 2002.
- Dictionnaire de l’Académie française*, 9<sup>e</sup> éd. (online: <https://www.dictionnaire-academie.fr/>), “respect”, “sauvegarde”.
- Ducharme, Daniel, et Karina Montminy. *L’accommodement des étudiants et étudiantes en situation de handicap dans les établissements d’enseignement collégial*. Montréal: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2012.
- Dworkin, Ronald. “Foreword”, in Ivan Hare and James Weinstein, eds., *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009, v.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- Fabre-Magnan, Muriel. “La dignité en Droit: un axiome” (2007), 58 *R.I.E.J.* 1.
- Gajda, Amy. “The Trouble with Dignity”, in Andrew T. Kenyon, ed., *Comparative Defamation and Privacy Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 246.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François, and Charles-Maxime Panaccio. “The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* era”, in *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 217.
- Commentary*, New York, Oxford University Press, 2019, 41.
- Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society*, New York, Oxford University Press, 1986 (1988 reprint).
- Brunelle, Christian. « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143.
- Brunelle, Christian. « Pour une restructuration de la *Charte québécoise*? », dans *Mélanges en l’honneur de Jacques-Yvan Morin*, [2015] *R.Q.D.I.* (hors-série) 199.
- Canada. Commission canadienne des droits de la personne. *Négligés : difficultés vécues par les personnes handicapées dans les établissements d’enseignement du Canada*, Ottawa, 2017.
- Carignan, Pierre. « L’égalité dans le droit : une méthode d’approche appliquée à l’article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne » (1987), 21 *R.J.T.* 491.
- Commend, Susanne. « *Au secours des petits infirmes* » : *Les enfants handicapés physiques au Québec entre charité et exclusion, 1920-1990*, thèse de doctorat, Montréal, Université de Montréal, 2018.
- De Koninck, Thomas. *De la dignité humaine*, Paris, Quadrige/PUF, 2002.
- Dictionnaire de l’Académie française*, 9<sup>e</sup> éd. (en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/>), « respect », « sauvegarde ».
- Ducharme, Daniel, et Karina Montminy. *L’accommodement des étudiants et étudiantes en situation de handicap dans les établissements d’enseignement collégial*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2012.
- Dworkin, Ronald. « Foreword », in Ivan Hare and James Weinstein, eds., *Extreme Speech and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2009, v.
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- Fabre-Magnan, Muriel. « La dignité en Droit : un axiome » (2007), 58 *R.I.E.J.* 1.
- Gajda, Amy. « The Trouble with Dignity », in Andrew T. Kenyon, ed., *Comparative Defamation and Privacy Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 246.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François, and Charles-Maxime Panaccio. « The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* era », in *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 217.

- Goubau, Dominique, avec la collaboration d'Anne-Marie Savard. *Le droit des personnes physiques*, 6<sup>e</sup> éd. Montréal: Yvon Blais, 2019.
- Grammond, Sébastien. «Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs» (2012), 42 *R.G.D.* 105.
- Grand Robert de la langue française* (version électronique), «respect», «sauvegarde».
- Grégoire, Marie Annik. «Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009: l'arrêt *Génex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ)* est-il toujours pertinent?» (2016), 57 *C. de D.* 3.
- Grimm, Dieter. «Freedom of Speech and Human Dignity», in Adrienne Stone and Frederick Schauer, eds., *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 2021, 106.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Lavallée, Carmen. «La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada» (1996), 48 *R.I.D.C.* 605.
- Littré, Émile. *Dictionnaire de la langue française*, t. 6. Paris: Gallimard et Hachette, 1958, «respect», «sauvegarde».
- Martin, Stefan. «Rira bien qui rira le dernier: la caricature confrontée au droit à l'image» (2004), 16 *C.P.I.* 611.
- McCrudden, Christopher. «Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights» (2008), 19 *E.J.I.L.* 655.
- McGill, Jena. «“Now it's My Rights Versus Yours": Equality in Tension with Religious Freedoms» (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 583.
- Mendes, Errol P. «Reaching Equilibrium between Conflicting Rights», in Shaheen Azmi, Lorne Foster and Lesley Jacobs, eds., *Balancing Competing Human Rights Claims in a Diverse Society: Institutions, Policy, Principles*. Toronto: Irwin Law, 2012, 241.
- Moon, Richard. «What happens when the assumptions underlying our commitment to free speech no longer hold?» (2019), 28:1 *Const. Forum* 1.
- Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: LexisNexis, 2012.
- Nova Scotia. Task Force on Bullying and Cyberbullying. *Respectful and Responsible Relationships: There's No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying*. Halifax, 2012.
- Proulx, Daniel. «Droit à l'égalité», dans *JurisClassique Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel*, vol. 2, par Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir. Montréal: LexisNexis, 2011,
- Goubau, Dominique, avec la collaboration d'Anne-Marie Savard. *Le droit des personnes physiques*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Yvon Blais, 2019.
- Grammond, Sébastien. « Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs » (2012), 42 *R.G.D.* 105.
- Grand Robert de la langue française* (version électronique), « respect », « sauvegarde ».
- Grégoire, Marie Annik. « Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009 : l'arrêt *Génex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ)* est-il toujours pertinent? » (2016), 57 *C. de D.* 3.
- Grimm, Dieter. « Freedom of Speech and Human Dignity », in Adrienne Stone and Frederick Schauer, eds., *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, New York, Oxford University Press, 2021, 106.
- Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2021 (updated 2021, release 1).
- Lavallée, Carmen. « La Convention internationale relative aux droits de l'enfant et son application au Canada » (1996), 48 *R.I.D.C.* 605.
- Littré, Émile. *Dictionnaire de la langue française*, t. 6, Paris, Gallimard et Hachette, 1958, « respect », « sauvegarde ».
- Martin, Stefan. « Rira bien qui rira le dernier : la caricature confrontée au droit à l'image » (2004), 16 *C.P.I.* 611.
- McCrudden, Christopher. « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights » (2008), 19 *E.J.I.L.* 655.
- McGill, Jena. « “Now it's My Rights Versus Yours” : Equality in Tension with Religious Freedoms » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 583.
- Mendes, Errol P. « Reaching Equilibrium between Conflicting Rights », in Shaheen Azmi, Lorne Foster and Lesley Jacobs, eds., *Balancing Competing Human Rights Claims in a Diverse Society : Institutions, Policy, Principles*, Toronto, Irwin Law, 2012, 241.
- Moon, Richard. « What happens when the assumptions underlying our commitment to free speech no longer hold? » (2019), 28:1 *Forum const.* 1.
- Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, LexisNexis, 2012.
- Nations Unies. Comité des droits de l'enfant. *Observation générale n° 13 (2011) : Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence*, Doc. N.U. CRC/C/GC/13, 18 avril 2011.
- Nouvelle-Écosse. Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation. *Respect et responsabilité dans les relations : il n'y a pas d'app pour ça : Rapport de*

- fascicule 9 (feuilles mobiles mises à jour mai 2021, envoi n° 19).
- Rainville, Pierre. *La répression de l'art et l'art de la répression: La profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2019.
- Raz, Joseph. "Free Expression and Personal Identification" (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 303.
- Robitaille, David. "Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise: Des concepts 'fondateurs' qui méritent d'être mieux connus" (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.
- Samson, Mélanie. "Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et . . . révolution?" (2012), 42 *R.D.U.S.* 159.
- Samson, Mélanie, and Louise Langevin. "Revisiting Québec's *Jus Commune* in the Era of the Human Rights Charters" (2015), 63 *Am. J. Comp. L.* 719.
- Short, Donn. "*Don't Be So Gay!*": *Queers, Bullying, and Making Schools Safe*. Vancouver: UBC Press, 2013.
- Torres-Ceyte, Jérémie, et Mariève Lacroix. "Impression(s), la dignité", dans Brigitte Lefebvre et Benoît Moore, dir., *Les grandes valeurs*. Montréal: Thémis, 2019, 19.
- United Nations. Committee on the Rights of the Child. *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, U.N. Doc. CRC/C/GC/13, April 18, 2011.
- Vandenhoe, Wouter, Gamze Erdem Türkelli and Sara Lembrechts. *Children's Rights: A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2019.
- Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2012.
- la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation*, Halifax, 2012.
- Proulx, Daniel. « Droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel*, vol. 2, par Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir., Montréal, LexisNexis, 2011, fascicule 9 (feuilles mobiles mises à jour mai 2021, envoi n° 19).
- Rainville, Pierre. *La répression de l'art et l'art de la répression: La profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019.
- Raz, Joseph. « Free Expression and Personal Identification » (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 303.
- Robitaille, David. « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : Des concepts "fondateurs" qui méritent d'être mieux connus » (2004), 35 *R.D.U.S.* 103.
- Samson, Mélanie. « Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et . . . révolution? » (2012), 42 *R.D.U.S.* 159.
- Samson, Mélanie, and Louise Langevin. « Revisiting Québec's *Jus Commune* in the Era of the Human Rights Charters » (2015), 63 *Am. J. Comp. L.* 719.
- Short, Donn. « *Don't Be So Gay!* » : *Queers, Bullying, and Making Schools Safe*, Vancouver, UBC Press, 2013.
- Torres-Ceyte, Jérémie, et Mariève Lacroix. « Impression(s), la dignité », dans Brigitte Lefebvre et Benoît Moore, dir., *Les grandes valeurs*, Montréal, Thémis, 2019, 19.
- Vandenhoe, Wouter, Gamze Erdem Türkelli and Sara Lembrechts. *Children's Rights: A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, Northampton (Mass.), Edward Elgar, 2019.
- Waldron, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2012.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Savard, Roy and Cotnam JJ.A.), 2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230, [2019] AZ-51648647, [2019] J.Q. n° 10380 (QL), 2019 CarswellQue 10278 (WL Can.), setting aside in part a decision of the Quebec Human Rights Tribunal, 2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T. (4th) 258, 84 C.H.R.R. D/155, [2016] AZ-51307297, [2016] Q.H.R.T.J. No. 18 (QL), 2016 CarswellQue 13003 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Savard, Roy et Cotnam), 2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230, [2019] AZ-51648647, [2019] J.Q. n° 10380 (QL), 2019 CarswellQue 10278 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du Tribunal des droits de la personne du Québec, 2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T. (4th) 258, 84 C.H.R.R. D/155, [2016] AZ-51307297, [2016] J.T.D.P.Q. n° 18 (QL), 2016 CarswellQue 6568 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer sont dissidents.

*Julius H. Grey and Geneviève Grey*, for the appellant.

*Julius H. Grey et Geneviève Grey*, pour l'appelant.

*Stéphanie Fournier and Lysiane Clément-Major*, for the respondent.

*Stéphanie Fournier et Lysiane Clément-Major*, pour l'intimée.

*Stéphane Harvey*, for the interveners Sylvie Gabriel and Jérémy Gabriel.

*Stéphane Harvey*, pour les intervenants Sylvie Gabriel et Jérémy Gabriel.

*Walid Hijazi*, for the intervener Association des professionnels de l'industrie de l'humour.

*Walid Hijazi*, pour l'intervenante l'Association des professionnels de l'industrie de l'humour.

*Guy Régimbald*, for the intervener the International Commission of Jurists (Canada).

*Guy Régimbald*, pour l'intervenante la Commission internationale de juristes (Canada).

*Christopher D. Bredt*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Christopher D. Bredt*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Annamaria Eneajor*, for the intervener the Canadian Constitutional Foundation.

*Annamaria Eneajor*, pour l'intervenante Canadian Constitutional Foundation.

*David Matas*, for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith Canada.

*David Matas*, pour l'intervenante la Ligue pour les droits de la personne de B'nai Brith Canada.

English version of the judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. delivered by

Le jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe a été rendu par

THE CHIEF JUSTICE AND CÔTÉ J. —

LE JUGE EN CHEF ET LA JUGE CÔTÉ —

## TABLE OF CONTENTS

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraph
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Background</u> .....	8
III. <u>Procedural History</u> .....	16
A. <i>Human Rights Tribunal, 2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T. (4th) 258 (Judge Hughes presiding)</i> .....	16
B. <i>Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230</i> .....	18
(1) <u>Majority Reasons (Roy and Cotnam JJ.A.)</u> .....	18

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Contexte</u> .....	8
III. <u>Historique procédural</u> .....	16
A. <i>Tribunal des droits de la personne, 2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T. (4th) 258 (sous la présidence du juge Hughes)</i> .....	16
B. <i>Cour d'appel du Québec, 2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230</i> .....	18
(1) <u>Motifs majoritaires (les juges Roy et Cotnam)</u> .....	18

(2) <u>Dissenting Reasons (Savard J.A.)</u> .....	20	(2) <u>Motifs dissidents (la juge Savard)</u> .....	20
IV. <u>Issue</u> .....	22	IV. <u>Question en litige</u> .....	22
V. <u>Relevant Provisions of the <i>Quebec Charter</i></u> .....	23	V. <u>Dispositions pertinentes de la <i>Charte québécoise</i></u> .....	23
VI. <u>Applicable Standard of Review</u> .....	24	VI. <u>Norme de contrôle applicable</u> .....	24
VII. <u>Jurisdiction Over Defamation and Discrimination</u> .....	26	VII. <u>Compétence en matière de diffamation et discrimination</u> .....	26
VIII. <u>Analysis</u> .....	31	VIII. <u>Analyse</u> .....	31
A. <u>Preliminary Remarks</u> .....	31	A. <u>Remarques liminaires</u> .....	31
B. <u>Elements of Discrimination Under the <i>Quebec Charter</i></u> .....	33	B. <u>Les éléments constitutifs de la discrimination au regard de la <i>Charte québécoise</i></u> .....	33
C. <u>Third Element of Discrimination in the Context of a Conflict Between the Right to the Safeguard of Dignity and Freedom of Expression</u> .....	46	C. <u>Le troisième élément constitutif de la discrimination dans un contexte de conflit entre le droit à la sauvegarde de la dignité et la liberté d'expression</u> .....	46
(1) <u>Right to the Safeguard of Dignity</u> .....	48	(1) <u>Droit à la sauvegarde de la dignité</u> .....	48
(2) <u>Freedom of Expression</u> .....	59	(2) <u>Liberté d'expression</u> .....	59
(3) <u>Approach Adopted in <i>Whatcott</i></u> .....	65	(3) <u>Démarche adoptée dans l'arrêt <i>Whatcott</i></u> .....	65
(4) <u>Test That Applies Where There Is a Conflict Between the Right to the Safeguard of Dignity and the Right to Freedom of Expression</u> .....	79	(4) <u>Le test applicable en cas de conflit entre le droit à la sauvegarde de la dignité et le droit à la liberté d'expression</u> .....	79
D. <u>Application to This Case</u> .....	91	D. <u>Application à l'espèce</u> .....	91
(1) <u>A Distinction, Exclusion or Preference</u> .....	92	(1) <u>Une distinction, exclusion ou préférence</u> .....	92
(2) <u>Based on a Prohibited Ground</u> .....	96	(2) <u>Fondée sur un motif prohibé</u> .....	96
(3) <u>Impairing the Recognition of the Right to the Safeguard of Dignity</u> .....	103	(3) <u>Compromettant la reconnaissance du droit à la sauvegarde de la dignité</u> .....	103
IX. <u>Disposition</u> .....	114	IX. <u>Dispositif</u> .....	114

## I. Introduction

[1] This appeal concerns the legal framework that applies to a discrimination claim involving a public figure’s right to the safeguard of his dignity, on the one hand, and a professional comedian’s freedom of expression, on the other. It invites us, incidentally, to clarify the scope of the jurisdiction of the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (“Commission”) and the Human Rights Tribunal (“Tribunal”) with respect to discrimination claims based on the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (“*Charter*” or “*Quebec Charter*”).

[2] Very often, discrimination complaints are made in the context of employment, housing, or goods and services available to the public. In this case, the complaint that gave rise to the appeal is quite different, as it concerns a professional comedian, the appellant, Mike Ward, who mocked a public figure with a disability, Jérémy Gabriel.

[3] However, the complaint underlying this appeal led not to an action in *defamation* based on the comments made by Mr. Ward, but rather to a *discrimination* claim based on those comments. Could the Tribunal conclude that the *discrimination* complaint was well-founded? In our view, the answer must be no, because the elements of a discrimination claim under the *Quebec Charter* were not established.

[4] It is important to begin by noting that this question draws attention to a trend by the Commission and the Tribunal, in their decisions, to interpret their home statute, the *Quebec Charter*, as giving them jurisdiction over cases involving allegedly “discriminatory” comments made by individuals, either in private or in public. With respect, we are of the view that this trend deviates from this Court’s jurisprudence and reflects a misinterpretation of the provisions at issue in this case, particularly ss. 4 and 10 of the *Quebec Charter*, which guarantee,

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur le cadre juridique applicable à un recours en discrimination qui met en cause le droit à la sauvegarde de la dignité d’une personnalité publique, d’une part, et la liberté d’expression d’un humoriste professionnel, d’autre part. Il nous invite, de façon incidente, à préciser l’étendue de la compétence de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission ») et du Tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») en matière de recours en discrimination fondés sur la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte* » ou « *Charte québécoise* »).

[2] Très souvent, les plaintes en matière de discrimination s’inscrivent dans le contexte de l’emploi, du logement ou encore des biens et services offerts aux citoyens. En l’espèce, la plainte à l’origine du pourvoi est tout autre, en ce qu’elle concerne un humoriste professionnel, en l’occurrence l’appellant Mike Ward, qui s’est moqué d’une personnalité publique en situation de handicap, en l’occurrence Jérémy Gabriel.

[3] Or, la plainte à l’origine du présent pourvoi ne s’est pas traduite par un recours en *diffamation* basé sur les propos en cause, mais plutôt par un recours en *discrimination* basé sur lesdits propos. Le Tribunal pouvait-il conclure au bien-fondé de la plainte pour *discrimination*? Nous sommes d’avis qu’il faut répondre par la négative, les éléments constitutifs d’un recours en discrimination fondé sur la *Charte québécoise* n’ayant pas été établis.

[4] Il importe d’abord de souligner que cette question met en relief une tendance jurisprudentielle suivant laquelle la Commission et le Tribunal interprètent leur loi constitutive, la *Charte québécoise*, de manière à se reconnaître une compétence à l’égard de litiges impliquant des propos prétendument « discriminatoires », prononcés par des particuliers, en privé comme en public. Avec égards, nous estimons que cette tendance s’éloigne de la jurisprudence de notre Cour et témoigne d’une interprétation erronée des dispositions en cause dans cette affaire, notamment

respectively, the right to the safeguard of dignity and the equal recognition and exercise of human rights and freedoms, including in a context where expression is allegedly “discriminatory”. It leads to the suppression of expression whose content is perceived to be discriminatory and to significant monetary awards against the speakers.

[5] It must be recognized at the outset that the *Quebec Charter*, which elevates freedom of expression to a fundamental freedom, was not enacted to encourage censorship. It follows that expression in the nature of rude remarks made by individuals does not in itself constitute discrimination under that statute. But this does not mean that the *Quebec Charter* can never apply to expression of this kind in very specific circumstances. In this appeal, we therefore wish to clarify the legal framework that applies to a discrimination claim in a context involving freedom of expression.

[6] Briefly stated, a complainant must, in order to succeed, establish all the elements of discrimination, as required by s. 10 of the *Quebec Charter*. The complainant must show (1) a distinction, exclusion or preference; (2) based on one of the grounds listed in the first paragraph of s. 10; (3) that has the effect of impairing the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 35). At this last step, the scope of the fundamental right on which the alleged infringement is based must be determined in light of s. 9.1. Where the right to the safeguard of dignity is in conflict with freedom of expression, the complainant must first show that the expression incites others to vilify them or to detest their humanity on the basis of a prohibited ground of discrimination. The complainant must then establish that the expression, considered in its context, is likely to result in discriminatory treatment of them.

les art. 4 et 10 de la *Charte québécoise*, lesquels garantissent respectivement le droit à la sauvegarde de la dignité et l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés de la personne, y compris dans le contexte de propos prétendument « discriminatoires ». Elle entraîne la suppression de propos dont le contenu est perçu comme discriminatoire et la condamnation de leurs auteurs au versement de sommes d'argent non négligeables.

[5] D'emblée, il faut reconnaître que la *Charte québécoise*, qui élève la liberté d'expression au rang de liberté fondamentale, n'a pas été édictée pour encourager la censure. Il s'ensuit que des propos tels que des incivilités prononcées par des particuliers ne constituent pas en soi de la discrimination au sens de cette loi. Mais cela ne signifie pas pour autant que de tels propos ne peuvent jamais faire intervenir l'application de la *Charte québécoise* dans des circonstances bien précises. Dans le présent pourvoi, nous désirons ainsi clarifier le cadre juridique applicable à un recours en discrimination dans un contexte impliquant la liberté d'expression.

[6] En résumé, pour avoir gain de cause, un plaignant doit établir tous les éléments constitutifs de la discrimination, tel que le requiert l'art. 10 de la *Charte québécoise*. Il doit démontrer (1) une distinction, exclusion ou préférence; (2) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10; (3) qui a pour effet de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 35). À cette dernière étape, la portée du droit fondamental sur lequel s'appuie la violation alléguée doit être délimitée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque le droit à la sauvegarde de la dignité est en opposition avec la liberté d'expression, le plaignant doit d'abord démontrer que les propos incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Il doit ensuite établir que ces propos, placés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement avoir pour conséquence de lui imposer un traitement discriminatoire.

[7] In this case, we are of the opinion that the elements of a discrimination claim under the *Quebec Charter* have not been established. We would therefore allow the appeal.

## II. Background

[8] The appeal is between Mr. Ward and the Commission, which is acting here for the benefit of Mr. Gabriel. In the proceedings below, the Commission also acted on behalf of Mr. Gabriel's parents, Sylvie Gabriel and Steeve Lavoie. We note that Mr. Gabriel and Ms. Gabriel are interveners in this appeal.

[9] At the time of the events alleged against Mr. Ward, Mr. Gabriel was a minor and a student in secondary school, and he had an artistic career as a singer. The circumstances in which Mr. Gabriel began that career, at the age of 8 and with his parents' support, are commendable. He was born with Treacher Collins syndrome, which caused certain malformations of the head as well as profound deafness. When he was 6 years old, he received a bone-anchored hearing aid that made it possible for him to hear 80 to 90 percent of sounds. Thanks to that hearing aid, he learned to speak and to sing.

[10] The first two years of his career, 2005 and 2006, were highlighted by several events that received media coverage (e.g., performance of the national anthem at a sporting event, an invitation to sing for Céline Dion, and a musical performance in Rome in the presence of Pope Benedict XVI). He carried on with his career by taking part in a number of television shows, the production of a documentary about Treacher Collins syndrome that was broadcast in France, the release of an album and then his autobiography, and concerts. As a result of his fame, Mr. Gabriel became a patient ambassador for Shriners Hospitals in 2012. He travelled in Canada and the United States and volunteered to participate in shows and fundraisers.

[11] Mr. Ward, for his part, is a professional comedian and a graduate of the *École nationale de*

[7] En l'espèce, nous sommes d'avis que les éléments constitutifs d'un recours en discrimination fondé sur la *Charte québécoise* n'ont pas été établis. En conséquence, nous proposons d'accueillir l'appel.

## II. Contexte

[8] Le pourvoi oppose M. Ward à la Commission, laquelle agit en l'espèce au bénéfice de M. Gabriel. Lors des instances inférieures, la Commission a aussi agi en faveur des parents de ce dernier, M<sup>me</sup> Sylvie Gabriel et M. Steeve Lavoie. Précisons que M. Gabriel et M<sup>me</sup> Gabriel sont intervenants dans le présent pourvoi.

[9] Au moment où les faits reprochés à M. Ward se sont déroulés, M. Gabriel était mineur, étudiait au secondaire et menait une carrière artistique en chant. Les circonstances dans lesquelles M. Gabriel a entamé cette carrière, à l'âge de huit ans, avec le soutien de ses parents, sont méritoires. Monsieur Gabriel est né avec le syndrome de Treacher Collins, qui a entraîné certaines malformations à la tête ainsi qu'une surdité sévère. Monsieur Gabriel a eu, dès l'âge de six ans, un appareil auditif ostéo-intégré lui permettant d'entendre 80 à 90 p. 100 des sons. Grâce à cet appareil, il a appris à parler et à chanter.

[10] Les deux premières années de sa carrière, en 2005 et 2006, ont été marquées par divers événements médiatisés (p. ex., l'interprétation de l'hymne national lors d'un événement sportif, une invitation à chanter devant Céline Dion et une prestation musicale, à Rome, en présence du pape Benoît XVI). Il a poursuivi sa carrière en participant à plusieurs émissions de télévision, à la production d'un documentaire portant sur le syndrome de Treacher Collins diffusé en France, au lancement d'un album, puis de son autobiographie, et à des concerts. Fort de cette notoriété, M. Gabriel est devenu en 2012 un patient-ambassadeur pour les hôpitaux Shriners. Il a voyagé au Canada et aux États-Unis, en plus de participer bénévolement à des spectacles ainsi qu'à des collectes de fonds.

[11] Pour sa part, M. Ward est un humoriste professionnel diplômé de l'*École nationale de l'humour,*

l'humour whose career began in 1993. His performances, for which he has won many awards, are, he says, in the style of dark comedy, a comedy genre in which shocking subjects or social taboos are "tackled".

[12] From September 2010 to March 2013, Mr. Ward gave a show called *Mike Ward s'eXpose*, the main theme of which was tolerance and the fact that [TRANSLATION] "we are all the same". Around 135,000 tickets were sold. This litigation centres on one of the routines in that show, called [TRANSLATION] *The Untouchables*. In that routine, Mr. Ward mocked certain figures in Quebec's artistic community whom he described as [TRANSLATION] "sacred cows" that could not be made fun of for various reasons, whether because of their wealth or their influence, or because "they are seen as weak" (examination-in-chief of Mr. Ward, A.R., vol. III, at p. 146, excerpts quoted in C.A. reasons, at paras. 75, 14 and 168). Mr. Gabriel was one of the public figures referred to in the routine.

[13] In addition to that show, Mr. Ward made several videos on topical subjects that were posted on his website. The videos were about a number of public figures. One of them was posted in connection with the release of Mr. Gabriel's autobiography. In that video, Mr. Ward made disparaging comments about Mr. Gabriel's physical appearance.

[14] The evidence shows that students attending the same secondary school as Mr. Gabriel drew inspiration from some of the comments in that video to make fun of him. The evidence also shows that, at the time, Mr. Gabriel was already the subject of tasteless jokes by people who drew a connection between his performance for Pope Benedict XVI or his meeting with Cardinal Ouellet and pedophilia, well before Mr. Ward made his comments about him.

[15] In 2012, Mr. Gabriel's parents filed a complaint with the Commission, on their own behalf and on behalf of Mr. Gabriel, sometime after the broadcast of a television interview with Mr. Ward

dont la carrière a débuté en 1993. Ses prestations, pour lesquelles il a obtenu de nombreux prix, s'inscrivent selon lui dans le sillon de l'humour noir, un genre humoristique dans lequel des sujets scabreux ou des tabous sociaux sont « attaqués ».

[12] De septembre 2010 à mars 2013, M. Ward présente un spectacle intitulé *Mike Ward s'eXpose*, dont le thème principal est la tolérance et le fait qu'« on est tous pareils ». Environ 135 000 billets sont vendus. C'est l'un des numéros de ce spectacle, intitulé *Les Intouchables*, qui est au cœur du présent litige. Dans ce numéro, M. Ward se moque de certaines personnalités du milieu artistique québécois qu'il qualifie de « vaches sacrées », dont on ne peut rire pour diverses raisons, que ce soit en raison de leur richesse ou de leur influence, ou encore du fait qu'« on les perçoit comme étant faibles » (interrogatoire principal de M. Ward, d.a., vol. III, p. 146, extraits cités dans les motifs de la C.A., par. 75, 14 et 168). Monsieur Gabriel est l'une des personnalités publiques visées dans ce numéro.

[13] En plus de ce spectacle, M. Ward réalise plusieurs capsules vidéo sur des sujets d'actualité qui sont diffusées sur son site Internet. Ces capsules visent un certain nombre de personnalités publiques. L'une d'elles a été diffusée à l'occasion du lancement de l'autobiographie de M. Gabriel. Dans cette capsule, M. Ward prononce des propos désobligeants sur l'apparence physique de M. Gabriel.

[14] La preuve révèle que des élèves fréquentant la même école secondaire que M. Gabriel se sont moqués de lui en s'inspirant de certains propos entendus dans cette capsule vidéo. La preuve révèle également que M. Gabriel était alors déjà exposé aux plaisanteries de mauvais goût de personnes effectuant un rapprochement entre sa prestation devant le pape Benoît XVI ou sa rencontre avec le cardinal Ouellet et la pédophilie, et ce, bien avant que M. Ward ne tienne ses propos à son sujet.

[15] En 2012, les parents de M. Gabriel portent plainte à la Commission, en leurs noms et au nom de M. Gabriel, quelque temps après la diffusion d'une entrevue télévisée de M. Ward assortie d'un extrait

that included an excerpt from the routine called *The Untouchables* concerning their son. The Commission concluded that there was a basis for discrimination and referred the complaint to the Tribunal.

### III. Procedural History

#### A. *Human Rights Tribunal, 2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T. (4th) 258 (Judge Hughes presiding)*

[16] The Tribunal considered the three elements of discrimination within the meaning of the *Charter*, namely: (1) a distinction (2) based on a prohibited ground (3) that has the effect of nullifying or impairing the equal recognition or exercise of a human right or freedom. First, Mr. Ward had subjected Mr. Gabriel to differential treatment by making comments about him in order to make his audience laugh. Second, Mr. Ward had made comments concerning Mr. Gabriel's disability, although he had not chosen Mr. Gabriel because of his disability. Third, Mr. Ward's derogatory comments attained the degree of seriousness required by *Calego International inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517. The Tribunal therefore concluded that by exposing Mr. Gabriel to mockery because of his disability, Mr. Ward had infringed Mr. Gabriel's right to the safeguard of his dignity in a discriminatory manner.

[17] Having found that all the elements of discrimination had been established, the Tribunal considered Mr. Ward's "defence" based on freedom of expression. In its view, Mr. Ward's comments exceeded the limits of what a reasonable person can tolerate in the name of freedom of expression. The Tribunal therefore held that the discrimination suffered by Mr. Gabriel was not justified. Mr. Ward was ordered to pay \$25,000 in moral damages and \$10,000 in punitive damages. He then appealed that judgment.

du numéro *Les Intouchables* portant sur leur fils. La Commission en arrive à la conclusion qu'il y a matière à discrimination et soumet la plainte au Tribunal.

### III. Historique procédural

#### A. *Tribunal des droits de la personne, 2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T. (4th) 258 (sous la présidence du juge Hughes)*

[16] Le Tribunal examine les trois éléments constitutifs de la discrimination au sens de la *Charte*, à savoir : (1) une distinction (2) fondée sur un motif prohibé (3) qui a pour effet de détruire ou de compromettre l'égalité dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne. Premièrement, M. Ward aurait soumis M. Gabriel à une différence de traitement en tenant des propos à son sujet dans le but de faire rire son auditoire. Deuxièmement, M. Ward aurait tenu des propos liés au handicap de M. Gabriel, bien qu'il n'ait pas choisi ce dernier à cause de son handicap. Dans un troisième temps, les propos désobligeants de M. Ward atteindraient le degré de gravité exigé par l'arrêt *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517. Le Tribunal en arrive donc à la conclusion qu'en exposant M. Gabriel à la moquerie en raison de son handicap, M. Ward a porté atteinte de manière discriminatoire au droit de M. Gabriel à la sauvegarde de sa dignité.

[17] Ayant conclu que tous les éléments constitutifs de la discrimination étaient établis, le Tribunal examine le « moyen de défense » invoqué par M. Ward fondé sur la liberté d'expression. Selon le Tribunal, les propos de ce dernier ont outrepassé les limites de ce qu'une personne raisonnable peut tolérer au nom de la liberté d'expression. En conséquence, le Tribunal considère que la discrimination dont M. Gabriel a été victime n'est pas justifiée. Monsieur Ward est condamné à verser 25 000 \$ à titre de dommages moraux et 10 000 \$ à titre de dommages punitifs. Il porte alors cette condamnation en appel.

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230*

(1) Majority Reasons (Roy and Cotnam JJ.A.)

[18] The appeal was dismissed by the majority, Justices Claudine Roy and Geneviève Cotnam, who noted that the standard of review applicable in an appeal from a decision rendered by the Tribunal is reasonableness.<sup>1</sup> First, they pointed out that Mr. Ward had chosen Mr. Gabriel both because of his fame and because of his disability and that the impugned comments had been directed specifically at the physical characteristics associated with that disability. In their view, the Tribunal could reasonably find that there was a distinction based on a prohibited ground. The Tribunal’s finding on the third element of discrimination was also upheld on the basis that, even in a pluralistic society, a reasonable person targeted by Mr. Ward’s comments would have had their dignity impaired in a discriminatory manner.

[19] The majority then analyzed the “defence” raised by Mr. Ward. In their opinion, the Tribunal had accurately applied the approach outlined by this Court in *Bombardier* by treating freedom of expression as a means of justifying expression that is *prima facie* discriminatory. They also adopted the test set out in *Calego*, which involves determining whether a reasonable person accustomed to a pluralistic society in which freedom of expression is valued and some immoderate language is accepted would regard the affront suffered as particularly contemptuous and fraught with consequences for them. In the majority’s view, the Tribunal could reasonably conclude that Mr. Ward’s comments were not justified by freedom of expression. The majority declined, in *obiter*, to recognize that comedy performances have a special status when it comes to freedom of expression.

<sup>1</sup> This standard of review was modified by *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, which was released a few weeks after the Court of Appeal’s decision. We will refer to that case in Part VI of these reasons.

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230*

(1) Motifs majoritaires (les juges Roy et Cotnam)

[18] L’appel est rejeté à la majorité par les juges Claudine Roy et Geneviève Cotnam, lesquelles indiquent que la norme de contrôle applicable à l’appel d’une décision rendue par le Tribunal est celle de la décision raisonnable<sup>1</sup>. D’abord, elles soulignent que M. Ward a choisi M. Gabriel à la fois en raison de sa notoriété et en raison de son handicap, et que les propos litigieux ciblent spécifiquement les caractéristiques physiques liées à ce handicap. À leur avis, le Tribunal pouvait raisonnablement conclure à l’existence d’une distinction fondée sur un motif prohibé. La conclusion du Tribunal relative au troisième élément constitutif de la discrimination est elle aussi maintenue, au motif qu’une personne raisonnable visée par les propos de M. Ward, même dans une société pluraliste, serait atteinte dans sa dignité de manière discriminatoire.

[19] Les juges majoritaires analysent ensuite le « moyen de défense » invoqué par M. Ward. Selon elles, le Tribunal a suivi avec précision la démarche énoncée par notre Cour dans l’arrêt *Bombardier* en traitant de la liberté d’expression comme moyen de justifier des propos à première vue discriminatoires. Elles retiennent aussi le test énoncé dans l’arrêt *Calego*, qui consiste à déterminer si une personne raisonnable, habituée à une société pluraliste dans laquelle on valorise la liberté d’expression et on admet certains excès de langage, considérerait que l’affront subi est particulièrement méprisant et lourd de conséquences pour elle. De l’avis des juges majoritaires, le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que les propos de M. Ward n’étaient pas justifiés par la liberté d’expression. Elles refusent de façon incidente de reconnaître que les prestations humoristiques bénéficient d’un statut particulier en matière de liberté d’expression.

<sup>1</sup> Cette norme de contrôle a été modifiée par l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, rendu quelques semaines après la décision de la Cour d’appel. Nous l’évoquerons dans la partie VI des présents motifs.

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

[20] In dissent, Justice Manon Savard (as she then was) began by pointing out the only legal issue raised in the case:

[TRANSLATION] The issue raised by the appeal is of an entirely different nature. It concerns the analytical framework to be adopted by the Human Rights Tribunal (“Tribunal”) when it has to decide a complaint of *discrimination* resulting from expression, and nothing else, based on a ground prohibited under section 10 of the *Charter of human rights and freedoms*. The issue also requires a review, within that framework, of the appropriate balance between the right to dignity and freedom of expression. Beyond the impugned expression, which was in the style — by definition shocking and trenchant — of the type of humour used by the appellant, did he *discriminate* against the impleaded parties? And I stress that I am saying *discriminate* and not defame, because the Tribunal has no jurisdiction in the latter case. [Emphasis in original; footnote omitted; para. 7.]

[21] In the view of Savard J.A., who would have allowed Mr. Ward’s appeal, the Tribunal had erred by excluding any comparative and contextual analysis in finding differential treatment. The fact that a person is targeted by name in a comedy show is not enough to establish a distinction within the meaning of s. 10 of the *Quebec Charter*. Savard J.A. also found that references to a prohibited ground that characterizes a person cannot on their own satisfy the first two elements of discrimination. In her opinion, the Tribunal had also erred by considering interference with the right to the safeguard of dignity in isolation; it should have considered freedom of expression not as a defence that could justify discriminatory conduct, but as a limit to the scope of that right pursuant to s. 9.1 of the *Quebec Charter*. That provision, she found, requires a balancing of freedom of expression and the right to the safeguard of dignity. Relying on the principles set out in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, Savard J.A. concluded that Mr. Ward’s comments did not constitute discriminatory speech and that the Tribunal had therefore erred in finding otherwise.

(2) Motifs dissidents (la juge Savard)

[20] En dissidence, la juge Manon Savard (maintenant juge en chef de la Cour d’appel) rappelle d’entrée de jeu la seule question juridique soulevée en l’espèce :

La question soulevée par l’appel est d’une tout autre nature. Elle concerne le cadre d’analyse que doit adopter le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») lorsque appelé à se prononcer sur une plainte de *discrimination* découlant de propos, et rien d’autre, reposant sur un motif interdit sous l’article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Elle demande aussi de revoir, dans un tel cadre, le juste équilibre entre le droit à la dignité et la liberté d’expression. Au delà des expressions litigieuses, formulées dans le style par définition choquant et tranchant du type d’humour adopté par l’appelant, celui-ci a-t-il fait preuve de *discrimination* envers les mis en cause? Et j’insiste : je dis bien *discrimination* et non pas diffamation, puisque le Tribunal n’a pas compétence en cette dernière matière. [En italique dans l’original; note en bas de page omise; par. 7.]

[21] Selon la juge Savard, qui aurait accueilli l’appel de M. Ward, le Tribunal a fait erreur en écartant toute analyse comparative et contextuelle pour conclure à une différence de traitement. Le fait qu’une personne soit nommément visée dans un spectacle d’humour ne suffit pas pour établir l’existence d’une distinction au sens de l’art. 10 de la *Charte québécoise*. De même, la juge Savard estime que, à elles seules, les allusions à un motif prohibé qui caractérise une personne ne permettent pas de satisfaire aux deux premiers éléments constitutifs de la discrimination. À son avis, le Tribunal a également fait erreur en examinant en vase clos l’atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité; il aurait dû considérer la liberté d’expression non pas comme un moyen de défense susceptible de justifier une conduite discriminatoire, mais comme une limite à la portée de ce droit en vertu de l’art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Selon elle, cette disposition requiert un exercice de pondération entre la liberté d’expression et le droit à la sauvegarde de la dignité. S’inspirant des enseignements de l’arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, la juge Savard conclut que les propos de M. Ward ne véhiculent pas un discours discriminatoire et que c’est donc à tort que le Tribunal en est arrivé à la conclusion contraire.

#### IV. Issue

[22] The only issue is that of the legal framework that applies to a discrimination claim under the *Quebec Charter*, in a context involving freedom of expression, in order to determine whether, in this case, Mr. Ward interfered with Mr. Gabriel's right to the safeguard of his dignity and thereby in fact discriminated against him. Before dealing with that issue, we think it will be helpful to say a few words about the applicable standard of review and to note the distinction that must be drawn with respect to jurisdiction over, on the one hand, an action in defamation and, on the other, a discrimination claim in the context of the *Quebec Charter*.

#### V. Relevant Provisions of the *Quebec Charter*

[23] The provisions of the *Quebec Charter* at issue in this appeal, as they read at the relevant time, are as follows:

### CHAPTER I

#### FUNDAMENTAL FREEDOMS AND RIGHTS

...

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

4. Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

...

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

#### IV. Question en litige

[22] La seule question en litige est celle du cadre juridique applicable à un recours en discrimination en vertu de la *Charte québécoise*, dans un contexte qui implique la liberté d'expression, afin de déterminer si en l'espèce, M. Ward a porté atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité de M. Gabriel, et de ce fait, s'il y a effectivement eu discrimination. Avant de traiter de cette question, nous estimons utile d'apporter quelques précisions sur la norme de contrôle applicable et de rappeler la distinction qui s'impose eu égard à la compétence en matière de recours en diffamation, d'une part, et de discrimination, d'autre part, dans le contexte de la *Charte québécoise*.

#### V. Dispositions pertinentes de la *Charte québécoise*

[23] Les dispositions de la *Charte québécoise* en cause dans le cadre du présent pourvoi, telles qu'elles existaient à l'époque pertinente, sont les suivantes :

### CHAPITRE I

#### LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX

...

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

4. Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

...

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La Loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

**CHAPTER I.1****RIGHT TO EQUAL RECOGNITION AND EXERCISE OF RIGHTS AND FREEDOMS**

**10.** Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

**VI. Applicable Standard of Review**

[24] As stated above, the Court of Appeal found that reasonableness was the standard of review that applied in this case. However, the applicable standard of review was modified by *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, which was released a few weeks after the Court of Appeal's judgment. According to *Vavilov*, the presumption that reasonableness is the applicable standard of review for an administrative decision will be rebutted where the legislature has provided for "a statutory appeal mechanism from an administrative decision maker to a court, thereby signalling the application of appellate standards" (para. 33).

[25] Here, ss. 132 and 133 of the *Quebec Charter* state that the Tribunal's decisions may be appealed to the Quebec Court of Appeal. Because there is a statutory appeal mechanism, appellate standards apply rather than the reasonableness standard (*Vavilov*, at para. 37; see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235). The applicable standard is correctness for questions of law and palpable and overriding error for questions of mixed fact and law.

**CHAPITRE I.1****DROIT À L'ÉGALITÉ DANS LA RECONNAISSANCE ET L'EXERCICE DES DROITS ET LIBERTÉS**

**10.** Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

**VI. Norme de contrôle applicable**

[24] Tel qu'indiqué précédemment, la Cour d'appel en est arrivée à la conclusion que la norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Or, l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, rendu quelques semaines après le jugement en cause de la Cour d'appel, a modifié la norme de contrôle applicable. Suivant l'arrêt *Vavilov*, la présomption selon laquelle la norme de contrôle applicable à l'égard d'une décision administrative est celle de la décision raisonnable peut être réfutée lorsque le législateur a prévu « un mécanisme d'appel à l'encontre d'un décideur administratif devant une cour de justice, ce qui dénote que les normes générales en matière d'appel trouvent application » (par. 33).

[25] En l'espèce, les art. 132 et 133 de la *Charte québécoise* précisent que les décisions du Tribunal peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel du Québec. Comme la loi prévoit un mécanisme d'appel, les normes générales en matière d'appel s'appliquent plutôt que la norme de la décision raisonnable (*Vavilov*, par. 37; voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235). La norme de la décision correcte est applicable pour les questions de droit alors que l'erreur manifeste et déterminante est la norme applicable pour les questions mixtes de fait et de droit.

## VII. Jurisdiction Over Defamation and Discrimination

[26] Any action for compensation for the moral or material prejudice resulting from an infringement of a right guaranteed by the *Quebec Charter* is subject to the ordinary rules of civil liability (*Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591, at para. 49; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 122). An action in defamation, whose purpose is to remedy the consequences of wrongful interference with reputation, is no exception to this principle. Although it encompasses the right of every person to the safeguard of their reputation set out in s. 4 of the *Charter*, it still requires proof of the coexistence of fault, injury and a causal connection between the two (*Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 32).

[27] In this regard, it is important to be clear that the comments made by Mr. Ward about Mr. Gabriel did not lead to an action in defamation, but rather to a discrimination claim. This distinction is important because the Tribunal has no power to decide actions in defamation or other civil liability actions, since its jurisdiction is limited to complaints of discrimination or exploitation based on ss. 10 to 19 and 48 of the *Quebec Charter* (ss. 111, 80 and 71(1) of the *Quebec Charter*; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 40). The Tribunal can hear disputes involving expression like the comments made in this case only if the expression may constitute discrimination within the meaning of s. 10 of the *Charter*.

[28] The *Quebec Charter* gives the Tribunal direct, albeit limited, jurisdiction over certain types of expression, insofar as it prohibits discriminatory harassment and advertising (ss. 10.1 and 11). However, this limited direct jurisdiction has been extended indirectly in recent decades as a result of a line of decisions generously interpreting both of the two main provisions at issue, that is, the provision setting out the right to equal recognition and exercise of

## VII. Compétence en matière de diffamation et discrimination

[26] Tout recours en réparation du préjudice moral ou matériel découlant d'une violation d'un droit garanti par la *Charte québécoise* est assujéti au régime ordinaire de la responsabilité civile (*Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 49; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 122). Le recours en diffamation, dont l'objet est de réparer les conséquences d'une atteinte fautive à la réputation, ne fait pas exception à cette règle. Bien qu'il inclue le droit de chacun à la sauvegarde de sa réputation énoncé à l'art. 4 de la *Charte*, il n'en exige pas moins la preuve de la coexistence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre ces deux éléments (*Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 32).

[27] À cet égard, il importe de préciser que les propos tenus par M. Ward à l'endroit de M. Gabriel n'ont pas donné lieu à un recours en diffamation mais plutôt à un recours en discrimination. Cette distinction est importante car le Tribunal n'est pas habilité à trancher les recours en diffamation ni les autres recours en responsabilité civile, puisque sa compétence est limitée aux plaintes pour discrimination ou exploitation fondées sur les art. 10 à 19 et 48 de la *Charte québécoise* (art. 111 et 80 et par. 71(1) de la *Charte québécoise*; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 40). Pour que le Tribunal puisse entendre des litiges mettant en cause des propos comme ceux prononcés en l'espèce, il faut nécessairement que ces propos puissent constituer de la discrimination au sens de l'art. 10 de la *Charte*.

[28] La *Charte québécoise* confère au Tribunal une compétence directe, quoique restreinte, sur certains types de propos, dans la mesure où elle interdit le harcèlement et la publicité discriminatoires (art. 10.1 et 11). Cette compétence directe et restreinte a toutefois été élargie indirectement au cours des dernières décennies à la faveur d'un courant jurisprudentiel jumelant des interprétations généreuses des deux principales dispositions en cause, à savoir celle

rights and freedoms (s. 10 of the *Quebec Charter*) and that setting out the right of every person to the safeguard of their dignity, honour and reputation (s. 4). According to that line of decisions, hurtful expression relating to a ground listed in s. 10 of the *Quebec Charter* constitutes discrimination and may be within the Tribunal's jurisdiction, even if the harm suffered is relative and the social effects of discrimination, such as the perpetuation of prejudice or disadvantage, are absent (see, e.g., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Filion*, 2004 CanLII 468 (Que. H.R.T.); *Tchanderli-Braham v. Bériault*, 2018 QCTDP 4; *Jied v. Éthier*, 2019 QCTDP 26; *Mirouh v. Gaudreault*, 2021 QCTDP 10; *Ayotte v. Tremblay*, 2021 QCTDP 13).

[29] In addition to being based solely on the content of expression and not on its discriminatory effects, that line of decisions, which includes the Tribunal's judgment, dispenses with any fair balancing of freedom of expression and protection of the right to the safeguard of dignity. It therefore creates a second avenue of recourse for discrimination, parallel to an action in defamation, to compel a person to answer for the harm caused by their words, with a much less onerous burden of proof on the complainant, who is in fact not required to bring their own proceedings if the Commission agrees to act on their behalf.

[30] In our view, that line of decisions raises serious concerns in light of our precedents on freedom of expression. A *discrimination* claim is not, and must not become, an action in *defamation*. The two are governed by different considerations and have different purposes. A discrimination claim must be limited to expression whose effects are truly discriminatory. Our analysis below reflects this perspective in clarifying the legal framework that applies to a discrimination claim based on ss. 4 and 10 of the *Quebec Charter* in a context where forms of verbal expression are in issue, drawing from the principles established in *Whatcott*, with the necessary modifications.

relative au droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés (art. 10 de la *Charte québécoise*) et celle relative au droit de chacun à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation (art. 4). Selon ce courant jurisprudentiel, des propos blessants, liés à un motif énuméré à l'art. 10 de la *Charte québécoise*, constituent de la discrimination et relèveraient de la compétence du Tribunal, même si le préjudice subi est relatif et que les effets sociaux de la discrimination, comme la perpétuation de préjugés ou de désavantages, sont absents (voir, p. ex., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Filion*, 2004 CanLII 468 (T.D.P. Qc); *Tchanderli-Braham c. Bériault*, 2018 QCTDP 4; *Jied c. Éthier*, 2019 QCTDP 26; *Mirouh c. Gaudreault*, 2021 QCTDP 10; *Ayotte c. Tremblay*, 2021 QCTDP 13).

[29] En plus de se fonder uniquement sur le contenu des propos et non sur leurs effets discriminatoires, ce courant jurisprudentiel, dans lequel s'inscrit le jugement du Tribunal, met de côté la juste pondération entre la liberté d'expression et la protection du droit à la sauvegarde de la dignité. Ce courant ouvre ainsi une deuxième voie de recours en discrimination, parallèle au recours en diffamation, pour forcer une personne à répondre du préjudice causé par ses propos selon un fardeau de preuve nettement moins onéreux pour le plaignant, qui n'est d'ailleurs pas tenu d'intenter lui-même son recours si la Commission accepte d'agir en sa faveur.

[30] À notre avis, ce courant jurisprudentiel soulève de sérieuses préoccupations au regard de nos précédents en matière de liberté d'expression. Le recours en *discrimination* n'est pas, et ne doit pas devenir, un recours en *diffamation*. L'un et l'autre obéissent à des considérations différentes et poursuivent des objectifs différents. Le recours en discrimination doit être limité à des propos dont les effets sont réellement discriminatoires. Notre analyse qui suit s'inscrit dans cet esprit afin de préciser le cadre juridique applicable à un recours en discrimination fondé sur les art. 4 et 10 de la *Charte québécoise* dans un contexte où des formes d'expression verbale sont en cause, en nous inspirant, avec les adaptations qui s'imposent, des enseignements donnés dans l'arrêt *Whatcott*.

VIII. AnalysisA. *Preliminary Remarks*

[31] Mr. Ward essentially argues that the Tribunal and the majority of the Court of Appeal erred in identifying and applying the legal framework for s. 10 of the *Quebec Charter*. He submits that the elements of discrimination cannot be examined in isolation without considering freedom of expression, which limits the right to the safeguard of dignity. He argues that Mr. Gabriel's right to equality was not infringed. The Commission, for its part, submits that Mr. Ward's "humorous" comments interfered with Mr. Gabriel's right to equal recognition of the right to the safeguard of his dignity and that the interference is not justified by freedom of expression. The Court of Appeal and the Tribunal dealt with the rights to the safeguard of dignity, honour and reputation more or less interchangeably. In this Court, the Commission relies mainly on the concept of dignity. We will do the same.

[32] We will begin by discussing the elements of discrimination and the limit imposed by s. 9.1 of the *Quebec Charter* on the right being asserted. We will then consider the conflict between the right to the safeguard of dignity and freedom of expression, and we will indicate how such a conflict is to be resolved in analyzing the third element of a discrimination claim based on expression. Finally, we will apply the s. 10 legal framework to the facts of this case.

B. *Elements of Discrimination Under the Quebec Charter*

[33] The objectives of the *Quebec Charter* are set out in its preamble as it read at the time:

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

VIII. AnalyseA. *Remarques liminaires*

[31] Pour l'essentiel, M. Ward soutient que le Tribunal et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur dans l'identification et l'application du cadre juridique propre à l'art. 10 de la *Charte québécoise*. Selon lui, l'examen des éléments constitutifs de la discrimination ne peut s'accomplir en vase clos, sans tenir compte de la liberté d'expression, qui limite le droit à la sauvegarde de la dignité. Il soutient que le droit de M. Gabriel à l'égalité n'a pas été brimé. De son côté, la Commission soutient que les propos « humoristiques » de M. Ward ont porté atteinte au droit de M. Gabriel à l'égalité dans la reconnaissance du droit à la sauvegarde de sa dignité et que cette atteinte n'est pas justifiée par la liberté d'expression. Les juridictions inférieures ont traité, de façon plus ou moins interchangeable, des droits à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation. Devant notre Cour, la Commission s'appuie principalement sur la notion de dignité. Nous ferons de même.

[32] Nous traiterons d'abord des éléments constitutifs de la discrimination et de la limite imposée par l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* au droit revendiqué. Nous examinerons ensuite le conflit entre le droit à la sauvegarde de la dignité et la liberté d'expression, et nous indiquerons comment un tel conflit doit être résolu dans le cadre de l'analyse du troisième élément constitutif du recours en discrimination fondé sur des propos. Enfin, nous appliquerons le cadre juridique de l'art. 10 aux faits de l'espèce.

B. *Les éléments constitutifs de la discrimination au regard de la Charte québécoise*

[33] Les objectifs de la *Charte québécoise* sont énoncés dans son préambule tel qu'il existait à l'époque :

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of human beings, equality of women and men, and recognition of their rights and freedoms constitute the foundation of justice, liberty and peace;

Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being;

Whereas it is expedient to solemnly declare the fundamental human rights and freedoms in a Charter, so that they may be guaranteed by the collective will and better protected against any violation . . . .

[34] Recognizing that all human beings are equal in worth and dignity, the *Quebec Charter* seeks to eliminate discrimination by ensuring equal protection of everyone’s fundamental freedoms and rights (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665 (“*CDPDJ v. Montréal*”), at para. 34; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228, at para. 35).

[35] Unlike the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Canadian Charter*”), the *Quebec Charter* does not protect equality *per se*. The right to equality set out in s. 10 is protected only in the recognition and exercise of the other rights and freedoms guaranteed by the *Quebec Charter* (*Bombardier*, at para. 53). In this sense, s. 10 does not establish an independent right to equality but rather strengthens the protection of those other rights and freedoms (P. Carignan, “L’égalité dans le droit: une méthode d’approche appliquée à l’article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne” (1987), 21 *R.J.T.* 491, at pp. 526-27). On the other hand, the *Quebec Charter* has a much broader scope than the *Canadian Charter*, because it binds not only the state but also all natural and legal persons situated in Quebec (ss. 54 and 55 of the *Quebec Charter*; D. Proulx, “Droit à l’égalité”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (loose-leaf),

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l’être humain, l’égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d’autrui et du bien-être général;

Considérant qu’il y a lieu d’affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation . . . .

[34] Reconnaissant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité, la *Charte québécoise* entend supprimer la discrimination en assurant à tous une égale protection des libertés et droits fondamentaux dont ils sont titulaires (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 (« *CDPDJ c. Montréal* »), par. 34; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228, par. 35).

[35] À la différence de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »), la *Charte québécoise* ne protège pas l’égalité en soi. En effet, le droit à l’égalité, énoncé à l’art. 10, n’est protégé que dans la reconnaissance et l’exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte québécoise* (*Bombardier*, par. 53). En ce sens, l’art. 10 ne consacre pas un droit indépendant à l’égalité, mais renforce plutôt la protection de ces autres droits et libertés (P. Carignan, « L’égalité dans le droit : une méthode d’approche appliquée à l’article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne » (1987), 21 *R.J.T.* 491, p. 526-527). En contrepartie, la *Charte québécoise* possède un champ d’application beaucoup plus vaste que celui de la *Charte canadienne*, puisqu’elle lie non seulement l’État, mais aussi toutes les personnes physiques et morales situées sur le territoire du Québec (art. 54 et 55 de la *Charte québécoise*; D. Proulx, « Droit à l’égalité », dans

vol. 2, by S. Beaulac and J.-F. Gaudreault-DesBiens, eds., fasc. 9, at Nos. 85-86).

[36] A plaintiff claiming the protection of s. 10 must satisfy a burden of proof that has three elements. First, the plaintiff must prove a “distinction, exclusion or preference” (*Quebec Charter*, s. 10), that is, “a decision, a measure or conduct [that] ‘affects [him or her] differently from others to whom it may apply’” (*Bombardier*, at para. 42, quoting *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551). Second, the plaintiff must establish that one of the characteristics expressly protected in s. 10 was a factor in the differential treatment complained of (*Bombardier*, at paras. 52 and 56). Third, the plaintiff must show that the differential treatment impairs the full and equal exercise or recognition of a freedom or right guaranteed by the *Quebec Charter* (*Bombardier*, at para. 53). Where these three elements are established, the burden of justifying the discrimination falls on the defendant.

[37] No right is absolute, however. Section 9.1 of the *Charter* determines the scope of the fundamental right on which the alleged infringement of s. 10 is based (*Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 818). Section 9.1 read as follows at the relevant time:

**9.1.** In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

[38] The first paragraph of this section “suggest[s] the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights [guaranteed by the *Quebec Charter*] is to be interpreted” (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 770). The purpose of this provision is [TRANSLATION] “to

*JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (feuilles mobiles), vol. 2, par S. Beaulac et J.-F. Gaudreault-DesBiens, dir., fasc. 9, n° 85-86).

[36] Le demandeur qui sollicite la protection de l’art. 10 doit satisfaire à un fardeau de preuve qui comprend trois éléments. Premièrement, il doit prouver qu’il a fait l’objet d’une « distinction, exclusion ou préférence » (*Charte québécoise*, art. 10), c’est-à-dire d’une « décision, mesure ou conduite [qui] le “touche [. . .] d’une manière différente par rapport à d’autres personnes auxquelles elle peut s’appliquer” » (*Bombardier*, par. 42, citant *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 551). Deuxièmement, il doit établir qu’une des caractéristiques expressément protégées à l’art. 10 a été un facteur dans la différence de traitement dont il se plaint (*Bombardier*, par. 52 et 56). Troisièmement, il doit démontrer que cette différence de traitement compromet l’exercice ou la reconnaissance en pleine égalité d’une liberté ou d’un droit garanti par la *Charte québécoise* (*Bombardier*, par. 53). Lorsque ces trois éléments sont établis, le fardeau de justifier la discrimination revient au défendeur.

[37] Aucun droit n’est cependant absolu. L’article 9.1 de la *Charte* délimite la portée du droit fondamental sur lequel s’appuie la violation alléguée de l’art. 10 (*Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 818). Voici le texte de l’art. 9.1, tel qu’il existait à l’époque pertinente :

**9.1.** Les libertés et droits fondamentaux s’exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l’exercice.

[38] Le premier alinéa de cet article constitue « une indication de la manière d’interpréter l’étendue [des] libertés et droits fondamentaux [garantis par la *Charte québécoise*] » (*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 770). Cette disposition a pour objet « d’apporter un tempérament

temper the absoluteness of the freedoms and rights set out in ss. 1 through 9 . . . by imposing limits . . . on the holders of those rights and freedoms in relation to other citizens” (*Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607, at para. 77, quoting *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3rd Sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at p. B-11609). It echoes the preamble to the *Charter*, which states that “the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being”. Any assertion of a right must therefore be “reconciled with countervailing rights, values, and harm” (*Bruker*, at para. 77).

[39] However, s. 10, which is in a different chapter than ss. 1 to 9.1 of the *Charter*, remains outside the scope of s. 9.1 (*Ford*, at p. 781; *Devine*, at p. 818).

[40] In a context where a discrimination claim is based on a right guaranteed by any of ss. 1 to 9 and where the defendant also asserts a right set out in those provisions, the respective scope of the rights being asserted must be determined in light of s. 9.1. This balancing exercise must be undertaken as part of the analysis of the elements of discrimination. In this regard, we agree with Savard J.A.: the right relied on by the defendant is not a defence, but a limit to the scope of the right invoked by the plaintiff. Before it can be found that there has been discrimination in the recognition or exercise of a right provided for in any of ss. 1 to 9, the protection of that right must be called for in light of the “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec” referred to in s. 9.1, as it read at the relevant time. There is no discrimination if, in a particular context, s. 9.1 gives the right exercised by the defendant precedence over the right invoked by the plaintiff in combination with s. 10. This is why the elements of discrimination cannot be analyzed in isolation. To do so would make it possible to circumvent the reasonable limits on the right invoked in support of s. 10 by giving that right an unlimited scope. Such an approach was rejected in *Devine* (p. 818).

au caractère absolu des libertés et droits édictés aux articles 1 à 9 [. . .] sous l’angle des limites imposées au titulaire de ces droits et libertés à l’égard des autres citoyens » (*Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 77, citant *Journal des débats : Commissions parlementaires*, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 16 décembre 1982, p. B-11609). Elle fait écho au préambule de la *Charte* qui prévoit que « les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d’autrui et du bien-être général ». Toute revendication d’un droit doit donc être « conciliée avec les droits, les valeurs et le préjudice opposés » (*Bruker*, par. 77).

[39] L’article 10, qui se trouve dans un chapitre différent des articles 1 à 9.1 de la *Charte*, demeure toutefois hors du champ d’application de l’art. 9.1 (*Ford*, p. 781; *Devine*, p. 818).

[40] Dans un contexte où le recours en discrimination s’appuie sur un droit garanti par l’un ou l’autre des art. 1 à 9, et où le défendeur fait lui aussi valoir un droit prévu par ces dispositions, la portée respective des droits revendiqués doit être déterminée au regard de l’art. 9.1. Cet exercice de pondération doit être fait dans le cadre de l’analyse des éléments constitutifs de la discrimination. Nous partageons à cet égard l’avis de la juge Savard : le droit sur lequel s’appuie le défendeur ne constitue pas un moyen de défense, mais une limitation de la portée du droit invoqué par le demandeur. En effet, avant de conclure à l’existence d’une discrimination dans la reconnaissance ou l’exercice d’un droit prévu à l’un ou l’autre des art. 1 à 9, encore faut-il que la protection de ce droit s’impose au regard des « valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » dont il est question à l’art. 9.1, tel qu’il existait à l’époque pertinente. Il n’y a pas de discrimination si, dans un contexte donné, cette disposition assure la préséance du droit exercé par le défendeur sur le droit que le demandeur conjugue à l’art. 10. C’est pourquoi l’analyse des éléments constitutifs de la discrimination ne saurait se faire en vase clos. Autrement, cela permettrait de contourner les limites raisonnables du droit invoqué au soutien de l’art. 10 en lui conférant une étendue illimitée. Pareille démarche a été rejetée dans l’arrêt *Devine* (p. 818).

[41] In that case, the Court had to determine, among other things, whether certain provisions of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, infringed freedom of expression (s. 3) in a manner that was discriminatory within the meaning of s. 10 of the *Quebec Charter*. After establishing that there was a distinction based on a prohibited ground (at p. 817), the Court considered the interaction between ss. 10 and 9.1 of the *Quebec Charter*:

Does this distinction have the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom recognized by the *Quebec Charter*? As in *Ford*, the human right or freedom in issue in this case is freedom of expression guaranteed by s. 3 of the *Quebec Charter*. In *Ford* it was found that the right guaranteed by s. 3 extended to protect the freedom to express oneself in the language of one's choice; in this case, however, we have found that s. 3 does not extend to guarantee a right to express oneself exclusively in one's own language. This result was reached by operation of s. 9.1, which does not limit the application of s. 10 but does limit the application of s. 3. Dean François Chevette, in his article discussing the operation of s. 9.1, "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit" (1987), 21 *R.J.T.* 461, at p. 470, has clarified the relationship among ss. 1 through 9, 9.1 and 10 to the same effect:

[TRANSLATION] One final, delicate question remains. By guaranteeing the equal recognition and exercise of rights and freedoms — in particular the rights and freedoms enshrined in ss. 1 to 9 — is s. 10 of the *Charter* itself subject to s. 9.1, especially given that the latter section is arguably incorporated by reference into ss. 1 to 9? In my view, the answer to this question should be no. Doubtless the rights and freedoms protected under ss. 1 to 9 can ultimately be limited by virtue of s. 9.1 — this despite the guarantee of their full and equal exercise provided by s. 10. But the limiting clause does not apply to the principle of equality itself. To conclude otherwise would be to broaden the well-defined scope of s. 9.1.

While it is true that s. 9.1 does not apply to the principle of equality enshrined in s. 10, it does apply to the guarantee of free expression enshrined in s. 3. Whenever it is alleged

[41] Dans cet arrêt, la Cour avait, notamment, à déterminer si certaines dispositions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, portaient atteinte à la liberté d'expression (art. 3) de manière discriminatoire au sens de l'art. 10 de la *Charte québécoise*. Après avoir établi l'existence d'une distinction fondée sur un motif prohibé (p. 817), la Cour s'est interrogée sur l'interaction entre les art. 10 et 9.1 de la *Charte québécoise* :

Cette distinction a-t-elle pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit ou d'une liberté de la personne que reconnaît la *Charte québécoise*? Comme dans l'arrêt *Ford*, le droit ou la liberté de la personne en cause ici est la liberté d'expression énoncée à l'art. 3 de la *Charte québécoise*. Dans l'arrêt *Ford*, la Cour a conclu que le droit garanti par l'art. 3 s'étendait à la protection de la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix; toutefois, nous avons conclu dans la présente espèce que l'art. 3 ne comporte pas la garantie du droit de s'exprimer exclusivement dans sa propre langue. Nous sommes parvenus à ce résultat en appliquant l'art. 9.1, qui ne limite pas l'application de l'art. 10 mais limite celle de l'art. 3. Le doyen François Chevette, dans son article traitant de l'application de l'art. 9.1, « La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit » (1987), 21 *R.J.T.* 461, à la p. 470, a clarifié le rapport entre les art. 1 à 9, 9.1 et 10 pour aboutir à la même conclusion :

Une dernière et délicate question demeure. C'est celle de savoir si l'article 10 de la *Charte*, dans la mesure où il garantit l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés — notamment des droits et libertés des articles 1 à 9 —, se trouve lui-même assujéti à l'article 9.1 en raison de cette forme d'incorporation qu'il opère de ces derniers. À notre avis, cette question appelle une réponse négative. Certes les droits et libertés — qu'aux termes de l'article 10, toute personne peut exercer en pleine égalité —, peuvent, s'ils se retrouvent aux articles 1 à 9, être éventuellement limités par l'article 9.1. Mais la clause limitative ne s'applique pas au principe même d'égalité. Conclure autrement équivaldrait tout simplement à élargir le champ d'application, par ailleurs clairement délimité, de l'article 9.1.

Bien qu'il soit exact que l'art. 9.1 ne s'applique pas au principe d'égalité enchâssé à l'art. 10, il s'applique à la garantie de liberté d'expression enchâssée à l'art. 3.

that a distinction on a ground prohibited by s. 10 has the effect of impairing or nullifying a right under s. 3, the scope of s. 3 must still be determined in light of s. 9.1. Where, as here, s. 9.1 operates to limit the scope of freedom of expression guaranteed under s. 3, s. 10 cannot be invoked to circumvent those reasonable limits and to substitute an absolute guarantee of free expression. On the other hand, having specified the scope of free expression, s. 9.1 cannot be invoked to justify a limit upon equal recognition and exercise of the right guaranteed by s. 3. Here, sections 52 and 57 do create a distinction based on language of use but do not have the effect of impairing or nullifying rights guaranteed under s. 3. They thus conform to the *Quebec Charter*. [Emphasis added; pp. 817-19.]

[42] Although *Devine* did not involve a conflict between two fundamental rights, we are of the view that the principles it establishes regarding the interaction between ss. 9.1 and 10 can be transposed to this case. Because s. 9.1 does not apply to s. 10, the scope of the right being asserted, in light of s. 9.1, must be determined in analyzing the third element of discrimination. Therefore, at this third step, the plaintiff must show that the distinction based on a prohibited ground has the effect of impairing the recognition or exercise of the fundamental right being asserted. To do so, the plaintiff will have to show that the protection of that right is called for in light of s. 9.1.

[43] In the present case, as Savard J.A. correctly noted, the conflict is not between the right to equality and freedom of expression, but rather between the complainant's right to the safeguard of his dignity and the defendant's right to freedom of expression. An approach of this kind is consistent with the structure of the *Quebec Charter* and the principles laid down by this Court in *Devine*.

[44] Where a discrimination claim is based on a freedom or right guaranteed by any of ss. 1 to 9, the plaintiff must therefore prove on a balance of probabilities:

1. A “distinction, exclusion or preference”;
2. based on one of the grounds listed in s. 10;

Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'art. 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression. Par ailleurs, une fois définie la portée de la liberté d'expression, l'art. 9.1 ne peut être invoqué pour justifier une limite à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, du droit que garantit l'art. 3. En l'espèce, les art. 52 et 57 créent effectivement une distinction fondée sur la langue usuelle mais n'ont pas pour effet de compromettre ou de détruire des droits garantis par l'art. 3. Ils respectent donc la *Charte québécoise*. [Nous soulignons; p. 817-819.]

[42] Bien que l'arrêt *Devine* ne portait pas sur l'opposition entre deux droits fondamentaux, nous sommes d'avis que ses enseignements sur l'interaction entre les art. 9.1 et 10 sont transposables en l'espèce. Puisque l'art. 9.1 ne s'applique pas à l'art. 10, la portée du droit revendiqué au regard de l'art. 9.1 doit être déterminée dans le cadre de l'analyse du troisième élément constitutif de la discrimination. Ainsi, à cette troisième étape, le demandeur doit démontrer que la distinction fondée sur un motif prohibé a pour effet de compromettre la reconnaissance ou l'exercice du droit fondamental revendiqué et, pour ce faire, il devra démontrer que la protection de ce droit s'impose à la lumière de l'art. 9.1.

[43] En l'occurrence, comme l'a relevé à juste titre la juge Savard, ce n'est pas le droit à l'égalité qui s'oppose à la liberté d'expression, mais bien le droit à la sauvegarde de la dignité du plaignant et le droit à la liberté d'expression du défendeur. Une telle approche est fidèle à l'architecture de la *Charte québécoise* et aux enseignements de la Cour dans l'arrêt *Devine*.

[44] Lorsque le recours en discrimination s'appuie sur une liberté ou un droit garanti par l'un ou l'autre des art. 1 à 9, le demandeur doit donc prouver, selon la prépondérance des probabilités :

1. Une « distinction, exclusion ou préférence »;
2. fondée sur l'un des motifs énumérés à l'art. 10;

3. that has the effect of nullifying or impairing the equal recognition or exercise of a right whose protection is called for in light of s. 9.1 in the context in which it is invoked.

Proof of these elements establishes, on the face of it, that there is discrimination. In some situations, such as in matters of employment, the *Quebec Charter* creates specific defences for the defendant. In such a case, it will fall to the defendant to justify their decision, action or conduct that is *prima facie* discriminatory (*Bombardier*, at para. 37).

[45] The applicable legal framework having been outlined, nothing further needs to be said about the first two elements of the plaintiff's burden, as their application remains consistent with the approach proposed in *Bombardier*. However, it is necessary to clarify the analysis of the third element of discrimination where the claim brought requires, as it does here, a determination of the respective scope of the right to the safeguard of dignity and freedom of expression in light of s. 9.1.

C. *Third Element of Discrimination in the Context of a Conflict Between the Right to the Safeguard of Dignity and Freedom of Expression*

[46] The *Quebec Charter* does not establish any hierarchy between the right to the safeguard of dignity, guaranteed by s. 4, and the freedom of expression protected by s. 3. When these rights are in conflict, the proper approach is to interpret them so that both are exercised with “a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec” (*Ford*, at p. 770).

[47] We will start by looking at these rights separately. We will then consider *Whatcott*, in which the Court found that limits on freedom of expression may be justified in a free and democratic society in order to prevent the discriminatory effects of hate speech. Lastly, we will emphasize the relevance of that case in describing the test that must be applied in analyzing the third element of discrimination in order to resolve a conflict between ss. 3 and 4 of the

3. qui a pour effet de détruire ou de compromettre l'égalité dans la reconnaissance ou l'exercice d'un droit dont la protection s'impose au regard de l'art. 9.1 dans le contexte où il est invoqué.

La preuve de ces éléments établit, à première vue, l'existence de la discrimination. Dans certaines situations, comme en matière d'emploi, la *Charte québécoise* prévoit des moyens de défense spécifiques en faveur du défendeur. Le cas échéant, il lui appartiendra de justifier sa décision, sa mesure ou sa conduite à première vue discriminatoire (*Bombardier*, par. 37).

[45] Le cadre juridique applicable étant tracé, les deux premiers éléments du fardeau du demandeur ne commandent pas plus de précisions, leur mise en œuvre demeurant conforme à l'approche proposée dans l'arrêt *Bombardier*. Toutefois, il convient d'apporter des précisions sur l'analyse du troisième élément constitutif de la discrimination lorsque le recours intenté appelle, comme en l'espèce, à délimiter l'étendue respective du droit à la sauvegarde de la dignité et de la liberté d'expression au regard de l'art. 9.1.

C. *Le troisième élément constitutif de la discrimination dans un contexte de conflit entre le droit à la sauvegarde de la dignité et la liberté d'expression*

[46] La *Charte québécoise* n'établit aucune hiérarchie entre le droit à la sauvegarde de la dignité, garanti par l'art. 4, et la liberté d'expression que protège l'art. 3. Lorsque ces droits s'opposent, la solution consiste à les interpréter de manière à ce que l'un et l'autre s'exercent « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » (*Ford*, p. 770).

[47] Nous examinerons d'abord ces droits séparément. Nous nous intéresserons ensuite à l'arrêt *Whatcott*, dans lequel la Cour a conclu que la liberté d'expression peut être limitée de manière justifiée dans une société libre et démocratique pour prévenir les effets discriminatoires des propos haineux. Enfin, nous soulignerons la pertinence de cet arrêt pour décrire le test qui doit être réalisé dans le cadre de l'analyse du troisième élément de la discrimination

*Quebec Charter*. This test is meant to be applied in a context where the plaintiff argues that the defendant's expression had the effect of impairing the recognition of the plaintiff's right to the safeguard of their dignity. It does not apply in any other context.

(1) Right to the Safeguard of Dignity

[48] This Court has recognized that “[h]uman dignity . . . [is] among the values that underlie the [Canadian] Charter” (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 81). However, the *Quebec Charter* goes further, because human dignity is not only a fundamental value in that statute, but also a right the safeguard of which is specifically protected (*Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 100). Section 4 of the *Quebec Charter* sets out the right of every person “to the safeguard of his dignity”. But as several authors agree, behind this eloquent turn of phrase is a right whose scope is particularly difficult to identify (see, e.g., D. Goubau, with the collaboration of A.-M. Savard, *Le droit des personnes physiques* (6th ed. 2019), at No. 180; J. Torres-Ceyte and M. Lacroix, “Impression(s), la dignité”, in B. Lefebvre and B. Moore, eds., *Les grandes valeurs* (2019), 19, at pp. 27-28; C. Brunelle, “La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale”, in *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143, at pp. 172-74). Once the concept of dignity leaves the realm of values and moves into the realm of legal norms, many difficulties arise in its application (A. Gajda, “The Trouble with Dignity”, in A. T. Kenyon, ed., *Comparative Defamation and Privacy Law* (2016), 246, at pp. 258-61; see also *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paras. 21-22). For the purposes of this appeal, these difficulties can be overcome without adopting a fixed definition of this concept. It will suffice to clarify the scope of this “right to the safeguard of . . . dignity”.

afin de résoudre le conflit entre les art. 3 et 4 de la *Charte québécoise*. Ce test est destiné à s’appliquer dans un contexte où le demandeur soutient que le défendeur a tenu des propos qui ont eu pour effet de compromettre la reconnaissance de son droit à la sauvegarde de sa dignité. Il ne trouve pas application dans des contextes autres que celui-là.

(1) Droit à la sauvegarde de la dignité

[48] Notre Cour a reconnu que « [l]a dignité humaine [. . .] f[ait] partie des valeurs inhérentes à la *Charte [canadienne]* » (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 81). La *Charte québécoise* va cependant plus loin, puisque la dignité humaine y constitue non seulement une valeur fondamentale, mais aussi un droit dont la sauvegarde est explicitement protégée (*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 100). En effet, elle consacre à l’art. 4 le droit de toute personne « à la sauvegarde de sa dignité ». Mais comme plusieurs auteurs en conviennent, derrière cette formulation éloquent se trouve un droit dont la portée est particulièrement difficile à cerner (voir, p. ex., D. Goubau, avec la collaboration d’A.-M. Savard, *Le droit des personnes physiques* (6<sup>e</sup> éd. 2019), n<sup>o</sup> 180; J. Torres-Ceyte et M. Lacroix, « Impression(s), la dignité », dans B. Lefebvre et B. Moore, dir., *Les grandes valeurs* (2019), 19, p. 27-28; C. Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143, p. 172-174). Dès qu’elle quitte le domaine des valeurs pour entrer dans celui des normes juridiques, la notion de dignité suscite de nombreuses difficultés d’application (A. Gajda, « The Trouble with Dignity », dans A. T. Kenyon, dir., *Comparative Defamation and Privacy Law* (2016), 246, p. 258-261; voir aussi *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 21-22). Pour les fins de ce pourvoi, ces difficultés peuvent être surmontées sans adopter une définition arrêtée de cette notion. Il suffit de fournir des précisions sur la portée de ce « droit à la sauvegarde de [l]a dignité ».

[49] Courts have found interference with the right to the safeguard of dignity in a wide variety of contexts. For example, they have found an infringement of s. 4 of the *Quebec Charter* in the following cases: patients with an intellectual disability were deprived of hygiene care by hospital centre staff taking part in an illegal strike (*St-Ferdinand*, at paras. 108-9); an illustrator's copyright was seriously infringed (*Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paras. 116-17); an individual suspected of theft was beaten, tortured and threatened with death by police officers (*Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, at para. 90); a senior civil servant was denied access to an official residence following his publicized firing based on sexual harassment allegations before a real investigation had been completed (*Fortier v. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 1426, at para. 120 (CanLII)); a visually impaired man was denied access to a discotheque dance floor with his guide dog (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577, at para. 86 (CanLII)); workers of Chinese origin were forced to listen to their employer's racist admonishments (*Calego*, at paras. 55-56 and 105); a senior executive was the target of sexist and offensive remarks by the host of a shock jock radio show (*Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, at para. 92); a couple was arrested and charged with criminal offences on the basis of falsified police reports (*Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, at paras. 167, 179 and 191; see also, along the same lines, *Procureur général du Canada v. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182, at paras. 139 and 144); intimate photographs were sent to third parties without authorization (*J.L. v. S.B.*, [2000] R.R.A. 665 (Que. Sup. Ct.), at para. 21).

[50] In addition to these very diverse cases, there is a long line of decisions in which disrespect is readily regarded as an infringement of s. 4 as long as it is of some seriousness (see, e.g., *Cinar*, at para. 116; *Bourdeau v. Hamel*, 2013 QCCS 752, at para. 197

[49] Les tribunaux ont conclu à des atteintes au droit à la sauvegarde de la dignité dans les contextes les plus divers. Ils ont, par exemple, conclu à une violation de l'art. 4 de la *Charte québécoise* dans les cas suivants : des bénéficiaires ayant une déficience intellectuelle ont été privés de soins d'hygiène par le personnel d'un centre hospitalier participant à une grève illégale (*St-Ferdinand*, par. 108-109); un dessinateur a été victime d'une violation importante de ses droits d'auteur (*Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 116-117); un individu soupçonné de vol a été battu, torturé et menacé de mort par des policiers (*Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 90); un haut fonctionnaire s'est vu refusé accès à la résidence officielle suivant un congédiement médiatisé sur la foi d'allégations de harcèlement sexuel avant qu'une véritable enquête soit complétée (*Fortier c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 1426, par. 120 (CanLII)); un homme non voyant s'est vu refuser l'accès à la piste de danse d'une discothèque avec son chien-guide (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577, par. 86 (CanLII)); des travailleurs d'origine chinoise ont été contraints de subir des admonestations racistes de leur employeur (*Calego*, par. 55-56 et 105); une haute dirigeante a été la cible de propos sexistes et injurieux tenus par l'animateur d'une émission de radio-provocation (*Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, par. 92); un couple a fait face à une arrestation et à des accusations criminelles déposées sur la foi de rapports de police falsifiés (*Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, par. 167, 179 et 191; voir aussi, dans le même ordre d'idées, *Procureur général du Canada c. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182, par. 139 et 144); des photos intimes ont été transmises à des tiers sans autorisation (*J.L. c. S.B.*, [2000] R.R.A. 665 (C.S. Qc), par. 21).

[50] En sus de ces cas de figure très variés, un courant jurisprudentiel foisonnant n'hésite pas à assimiler le manque de respect à une violation de l'art. 4 dès lors qu'il atteint une certaine gravité (voir, p. ex., *Cinar*, par. 116; *Bourdeau c. Hamel*, 2013 QCCS

(CanLII); *Hébert v. Giguère*, [2003] R.J.Q. 89 (Sup. Ct.), at paras. 155 and 159; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9113-0831 Québec inc. (Bronzage Évasion au soleil du monde)*, 2007 QCTDP 18, [2007] R.J.D.T. 1289, at para. 42). After completing their own analysis of the cases on s. 4, Professors Goubau and Savard make the following observation:

[TRANSLATION] In reality, interference with dignity is raised on its own only very exceptionally. Claims for compensation for interference with dignity are almost always made as part of an action based on interference with another fundamental right, whether it be the right to reputation, the right to respect for one's private life, the right to equality, the right to physical inviolability, etc. Courts will find interference with dignity where the interference with another fundamental right is particularly serious. In this sense, interference with dignity appears to be a threshold of seriousness for the infringement of another right. Defamatory statements must therefore reach a certain level of seriousness in order to constitute interference with personal dignity in addition to interference with reputation. As a result, the concept of dignity is generally invoked as a modality of the other fundamental rights rather than as an independent right. This may seem surprising, but in reality it is simply a reflection of the fact that the legal concept of dignity is difficult to define with precision. [No. 180]

[51] This commentary clearly illustrates the confusion surrounding the right to the safeguard of dignity. In our view, treating this right as a mere modality of the other fundamental rights trivializes the very terms of s. 4. The scope of one fundamental right cannot be determined on the basis of the degree to which some other fundamental right is infringed. The right to the safeguard of dignity should not be invoked to protect an interest that is already fully secured by another fundamental right, because that other fundamental right is itself grounded in dignity (M. Fabre-Magnan, "La dignité en Droit: un axiome" (2007), 58 *R.I.E.J.* 1, at pp. 18-19). This lack of coherence in the application of s. 4 causes at least two significant problems in relation to the issue before us here.

[52] First, the uncertain scope of this provision makes any balancing of rights under s. 9.1 difficult.

752, par. 197 (CanLII); *Hébert c. Giguère*, [2003] R.J.Q. 89 (C.S.), par. 155 et 159; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9113-0831 Québec inc. (Bronzage Évasion au soleil du monde)*, 2007 QCTDP 18, [2007] R.J.D.T. 1289, par. 42). Au terme de leur propre analyse de la jurisprudence relative à l'art. 4, les professeurs Goubau et Savard formulent la remarque suivante :

En réalité, l'atteinte à la dignité n'est que très exceptionnellement invoquée de manière isolée. Les demandes de réparation pour atteinte à la dignité s'inscrivent presque toujours dans le cadre d'un recours fondé sur l'atteinte à un autre droit fondamental, que ce soit le droit à la réputation, le droit au respect de la vie privée ou le droit à l'égalité, le droit à l'intégrité physique, etc. Les tribunaux concluront qu'il y a atteinte à la dignité lorsque l'atteinte à un autre droit fondamental est particulièrement grave. En ce sens, l'atteinte à la dignité apparaît comme un seuil de gravité de la violation d'un autre droit. Ainsi, des propos diffamatoires doivent atteindre un certain niveau de gravité pour constituer, en plus d'une atteinte à la réputation, une atteinte à la dignité de la personne. La notion de dignité est ainsi généralement invoquée comme modalité des autres droits fondamentaux plutôt que comme droit indépendant. Ce constat peut paraître surprenant, mais en réalité il ne fait que refléter la difficulté à cerner précisément le concept juridique de dignité. [n° 180]

[51] Ce commentaire illustre bien la confusion qui entoure le droit à la sauvegarde de la dignité. À notre avis, traiter celui-ci comme une simple modalité d'application des autres droits fondamentaux banalise les termes mêmes de l'art. 4. L'étendue d'un droit fondamental ne saurait être déterminée en fonction de l'intensité de la violation de quelque autre droit fondamental. Il n'y a pas lieu d'invoquer le droit à la sauvegarde de la dignité pour protéger un intérêt qui est par ailleurs déjà pleinement assuré par un autre droit fondamental, car cet autre droit fondamental se fonde lui-même sur la dignité (M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome » (2007), 58 *R.I.E.J.* 1, p. 18-19). Ce manque de cohérence dans l'application de l'art. 4 occasionne au moins deux problèmes importants au regard de la question qui nous occupe ici.

[52] D'une part, la portée incertaine de cette disposition rend difficile tout exercice de mise en balance

Second, the combination of ss. 4 and 10 tends to change the nature of the norm of equality provided for in the *Quebec Charter* — and to extend the jurisdiction of the Commission and the Tribunal well beyond what the legislature intended. Indeed, some authors have noted that the juxtaposition of the two provisions greatly broadens the scope of the norm of equality (Proulx, at No. 121; A. Morin, *Le droit à l'égalité au Canada* (2nd ed. 2012), at p. 186).

[53] In our view, this results not from the structure of the *Quebec Charter*, but from a misinterpretation of the right to the safeguard of dignity, the imprecise nature of which is regarded as having the effect of lessening the plaintiff's burden of proof in a discrimination action (see Morin, at p. 185). That reasoning makes an infringement of the right to equal recognition of the right to the safeguard of dignity easier to establish given the fact that dignity is always more or less affected when equality is denied, as the norm of equality flows from dignity (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paras. 51-54).

[54] In our opinion, such an approach amounts to circumventing the legislature's intention and making s. 10 of the *Quebec Charter* a vehicle for the protection of equality *per se* comparable to that of the *Canadian Charter*. The difference, however, is that the *Quebec Charter* is much broader in scope than the *Canadian Charter* and other human rights statutes: it does not apply only to dealings with the state or to certain areas of activity, but extends to *all* relationships between individuals. As we wrote in *Bombardier*, “[t]he [*Quebec*] Charter, unlike the *Canadian Charter*, does not protect the right to equality *per se*; this right is protected only in the exercise of the other rights and freedoms guaranteed by the [*Quebec*] Charter” (para. 53). An interpretation of s. 4 that overlooks this significant limitation must be rejected. The right to the safeguard of dignity is not — and must not become — incantatory [TRANSLATION] “boilerplate” (Torres-Ceyte and Lacroix, at p. 28, quoting A. Popovici, “La renonciation à un droit de la personnalité”, in *Thirtieth Anniversary*

de droits suivant l’art. 9.1. D’autre part, la conjugaison des art. 4 et 10 tend à modifier la nature de la norme d’égalité prévue par la *Charte québécoise* — et à accroître la compétence de la Commission et du Tribunal bien au-delà de ce qu’a voulu le législateur. Des auteurs ont, en effet, remarqué que la juxtaposition des deux dispositions élargit considérablement le champ d’application de la norme d’égalité (Proulx, n° 121; A. Morin, *Le droit à l'égalité au Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 186).

[53] À notre avis, cela ne résulte pas de la structure de la *Charte québécoise*, mais d’une interprétation erronée du droit à la sauvegarde de la dignité, dont l’imprécision est considérée comme ayant pour effet d’alléger le fardeau de preuve du demandeur dans une action en discrimination (voir Morin, p. 185). En suivant ce raisonnement, une violation du droit à l’égalité dans la reconnaissance du droit à la sauvegarde de la dignité serait d’autant plus facile à établir du fait que la dignité est toujours plus ou moins touchée quand il y a atteinte à l’égalité, car la norme d’égalité découle de la dignité (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 51-54).

[54] Une telle approche revient, selon nous, à contourner l’intention du législateur et à faire de l’art. 10 de la *Charte québécoise* le vecteur d’une protection de l’égalité en soi comparable à celle de la *Charte canadienne*. À ceci près, cependant, que la *Charte québécoise* a une portée beaucoup plus vaste que la *Charte canadienne* et que les autres lois sur les droits de la personne : elle ne vise pas seulement les rapports avec l’État, ni certains secteurs d’activités, mais elle s’étend à *tous* les rapports entre particuliers. Or, comme nous l’avons écrit dans l’arrêt *Bombardier*, « contrairement à la *Charte canadienne*, la *Charte [québécoise]* ne protège pas le droit à l’égalité en soi; ce droit n’est protégé que dans l’exercice des autres droits et libertés garantis par la *Charte [québécoise]* » (par. 53). Une interprétation de l’art. 4 qui occulte cette limitation importante doit être rejetée. Le droit à la sauvegarde de la dignité n’est pas — et ne doit pas devenir — une « clause de style » à valeur incantatoire (Torres-Ceyte et Lacroix, p. 28, citant A. Popovici, « La renonciation à un

*Conference, 1975-2005: Cross-Examining Private Law* (2008), 99, at p. 107).

[55] In our view, the interpretation of this provision must be refocused on its purpose by considering its wording and context.

[56] In *St-Ferdinand*, this Court found that the right to the safeguard of dignity relates specifically to human dignity and protects against “interferences with the fundamental attributes of a human being which violate the respect to which every person is entitled simply because he or she is a human being and the respect that a person owes to himself or herself” (para. 105). In other words, s. 4 does not protect every person as such, but protects the *humanity* of every person in its most fundamental attributes. It is therefore the concept of humanity that is at the centre of the right to the safeguard of dignity. Indeed, this is demonstrated by the preamble to the *Quebec Charter*, on which the Court relied in *St-Ferdinand*. Inspired by the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), the preamble provides that “all human beings are equal in worth and dignity” and that “respect for the dignity of human beings” is one of the “foundation[s] of justice, liberty and peace”. In this context, dignity is the quality inherent in every human being [TRANSLATION] “the recognition of which in a sense defines civilization, and the disregard of which, barbarism” (T. De Koninck, *De la dignité humaine* (2002), at p. 16; see also R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (2011), at p. 112).

[57] In fact, the emergence in law of the concept of dignity, and the meaning of this concept, were shaped by the very specific historical context of the atrocities committed in the 20th century, particularly during the Second World War (C. McCrudden, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights” (2008), 19 *E.J.I.L.* 655, at pp. 664-71; Brunelle, at pp. 145-46). To be contrary to s. 4 of the *Quebec Charter*, conduct must reach a high level of gravity that does not trivialize this very meaningful concept. Such conduct cannot be assessed in a purely subjective manner. An objective analysis is required, because

droit de la personnalité », dans *Colloque du trentenaire, 1975-2005 : Regards croisés sur le droit privé* (2008), 99, p. 107).

[55] Selon nous, il est nécessaire de recentrer l’interprétation de cette disposition sur son objet, en tenant compte de son libellé et de son contexte.

[56] Dans l’arrêt *St-Ferdinand*, notre Cour a conclu que le droit à la sauvegarde de la dignité se rapporte plus exactement à la dignité humaine et protège contre « les atteintes aux attributs fondamentaux de l’être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu’elle est un être humain et au respect qu’elle se doit à elle-même » (par. 105). Autrement dit, l’art. 4 protège non pas chaque personne en tant que telle, mais l’*humanité* de chaque personne dans ses attributs les plus fondamentaux. C’est donc la notion d’humanité qui est au centre du droit à la sauvegarde de la dignité. Cela est d’ailleurs mis en évidence par le préambule de la *Charte québécoise*, sur lequel s’est appuyée la Cour dans *St-Ferdinand*. Inspiré par la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), le préambule dispose que « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité » et que « le respect de la dignité de l’être humain » est l’un des « fondement[s] de la justice, de la liberté et de la paix ». Dans ce contexte, la dignité est cette qualité inhérente à chaque être humain « dont la reconnaissance définit en quelque sorte la civilisation, et la méconnaissance, la barbarie » (T. De Koninck, *De la dignité humaine* (2002), p. 16; voir aussi R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (2011), p. 112).

[57] En effet, l’émergence en droit de la notion de dignité et le sens de cette notion ont été façonnés par le contexte historique très particulier des atrocités commises au XX<sup>e</sup> siècle, notamment au cours de la Seconde Guerre mondiale (C. McCrudden, « Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights » (2008), 19 *E.J.I.L.* 655, p. 664-671; Brunelle, p. 145-146). Pour contrevioler à l’art. 4 de la *Charte québécoise*, une conduite doit atteindre un degré de gravité élevé qui ne banalise pas cette notion chargée de sens. Une telle conduite ne saurait faire l’objet d’une appréciation purement subjective. Une

dignity [TRANSLATION] “is aimed at protecting not a particular person or even a class of persons, but humanity in general” (Fabre-Magnan, at p. 21).

[58] What s. 4 confers is not a right to *dignity* but, more precisely, a right to the *safeguard* of dignity. The connotation and meaning of the words chosen by the legislature in this section are much stronger than those of “respect for the dignity” in the preamble to the *Quebec Charter*. The term “safeguard” refers to a form of defence or protection against a peril, whereas the term “respect” reflects the concept of regard or deference (see “*sauvegarde*” and “*respect*” in *Dictionnaire de l’Académie française* (9th ed. (online)); É. Littré, *Dictionnaire de la langue française* (1958), vol. 6, at pp. 1432-35 and 1940; *Le Grand Robert de la langue française* (electronic version)). Unlike, for example, s. 5, which confers a right to *respect* for one’s private life, s. 4 does not permit a person to claim respect for their dignity, but only the *safeguarding* of their dignity, that is, protection from the denial of their worth as a human being. Where a person is stripped of their humanity by being subjected to treatment that debases, subjugates, objectifies, humiliates or degrades them, there is no question that their dignity is violated. In this sense, the right to the safeguard of dignity is a shield against this type of interference that does no less than outrage the conscience of society.

## (2) Freedom of Expression

[59] Like the right to the safeguard of dignity, freedom of expression flows from the concept of human dignity (D. Grimm, “Freedom of Speech and Human Dignity”, in A. Stone and F. Schauer, eds., *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* (2021), 106, at p. 111; J. Waldron, *The Harm in Hate Speech* (2012), at p. 139; R. Dworkin, “Foreword”, in I. Hare and J. Weinstein, eds., *Extreme Speech and Democracy* (2009), v, at pp. vii-viii). The *Quebec Charter* recognizes that all human beings are equal in worth and dignity; this equality would be hollow if some people were silenced because of their opinions. The purpose of protecting freedom of expression is therefore to “ensure that everyone can manifest their

analyse objective s’impose, puisque la dignité « n’a pas pour horizon la protection d’une personne particulière, ni même d’une catégorie de personnes, mais de l’humanité en général » (Fabre-Magnan, p. 21).

[58] L’article 4 ne confère pas un droit à la *dignité*, mais, plus précisément, un droit à la *sauvegarde* de la dignité. Le libellé retenu par le législateur à cet article a une connotation et un sens beaucoup plus forts que celui de « respect de la dignité » qui se retrouve dans le préambule de la *Charte québécoise*. Le terme « sauvegarde » renvoie à une forme de défense ou de protection contre un péril, tandis que le terme « respect » rejoint les notions de considération ou de déférence (*Dictionnaire de l’Académie française* (9<sup>e</sup> éd. (en ligne)); É. Littré, *Dictionnaire de la langue française* (1958), t. 6, p. 1432-1435 et 1940; *Le Grand Robert de la langue française* (version électronique)). À la différence de l’art. 5, par exemple, qui confère un droit au *respect* de la vie privée, l’art. 4 ne permet pas à une personne de réclamer le respect, mais uniquement la *sauvegarde* de sa dignité, c’est-à-dire la protection contre la négation de sa valeur en tant qu’être humain. Lorsqu’une personne se voit privée de son humanité par l’infliction de traitements qui l’avilissent, l’asservissent, la réifient, l’humilient ou la dégradent, sa dignité est indéniablement bafouée. En ce sens, le droit à la sauvegarde de la dignité constitue un bouclier contre ce type d’atteintes qui ne font pas moins que révolter la conscience de la société.

## (2) Liberté d’expression

[59] Tout comme le droit à la sauvegarde de la dignité, la liberté d’expression découle de la notion de dignité humaine (D. Grimm, « Freedom of Speech and Human Dignity », dans A. Stone et F. Schauer, dir., *The Oxford Handbook of Freedom of Speech* (2021), 106, p. 111; J. Waldron, *The Harm in Hate Speech* (2012), p. 139; R. Dworkin, « Foreword », dans I. Hare et J. Weinstein, dir., *Extreme Speech and Democracy* (2009), v, p. vii-viii). La *Charte québécoise* reconnaît l’égalité de tous les êtres humains en valeur et en dignité; cette égalité demeurerait un vœu pieux si certaines personnes étaient réduites au silence en raison de leurs opinions. Ainsi, la protection de la liberté d’expression a pour objectif d’« assurer

thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream” (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 968).

[60] As McLachlin J. (as she then was) wrote in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, “[t]he view of the majority has no need of constitutional protection” (p. 753). In fact, the exercise of freedom of expression presupposes, at the same time that it fosters, society’s tolerance of expression that is unpopular, offensive or repugnant (*Irwin Toy*, at pp. 969-71; *Montréal (Ville de) v. Cabaret Sex Appeal inc.*, [1994] R.J.Q. 2133 (C.A.)). Freedom to express harmless opinions that reflect a consensus is not freedom (R. Moon, “What happens when the assumptions underlying our commitment to free speech no longer hold?” (2019), 28:1 *Const. Forum* 1, at p. 4). This is why freedom of expression does not truly begin until it gives rise to a duty to tolerate what other people say (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society* (1986); Dworkin (2009), at p. vii). It thus ensures the development of a democratic, open and pluralistic society. Understood in this sense, “a person’s right to free expression is protected not in order to protect him, but in order to protect a public good, a benefit which respect for the right of free expression brings to all those who live in the society in which it is respected, even those who have no personal interest in their own freedom” (J. Raz, “Free Expression and Personal Identification” (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 303, at p. 305).

[61] Limits on freedom of expression are justified where, in a given context, there are serious reasons to fear harm that is sufficiently specific and cannot be prevented by the discernment and critical judgment of the audience (*Whatcott*, at paras. 129-35; Moon, at pp. 1-2 and 4).

[62] For example, the law of defamation rests on the idea that “[f]alse allegations can so very quickly and completely destroy a good reputation. A reputation tarnished by libel can seldom regain its former

que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l’esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 968).

[60] Comme l’a écrit la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, « [l]’opinion de la majorité n’a pas besoin d’une protection constitutionnelle » (p. 753). De fait, l’exercice de la liberté d’expression présuppose, en même temps qu’il alimente, la tolérance de la société envers les expressions impopulaires, désobligeantes ou répugnantes (*Irwin Toy*, p. 969-971; *Montréal (Ville de) c. Cabaret Sex Appeal inc.*, [1994] R.J.Q. 2133 (C.A.)). La liberté d’exprimer des opinions consensuelles et inoffensives n’est pas la liberté (R. Moon, « What happens when the assumptions underlying our commitment to free speech no longer hold? » (2019), 28:1 *Forum const.* 1, p. 4). C’est pourquoi la liberté d’expression ne commence véritablement que lorsqu’elle fait naître un devoir de tolérance envers les propos d’autrui (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society* (1986); Dworkin (2009), p. vii). Elle assure ainsi le développement d’une société démocratique, ouverte et pluraliste. Compris en ce sens, [TRADUCTION] « la liberté d’expression est protégée non pas pour le bénéfice de la personne qui l’exerce, mais dans l’intérêt public, c’est-à-dire qu’elle est protégée parce qu’elle bénéficie à tous ceux qui vivent dans la société où on la respecte, y compris à ceux qui sont indifférents à leur propre liberté » (J. Raz, « Free Expression and Personal Identification » (1991), 11 *Oxford J. Leg. Stud.* 303, p. 305).

[61] Les limites à la liberté d’expression se justifient lorsqu’il existe, dans un contexte donné, des raisons sérieuses de craindre un préjudice suffisamment précis auquel le discernement et le jugement critique de l’auditoire ne sauraient faire obstacle (*Whatcott*, par. 129-135; Moon, p. 1-2 et 4).

[62] À titre d’exemple, le droit de la diffamation repose sur l’idée qu’une « bonne réputation [. . .] peut [. . .] être très rapidement et complètement détruite par de fausses allégations. Et une réputation

lustre” (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 108; see also *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 18). Similarly, the prohibition against hate speech is justified not only because it causes emotional distress to the members of a vulnerable group, but also because it propagates, within social discourse, premises of inferiority that may gradually desensitize the majority and lay the groundwork for later, broad attacks (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 746-48; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, at pp. 918-19; *Whatcott*, at para. 74). Similar social harm justifies the prohibition against exposing to public view certain types of obscene material that portrays degrading and dehumanizing depictions of sex as being normal, acceptable and even desirable, insofar as such material predisposes those exposed to it to sexually violent behaviour incompatible with the proper functioning of society (*R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 493-97 and 501-2; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paras. 59-60; see, to the same effect, *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 34 and 88-92). In contrast, the prohibition against publishing false news was held to be unconstitutional because it was based on a very vague definition of the social harm to be addressed, a definition that made it far too broad (*Zundel*, at pp. 769-75).

[63] In our view, limits on freedom of expression are also justified where it is used to disseminate expression that, even if it does not fully meet the definition of hatred set out in *Whatcott*, nonetheless forces certain persons “to argue for their basic humanity or social standing, as a precondition to participating in the deliberative aspects of our democracy” (*Whatcott*, at para. 75; see also *Keegstra*, at p. 765). As Professor Waldron writes:

[A] person [must be able] to walk down the street without fear of insult or humiliation, to find the shops and exchanges open to him, and to proceed with an implicit

ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé » (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 108; voir aussi *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 18). De même, l’interdiction des propos haineux se justifie non seulement parce qu’ils causent des troubles psychologiques aux membres d’un groupe vulnérable, mais aussi parce qu’ils répandent dans le discours social des prémisses d’infériorité de nature à rendre la majorité peu à peu insensible et à préparer le terrain en vue d’attaques plus virulentes (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 746-748; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, p. 918-919; *Whatcott*, par. 74). Un préjudice social similaire justifie l’interdiction d’exposer au public certains types de matériel obscène qui véhicule des représentations dégradantes et déshumanisantes de choses sexuelles comme étant normales, acceptables et même désirables, dans la mesure où ce type de matériel prédispose ceux qui y sont exposés à des comportements de violence sexuelle incompatibles avec le bon fonctionnement de la société (*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 493-497 et 501-502; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 59-60; voir, dans le même sens, *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 34 et 88-92). À l’inverse, l’interdiction de publier de fausses nouvelles a été jugée inconstitutionnelle, car elle reposait sur une définition très vague du préjudice social à enrayer, définition qui lui conférait une portée beaucoup trop large (*Zundel*, p. 769-775).

[63] À notre avis, les limites à la liberté d’expression se justifient aussi lorsque celle-ci sert à diffuser des propos qui, même s’ils ne répondent pas tout à fait à la définition de la haine donnée dans l’arrêt *Whatcott*, ont néanmoins pour effet de forcer certaines personnes « à défendre leur propre humanité fondamentale ou leur propre statut social avant même d’être admis[es] à participer au débat démocratique » (*Whatcott*, par. 75; voir aussi *Keegstra*, p. 765). Comme l’écrit le professeur Waldron :

[TRADUCTION] [U]ne personne [doit pouvoir] se promener dans les rues sans craindre les insultes ou les humiliations, trouver des commerces et des marchés dont les portes lui

assurance of being able to interact with others without being treated as a pariah. [p. 220]

Freedom of expression would not benefit society as a whole if it prevented a person or class of persons from truly participating in the political process and the ordinary activities of society just like everyone else.

[64] It is understood that these limits also apply in an artistic context. This Court has already recognized, in *Butler*, that artistic expression rests at the heart of the values underlying freedom of expression (p. 486). However, the Court has declined to make artistic expression a category in its own right with a status superior to that of general freedom of expression (*Aubry*, at para. 55). There is no reason to reverse that position. The artistic context of an expressive activity is and will always be relevant, as this Court's decisions clearly demonstrate. Ever since *Brodie, Dansky and Rubin v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, which concerned the censorship of *Lady Chatterley's Lover*, a novel by D. H. Lawrence, this Court has been very reluctant to hinder the development of arts and literature (see, e.g., *Butler*, at p. 486; *Little Sisters*, at paras. 195-96, per Iacobucci J., dissenting on another point). In our view, however, freedom of expression cannot give an artist — to the extent that a person can be described as such — a level of protection higher than that of other persons.

### (3) Approach Adopted in *Whatcott*

[65] In *Whatcott*, this Court considered whether the prohibition against hate speech in s. 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, was constitutional under s. 2(b) of the *Canadian Charter*. As part of that exercise, the Court had to “balance the fundamental values underlying freedom of expression . . . with . . . a commitment to equality and respect for group identity and the inherent dignity owed to all human beings” (*Whatcott*, at para. 66).

[66] In our view, the differences between *The Saskatchewan Human Rights Code* and the *Quebec*

seront ouvertes, et interagir en société avec l'assurance implicite qu'on ne le traitera pas en paria. [p. 220]

La liberté d'expression ne bénéficierait pas à l'ensemble de la société si elle empêchait une personne ou une catégorie de personnes de participer réellement au processus politique et aux activités ordinaires de la société au même titre que n'importe qui.

[64] Il est entendu que ces limites s'appliquent aussi dans un contexte artistique. Notre Cour a déjà reconnu, dans l'arrêt *Butler*, que l'expression artistique est au cœur des valeurs à la base de la liberté d'expression (p. 486). Elle a pourtant refusé d'en faire une catégorie à part entière, dont le statut serait supérieur à celui de la liberté d'expression générale (*Aubry*, par. 55). Il n'y a pas lieu de revenir sur cette position. Le contexte artistique d'une activité expressive est et sera toujours pertinent, comme le démontre bien la jurisprudence de notre Cour. En effet, depuis l'arrêt *Brodie, Dansky and Rubin c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, où il était question de censurer *L'Amant de lady Chatterley*, un roman de D. H. Lawrence, notre Cour s'est montrée très réticente à freiner l'évolution des arts et des lettres (voir, p. ex., *Butler*, p. 486; *Little Sisters*, par. 195-196, le juge Iacobucci, dissident sur un autre point). À notre avis toutefois, la liberté d'expression ne saurait conférer à l'artiste, si tant est qu'il puisse se qualifier ainsi, un degré de protection supérieur à celui de ses concitoyens.

### (3) Démarche adoptée dans l'arrêt *Whatcott*

[65] Dans l'arrêt *Whatcott*, notre Cour s'est prononcée sur la constitutionnalité, au regard de l'al. 2b) de la *Charte canadienne*, de l'interdiction des propos haineux édictée à l'al. 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1. Dans le cadre de cet exercice, la Cour devait « trouver un juste équilibre entre, d'une part, les valeurs fondamentales sous-jacentes à la liberté d'expression [. . .], et, d'autre part, [. . .] la promotion de l'égalité et du respect de chaque groupe et de la dignité inhérente à tout être humain » (*Whatcott*, par. 66).

[66] Les différences entre le *Saskatchewan Human Rights Code* et la *Charte québécoise* ne diminuent en

*Charter* in no way diminish the importance of the principles enunciated in *Whatcott* in deciding the issue raised in this case. For the sake of clarity, we reproduce the relevant provisions of *The Saskatchewan Human Rights Code* here:

**3** The objects of this Act are:

(a) to promote recognition of the inherent dignity and the equal inalienable rights of all members of the human family; and

(b) to further public policy in Saskatchewan that every person is free and equal in dignity and rights and to discourage and eliminate discrimination.

...

**5** Every person . . . shall, under the law, enjoy the right to freedom of expression through all means of communication, including . . . any . . . broadcasting device.

...

**14** (1) No person shall publish or display . . . any representation . . .:

...

(b) that exposes or tends to expose to hatred, ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of any person or class of persons on the basis of a prohibited ground.

(2) Nothing in subsection (1) restricts the right to freedom of expression under the law upon any subject.

[67] Unlike the *Quebec Charter*, *The Saskatchewan Human Rights Code* did not confer a positive right to the “safeguard of . . . dignity, honour and reputation”. Section 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code* nonetheless protected rights and interests similar to those guaranteed by ss. 4 and 10 of the *Quebec Charter* (*Whatcott*, at paras. 66 and 70). Indeed, the verbs “ridicule”, “belittle” and “affront the dignity”

rien, à notre avis, l’importance des enseignements de l’arrêt *Whatcott* pour répondre à la question qui se pose en l’espèce. Par souci de clarté, nous reproduisons ici les dispositions pertinentes du *Saskatchewan Human Rights Code* :

[TRADUCTION]

**3** La présente loi a pour objet :

(a) de promouvoir la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables;

(b) de favoriser en Saskatchewan l’application du principe que toutes les personnes sont libres et égales en droits et en dignité, et de prévenir et d’éliminer la discrimination.

...

**5** Chacun [. . .] jouit, en vertu de la loi, de la liberté d’expression par tout moyen de communication [. . .] et tout moyen de diffusion . . .

...

**14** (1) Nul ne doit publier ou exposer [. . .] une représentation [. . .] qui :

...

(b) pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité.

(2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de restreindre le droit à la liberté d’expression reconnu par la loi sur quelque sujet que ce soit.

[67] Contrairement à la *Charte québécoise*, le *Saskatchewan Human Rights Code* ne confère pas de droit positif à la « sauvegarde de [l]a dignité, de [l]’honneur et de [l]a réputation ». Il n’en demeure pas moins que l’al. 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code* protège des droits et des intérêts similaires à ceux garantis par les art. 4 et 10 de la *Charte québécoise* (*Whatcott*, par. 66 et 70). Les

refer to actions that negate a person's reputation, honour and dignity.

[68] This Court's jurisprudence also establishes "that mere differences in terminology do not support a conclusion that there are fundamental differences in the objectives of human rights statutes" and that the *Quebec Charter* should therefore be interpreted "in light of the *Canadian Charter* and other human rights legislation" (*CDPDJ v. Montréal*, at paras. 46-47 (emphasis added)). It follows that, as long as this is not contrary to the usual rules of interpretation, symmetry in the interpretation of the various instruments that protect human rights and freedoms is desirable.

[69] The fact that *The Saskatchewan Human Rights Code* ensures respect for human dignity by limiting freedom of expression rather than by guaranteeing two concurrent positive rights, as the *Quebec Charter* does, is a difference in means rather than in purpose.

[70] Moreover, while it is true that *Whatcott* concerned the constitutionality of a provision under s. 1 of the *Canadian Charter* rather than a conflict between two rights under s. 9.1 of the *Quebec Charter*, the fact remains that these two provisions are not unrelated to each other (*Ford*, at pp. 769-70). Both are intended to circumscribe the scope of rights and freedoms based on the requirements of a free and democratic society. Finally, given that the *Quebec Charter* must conform to constitutional norms, it should not, as far as possible, be interpreted in a manner inconsistent with the provisions of the *Canadian Charter*, which, it should be noted, guarantees freedom of expression but not a positive right to the safeguard of dignity (*CDPDJ v. Montréal*, at para. 42).

[71] With respect, we are of the view that the Tribunal and the majority of the Court of Appeal erred in excluding *Whatcott* from their reasoning

verbes « ridiculiser », « rabaisser » et « porter atteinte à la dignité » renvoient d'ailleurs à des actions négatives de la réputation, de l'honneur et de la dignité d'une personne.

[68] D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour établit « qu'il ne faut pas se réfugier derrière des différences de terminologie pour conclure à des divergences fondamentales entre les objectifs poursuivis par les lois en matière de droits de la personne » et que, en conséquence, la *Charte québécoise* devrait s'interpréter « à la lumière de la *Charte canadienne* et des autres lois en matière de droits de la personne » (*CDPDJ c. Montréal*, par. 46-47 (nous soulignons)). En conséquence, dans la mesure où cela n'est pas incompatible avec les règles usuelles d'interprétation, la symétrie dans l'interprétation des divers instruments de protection des droits et libertés de la personne est souhaitable.

[69] Le fait que le *Saskatchewan Human Rights Code* assure le respect de la dignité humaine au moyen d'une limitation de la liberté d'expression, au lieu de garantir deux droits positifs concurrents comme le fait la *Charte québécoise*, tient à une différence de moyens plutôt que de finalité.

[70] S'il est vrai par ailleurs que l'arrêt *Whatcott* porte sur la constitutionnalité d'une disposition au regard de l'article premier de la *Charte canadienne*, plutôt que sur le conflit entre deux droits sous le régime de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, il n'en demeure pas moins que ces deux dispositions ne sont pas sans rapport l'une avec l'autre (*Ford*, p. 769-770). En effet, on cherche dans l'un et l'autre cas à circonscrire l'étendue de droits et libertés au regard des exigences d'une société libre et démocratique. Enfin, puisque la *Charte québécoise* doit se conformer aux normes constitutionnelles, il faut dans la mesure du possible éviter de l'interpréter d'une manière inconciliable avec les dispositions de la *Charte canadienne*, laquelle, rappelons-le, garantit la liberté d'expression mais non pas un droit positif à la sauvegarde de la dignité (*CDPDJ c. Montréal*, par. 42).

[71] Avec égards, nous sommes d'avis que le Tribunal et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en écartant de leur raisonnement l'arrêt

(Tribunal reasons, at paras. 127 and 129; C.A. reasons, at paras. 210-11). In our opinion, *Whatcott* merits special attention because the principles arising from it are indispensable to the analysis required in this case.

[72] Mr. Whatcott had distributed flyers vilifying homosexuals to members of the public. The complainants, who had received the flyers at their homes, argued that the material promoted hatred against individuals because of their sexual orientation — a prohibited ground recognized by the Saskatchewan statute. When proceedings were brought against Mr. Whatcott before the province’s Human Rights Tribunal under s. 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, he challenged the constitutionality of that provision on the basis that it infringed s. 2(b) of the *Canadian Charter* and was not justified under s. 1.

[73] Writing for the Court in that case, Rothstein J. began by determining the scope of s. 14(1)(b) by defining the concept of “hatred”. In his view, minimizing subjectivity and overbreadth required prohibiting only expression that was likely to cause the harm the legislature was seeking to address, that is, “the most extreme type of expression that has the potential to incite or inspire discriminatory treatment against protected groups on the basis of a prohibited ground” (para. 48). This category did not include “hurt feelings, humiliation or offensiveness” (para. 47). The objective of s. 14(1)(b) was to prevent discriminatory effects (at para. 54), not to “discourag[e] repugnant or offensive ideas” or to “censor ideas or to compel anyone to think ‘correctly’” (paras. 51 and 58). The intent of the author of the expression was therefore irrelevant, as was the content or nature of the ideas expressed (paras. 49 and 58). The analysis had to be focused on the “mode of expression [of those ideas] in public and the effect that this mode of expression may have” (para. 51). Even if repugnant and offensive, expression that did not incite abhorrence, delegitimization or rejection did not risk causing socially harmful effects such as discrimination; it was therefore not likely to expose anyone to “hatred” within the meaning of s. 14(1)(b) of *The Saskatchewan Human Rights Code* (para. 57). Determining whether

*Whatcott* (motifs de première instance, par. 127 et 129; motifs de la C.A., par. 210-211). Selon nous, l’arrêt *Whatcott* mérite une attention particulière, car les enseignements qui s’en dégagent sont incontournables dans l’analyse requise en l’espèce.

[72] Monsieur Whatcott avait distribué à des membres du public des tracts méprisants envers les homosexuels. Les plaignants, qui avaient reçu ces tracts à leur domicile, ont soutenu que ces écrits fomentaient la haine contre des personnes en raison de leur orientation sexuelle — un motif de distinction illicite reconnu par la loi de la Saskatchewan. Poursuivi devant le Tribunal des droits de la personne de cette province en vertu de l’al. 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code*, M. Whatcott a contesté la constitutionnalité de cette disposition au motif qu’elle violait l’al. 2b) de la *Charte canadienne* et qu’elle ne se justifiait pas au regard de l’article premier.

[73] Rédigeant l’arrêt de la Cour dans cette affaire, le juge Rothstein détermine d’abord la portée de l’al. 14(1)(b) en définissant la notion de « haine ». À son avis, réduire au minimum le risque de subjectivité et de portée excessive suppose d’interdire uniquement les propos de nature à causer le préjudice que le législateur cherche à enrayer, c’est-à-dire « les types de propos les plus extrêmes susceptibles d’inciter ou d’inspirer à l’égard des groupes protégés un traitement discriminatoire pour un motif interdit » (par. 48). Les « déclarations blessantes, l’humiliation ou l’offense » ne tombent pas dans cette catégorie (par. 47). L’objectif de l’al. 14(1)(b) consiste à prévenir les effets discriminatoires (par. 54), et non à « décourager l’expression d’idées répugnantes ou offensantes », ou à « censurer les idées ou à forcer quiconque à penser “correctement” » (par. 51 et 58). L’intention de l’auteur des propos n’est donc pas pertinente, pas plus que ne le sont la teneur ou la nature des idées exprimées (par. 49 et 58). L’analyse doit porter sur le « mode d’expression [de ces idées] en public et [sur] l’effet que peut produire ce mode d’expression » (par. 51). Même s’ils sont répugnants et offensants, des propos qui n’incitent pas à l’exécration, au dénigrement ou au rejet ne risquent pas d’entraîner des effets socialement préjudiciables tels que la discrimination; ils ne

expression met that definition required an objective assessment based on the reasonable person standard (paras. 52, 56 and 59).

[74] Having established the scope of s. 14(1)(b), Rothstein J. then turned to the constitutional aspect. Given that hate speech may lay the groundwork for later attacks on the members of a vulnerable group, attacks that may involve discrimination and violence, he had no difficulty in determining that its suppression is a pressing and substantial objective (para. 77). He noted that, to satisfy the rational connection requirement, the hate speech to be suppressed must “rise to a level beyond merely impugning individuals: it must seek to marginalize the group by affecting its social status and acceptance in the eyes of the majority” (para. 80 (emphasis added)). However, “protecting the emotions of an individual group member is not rationally connected to the overall purpose of reducing discrimination” (para. 82). This was why, in his view, the prohibition against any representation that “ridicules”, “belittles” or “affronts . . . dignity” was not justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. These words refer to “expression which is derogatory and insensitive, such as representations criticizing or making fun of protected groups on the basis of their commonly shared characteristics and practices, or on stereotypes” (para. 89). A democratic society concerned about preserving freedom of expression must make space for that kind of discourse given that it typically does not lead to the systemic discrimination against vulnerable groups that the legislature was seeking to eradicate (paras. 89-92 and 109). Finding that the words “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” could be severed from s. 14(1)(b) without contravening the legislative intent, Rothstein J. determined that that part of s. 14(1)(b) was unconstitutional (paras. 93-95 and 99). However, he was of the view that the remainder of s. 14(1)(b) was justified under s. 1 of the *Canadian Charter*.

sont donc pas susceptibles d’exposer quiconque à la « haine » au sens de l’al. 14(1)(b) du *Saskatchewan Human Rights Code* (par. 57). Pour déterminer s’ils répondent à cette définition, les propos doivent être évalués de manière objective, selon la norme de la personne raisonnable (par. 52, 56 et 59).

[74] Ayant établi la portée de l’al. 14(1)(b), le juge Rothstein se penche ensuite sur l’aspect constitutionnel. Dans la mesure où les propos haineux peuvent préparer le terrain à des attaques ultérieures contre les membres d’un groupe vulnérable, attaques susceptibles de prendre la forme de discrimination et de violence, il n’a aucune difficulté à conclure que leur suppression constitue un objectif urgent et réel (par. 77). Il fait remarquer que pour satisfaire au critère du lien rationnel, l’expression haineuse à enrayer doit « être d’une ampleur telle qu’elle ne nuit pas seulement à des individus, mais qu’elle tente également de marginaliser le groupe dont ils font partie en attaquant son statut social et en compromettant son acceptation aux yeux de la majorité » (par. 80 (nous soulignons)). Or, « il n’existe aucun lien rationnel entre la protection des émotions d’un membre déterminé d’un groupe [et] l’objectif général de réduire la discrimination » (par. 82). C’est la raison pour laquelle, selon lui, l’interdiction de tout propos qui « ridiculise », « rabaisse » ou « porte [. . .] atteinte à [la] dignité » ne se justifie pas au regard de l’article premier de la *Charte canadienne*. Ces termes renvoient à « des propos dénigrants et insensibles qui, par exemple, critiquent ou ridiculisent des groupes protégés en raison de leurs caractéristiques et pratiques communes, ou de stéréotypes » (par. 89). Une société démocratique soucieuse de préserver la liberté d’expression doit faire place à ce type de discours dans la mesure où il ne mène généralement pas à la discrimination systémique envers les groupes vulnérables que le législateur cherche à éradiquer (par. 89-92 et 109). Estimant qu’il est possible de retrancher de l’al. 14(1)(b) les mots « les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité » sans contrevénir à l’intention du législateur, le juge Rothstein conclut à l’inconstitutionnalité de cette partie de l’al. 14(1)(b) (par. 93-95 et 99). Il est toutefois d’avis que le reste de l’al. 14(1)(b) se justifie au regard de l’article premier de la *Charte canadienne*.

[75] He found that the prohibition in s. 14(1)(b) applied if, first, the expression met the definition of hatred under that provision. This would be the case if “a reasonable person, aware of the relevant context and circumstances, would view the representations as exposing or likely to expose a person or class of persons to detestation or vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination” (para. 178). But this could not be sufficient, as the assessment also had to take the legislature’s objectives into account (*ibid.*). It was therefore necessary to consider, second, whether the expression, “when viewed objectively and in its context, has the potential to lead to discriminatory treatment of the targeted group” to which the person or class of persons belonged (para. 191).

[76] Having set out the applicable test, Rothstein J. stated that it was reasonable to conclude that two of the four flyers at issue in the case were contrary to s. 14(1)(b).<sup>2</sup> He found that, first, those flyers met the definition of hatred because they relied on a respected source — the Bible — to lend credibility to pejorative generalizations and to depict homosexuals as subhuman and as carriers of disease, sex addicts, pedophiles and predators who would proselytize vulnerable children and cause their premature death (paras. 187-90). Second, the flyers expressly called for the rejection of homosexuality and the discriminatory treatment of homosexuals (paras. 191-92). However, Rothstein J. found that it was not reasonable to draw the same conclusion about the other two flyers. As offensive as they were, those flyers, viewed objectively, did not meet the definition of hatred (paras. 194-201). It was therefore unnecessary to determine whether they were likely to lead to discriminatory treatment of homosexuals.

[77] In short, the Court limited the prohibition created by s. 14(1)(b) to expression that could inspire extreme feelings of detestation likely to affect

<sup>2</sup> *Vavilov*, decided a few years after *Whatcott*, modified the standards of review that apply in a context in which there is a statutory right of appeal from an administrative tribunal’s decision.

[75] Selon lui, l’interdiction énoncée à l’al. 14(1)(b) s’applique si, d’une part, les propos répondent à la définition de la haine au sens de cette disposition. Ce sera le cas « si une personne raisonnable, informée des circonstances et du contexte pertinents, considérerait que les propos en question exposent ou sont susceptibles d’exposer une personne ou une catégorie de personnes à la détestation ou au mépris pour un motif de distinction illicite » (par. 178). Mais cela ne saurait suffire, puisque l’évaluation doit aussi tenir compte des objectifs visés par le législateur (*ibid.*). Ainsi faut-il se demander, d’autre part, si les propos, « lorsqu’on [les] interprète objectivement en tenant compte du contexte, [. . .] peu[vent] mener au traitement discriminatoire du groupe ciblé » auquel appartient cette personne ou cette catégorie de personnes (par. 191).

[76] Ayant précisé le test applicable, le juge Rothstein affirme qu’il était raisonnable de conclure que deux des quatre tracts en cause dans cette affaire violaient l’al. 14(1)(b)<sup>2</sup>. À son avis, d’une part, ces tracts répondent à la définition de la haine, puisqu’ils s’appuient sur une source respectée — la Bible — pour légitimer des généralisations péjoratives et dépeindre les homosexuels comme des êtres inférieurs, des vecteurs de maladies, des dépendants sexuels, des pédophiles, des prédateurs qui font du prosélytisme auprès des enfants vulnérables et causent leur mort prématurée (par. 187-190). D’autre part, ils invitent expressément les lecteurs à rejeter l’homosexualité et à soumettre les homosexuels à un traitement discriminatoire (par. 191-192). En revanche, le juge Rothstein considère qu’il était déraisonnable de tirer la même conclusion au sujet des deux derniers tracts. Aussi offensants fussent-ils, ces tracts, considérés objectivement, ne répondaient pas à la définition de la haine (par. 194-201). Il n’a donc pas été nécessaire de déterminer s’ils étaient susceptibles de mener au traitement discriminatoire des homosexuels.

[77] En somme, la Cour limite la prohibition édictée à l’al. 14(1)(b) aux propos qui peuvent inspirer des sentiments extrêmes de détestation de nature à

<sup>2</sup> L’arrêt *Vavilov*, rendu quelques années après l’arrêt *Whatcott*, a modifié les normes de contrôle applicables dans le contexte où la loi prévoit un droit d’appel à l’encontre de la décision d’un tribunal administratif.

the vulnerable group's acceptance within society and that also had enough motivating force to lead to the type of discriminatory treatment the legislature was seeking to address. The Court declined to limit freedom of expression in order to confer protection from emotional harm. Professor Rainville aptly summarizes the nature of the social harm that justified limiting freedom of expression in *Whatcott*:

[TRANSLATION] Canadian law protects the *victim's social standing* while forgoing protection of the *victim's emotional serenity*. Offensive words are tolerated, whereas expression that is likely to lead to discrimination, ostracism or violence against [individuals] is prohibited.

The harm that may, in this context, justify departing from freedom of expression therefore has two characteristics: the apprehended harm is meant to be collective and social in nature. . . .

The prohibited harm is therefore social and not mental, collective and not individual. [Emphasis in original.]

*(La répression de l'art et l'art de la répression: La profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses* (2019), at p. 61)

[78] With these principles established, we must now determine how they apply in the context of the *Quebec Charter*.

(4) Test That Applies Where There Is a Conflict Between the Right to the Safeguard of Dignity and the Right to Freedom of Expression

[79] After establishing a distinction based on a prohibited ground, the plaintiff must show as well that the distinction has the effect of impairing the full and equal recognition of the right to the safeguard of their dignity. The protection of that right must also be called for in light of s. 9.1. Otherwise, the application will fail. As Savard J.A. properly pointed out, it is at this stage that a conflict between the plaintiff's right to the safeguard of their dignity and the defendant's

compromettre l'acceptation du groupe vulnérable au sein de la société et qui, par ailleurs, possèdent une force mobilisatrice suffisante pour mener au genre de traitement discriminatoire que le législateur vise à enrayer. La Cour refuse de limiter la liberté d'expression pour conférer une protection contre les préjudices émotionnels. Le professeur Rainville résume avec justesse la nature du préjudice social qui justifiait d'imposer des limites à la liberté d'expression dans l'arrêt *Whatcott* :

Le droit canadien s'assure de la protection du *statut social de la victime* tout en délaissant la protection de sa *sérénité émotionnelle*. Les paroles offensantes sont tolérées, tandis que sont interdits les propos de nature à engendrer la discrimination, l'ostracisme ou la violence à l'égard des [personnes].

Le mal susceptible de fonder en l'occurrence une entorse à la liberté d'expression présente donc deux caractéristiques : le préjudice appréhendé se veut de nature collective et sociale . . .

Le préjudice interdit est donc social et non point moral, collectif et non pas individuel. [En italique dans l'original.]

*(La répression de l'art et l'art de la répression : La profanation de la religion à l'épreuve des mutations du droit pénal au sujet du blasphème et de la protection des identités religieuses* (2019), p. 61)

[78] Ces principes étant établis, il convient à présent de cerner comment ils se transposent dans le contexte de la *Charte québécoise*.

(4) Le test applicable en cas de conflit entre le droit à la sauvegarde de la dignité et le droit à la liberté d'expression

[79] Après avoir établi une distinction fondée sur un motif prohibé, le demandeur doit en outre démontrer que cette distinction a pour effet de compromettre la reconnaissance, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de sa dignité. Encore faut-il que la protection de ce droit s'impose au regard de l'art. 9.1. Autrement, la demande échouera. Comme l'a à juste titre souligné la juge Savard, c'est à cette étape qu'il convient de résoudre le conflit entre le

freedom of expression should be resolved (C.A. reasons, at paras. 94-99).

[80] In this process, it is important to avoid giving s. 4 a scope so broad that it would neutralize freedom of expression, or so vague that it would be inconsistent with the principles laid down by this Court in *Taylor and Whatcott*. Finally, although this is not determinative in our analysis, we note that an infringement of s. 10 may lead not only to a civil action, but also to penal proceedings under s. 134(1) of the *Quebec Charter*. If it were necessary to find one, this would be an additional reason to clarify the applicable test.

[81] In *Calego*, to which both the majority and the dissenting judge referred in their reasons, Morissette J.A. proposed that a conflict between dignity and freedom of expression be resolved as follows:

[TRANSLATION] . . . we must be guided first and foremost by an objective test in interpreting section 4. The touchstone for the concepts of dignity and honour is an abstract standard. It is the perception of a reasonable person who, when a discriminatory remark is made about them, as here, tempers their reaction because they are familiar with the customs of a pluralistic society in which freedom of expression is valued and some immoderate language in the exercise of that other fundamental right is accepted. In other words, here we tolerate a frankness that is not the norm everywhere else. This consideration must be reflected in the analysis of the concepts of dignity and honour. Therefore, a reasonable person will not regard their “right to the safeguard of his dignity [or] honour” as having been infringed in a manner contrary to s. 10 of the *CHRF* unless there has been a particularly contemptuous affront to their racial, ethnic or other identity and one that has grave consequences for them. Finally, in such matters, the maxim *de minimis non curat lex* should always be borne in mind. [Emphasis in original; text in brackets in original; para. 99.]

[82] In our view, the perception of a reasonable person targeted by the same words must be excluded. That approach results in a shift toward protecting a right not to be offended, which has no place in

droit du demandeur à la sauvegarde de sa dignité et la liberté d’expression du défendeur (motifs de la C.A., par. 94-99).

[80] Ce faisant, il importe d’éviter de donner à l’art. 4 une portée si vaste qu’elle neutraliserait la liberté d’expression, ou si imprécise qu’elle contreviendrait aux enseignements de notre Cour dans les arrêts *Taylor* et *Whatcott*. Enfin, même si cela n’est pas déterminant dans notre analyse, nous prenons note du fait que la violation de l’art. 10 peut donner lieu non seulement à un recours civil, mais aussi à un recours pénal fondé sur le par. 134(1) de la *Charte québécoise*. S’il était nécessaire d’en trouver une, ce serait là une raison supplémentaire de clarifier le test applicable.

[81] Dans l’arrêt *Calego*, auquel se réfèrent tant les juges majoritaires que la juge dissidente dans leurs motifs, le juge Morissette propose de résoudre ainsi le conflit entre la dignité et la liberté d’expression :

. . . un critère objectif doit d’abord nous guider dans l’interprétation de l’article 4. La pierre de touche des notions de dignité et d’honneur est une norme abstraite. Il s’agit de la perception d’une personne raisonnable qui, visée comme ici par une remarque à teneur discriminatoire, tempère sa réaction parce qu’elle est habituée aux us et coutumes d’une société pluraliste où l’on valorise la liberté d’expression et où l’on admet certains excès de langage dans l’exercice de cet autre droit fondamental. En d’autres termes, on tolère ici une liberté de ton qui n’est pas la norme partout ailleurs. Cette considération doit figurer dans l’analyse des notions de dignité et d’honneur. Aussi, avant de s’estimer atteinte dans son « droit à la sauvegarde de sa dignité [ou] de son honneur » d’une manière qui contrevient à l’article 10 de la *CDLP*, la personne raisonnable devra avoir essuyé un affront particulièrement méprisant envers son identité raciale, ethnique ou autre, et lourd de conséquences pour elle. Enfin, en ces matières, on devrait toujours garder présente à l’esprit la maxime *de minimis non curat lex*. [En italique dans l’original; texte entre crochets dans l’original; par. 99.]

[82] À notre avis, la perception d’une personne raisonnable ciblée par des propos identiques doit être écartée. Cette approche entraîne un glissement vers la protection d’un droit de ne pas être offensé,

a democratic society (Dworkin (2009), at p. viii; see also *Whatcott*, at paras. 50 and 90). The applicable test must not be focused either on the repugnant or offensive nature of the expression or on the emotional harm caused to the person. Otherwise, it would amount to censoring expression because of its content or its impact on a person, regardless of its discriminatory effects. An approach of this kind has been rejected by this Court (*Whatcott*, at paras. 50-51, 58 and 82).

[83] The test for resolving a conflict between the right to freedom of expression and the right to the safeguard of dignity requires rather that it be determined, first, whether a reasonable person, aware of the relevant context and circumstances, would view the expression targeting an individual or group as inciting others to vilify them or to detest their humanity on the basis of a prohibited ground of discrimination. This first criterion is more in keeping with the requirements of the *Canadian Charter* as formulated in *Whatcott*. Hate speech within the meaning of *Whatcott* is therefore prohibited, as is expression that has the same effects on personal dignity without meeting the definition of hatred given in that case.

[84] Second, it must be shown that a reasonable person would view the expression, considered in its context, as likely to lead to discriminatory treatment of the person targeted. This second criterion takes the objectives of the *Quebec Charter* into account (*Whatcott*, at paras. 178 and 191). The purpose of s. 10 is to eliminate discrimination in the *recognition* and exercise of human rights and freedoms. The recognition of a right implies “the social acceptance of a general duty to respect . . . it” (*Ontario Human Rights Commission*, at p. 554). Discrimination within the meaning of the *Quebec Charter* therefore involves differential treatment that affects an individual’s social acceptance. As a result, only expression that, considered in its context, is likely to jeopardize the social acceptance of the individual or group is discriminatory (*Whatcott*, at paras. 178 and 191). The analysis is focused not on the content of the expression as such, but on its likely effects on third

lequel n’a pas sa place dans une société démocratique (Dworkin (2009), p. viii; voir aussi *Whatcott*, par. 50 et 90). Le test applicable ne doit être axé ni sur le caractère répugnant ou offensant des propos, ni sur le préjudice émotionnel causé à cette personne. Autrement, cela reviendrait à censurer des propos en raison de leur contenu ou de leur effet sur une personne, indépendamment de leurs effets discriminatoires. Pareille approche a été rejetée par notre Cour (*Whatcott*, par. 50-51, 58 et 82).

[83] Pour résoudre le conflit entre le droit à la liberté d’expression et le droit à la sauvegarde de sa dignité, le test applicable nécessite plutôt de déterminer, dans un premier temps, si une personne raisonnable, informée des circonstances et du contexte pertinents, considérerait que les propos visant un individu ou un groupe incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Ce premier critère se concilie davantage avec les exigences de la *Charte canadienne* telles que formulées dans l’arrêt *Whatcott*. Sont donc interdits les propos haineux au sens de *Whatcott*, de même que les propos qui produisent les mêmes effets sur la dignité des personnes sans pour autant répondre à la définition de la haine donnée dans cet arrêt.

[84] Dans un second temps, il doit être démontré qu’une personne raisonnable considérerait que, situés dans leur contexte, les propos tenus peuvent vraisemblablement avoir pour effet de mener au traitement discriminatoire de la personne visée. Ce second critère prend en compte les objectifs visés par la *Charte québécoise* (*Whatcott*, par. 178 et 191). L’article 10 vise à supprimer la discrimination dans la *reconnaissance* et l’exercice des droits et libertés de la personne. Or, la reconnaissance d’un droit suppose « l’acceptation sociale de l’obligation générale de le respecter » (*Commission ontarienne des droits de la personne*, p. 554). La discrimination au sens de la *Charte québécoise* implique donc une différence de traitement ayant des effets sur l’acceptation sociale d’un individu. Ainsi, ne sont discriminatoires que les propos qui, situés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement mettre en péril l’acceptation sociale de cet individu ou de ce groupe (*Whatcott*, par. 178 et

parties, that is, the discriminatory treatment likely to result from it (*Whatcott*, at paras. 54, 58 and 82).

[85] In this regard, the mode of expression and the effect of the mode of expression are determinative. Expression that stirs up extreme and intrinsically dangerous emotions like hatred in an audience clearly does not have the same impact as expression that is calm and rational. This does not mean, of course, that speech that purports to be scientific or rational is incapable of arousing the contempt of the majority for the humanity of vulnerable groups. But in general, expression that appeals to an audience's reason or to emotions free of any real motivating force will be unlikely to lead to discriminatory treatment of the targeted individual or group.

[86] Before we proceed with our analysis, a few observations must be made about expression that occurs in private. The application of the *Quebec Charter*, unlike the legislation at issue in *Whatcott*, is not limited to expression that is broadcast or published. It is not impossible that expression that occurs in private will be discriminatory under the *Quebec Charter*, in exceptional cases. First, the expression must, in the eyes of the reasonable person, be likely to incite vilification or detestation of the humanity of the person targeted. Second, a reasonable person must conclude that the expression, considered in its context, would likely have led third parties, if they had been present, to discriminate against the individual targeted. At the risk of repeating ourselves, the analysis must be focused on the likely discriminatory effects of the expression, not on the emotional harm suffered by the person alleging discrimination.

[87] These principles having been outlined, their application to expression that is humorous in nature calls for two remarks.

191). L'analyse n'est pas centrée sur le contenu des propos en tant que tel, mais sur leurs effets probables à l'égard des tiers, c'est-à-dire sur les traitements discriminatoires susceptibles d'en résulter (*Whatcott*, par. 54, 58 et 82).

[85] À cet égard, le mode d'expression des propos et l'effet de ce mode d'expression sont déterminants. Des propos qui suscitent chez leurs destinataires des émotions extrêmes et intrinsèquement dangereuses comme la haine n'ont de toute évidence pas le même impact que des propos posés et rationnels. Bien entendu, cela ne signifie pas que des discours à prétention scientifique ou rationnelle sont incapables d'attiser le mépris de la majorité envers l'humanité des groupes vulnérables. Mais de manière générale, des propos qui font appel à la raison de leur destinataire ou à des émotions dépourvues d'une véritable force mobilisatrice ne mèneront vraisemblablement pas au traitement discriminatoire de l'individu ou du groupe ciblé.

[86] Avant de poursuivre notre analyse, quelques remarques s'imposent au sujet des propos prononcés en privé. Le champ d'application de la *Charte québécoise* n'est pas restreint aux propos diffusés ou publiés, contrairement à la législation en cause dans l'arrêt *Whatcott*. Il n'est pas exclu que des propos prononcés en privé puissent être discriminatoires en vertu de la *Charte québécoise*, dans des cas exceptionnels. D'une part, de tels propos doivent être, aux yeux de la personne raisonnable, de nature à inciter au mépris ou à la détestation de l'humanité de la personne ciblée. D'autre part, la personne raisonnable doit conclure que ces propos, placés dans leur contexte, auraient vraisemblablement mené des tiers, s'ils avaient été présents, à imposer un traitement discriminatoire à l'individu ciblé. Au risque de nous répéter, l'analyse doit être centrée sur les effets discriminatoires probables des propos et non sur le préjudice émotionnel subi par la personne qui allègue être victime de discrimination.

[87] Ces principes étant exposés, leur application à des propos de nature humoristique commande deux remarques.

[88] First, expression that attacks or ridicules people may inspire feelings of disdain or superiority in relation to them, but it generally does not encourage the denial of their humanity or their marginalization in the eyes of the majority (*Whatcott*, at paras. 89-91). It is true that ridicule, if pushed to the limit, could cross this line, but it will do so only in extreme and unusual circumstances.

[89] Second, humour, whether in good or in bad taste, rarely has [TRANSLATION] “the spillover effect needed to give rise to an attitude of hatred and discrimination among third parties” (Rainville, at p. 68). It involves well-known methods such as [TRANSLATION] “exaggeration, over-generalization, provocation and distortion of reality” (C.A. reasons, at para. 129, per Savard J.A.). The audience is able to identify these methods, when they are clear, and must be acknowledged to be discerning enough not to take everything said at face value (see, by analogy, *Bou Malhab*, at para. 74; S. Martin, “Rira bien qui rira le dernier: la caricature confrontée au droit à l’image” (2004), 16 *C.P.I.* 611, at pp. 621-22). This is all the more true where the expression comes from a person publicly known for their particular type of humour (see, by analogy, *Bou Malhab*, at para. 89) or where it targets a public figure whose fame exposes them to such commentary (see, by analogy, *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at para. 48; *Trudeau v. AD4 Distribution Canada inc.*, 2014 QCCA 1740, at paras. 21-22 (CanLII)). Other than in exceptional cases, it would be surprising if expression in such circumstances had enough motivating force to lead to discriminatory treatment.

[90] These clarifications must not be interpreted as resulting in a form of impunity for comedians or as diminishing the protection given by the law to public figures. There is less of a risk that expression will lead to discrimination where it involves supposedly humorous comments that are made by a well-known comedian or that concern a person known to the public. And in the absence of a sufficiently serious risk, the claim must fail.

[88] Premièrement, une forme d’expression qui malmène ou ridiculise des personnes peut inspirer à leur égard des sentiments de dédain ou de supériorité, mais elle n’invite généralement pas pour autant à nier leur humanité ou à les marginaliser aux yeux de la majorité (*Whatcott*, par. 89-91). Certes, poussé à la limite, le ridicule pourrait franchir cette ligne, mais il ne le fera que dans des circonstances extrêmes et inusitées.

[89] Deuxièmement, l’humour, qu’il soit de bon ou de mauvais goût, possède rarement « l’effet d’entraînement requis pour susciter chez des tiers une attitude de haine et de discrimination » (Rainville, p. 68). Il se caractérise par des procédés bien connus tels que « l’exagération, la généralisation abusive, la provocation et la déformation de la réalité » (motifs de la C.A., par. 129, la juge Savard). L’auditoire sait identifier ces procédés, quand ils sont clairs, et il faut lui reconnaître assez de discernement pour ne pas prendre tout ce qui est dit au pied de la lettre (voir, par analogie, *Bou Malhab*, par. 74; S. Martin, « Rira bien qui rira le dernier : la caricature confrontée au droit à l’image » (2004), 16 *C.P.I.* 611, p. 621-622). Cela vaut à plus forte raison lorsque les propos émanent d’une personne connue du public pour son humour particulier (voir, par analogie, *Bou Malhab*, par. 89) ou lorsqu’ils prennent pour cible une personnalité publique exposée à ce genre de commentaires en raison de sa notoriété (voir, par analogie, *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 48; *Trudeau c. AD4 Distribution Canada inc.*, 2014 QCCA 1740, par. 21-22 (CanLII)). Sauf dans des cas exceptionnels, il serait étonnant que des propos tenus dans de telles circonstances soient suffisamment mobilisateurs pour susciter des traitements discriminatoires.

[90] Ces précisions ne doivent pas être interprétées comme ayant pour effet de conférer une forme d’impunité à l’humoriste ou de diminuer la protection que le droit accorde aux personnalités publiques. Le risque que des propos entraînent de la discrimination est moindre lorsqu’il s’agit de propos soi-disant humoristiques qui émanent d’un humoriste connu ou qui visent une personne connue du public. Et, en l’absence d’un risque suffisamment sérieux, le recours doit échouer.

#### D. Application to This Case

[91] In summary, we are of the view that Mr. Gabriel was made subject to a distinction by being targeted by Mr. Ward’s comments. However, in light of the Tribunal’s finding that Mr. Ward [TRANSLATION] “did not choose Jérémy because of his handicap” but rather “because he was a public personality” (Tribunal reasons, at para. 86), it must be concluded that the distinction was not based on a prohibited ground. This conclusion on its own is sufficient to dispose of the appeal. Nonetheless, we believe that it will be helpful to analyze discrimination in its entirety in light of the particular context of this case.

##### (1) A Distinction, Exclusion or Preference

[92] As the Court stated in *Bombardier*, “[t]he first element of discrimination is not problematic” (para. 42). The plaintiff must prove “differential treatment, that is, that a decision, a measure or conduct ‘affects [him or her] differently from others to whom it may apply’” (*ibid.*, quoting *Ontario Human Rights Commission*, at p. 551).

[93] Mr. Ward is a professional comedian who says that he uses dark humour. In the routine in his show called *The Untouchables* and in his comedy videos, he held several public figures up to ridicule. Mr. Gabriel was one of them.

[94] The Tribunal found that Mr. Gabriel had been subjected to differential treatment by being exposed to mockery in Mr. Ward’s comedy show and videos (Tribunal reasons, at para. 81). In our view, no intervention is warranted with respect to this finding of fact in the absence of a palpable and overriding error (*Vavilov*, at para. 37; *Hydro-Québec v. Matta*, 2020 SCC 37, [2020] 3 S.C.R. 595, at para. 33).

[95] That being said, a distinction alone cannot suffice. The distinction in question must have been

#### D. Application à l’espèce

[91] En résumé, nous sommes d’avis que M. Gabriel a fait l’objet d’une distinction en ayant été ciblé par les propos de M. Ward. Toutefois, considérant la conclusion du Tribunal selon laquelle M. Ward « n’a pas choisi Jérémy à cause de son handicap », mais bien « parce qu’il est une personnalité publique » (motifs de première instance, par. 86), force est de conclure que cette distinction n’est pas fondée sur un motif prohibé. À elle seule, cette conclusion suffit à décider du pourvoi. Nous considérons néanmoins utile de procéder à l’analyse de la discrimination dans son intégralité, vu le contexte particulier de l’affaire.

##### (1) Une distinction, exclusion ou préférence

[92] Comme la Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Bombardier*, « [l]e premier élément constitutif de la discrimination ne présente pas de difficultés » (par. 42). Le demandeur doit prouver qu’il a fait l’objet « d’une différence de traitement, c’est-à-dire [d]’une décision, mesure ou conduite [qui] le “touche [. . .] d’une manière différente par rapport à d’autres personnes auxquelles elle peut s’appliquer” » (*ibid.*, citant *Commission ontarienne des droits de la personne*, p. 551).

[93] Monsieur Ward est un humoriste professionnel qui dit pratiquer l’humour noir. Dans le numéro de son spectacle intitulé *Les Intouchables* comme dans ses capsules humoristiques, il tourne en ridicule plusieurs personnalités publiques. Monsieur Gabriel est l’une d’elles.

[94] De l’avis du Tribunal, M. Gabriel a fait l’objet d’une différence de traitement en ayant été exposé à la moquerie dans le spectacle et les capsules humoristiques de M. Ward (motifs de première instance, par. 81). Nous estimons qu’il n’y a pas lieu d’intervenir à l’égard de cette conclusion de fait en l’absence d’une erreur manifeste et déterminante (*Vavilov*, par. 37; *Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37, [2020] 3 R.C.S. 595, par. 33).

[95] Cela dit, une distinction à elle seule ne peut suffire. Il importe que la distinction en question ait

based on a prohibited ground, which is the second element of discrimination.

(2) Based on a Prohibited Ground

[96] The Tribunal, referring to *Bombardier*, correctly identified the applicable test for the second element of discrimination. Under that test, “the plaintiff has the burden of showing that there is a *connection* between a prohibited ground of discrimination and the distinction, exclusion or preference of which he or she complains or, in other words, that the ground in question was a *factor* in the distinction, exclusion or preference” (*Bombardier*, at para. 52 (emphasis in original)). In other words, “for a particular decision or action to be considered discriminatory, the prohibited ground need only have contributed to it” (*Bombardier*, at para. 48).

[97] The Tribunal’s conclusion on this point is contradictory. First, it found, [TRANSLATION] “[i]n light of the evidence as a whole”, that Mr. Ward “did not choose [Mr. Gabriel as a target] because of his handicap”, but rather “because he was a public personality who attracted public sympathy and seemed to be ‘untouchable’” (para. 86). The distinction identified at first by the Tribunal was therefore not based on a prohibited ground. Its analysis should have ended there.

[98] In our view, the Tribunal erred when it continued its analysis by focusing on Mr. Ward’s actual *comments* to determine whether they were related to Mr. Gabriel’s disability, despite its finding that [TRANSLATION] “[Mr.] Ward’s decision to make jokes about [Mr. Gabriel] was not in itself discriminatory” (para. 87 (emphasis added)).

[99] The Tribunal’s reasoning essentially involved finding that there was a distinction based on a prohibited ground because the comments referred to such a ground. But the mere mention of a prohibited ground cannot in itself establish that that ground was a factor in the differential treatment. It may of course be an indication that this was the case, but it is certainly not sufficient evidence. If it were otherwise, there would no longer be any need to prove that the ground contributed to the differential treatment. As this Court

été fondée sur un motif prohibé, soit le deuxième élément constitutif de la discrimination.

(2) Fondée sur un motif prohibé

[96] Le Tribunal a correctement identifié le test applicable à l’égard du deuxième élément constitutif de la discrimination en se référant à l’arrêt *Bombardier*. Suivant ce test, « le demandeur a le fardeau de démontrer qu’il existe un *lien* entre un motif prohibé de discrimination et la distinction, l’exclusion ou la préférence dont il se plaint ou, en d’autres mots, que ce motif a été un *facteur* dans la distinction, l’exclusion ou la préférence » (*Bombardier*, par. 52 (en italique dans l’original)). Autrement dit, « il suffit que le motif ait contribué aux décisions ou aux gestes reprochés pour que ces derniers soient considérés comme discriminatoires » (*Bombardier*, par. 48).

[97] La conclusion du Tribunal sur ce point est contradictoire. Dans un premier temps, le Tribunal conclut, « [à] la lumière de l’ensemble de la preuve », que M. Ward « n’a pas choisi [de prendre pour cible M. Gabriel] à cause de son handicap », mais plutôt « parce qu’il est une personnalité publique qui attire la sympathie du public et paraît “intouchable” » (par. 86). Ainsi, la distinction identifiée préalablement par le Tribunal n’est pas fondée sur un motif prohibé. L’analyse du Tribunal devait s’arrêter là.

[98] À notre avis, le Tribunal erre lorsqu’il poursuit son analyse en s’attardant aux *propos* eux-mêmes afin de déterminer s’ils sont ou non liés au handicap de M. Gabriel, et ce, en dépit de sa conclusion voulant que « la décision de [M.] Ward de faire des blagues sur [M. Gabriel n’était] pas elle-même discriminatoire » (par. 87 (nous soulignons)).

[99] Le raisonnement du Tribunal consiste essentiellement à conclure à l’existence d’une distinction fondée sur un motif prohibé dès lors que les propos font référence à un tel motif. Or, la simple mention d’un motif prohibé ne peut à elle seule établir que ce motif a constitué un facteur dans la différence de traitement. Certes, cela peut constituer un indice, mais certainement pas une preuve suffisante de son existence. S’il en était autrement, il ne serait plus nécessaire de prouver que le motif a contribué à

stated in *Bombardier*, “although the nature of the evidence that is presented may vary from case to case, the ‘legal test’ does not change. What can vary are the circumstances that might make it possible to meet the requirements of the various elements of the analysis, and the courts must adopt an approach that takes the context into account” (para. 69).

[100] In light of its finding that Mr. Gabriel had been targeted by Mr. Ward’s comments because of his fame and not because of his disability, the Tribunal had no choice but to conclude that the second element of discrimination had not been established. In disregarding its own finding of fact, the Tribunal overlooked the specific nature of the claim before it. It confined itself to the message and the harm, and it conducted its analysis as it would in an action for defamation, where the plaintiff is not required to prove either differential treatment or a connection to a prohibited ground of discrimination.

[101] Moreover, and with respect, the majority of the Court of Appeal ignored the Tribunal’s first finding of fact and erroneously substituted their own analysis by concluding that [TRANSLATION] “Mr. Ward chose Mr. Gabriel both because of his fame and because of his disability” (C.A. reasons, at para. 168).

[102] That being said, even if we were to adopt the Tribunal’s position or that of the majority of the Court of Appeal, the outcome of this appeal would not be affected in view of the conclusion we reach on the third element of discrimination.

(3) Impairing the Recognition of the Right to the Safeguard of Dignity

[103] The last element of discrimination requires establishing whether the differential treatment based on a prohibited ground impairs Mr. Gabriel’s right to full and equal recognition of his right to the safeguard of his dignity. This step must begin with a determination of whether the protection of Mr. Gabriel’s right to the safeguard of his dignity is called for in light of s. 9.1 of the *Charter*. For this purpose, this

la différence de traitement. Comme notre Cour l’a affirmé dans *Bombardier*, « bien que la nature de la preuve présentée puisse varier d’une affaire à l’autre, l’“analyse juridique”, elle, ne change pas. Ce qui peut varier, ce sont les circonstances qui pourront permettre de satisfaire aux divers éléments de l’analyse, et les tribunaux doivent adopter une approche qui tienne compte du contexte » (par. 69).

[100] À la lumière de la conclusion du Tribunal, qui retient que M. Gabriel a été ciblé par les propos de M. Ward en raison de sa notoriété et non de son handicap, le Tribunal n’avait d’autre choix que de conclure que le second élément constitutif de la discrimination n’a pas été rempli. En passant outre à sa propre conclusion de fait, le Tribunal fait abstraction de la nature particulière du recours dont il est saisi. Il se limite au message et au préjudice, et conduit son analyse comme il le ferait dans un recours en diffamation, où la partie demanderesse n’a pas à prouver une différence de traitement ni un lien avec un motif prohibé de discrimination.

[101] Par ailleurs, et avec égards, les juges majoritaires de la Cour d’appel occultent la première conclusion de fait du Tribunal et y substituent erronément leur propre analyse, lorsqu’elles concluent que « M. Ward choisit M. Gabriel à la fois en raison de sa notoriété et parce qu’il est en situation de handicap » (motifs de la C.A., par. 168).

[102] Cela dit, même si nous adoptions la position du Tribunal ou celle des juges majoritaires de la Cour d’appel, cela n’aurait pas d’incidence sur le sort du présent pourvoi, vu notre conclusion relative au troisième élément constitutif de la discrimination.

(3) Compromettant la reconnaissance du droit à la sauvegarde de la dignité

[103] Le dernier élément de la discrimination requiert d’établir si la différence de traitement fondée sur un motif prohibé compromet le droit de M. Gabriel à la reconnaissance en pleine égalité de son droit à la sauvegarde de sa dignité. Cette démarche nécessite d’abord de déterminer si la protection du droit de M. Gabriel à la sauvegarde de sa dignité s’impose au regard de l’art. 9.1 de la *Charte*.

right must be balanced against Mr. Ward's right to freedom of expression.

[104] The conflict between the fundamental rights invoked by the parties can be resolved by applying the test out above. It must first be asked whether a reasonable person, aware of the relevant context and circumstances, would view the expression targeting Mr. Gabriel as inciting others to vilify him or to detest his humanity on the basis of a prohibited ground of discrimination. It must then be asked whether this reasonable person would view the expression, considered in its context, as likely to lead to discriminatory treatment of Mr. Gabriel. In our opinion, the comments made by Mr. Ward meet neither of these two requirements.

[105] In her dissent, Savard J.A. properly emphasized the importance of considering expression in its context (C.A. reasons, at paras. 128-29). The context here is that of a dark comedy show meant for an audience that had paid to hear this kind of talk. In his show, Mr. Ward said that it had become impossible in Quebec to mock people without risking legal proceedings. He said that he wanted to take risks and poke fun at the "untouchables", that is, people whom Quebecers like and who are successful and powerful. After mocking the physical appearance of many public figures, Mr. Ward came to Mr. Gabriel, whom he described to his audience as a young person with a loudspeaker on his head. Alluding to the complaints of those who did not really appreciate Mr. Gabriel's artistic talent, he said that he had defended Mr. Gabriel's right to live out his dream, believing that he was about to die. Mr. Ward added that, because Mr. Gabriel had not died, he had tried to drown him but had not succeeded. In ending the routine, he said that he had discovered from searches that Mr. Gabriel's illness was being ugly.

[106] As for the video, it was made in connection with the release of Mr. Gabriel's autobiography in 2008, two years after the launch of the show in issue. The comedian made the video available on his professional website for about a year. It consisted of a photograph of the young Mr. Gabriel in which only the eyes and mouth moved. Using a disguised voice,

Pour ce faire, ce droit doit être pondéré avec le droit à la liberté d'expression de M. Ward.

[104] Le test établi précédemment permet de résoudre le conflit entre les droits fondamentaux invoqués par les parties. D'abord, il faut se demander si une personne raisonnable, informée des circonstances et du contexte pertinents, considérerait que les propos visant M. Gabriel incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Il faut ensuite se demander si cette personne raisonnable considérerait que, situés dans leur contexte, ces propos peuvent vraisemblablement avoir pour effet de mener au traitement discriminatoire de M. Gabriel. À notre avis, les propos tenus par M. Ward ne satisfont à aucune de ces deux exigences.

[105] Dans le cadre de sa dissidence, la juge Savard souligne avec justesse l'importance de situer les propos dans leur contexte (motifs de la C.A., par. 128-129). Le présent contexte est celui d'un spectacle d'humour noir destiné à un auditoire qui a payé pour entendre ce genre de propos. Dans son spectacle, M. Ward affirme qu'il est devenu impossible au Québec de se moquer des gens sans s'exposer à des poursuites judiciaires. Il dit vouloir prendre des risques et rire des « intouchables », c'est-à-dire de ceux et celles que les Québécois apprécient, qui ont du succès et du pouvoir. Après s'être moqué de l'apparence physique de nombreuses personnalités publiques, M. Ward en vient à M. Gabriel, qu'il décrit à son auditoire comme le jeune avec un haut-parleur sur la tête. Évoquant les plaintes de ceux qui n'appréciaient guère son talent artistique, il raconte avoir défendu le droit de M. Gabriel de vivre son rêve en croyant qu'il était sur le point de mourir. Monsieur Ward ajoute que, puisque celui-ci ne mourrait pas, il a essayé de le noyer sans y parvenir. En terminant le numéro, il dit avoir découvert, par des recherches, que la maladie de M. Gabriel est d'être laid.

[106] En ce qui concerne la capsule vidéo, elle a été réalisée à l'occasion de la parution de l'autobiographie de M. Gabriel, en 2008, soit deux années avant le lancement du spectacle en litige. L'humoriste a rendu cette capsule accessible sur son site Web professionnel pendant environ une année. Elle consiste en une photographie du jeune M. Gabriel dont les

Mr. Ward made his target speak in the first person. In the video, Mr. Gabriel was presented as a young person with a loudspeaker on his head and a mouth that did not close all the way.

[107] Mr. Gabriel's testimony spoke volumes about the pain caused to him by those hurtful words, which date back to a time when he was still a young teenager. There is certainly nothing uplifting in the fact that a popular, well-known comedian used his platform to make fun of a young man with a disability. Be that as it may, the question here is not whether Mr. Ward's comments were in good or in bad taste; rather, a legal framework must be applied to comments that were made in a specific context. That legal framework is focused on the likely discriminatory effects of the comments, not on the emotional harm suffered by the person targeted.

[108] In our view, a reasonable person aware of the relevant circumstances would not view Mr. Ward's comments about Mr. Gabriel as inciting others to vilify him or to detest his humanity on the basis of a prohibited ground of discrimination. His comments, considered in their context, cannot be taken at face value. Although Mr. Ward said some nasty and disgraceful things about Mr. Gabriel's disability, his comments did not incite the audience to treat Mr. Gabriel as subhuman.

[109] In both his video and his show, Mr. Ward mocked some of Mr. Gabriel's physical characteristics. Making fun of a person's physical characteristics may be repugnant; it most certainly is when the person in question is a young person with a disability who contributes with determination to society. But expression of this kind does not, simply by being repugnant, incite others to detest or vilify the humanity of the person targeted (*Whatcott*, at paras. 90-91). The first requirement of the test is therefore not met, and the analysis could end here.

[110] That being said, even if we had found that the comments incited others to vilify Mr. Gabriel or to detest his humanity on the basis of a prohibited ground, the analysis of the second requirement of the

yeux et la bouche seuls sont animés. D'une voix contrefaite, M. Ward y fait parler sa cible à la première personne. Monsieur Gabriel y est présenté comme un jeune avec un haut-parleur sur la tête et une bouche qui ne ferme pas au complet.

[107] Le témoignage de M. Gabriel est éloquent sur la peine que lui ont causée ces propos blessants, qui remontent à une époque où il était encore jeune adolescent. Le fait qu'un humoriste connu, populaire, profite de sa tribune pour se moquer d'un jeune homme en situation de handicap n'a certes rien d'édifiant. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas ici de déterminer si les propos de M. Ward sont de bon ou de mauvais goût, mais d'appliquer un cadre juridique à des propos prononcés dans un contexte précis. Ce cadre juridique est centré sur les effets discriminatoires probables des propos et non sur le préjudice émotionnel subi par la personne ciblée.

[108] Selon nous, une personne raisonnable informée des circonstances pertinentes ne considérerait pas que les propos de M. Ward visant M. Gabriel incitent à le mépriser ou à détester son humanité pour un motif de distinction illicite. Situés dans leur contexte, ses propos ne peuvent être pris au premier degré. Bien que M. Ward prononce des méchancetés et des propos honteux liés au handicap de M. Gabriel, ses propos n'incitent pas l'auditoire à traiter celui-ci comme un être inférieur.

[109] Dans sa capsule comme dans son spectacle, M. Ward se moque de certaines caractéristiques physiques de M. Gabriel. Rire des caractéristiques physiques d'une personne peut être répugnant; ce l'est assurément lorsque la personne en question est un jeune en situation de handicap qui contribue avec détermination à la société. Mais, de tels propos n'incitent pas, du seul fait qu'ils sont répugnants, à détester ou mépriser l'humanité de la personne ciblée (*Whatcott*, par. 90-91). La première exigence du test n'est donc pas rencontrée, et l'analyse pourrait s'arrêter ici.

[110] Cela dit, même si nous avons conclu que les propos tenus incitent au mépris ou à la détestation de l'humanité de M. Gabriel pour un motif illicite, l'analyse de la seconde exigence du test précisé dans

test set out in this decision would also have led to the denial of his claim. A reasonable person could not view the comments made by Mr. Ward, considered in their context, as likely to lead to discriminatory treatment of Mr. Gabriel.

[111] At first instance, the Tribunal found that Mr. Gabriel's classmates [TRANSLATION] “were inspired by [Mr.] Ward's comments” to make fun of him (para. 114 (emphasis added)). That evidence is relevant only insofar as it tells us something about the likely effect of the comments. It must be remembered that the test is objective. It should therefore be kept in mind that something that occurs following a person's conduct is not necessarily a result of that conduct. Thus, the fact that people are inspired by certain comments does not mean that this is a likely effect of those comments. Of course, it is foreseeable that comments made by a well-known comedian will have repercussions outside their initial context, but this does not mean that those repercussions can necessarily be attributed to the comedian. It must still be determined whether, viewed objectively, the comments encouraged such repercussions. In our view, this is not the case here.

[112] The impugned comments involved open provocation and systematic exaggeration — methods that increased their derisory effect. They were made by a career comedian known for this type of humour. They exploited, rightly or wrongly, a feeling of discomfort in order to entertain, but they did little more than that. As a result, the comments made in the video and the show, considered in their context, were not likely to have a spillover effect that could lead to discriminatory treatment of Mr. Gabriel.

[113] Accordingly, the Commission did not meet the requirements for succeeding under ss. 4 and 10 of the *Quebec Charter*. But this conclusion does not mean that Mr. Gabriel was without recourse following these events. Other recourses were available. For example, though we express no opinion on the chances of success of these alternative recourses, Mr. Gabriel could have invoked the protection against harassment provided for in s. 10.1 of the

le présent arrêt aurait également mené au rejet de son recours. Une personne raisonnable ne pourrait considérer que les propos tenus par M. Ward, situés dans leur contexte, peuvent vraisemblablement avoir pour effet de mener au traitement discriminatoire de M. Gabriel.

[111] En première instance, le Tribunal a retenu que des camarades de classe de M. Gabriel se sont moqués de lui « en s'inspirant des propos de [M.] Ward » (par. 114 (nous soulignons)). Cette preuve est pertinente seulement dans la mesure où elle nous renseigne sur l'effet probable des propos. Il faut rappeler que le test est objectif. En conséquence, il convient de garder à l'esprit qu'un fait postérieur à une conduite n'est pas nécessairement une conséquence de cette conduite. Ainsi, le fait que des gens s'inspirent de certains propos n'est pas pour autant un effet probable de ces propos. Bien entendu, il est prévisible que des propos prononcés par un humoriste connu aient des répercussions en dehors de leur contexte initial, mais ces répercussions ne lui sont pas nécessairement imputables pour autant. Encore faut-il déterminer si, considérés objectivement, les propos tenus encourageaient de telles répercussions. À notre avis, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[112] Les propos litigieux se caractérisent par une provocation affichée et une exagération systématique — des procédés qui accentuent leur effet de dérision. Ils sont le fait d'un humoriste de carrière connu pour ce genre d'humour. Ils exploitent, à tort ou à raison, un malaise en vue de divertir, mais ils ne font guère plus que cela. Ainsi, les propos tenus dans la capsule vidéo et dans le spectacle, replacés dans leur contexte, ne sont pas de nature à produire un effet d'entraînement susceptible de mener au traitement discriminatoire de M. Gabriel.

[113] En conséquence, la Commission ne satisfait pas aux exigences requises pour avoir gain de cause en vertu des art. 4 et 10 de la *Charte québécoise*. Mais cette conclusion ne signifie pas que M. Gabriel était sans recours à la suite de ces événements. D'autres recours étaient disponibles. À titre d'exemple, et sans nous prononcer sur les chances de succès de ces recours alternatifs, M. Gabriel aurait pu invoquer la protection contre le harcèlement prévue à l'art. 10.1

*Charter* because of the fact that he had been bullied. He could also have brought an action in defamation. However, neither the Commission nor the Tribunal has jurisdiction over defamation. The combination of the norm of equality in the *Quebec Charter* and the right to the safeguard of dignity cannot confer such jurisdiction on them indirectly.

#### IX. Disposition

[114] The appeal is allowed without costs. The judgments of the Tribunal and the Court of Appeal are set aside as they relate to Mr. Gabriel.

The reasons of Abella, Karakatsanis, Martin and Kasirer JJ. were delivered by

[115] ABELLA AND KASIRER JJ. (dissenting) — This is an appeal about discriminatory speech that targets a disabled child. It involves a comedian relying on his artistic licence to skewer public figures, and a child with a physical disability who became known as a singer. The issue is whether the child with disabilities lost protection from discrimination and the right to be free from public humiliation and bullying just because he is well known.

[116] This country has spent generations working towards creating a society that values human rights and protects individuals from harm caused by their differences of race, religion, disability, colour, or sexual orientation, among other grounds. We would never tolerate humiliating or dehumanizing conduct towards children with disabilities; there is no principled basis for tolerating words that have the same abusive effect. Wrapping such discriminatory conduct in the protective cloak of speech does not make it any less intolerable when that speech amounts to wilful emotional abuse of a disabled child.

[117] Legislatures and the courts have consistently taken action to prevent and compensate for

de la *Charte* en raison de l'intimidation qu'il a subie. De même, M. Gabriel aurait pu tenter une action en diffamation. Cependant, ni la Commission ni le Tribunal n'ont compétence en matière de diffamation. La conjugaison de la norme d'égalité de la *Charte québécoise* et du droit à la sauvegarde de la dignité ne sauraient leur conférer cette compétence par une voie oblique.

#### IX. Dispositif

[114] L'appel est accueilli sans dépens. Les jugements du Tribunal et de la Cour d'appel sont infirmés en ce qui concerne M. Gabriel.

Version française des motifs des juges Abella, Karakatsanis, Martin et Kasirer rendus par

[115] LES JUGES ABELLA ET KASIRER (dissidents) — Le présent pourvoi porte sur des propos discriminatoires ciblant un enfant handicapé. Il concerne un humoriste qui, revendiquant sa liberté artistique, a raillé des personnalités publiques, dont un enfant physiquement handicapé qui est devenu connu comme chanteur. La question en litige consiste à décider si l'enfant handicapé a perdu sa protection contre la discrimination et le droit de ne pas être l'objet d'humiliation et d'intimidation publiques du seul fait qu'il est bien connu.

[116] Depuis des générations, notre pays s'efforce de créer une société qui valorise les droits de la personne et qui protège les gens contre les préjudices qui leur sont causés parce qu'ils sont différents de par leur race, leur religion, leur handicap, leur couleur ou leur orientation sexuelle, entre autres motifs. Jamais nous ne tolérerions une conduite humiliante ou déshumanisante envers des enfants handicapés; il n'existe donc aucune raison de principe justifiant de tolérer des propos qui ont le même effet injurieux. Tenter de justifier une telle conduite discriminatoire en la drapant dans le principe de la liberté d'expression ne la rend pas moins intolérable lorsque ces propos constituent de la maltraitance psychologique délibérée envers un enfant handicapé.

[117] Les législateurs et les tribunaux ont systématiquement pris des mesures pour prévenir les graves

the serious harm that can be caused by speech. This is not, therefore, primarily a case about artistic freedom. It is a case about the rights of vulnerable and marginalized individuals, particularly children with disabilities, to be free from public humiliation, cruelty, vilification and bullying that singles them out on the basis of their disability and the devastating harm to their dignity that results. Unsurprisingly, given the tenor of the jokes and his young age, the impact on the child here was severe. He was ostracized from his peer group and experienced suicidal thoughts.

[118] At issue in this case is s. 10 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, CQLR, c. C-12 (“Quebec Charter”), which protects the equal exercise of other individual rights and freedoms, including the right to the safeguard of one’s dignity. In our view, this provision serves to protect individuals from discriminatory speech so harmful that a reasonable person in their circumstances would refuse to tolerate it. Section 10 should continue to be interpreted in a way that allows for this individual harm to be addressed, in keeping with the standard set out by the Court of Appeal in *Calego International inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517.

[119] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal. The central question is whether the impairment of the equal exercise of the right to dignity is sufficiently serious, or whether it is justified by the comedian’s freedom of expression. In the circumstances of this case, the widely disseminated taunting of a 10 to 13 year-old disabled child that plays on dehumanizing notions associated with his disability clearly meets this threshold.

#### Background

[120] The complainant Jérémy Gabriel was born in 1996 with Treacher Collins syndrome. The syndrome

préjudices que peuvent causer certains propos et pour indemniser les personnes qui en sont victimes. En conséquence, il ne s’agit pas d’une affaire portant principalement sur la liberté artistique. Il s’agit d’une affaire qui concerne le droit des personnes vulnérables et marginalisées, particulièrement les enfants handicapés, de ne pas être l’objet d’humiliation, de cruauté, d’intimidation et de dénigrement publics les ciblant de façon particulière sur la base de leur handicap, ainsi que l’atteinte dévastatrice à leur dignité qui en résulte. Il n’est pas surprenant, compte tenu de la teneur des blagues et du jeune âge de l’enfant, que les propos aient eu des répercussions sérieuses sur celui-ci. Il a été ostracisé par ses pairs et a eu des pensées suicidaires.

[118] La disposition en cause en l’espèce est l’art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »), qui protège l’exercice, en pleine égalité, d’autres droits et libertés individuels, y compris le droit d’une personne à la sauvegarde de sa dignité. À notre avis, cette disposition sert à protéger les gens contre des propos discriminatoires tellement préjudiciables qu’une personne raisonnable se trouvant dans leur situation refuserait de les tolérer. L’article 10 doit continuer à être interprété d’une manière qui permette de s’attaquer à ce type de préjudices individuels, conformément à la norme établie par la Cour d’appel dans *Calego International inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 924, [2013] R.J.D.T. 517.

[119] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. La question centrale consiste à déterminer si l’atteinte à l’exercice, en pleine égalité, du droit à la dignité est suffisamment grave, ou si elle est justifiée par la liberté d’expression de l’humoriste. Dans les circonstances de la présente affaire, les moqueries largement diffusées visant un enfant handicapé âgé de 10 à 13 ans, qui soulevaient des idées déshumanisantes liées à son handicap, satisfont clairement à ce critère.

#### Contexte

[120] Le plaignant Jérémy Gabriel est né en 1996, atteint du syndrome de Treacher Collins. Ce

causes deformities to the ears, head and palate and, in Mr. Gabriel's case, deafness. When he turned 6, Jérémy Gabriel was fitted with an osteo-integrated hearing aid which allowed him, for the first time, to hear between 80 and 90 percent of sounds. The hearing aid enabled him to learn how to speak. He also developed a passion for singing. In 2005, at the age of 8, he had his first public appearance as a singer on a television show called *Donnez au suivant*. He subsequently became well known. Between 2005 and 2008, when he was 8 to 11 years old, Jérémy Gabriel performed widely, including with Céline Dion and for the Pope. He also appeared on a number of television programs broadcast both provincially and nationally and sang the national anthem at a Montreal Canadiens game.

[121] Mike Ward is a comedian who has been performing stand-up comedy since the 1990s. By his own account, he has performed in thousands of shows and some of this material is accessible to a wider audience on the internet. From 2010 to 2013, Mr. Ward performed in a show called *Mike Ward s'eXpose*. In it, he targeted celebrities whom he brands as "sacred cows".

[122] In 2007, when he was 10 years old, Jérémy Gabriel released an autobiography detailing his career and his experience living with Treacher Collins syndrome. Shortly afterwards, Mr. Ward posted a number of video clips on his website mocking Jérémy Gabriel. In these clips, Mr. Ward mocked Jérémy Gabriel's disability, including through imitation, and made the following comments:

[TRANSLATION] So now I'm takin' the opportunity, y'know, to put out the goods while I'm still young, y'know, because I mean later, y'know, when I'm 40, I won't be able to make records any more, y'know. I mean ugly guy who sings, y'know, there's already Gregory Charles, so he's got like a monopole on the market.

And well, y'know, I didn't want to say that, but it's because I can't control what comes out because my mouth doesn't close all the way, look . . .

syndrome entraîne des malformations de la tête, des oreilles et du palais, et dans le cas de Jérémy Gabriel il a causé la surdité. À l'âge de 6 ans, ce dernier s'est fait poser un appareil auditif ostéo-intégré qui lui a permis, pour la première fois, d'entendre 80 à 90 p. 100 des sons. Grâce à l'appareil auditif, il a pu apprendre à parler. Il s'est également découvert une passion pour le chant. En 2005, à l'âge de 8 ans, il a fait sa première sortie publique comme chanteur dans une émission télévisée appelée *Donnez au suivant*. Il est devenu bien connu du public par la suite. De 2005 à 2008, de l'âge de 8 à 11 ans, Jérémy Gabriel a donné de nombreuses représentations, notamment devant le Pape et en présence de Céline Dion. Il a également participé à plusieurs émissions de télévision diffusées au Québec et ailleurs au Canada, et il a chanté l'hymne national à un match des Canadiens de Montréal.

[121] Mike Ward est un humoriste qui se produit sur scène depuis les années 1990. Selon ses dires, il a donné des milliers de spectacles et certains de ses numéros sont accessibles à un auditoire plus large sur Internet. De 2010 à 2013, M. Ward a présenté un spectacle intitulé *Mike Ward s'eXpose*. Dans ce spectacle, il a ciblé des célébrités qu'il qualifie de « vaches sacrées ».

[122] En 2007, à l'âge de 10 ans, Jérémy Gabriel a publié une autobiographie dans laquelle il décrivait sa carrière et le fait de vivre avec le syndrome de Treacher Collins. Peu de temps après, M. Ward a publié sur son site Web des capsules vidéo dans lesquelles il se moquait de Jérémy Gabriel. Dans ces capsules, M. Ward se moquait du handicap de ce dernier, y compris en faisant des imitations, et tenait les propos suivants :

Pis là j'en profite t'sais de sortir la marchandise pendant que j't'encore jeune t'sais parce que je veux dire plus tard, t'sais rendu à 40 ans là j'pourrai pu faire des disques t'sais. J'veux dire pas beau qui chante t'sais y'a déjà Gregory Charles facque lui y'a comme le monopole du marché.

Pis là, bin t'sais, ça je voulais pas le dire, mais c'est parce que moi je peux pas contrôler qu'est-ce qui sort parce que ma bouche a ferme pas au complet, regardez . . .

But that's an operation I would have liked to get, but apparently I'd rather sink all my money in the sports car my mother bought, so now I'm stuck with this little speaker on my head, a mouth that won't shut and a pretty average book, thank you very much. [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 194 (transcribed from attached CD))

[123] In his *Mike Ward s'eXpose* show, Mr. Ward made the following remarks about Jérémy Gabriel, who was between 13 and 16 years old at the time:

[TRANSLATION] She impresses me, Céline, because she sang for the Pope. The only other Quebec kid to sing for the Pope? Little Jérémy?

You remember little Jérémy, y'know, the kid with the subwoofer on his head?

When little Jérémy came, everyone complained except me, I was the only one who defended him. Y'know when he came, he sang for the Pope, people said, "He's really bad, he's off-key, he sings badly". I defended him, I said, "He's dying, let him live out his dream, he's living out a dream. His dream was to sing off-key in front of the Pope."

Then after he sang for the Canadiens, people complained again, "He sings badly. He's off-key, he's no good". Christ, he's living out a dream, let him live out his dream.

[He] sang for Céline, again with the "He really sucks, he's off-key, he sings badly". Christ, he's dying, let him live out his dream. I defended him . . . Except now . . . five years later . . . he's still not dead!

Idiot that I am, I defended him like an idiot, and he doesn't die.

I saw him with his mother at a Club Piscine. I tried to drown him . . . couldn't do it, couldn't do it, he's unkillable.

I went online to see what his illness was. You know what's wrong with him? He's ugly!

(A.R., vol. III, at pp. 260-61 (reproduced as transcribed))

Mais ça, ça c'est une opération que j'aurais aimé ça vouloir avoir, mais ça d'air j'aimais mieux mettre toute mon argent dans le char sport que ma mère a acheté facque là moi je suis pogné avec ma petite boîte de son su'a tête, ma y'eule qui ferme pas, pis un livre assez moyen merci. [Nous soulignons.]

(d.a., vol. III, p. 194 (transcription basée sur le CD joint au d.a.))

[123] Dans son spectacle *Mike Ward s'eXpose*, M. Ward a tenu les propos suivants au sujet de Jérémy Gabriel, qui avait alors entre 13 et 16 ans :

Elle m'impressionne Céline parce qu'elle a chanté pour le pape, le seul autre enfant québécois [à] chanter pour le pape? Le petit Jérémy?

Vous vous rappelez du petit Jérémy, t'sais le jeune avec le sub-woofer su'a tête?

Quand le petit Jérémy est arrivé tout le monde chialait sauf moi, j'étais le seul à le défendre. T'sais quand y'est arrivé, y'a chanté pour le pape, le monde disait « Y'est ben mauvais, y fausse, y chante mal. » Moi je le défendais, j'disais « Y'est mourant, laissez le vivre son rêve, y vie un rêve. Son rêve était de fausser devant le pape. »

Pis après y'a chanté pour les Canadiens, le monde [chialait] encore « Y chante mal. Y fausse, y'est pas bon. » Criss y vie un rêve, laisse le vivre son rêve.

[Il a chanté pour] Céline, encore des « Y'est ben poche lui, Y fausse, y chante mal. » Crisse y'est [mourant], laissez le vivre son rêve. Je le [défendais] [. . .] Sauf que là [. . .] 5 ans plus tard [. . .] y'est pas encore mort!

Moi le cave je le [défendais] comme un cave, pis y meurt pas.

Je l'ai vu avec sa mère dans un Club Piscine, j'ai essayé de le noyer [. . .] pas capable, pas capable, y'est pas tuable.

J'suis allé voir sur Internet c'était quoi sa maladie? Sais-tu c'est quoi qu'y a? Y'est lette!

(d.a., vol. III, p. 260-261 (reproduction textuelle de la transcription))

[124] Approximately 135,000 tickets were sold to these performances and 7,500 DVD copies of the performances were also sold. A recorded version of the show was also available on Mr. Ward's website to which the wider public had access.

[125] Jérémy Gabriel learned of Mr. Ward's videos in 2010 when he was 13 years old and had just begun high school. At school, students tormented him, repeating the jokes that Mr. Ward had made during his routine and circulated online. The impact on Mr. Gabriel during this formative stage of his life was substantial. He questioned whether his life had any value, felt lost, isolated and experienced repeated suicidal thoughts.

[126] In 2012, Mr. Ward was interviewed on a TV show called *Les francs-tireurs*. He discussed the jokes he made about Jérémy Gabriel, explaining that pushing boundaries and going too far lay at the heart of his comedy. In response to the interviewer's questions, Mr. Ward acknowledged the view that his jokes were not just in poor taste but amounted to bullying a child with a disability:

[TRANSLATION]

Interviewer: OK. And in your show, you say he's ugly.

Mr. Ward: Yes.

Interviewer: Is it his fault if he's ugly?

Mr. Ward: No.

Interviewer: How is that funny?

Mr. Ward: I don't know, but it's . . . it's . . . I don't know. It's . . . But the way my joke is put together, I find it funny. And people laugh and then I judge people for laughing over it, laughing at it . . .

Interviewer: If you make fun of Jérémy, who won't you make fun of?

[124] Environ 135 000 billets ont été vendus pour ces représentations, et 7 500 exemplaires DVD de celles-ci ont également été vendus. Une version enregistrée du spectacle était également disponible sur le site Web de M. Ward, auquel le grand public avait accès.

[125] Jérémy Gabriel a appris l'existence des vidéos de M. Ward en 2010 alors qu'il était âgé de 13 ans et qu'il venait de commencer ses études secondaires. À l'école, les élèves le tourmentaient, répétant les blagues que M. Ward avait faites pendant son numéro et qui circulaient en ligne. L'impact sur Jérémy Gabriel pendant cette étape formative de sa vie a été substantiel. Il se demandait si sa vie avait de la valeur, il se sentait perdu, isolé et a eu à plusieurs occasions des pensées suicidaires.

[126] En 2012, M. Ward a été interviewé à une émission de télévision appelée *Les francs-tireurs*. Il a discuté des blagues qu'il avait faites au sujet de Jérémy Gabriel, expliquant que repousser les limites et aller trop loin étaient au cœur même de son humour. En réponse aux questions de l'intervieweur, M. Ward a reconnu que ses blagues étaient non seulement de mauvais goût, mais qu'elles équivalaient à de l'intimidation visant un enfant handicapé :

Intervieweur : Ok. Et dans ton show, tu dis qu'y'est laid.

M. Ward : Oui.

Intervieweur : C'est-tu de sa faute si y'est laid?

M. Ward : Non.

Intervieweur : En quoi c'est drôle?

M. Ward : Je le sais pas, mais c'est [ . . . ] c'est [ . . . ] je le sais pas. C'est [ . . . ] Mais, moi, de la manière que mon gag est construit, je le trouve drôle. Pis le monde rit et après je juge le monde pour rire à ça, rire de ça . . .

Intervieweur : Si tu ris de Jérémy, de, de qui tu riras pas?

...

...

Interviewer: Because I come back to that, Mike, he's ill, not his fault. Can you give him a break?

Mr. Ward: But you see, that's one of the jokes that when I said I have a line, that I'm always on the line, there I'm on the wrong side of the line, but I don't know, fuck, it's a problem I have. I . . . it makes me laugh.

...

Interviewer: You took part in a video against bullying where you said how bad bullying is. Listen, what you're doing with Jérémy, I think it's a form of bullying to bash him all over the province in front of hundreds, in front of thousands of people. How is it not bullying?

Mr. Ward: I don't know. I don't know. It's a good point. I hear you and, y'know, let's say, if you were talking, let's say I'm in my living room, you're talking to someone and you say that, I'm gonna be like Christ he's totally right. Y'know, the other guy's a fucking jackass to talk about a child with a disability that way . . . [Emphasis added.]

(A.R., vol. III, at p. 196 (transcribed from attached CD))

[127] This interview prompted Jérémy Gabriel and his parents to file a complaint with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (“Commission”). They alleged that Mr. Ward's comments were a discriminatory interference with their right to dignity, honour and reputation under ss. 4 and 10 of the Quebec *Charter*.

[128] The Commission concluded that Mr. Ward's comments and videos were discrimination under the Quebec *Charter* and brought the claim before the Human Rights Tribunal (“Tribunal”) on behalf of Jérémy Gabriel and his parents.

[129] The Tribunal (Hughes J.C.Q. presiding with the assistance of assessors M<sup>e</sup> Claudine Ouellet and M<sup>e</sup> Mélanie Samson) held that *prima facie* discrimination was made out based on the test from the Quebec jurisprudence (2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T.

Intervieweur : Parce que je reviens à ça Mike, y'est malade, pas de sa faute. Peux-tu y donner un break?

M. Ward : Mais vois-tu, ça c'est un des gag que quand je disais j'ai une limite que je suis tout le temps à la limite, ça je suis du mauvais côté de la limite, mais je le sais pas osti c'est un problème que j'ai. Moi [. . .] ça me fait rire.

...

Intervieweur : T'as participé à une vidéo contre l'intimidation, où tu dis à quel point c'est mal l'intimidation, le *bullying*. Écoute, moi, ce que tu fais avec Jérémy, je trouve que c'est une forme de *bullying* de le batter aux quatre coins de la province devant des centaines, devant des milliers de personnes. En quoi c'est pas du *bullying*?

M. Ward : Je le sais pas. Je le sais pas. C'est un bon point. Je t'entends pis t'sais mettons si tu parlais, mettons j'suis dans mon salon, tu parles à quelqu'un pis tu y dis ça, je vas faire criss y'a totalement raison. T'sais l'autre c'est un osti de crétin de parler d'un enfant handicapé de même . . . [Nous soulignons.]

(d.a., vol. III, p. 196 (transcription basée sur le CD joint au d.a.))

[127] Cette entrevue a poussé Jérémy Gabriel et ses parents à déposer une plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission »). Ils ont allégué que les propos de M. Ward portaient atteinte de façon discriminatoire au droit à la dignité, à l'honneur et à la réputation qui leur est garanti par les art. 4 et 10 de la *Charte* québécoise.

[128] La Commission a conclu que les propos et les vidéos de M. Ward constituaient de la discrimination au sens de la *Charte* québécoise, et elle a porté la demande devant le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal ») au nom de Jérémy Gabriel et de ses parents.

[129] Le Tribunal (présidé par le juge Hughes, avec l'assistance des assessesures M<sup>e</sup> Claudine Ouellet et M<sup>e</sup> Mélanie Samson) a statué que l'existence de discrimination *prima facie* avait été démontrée au regard de l'analyse établie dans la jurisprudence

(4th) 258). It found that Mr. Gabriel had been singled out based on his disability in a way that violated his right to equality. The Tribunal cited the devastating effects Mr. Ward's comments had on his sense of self-worth, the fact that he was bullied in school, felt distant from his friends and family and that he had suicidal thoughts.

[130] At the justification stage of the analysis, the Tribunal concluded that freedom of expression could not serve as a defence in this case because Mr. Ward's jokes did not raise an issue of public importance and strayed from the core values of protected speech. As such, the impairment of the equal exercise of Mr. Gabriel's right to dignity, honour and reputation was unjustified.

[131] Mr. Ward was ordered to pay Mr. Gabriel \$35,000 in moral and punitive damages as well as \$7,000 to his mother.

[132] At the Court of Appeal, the majority, applying the same test from the Quebec jurisprudence as the Tribunal, agreed that Mr. Gabriel's right to the equal exercise of his right to dignity, honour and reputation was violated and that freedom of expression could not justify Mr. Ward's conduct (2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230). It therefore upheld the damages award in favour of Mr. Gabriel, but overturned the award in favour of his mother because it concluded that none of her rights were violated.

[133] The dissenting judge found that it was unreasonable for the Tribunal to hold that Mr. Gabriel suffered a distinction based on his disability, concluding instead that he was targeted not because he has a disability, but because he was a public personality. She added that caricaturing someone based on their disability cannot give rise to a claim under ss. 4 and 10 because it is a question of defamation, not of discrimination. Since the Tribunal does not have

québécoise (2016 QCTDP 18, 35 C.C.L.T. (4th) 258). Il a conclu que M. Gabriel avait été traité différemment sur la base de son handicap, d'une manière qui violait son droit à l'égalité. Le Tribunal a mentionné les effets dévastateurs qu'ont eu les propos de M. Ward sur l'estime de soi de M. Gabriel, le fait qu'il a été intimidé à l'école, qu'il se sentait éloigné de ses amis et de sa famille et qu'il avait eu des pensées suicidaires.

[130] À l'étape de la justification, le Tribunal a conclu que la liberté d'expression ne pouvait servir de moyen de défense en l'espèce, puisque les blagues de M. Ward ne soulevaient pas de question d'intérêt public et qu'elles s'éloignaient des valeurs fondamentales que la liberté d'expression cherche à protéger. En conséquence, l'atteinte à l'exercice, en pleine égalité, du droit de M. Gabriel à la dignité, à l'honneur et à la réputation était injustifiée.

[131] Monsieur Ward a été condamné à verser à M. Gabriel la somme de 35 000 \$ à titre de dommages-intérêts moraux et punitifs, ainsi que la somme de 7 000 \$ à la mère de ce dernier.

[132] En Cour d'appel, les juges majoritaires, appliquant la même analyse établie par la jurisprudence québécoise qu'avait appliquée le Tribunal, ont convenu que le droit de M. Gabriel à l'exercice, en pleine égalité, de son droit à la dignité, à l'honneur et à la réputation avait été violé et que la liberté d'expression ne pouvait justifier la conduite de M. Ward (2019 QCCA 2042, 62 C.C.L.T. (4th) 230). Les juges majoritaires ont en conséquence confirmé l'octroi de dommages-intérêts à M. Gabriel, mais infirmé le jugement en faveur de sa mère, estimant qu'aucun de ses droits n'avait été violé.

[133] La juge dissidente a statué qu'il avait été déraisonnable de la part du Tribunal de juger que M. Gabriel avait fait l'objet d'une distinction fondée sur son handicap, concluant plutôt que ce dernier avait été pris pour cible non pas parce qu'il avait un handicap, mais parce qu'il était une personnalité publique. Elle a ajouté que le fait de caricaturer quelqu'un en raison de son handicap ne peut donner ouverture à un recours fondé sur les art. 4 et 10,

jurisdiction over defamation, it had no jurisdiction over the claim. Moreover, she concluded that the Tribunal erred in seeing freedom of expression as part of the justificatory analysis, rather than as an internal limit on the right to dignity. She would have allowed the appeal by dismissing the claims brought in the name of both Mr. Gabriel and his mother.

### Analysis

[134] We see no reason to depart from this Court’s jurisprudence confirming that it is the impact of the conduct that matters, not the intention, rejecting the proposition that it is acceptable to discriminate if it results from treating likes alike, and that freedom of expression includes the right to discriminate. Mr. Ward’s justifications that he did not intend to discriminate, that he was treating Jérémy Gabriel like any other celebrity, and that his artistic licence as a comedian gave him a right to mock a disabled child have, as a result, no basis in law.

[135] The claim is that the language used by Mr. Ward about Mr. Gabriel’s disability, both in live performances and on the internet, constituted a discriminatory interference with his right to dignity, honour and reputation. The claim is based on a combination of ss. 4 and 10 of the Quebec *Charter*. Section 4 protects the right to the safeguard of one’s dignity, along with honour and reputation, as a fundamental right. Section 10 is the Quebec *Charter*’s equality provision. It protects against discriminatory interferences with any of the rights or freedoms set out in the Quebec *Charter*.<sup>3</sup> Together, ss. 4 and 10 protect the right to the full and equal safeguard of

parce qu’il s’agit d’une question de diffamation, et non de discrimination. Puisque le Tribunal n’a pas compétence en matière de diffamation, il n’avait pas compétence à l’égard de la demande. De plus, la juge a conclu que le Tribunal avait commis une erreur en considérant la liberté d’expression au stade de l’analyse de la justification, plutôt que comme une limite interne au droit à la dignité. La juge aurait accueilli l’appel et rejeté les demandes présentées au nom de M. Gabriel et de sa mère.

### Analyse

[134] Nous ne voyons aucune raison de nous écarter de la jurisprudence de notre Cour qui confirme que c’est l’effet de la conduite qui importe, et non l’intention, et qui rejette les propositions voulant qu’il soit acceptable de discriminer, si la discrimination résulte du fait de traiter également des gens dans la même situation, et que la liberté d’expression emporte le droit de se livrer à de la discrimination. Il s’ensuit que les justifications avancées par M. Ward, à savoir qu’il n’avait pas l’intention de discriminer, qu’il traitait Jérémy Gabriel comme n’importe quelle autre célébrité et que sa liberté artistique en tant qu’humoriste lui conférait le droit de se moquer d’un enfant handicapé, sont dénuées de fondement juridique.

[135] Il est allégué que les propos formulés par M. Ward au sujet du handicap de M. Gabriel, tant dans les représentations devant public que sur Internet, constituaient une atteinte discriminatoire au droit de ce dernier à la dignité, à l’honneur et à la réputation. L’allégation est basée sur les art. 4 et 10 de la *Charte* québécoise. L’article 4 protège, en tant que droit fondamental, le droit d’une personne à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. L’article 10 est la disposition de la *Charte* québécoise portant sur l’égalité. Il protège toute personne contre les atteintes discriminatoires aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* québécoise<sup>3</sup>. En-

<sup>3</sup> This includes not only the “Fundamental Freedoms and Rights” set out in ss. 1 to 9, but also the “Political Rights” set out in ss. 21 and 22, the “Judicial Rights” set out in ss. 23 to 38 and the “Economic and Social Rights” set out in ss. 39 to 48.

<sup>3</sup> Les droits et libertés visés sont non seulement les « Libertés et droits fondamentaux » énoncés aux art. 1 à 9, mais également les « Droits politiques » énoncés aux art. 21 et 22, les « Droits judiciaires » énoncés aux art. 23 à 38 et les « Droits économiques et sociaux » énoncés aux art. 39 à 48.

dignity, honour and reputation. These sections provide:

**4.** Every person has a right to the safeguard of his dignity, honour and reputation.

**10.** Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, gender identity or expression, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

[136] Under the Quebec *Charter*, fundamental freedoms and rights, including s. 4, are circumscribed and balanced through an application of s. 9.1 which provided at the relevant time:

**9.1.** In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

[137] To determine whether speech constitutes discrimination, the same framework as the one used for other claims of discrimination under s. 10 applies. It was most recently confirmed by this Court in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, [2015] 2 S.C.R. 789. A unanimous Court held that the approach to discrimination under the Quebec *Charter* was to consider first whether a case of *prima facie* discrimination was made out, and then to determine if the conduct was justified (paras. 36-37).

semble, les art. 4 et 10 protègent le droit d'une personne à la sauvegarde, en pleine égalité, de sa dignité, de son honneur et de sa réputation. Ces articles sont ainsi rédigés :

**4.** Toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation.

**10.** Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

[136] En vertu de la *Charte* québécoise, les libertés et droits fondamentaux, y compris le droit énoncé à l'art. 4, sont circonscrits et mis en balance par l'application de l'art. 9.1 qui prévoyait ce qui suit à l'époque pertinente :

**9.1.** Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

[137] Pour déterminer si des propos constituent de la discrimination, il faut appliquer le même cadre d'analyse que celui utilisé dans le contexte d'autres recours en discrimination fondés sur l'art. 10. Il a été confirmé récemment par notre Cour dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, [2015] 2 R.C.S. 789. La Cour a jugé à l'unanimité que la démarche en matière de discrimination visée par la *Charte* québécoise consiste d'abord à se demander si une preuve de discrimination *prima facie* a été établie, puis à déterminer si la conduite était justifiée (par. 36-37).

[138] The test set out in *Bombardier* for whether there is *prima facie* discrimination requires claimants to show, on a balance of probabilities, that they have been subject to a “distinction, exclusion or preference” based on one of the grounds enumerated in s. 10 (para. 35). They must show that this distinction “affects the full and equal exercise of a right or freedom guaranteed to him or her by the [Quebec] Charter” (para. 53). As the Court explained, at para. 54:

This means that the right to non-discrimination cannot serve as a basis for an application on its own and that it must necessarily be attached to another human right or freedom recognized by law. However, this requirement should not be confused with the independent scope of the right to equality; the [Quebec] Charter does not require a “double violation” (right to equality and, for example, freedom of religion), which would make s. 10 redundant. [Citations omitted.]

[139] That means that for a claim to succeed under s. 10, the equality provision, the complainant must show that the exercise of one of the rights and freedoms guaranteed by the Quebec Charter other than equality was affected in a discriminatory way but without having to show that that right or freedom was independently violated (*Velk v. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175, at para. 42; *Quebec (Commission des droits de la personne) v. St-Jean-sur-Richelieu, Commission scolaire* (1994), 117 D.L.R. (4th) 67 (Que. C.A.), at pp. 90-91; see also David Robitaille, “Non-indépendance et autonomie de la norme d’égalité québécoise: Des concepts ‘fondateurs’ qui méritent d’être mieux connus” (2004), 35 *R.D.U.S.* 103, at pp. 111-13; Christian Brunelle, “Pour une restructuration de la Charte québécoise?”, in *Mélanges en l’honneur de Jacques-Yvan Morin*, [2015] *R.Q.D.I.* (hors-série) 199, at p. 213).

[140] If the complainant can show *prima facie* discrimination on a balance of probabilities, the defendant is entitled to “present a defence of justification, which he or she must then establish” (*Bombardier*, at para. 58). At this stage, the burden of proof shifts to the defendant to “justify his or her decision or conduct on the basis of the exemptions provided for

[138] Suivant l’analyse énoncée dans *Bombardier* pour déterminer s’il y a discrimination *prima facie*, les plaignants doivent démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu’ils ont été l’objet d’une « distinction, exclusion ou préférence » fondée sur l’un des motifs énumérés à l’art. 10 (par. 35). Ils doivent établir que la distinction « affecte l’exercice en pleine égalité de l’un de ses droits ou libertés garantis par la Charte » (par. 53). Comme l’a expliqué la Cour, au par. 54 :

Cela signifie que le droit à l’absence de discrimination ne peut à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne reconnus par la loi. Il ne faut toutefois pas confondre cette exigence avec la portée autonome du droit à l’égalité; la Charte [québécoise] n’exige pas une « double violation » (droit à l’égalité et, par exemple, liberté de religion), ce qui rendrait l’art. 10 superflu. [Références omises.]

[139] Par conséquent, pour qu’une demande soit accueillie sur le fondement de l’art. 10, la disposition sur l’égalité, le plaignant doit établir que l’exercice d’une liberté ou d’un droit garanti par la Charte québécoise, autre que l’égalité, a été compromis de façon discriminatoire, mais sans avoir à établir que la liberté ou le droit en question a été violé de façon indépendante (*Velk c. McGill University*, 2011 QCCA 578, 89 C.C.P.B. 175, par. 42; *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Commission des droits de la personne du Québec*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.), p. 1243; voir aussi David Robitaille, « Non-indépendance et autonomie de la norme d’égalité québécoise : Des concepts “fondateurs” qui méritent d’être mieux connus » (2004), 35 *R.D.U.S.* 103, p. 111-113; Christian Brunelle, « Pour une restructuration de la Charte québécoise? », dans *Mélanges en l’honneur de Jacques-Yvan Morin*, [2015] *R.Q.D.I.* (hors-série) 199, p. 213).

[140] Si le plaignant est en mesure d’établir qu’il y a discrimination *prima facie* selon la prépondérance des probabilités, le défendeur a le droit de « présenter une défense de justification, dont la preuve lui incombe » (*Bombardier*, par. 58). À cette étape, le fardeau de la preuve est transféré au défendeur, qui doit alors « justifier sa décision ou sa conduite en

in the applicable human rights legislation or those developed by the courts” (para. 37).

[141] As *Bombardier* itself states, this approach is in keeping with this Court’s application of the test for discrimination across the country and in line with the Court “favour[ing] a consistent interpretation of the various provincial human rights statutes unless a legislature intends otherwise” (para. 31; see, e.g., *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, at para. 2; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, at para. 44, per Abella J., concurring; *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, at para. 20).

[142] We note the disagreement below about where the balancing mandated by s. 9.1 of the Quebec *Charter* should take place in the structure of the *Bombardier* test. The dissenting judge at the Court of Appeal insisted that the Tribunal was wrong not to undertake this balancing in determining whether there had been *prima facie* discrimination (para. 99), while the majority concluded that the balance was best conducted at the justification step (para. 194). Where, as here, the considerations on both sides of the balance have been fully canvassed by the parties, the extent to which the balancing is undertaken at the first step where the Commission has the persuasive burden of proof or at the second step where that burden is on a defendant will generally be immaterial to the outcome. That is precisely the case here with Mr. Ward.

[143] To determine whether there has been *prima facie* discrimination in the case before us, the first step is to determine whether Mr. Ward subjected Mr. Gabriel to a distinction based on his disability. If so, the question becomes whether the distinction had

invoquant les exemptions prévues par la loi sur les droits de la personne applicable ou celles développées par la jurisprudence » (par. 37).

[141] Tel qu’indiqué dans l’arrêt *Bombardier*, cette démarche est compatible avec l’application par notre Cour de l’analyse relative à la discrimination partout au pays et elle s’accorde avec l’approche de la Cour qui consiste à « privilégie[r] [. . .] une interprétation cohérente des diverses lois provinciales en matière de droits de la personne, sauf intention contraire du législateur » (par. 31; voir, p. ex., *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, par. 2; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, par. 44, la juge Abella, motifs concordants; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, par. 20).

[142] Nous prenons note du désaccord en Cour d’appel quant à l’endroit où la mise en balance prescrite par l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise doit se faire dans le cadre de l’analyse énoncée dans *Bombardier*. Selon la juge dissidente de la Cour d’appel, le Tribunal a eu tort de ne pas effectuer cette mise en balance à l’étape de la détermination de l’existence de discrimination *prima facie* (par. 99), tandis que les juges majoritaires ont conclu qu’il convenait plutôt d’y procéder à l’étape de la justification (par. 194). Dans les cas où, comme en l’espèce, les considérations de part et d’autre ont été débattues en profondeur par les parties, le fait de procéder à la mise en balance à la première étape — où le fardeau repose sur la Commission —, ou encore à la seconde — où le fardeau incombe au défendeur —, n’aura généralement pas d’incidence sur le résultat. C’est précisément la situation en l’espèce en ce qui concerne M. Ward.

[143] Pour décider s’il y a eu discrimination *prima facie* en l’espèce, la première étape consiste à déterminer si M. Ward a soumis M. Gabriel à une distinction fondée sur son handicap. Dans l’affirmative, il faut alors se demander si cette distinction a eu pour

the effect of impairing the right to full recognition or exercise of a right under the Quebec *Charter*.

[144] Whether there is a distinction on a ground listed in s. 10 in a particular case is a question of mixed fact and law that is owed deference on appeal. There is no reason to interfere with the Tribunal's conclusion that this first element of *prima facie* discrimination was made out on the record.

[145] The Commission's burden "is limited to showing prejudice and its connection to a prohibited ground of discrimination" (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665 ("Boisbriand"), at para. 65). This means that the Commission does not have to show that Mr. Ward intended to single out Mr. Gabriel based on his disability, or that the distinction was based exclusively, or even primarily, on his disability. There must only be a connection between the distinction and the ground (*Bombardier*, at paras. 41 and 45-47). As this Court said in *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, for a distinction to be based on an enumerated ground, "[i]t is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual" (p. 1288 (emphasis added); see also *Desroches v. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.)).

[146] The Tribunal has repeatedly held that the use of an overtly discriminatory slur constitutes a "distinction, exclusion or preference" based on an enumerated ground (see, e.g., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc.)*, 2010 QCTDP 12; *St-Éloi v. Rivard*, 2018 QCTDP 2). But it has also held that comments which are not overt slurs may constitute discrimination depending on how a person in the marginalized group at issue would understand them (see generally *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Camirand*, 2008 QCTDP 11, at para. 39 (CanLII); *Commission des droits de la personne et des droits de*

effet de porter atteinte au droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, d'un droit protégé par la *Charte* québécoise.

[144] La question de savoir si, dans un cas donné, il y a distinction fondée sur un motif énuméré à l'art. 10 est une question mixte de fait et de droit qui commande la déférence en appel. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du Tribunal portant que ce premier élément de la discrimination *prima facie* a été établi au vu du dossier.

[145] Le fardeau qui incombe à la Commission à cette étape « est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé » (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665 (« Boisbriand »), par. 65). Cela signifie que la Commission n'a pas à démontrer que M. Ward avait l'intention de cibler M. Gabriel en particulier sur la base de son handicap, ou que la distinction était fondée exclusivement, ou même principalement, sur son handicap. Il suffit qu'il y ait un lien entre la distinction et le motif (*Bombardier*, par. 41 et 45-47). Comme l'a affirmé notre Cour dans *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, pour qu'une distinction soit fondée sur un motif énuméré, « [i]l suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet » (p. 1288-1289 (nous soulignons); voir aussi *Desroches c. Commission des droits de la personne*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.)).

[146] Le Tribunal a statué à maintes reprises que le fait de proférer une insulte ouvertement discriminatoire constitue une « distinction, exclusion ou préférence » fondée sur un motif énuméré (voir, p. ex., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Remorquage Sud-Ouest (9148-7314 Québec inc.)*, 2010 QCTDP 12; *St-Éloi c. Rivard*, 2018 QCTDP 2). Toutefois, il a également statué que des propos qui ne sont pas des insultes explicites peuvent constituer de la discrimination eu égard à la façon dont une personne faisant partie du groupe marginalisé en cause les comprendrait (voir, généralement, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Camirand*, 2008 QCTDP

*la jeunesse v. Paradis*, 2016 QCTDP 17, at para. 149 (CanLII); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Quenneville*, 2019 QCTDP 18; *De Gaston v. Wojcik*, 2012 QCTDP 20; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Brisson*, 2009 QCTDP 3, at para. 42 (CanLII)).

[147] Mr. Ward’s jokes about Mr. Gabriel were self-evidently pejorative slurs based on his disability. Mr. Ward referred to Jérémy Gabriel as the [TRANSLATION] “ugly singing kid” and he mocked him as unable to close his mouth (Tribunal reasons, at para. 21) and as having a “sub-woofer” on his head in describing a hearing aid device (para. 18). His jokes about drowning Mr. Gabriel drew on pernicious stereotypes about persons with disabilities as objects of pity and as burdens on society who are disposable (*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 56). Scholars have observed this, in particular in respect of mistreatment of children with disabilities (see, e.g., Susanne Commend, “*Au secours des petits infirmes*”: *Les enfants handicapés physiques au Québec entre charité et exclusion, 1920-1990*, doctoral thesis (2018), at p. 87).

[148] Mr. Ward argued that Mr. Gabriel was not singled out because he was a child with a disability but because he was a celebrity. This ignores the fundamental truth in this case: Mr. Ward targeted aspects of Mr. Gabriel’s public personality which were inextricable from his disability. As such, he stood apart from the other public figures that Mr. Ward mocked as “sacred cows”. These realities cannot be artificially severed to immunize Mr. Ward’s comments from human rights scrutiny. This is why the Tribunal concluded, rightly, that both Mr. Ward’s widely disseminated video clips, available day or night to anyone with an internet connection, and his stand-up special subjected Mr. Gabriel to a distinction based on his disability. They either explicitly mocked his physical characteristics which stem from his disability, or related to aspects of his public

11, par. 39 (CanLII); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Paradis*, 2016 QCTDP 17, par. 149 (CanLII); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Quenneville*, 2019 QCTDP 18; *De Gaston c. Wojcik*, 2012 QCTDP 20; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Brisson*, 2009 QCTDP 3, par. 42 (CanLII)).

[147] Les blagues de M. Ward au sujet de M. Gabriel étaient de toute évidence des insultes péjoratives basées sur le handicap de ce dernier. Monsieur Ward a qualifié Jérémy Gabriel de « pas beau qui chante », et il s’est moqué de lui en disant qu’il était incapable de fermer sa bouche au complet (motifs du Tribunal, par. 21) et qu’il avait un « sub-woofer » (une caisse de son) sur la tête en décrivant un appareil auditif (par. 18). Ses blagues sur sa tentative de noyer M. Gabriel s’inspiraient de stéréotypes pernicioseux voulant que les personnes handicapées soient des objets de pitié et des fardeaux pour la société dont on peut se débarrasser (*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 56). Des auteurs ont observé ce phénomène, particulièrement en ce qui concerne les mauvais traitements réservés aux enfants handicapés (voir, p. ex., Susanne Commend, « *Au secours des petits infirmes* » : *Les enfants handicapés physiques au Québec entre charité et exclusion, 1920-1990*, thèse de doctorat (2018), p. 87).

[148] Monsieur Ward a plaidé que M. Gabriel n’avait pas été ciblé de façon particulière parce qu’il était un enfant handicapé, mais parce qu’il était une célébrité. Cet argument fait abstraction d’une réalité fondamentale en l’espèce : M. Ward a ciblé des aspects de la personnalité publique de M. Gabriel qui étaient inextricablement liés à son handicap. Par conséquent, ce dernier se distinguait des autres personnalités publiques dont M. Ward s’est moqué en tant que « vaches sacrées ». Ces réalités ne sauraient être artificiellement écartées de façon à soustraire les propos de M. Ward à un examen judiciaire fondé sur les droits de la personne. Voilà pourquoi le Tribunal a conclu, à juste titre, que tant les capsules vidéo largement diffusées de M. Ward, disponibles jour et nuit à toute personne disposant d’une connexion Internet, que son spectacle devant public, avaient

personality which are inextricably linked to his disability (Tribunal reasons, at para. 82).

[149] With respect, the notion that Mr. Ward’s comments cannot constitute a distinction based on his disability because Mr. Gabriel was treated like any other celebrity reflects a discredited conception of discrimination. In *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 540, this Court confirmed that under s. 10 of the Quebec Charter, as in discrimination law across Canada, uniform treatment which fails to accommodate differences may constitute a prohibited distinction. As McIntyre J. explained in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, “there is no greater inequality than the equal treatment of unequals” (p. 164, quoting *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184) and so, to avoid such inequity, “the main consideration” for courts hearing discrimination claims should be “the impact . . . on the individual . . . concerned” (p. 165). As such, there will be a distinction based on a prohibited ground whenever a claimant “carries a burden that others do not, by reason of [an enumerated] personal characteristic” (*Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 62; see also *Boisbriand*, at para. 65; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 120).

[150] At this stage of the analysis, it is immaterial whether Mr. Ward intended to mock Mr. Gabriel because he has a disability, whether Mr. Ward was joking or being serious, or whether Mr. Gabriel was skewered in the same way as other celebrities. The issue is not Mr. Ward’s stated intention not to discriminate against Mr. Gabriel (*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536). The issue is the *impact of*

soumis M. Gabriel à une distinction fondée sur son handicap. Dans ces représentations, M. Ward se moquait explicitement des caractéristiques physiques de M. Gabriel découlant de son handicap, ou traitait d’aspects de sa personnalité publique inextricablement liés à ce handicap (motifs du Tribunal, par. 82).

[149] Avec égards, l’idée selon laquelle les propos de M. Ward ne peuvent pas constituer une distinction fondée sur le handicap de M. Gabriel parce que celui-ci a été traité comme n’importe quelle autre célébrité témoigne d’une conception discréditée de la discrimination. Dans l’arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 540, notre Cour a confirmé que, suivant l’art. 10 de la Charte québécoise — tout comme dans le droit relatif à la discrimination dans l’ensemble du Canada — un traitement uniforme qui ne fait pas de place aux différences peut constituer une distinction interdite. Comme l’a expliqué le juge McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, [TRADUCTION] « il n’y [a] pas de plus grande inégalité que l’égalité de traitement entre individus inégaux » (p. 164, citant *Dennis c. United States*, 339 U.S. 162 (1950), p. 184), de sorte que, pour éviter une telle iniquité, « la principale considération » dont doivent tenir compte les tribunaux saisis de demandes alléguant la discrimination doit être « l’effet [. . .] sur l’individu [. . .] concerné » (p. 165). Par conséquent, il y aura distinction fondée sur un motif interdit chaque fois qu’un demandeur se voit imposer « un fardeau que d’autres n’ont pas, en raison d’une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré » (*Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 62; voir aussi *Boisbriand*, par. 65; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 120).

[150] À cette étape de l’analyse, il importe peu que M. Ward ait eu ou non l’intention de se moquer de M. Gabriel parce que celui-ci avait un handicap, que M. Ward ait parlé à la blague ou sérieusement ou que M. Gabriel ait été l’objet de railleries de la même façon que d’autres célébrités. La question en litige n’est pas l’intention exprimée par M. Ward, à savoir qu’il ne voulait pas se livrer à de la discrimination à l’endroit de M. Gabriel (*Commission ontarienne des*

Mr. Ward’s comments on this child with a disability. In the circumstances we disagree, with respect, that the Tribunal was wrong to find a distinction on an enumerated ground, much less that it committed a palpable and overriding error.

[151] The existence of *prima facie* discrimination therefore depends on whether this distinction had the effect of impairing Mr. Gabriel’s right to free and equal recognition of the s. 4 right under s. 10 of the Quebec *Charter*. The parties and the judges below disagree on the applicable standard that Mr. Ward’s speech had to meet to constitute an actionable violation of this prohibition on discrimination.

[152] Mr. Ward relies on this Court’s decision in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, [2013] 1 S.C.R. 467, for the proposition that the guarantee of freedom of expression in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“*Canadian Charter*”) means that speech that impairs the right to equality can only be actionable if it amounts to something akin to hate speech. This approach, adopted by the dissenting judge in the Court of Appeal in this case, was explicitly rejected by the Court of Appeal in *Calego*.

[153] In *Whatcott*, this Court considered the constitutionality of a statutory prohibition against publishing or displaying any representation “that exposes or tends to expose to hatred, ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of any person or class of persons on the basis of a prohibited ground”, conceded to be a *prima facie* breach of s. 2(b) of the *Canadian Charter* (paras. 12 and 62). The objective of the provision was defined as “reducing the harmful effects and social costs of discrimination by tackling certain causes of discriminatory activity” (para. 71). The Court held that while prohibiting representations that are objectively seen to expose protected groups

*droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536). La question en litige est l’*effet* qu’ont eu les propos de M. Ward sur cet enfant handicapé. Dans les circonstances, et avec égards pour l’opinion contraire, nous ne sommes pas d’accord que le Tribunal a eu tort de conclure à l’existence d’une distinction fondée sur un motif énuméré, et encore moins pour dire qu’il a commis une erreur manifeste et déterminante.

[151] En conséquence, l’existence de discrimination *prima facie* dépend de la réponse à la question de savoir si cette distinction a eu pour effet de porter atteinte au droit de M. Gabriel à la reconnaissance, en pleine égalité, du droit que lui garantit l’art. 4, conformément à l’art. 10 de la *Charte québécoise*. Les parties et les juges des instances inférieures ne s’entendent pas sur la norme à laquelle devaient satisfaire les propos de M. Ward pour donner ouverture à un recours pour violation de l’interdiction de discriminer.

[152] Monsieur Ward invoque l’arrêt de notre Cour *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467, au soutien de l’argument suivant lequel la garantie de la liberté d’expression prévue par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») signifie que des propos portant atteinte au droit à l’égalité ne peuvent donner ouverture à un recours que s’ils équivalent à des propos haineux. Cette approche, adoptée par la juge dissidente en Cour d’appel en l’espèce, a été explicitement rejetée par la Cour d’appel dans l’arrêt *Calego*.

[153] Dans *Whatcott*, notre Cour a examiné la constitutionnalité d’une prohibition d’origine législative interdisant la publication ou l’affichage de toute représentation qui, [TRADUCTION] « pour un motif de distinction illicite, expose ou tend à exposer une personne ou une catégorie de personnes à la haine, les ridiculise, les rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à leur dignité », prohibition qui constituait, comme il a été concédé, une violation *prima facie* de l’al. 2b) de la *Charte canadienne* (par. 12 et 62). La disposition a été décrite comme ayant pour objectif « [d’]atténuer les effets préjudiciables et les coûts sociaux de la discrimination en s’attaquant à certaines des causes de

to hatred was rationally connected to this objective, prohibiting expression which “ridicules, belittles or otherwise affronts the dignity of” those protected groups was not, and those words were severed from the provision (para. 99).

[154] *Whatcott* concerns a brand of harmful speech — hate speech — that is prohibited because it gives rise to social harm to a marginalized group as opposed to individual harm. This Court in *Whatcott*, referring to its earlier decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, defined “hatred” in this context in reference to whether an informed reasonable person would “view the expression as likely to expose a person or persons to detestation and vilification on the basis of a prohibited ground of discrimination” (para. 59).

[155] This is not a case of hate speech as that term is used in *Whatcott* and *Taylor*. Neither the Tribunal nor the majority of the Court of Appeal considered whether Mr. Ward’s expression amounted to hate speech.

[156] Like the provision in *Whatcott*, s. 10 places a *prima facie* limit on s. 2(b) of the Canadian Charter by prohibiting speech that prevents the equal exercise of the right to the safeguard of dignity, honour and reputation (see generally *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 19, at para. 38). But the legislative purpose underlying s. 10 is broader than the *Whatcott* provision and, accordingly, the prohibition on speech can be broader than hate speech while remaining rationally connected to that purpose. Because s. 10 guarantees the equal exercise of all “human rights and freedoms”, including the right to the safeguard of dignity, honour and reputation, the purpose of the provision goes beyond preventing harm on a group scale and the perpetuation of discriminatory attitudes in the public at large. Section 10 is inherently tied to the other individual human rights and freedoms

la discrimination » (par. 71). La Cour a conclu que, même si l’interdiction des représentations qui sont objectivement perçues comme exposant les groupes protégés à la haine avait un lien rationnel avec cet objectif, la prohibition de toute forme d’expression qui [TRADUCTION] « ridiculise, [...] rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à [la] dignité » de ces groupes protégés ne l’était pas, et ces mots ont été dissociés de la disposition (par. 99).

[154] L’arrêt *Whatcott* porte sur un type particulier de discours préjudiciable — les propos haineux — lequel est interdit parce qu’il cause un préjudice social à un groupe marginalisé plutôt qu’un préjudice individuel. Dans *Whatcott*, la Cour, se référant à son arrêt antérieur *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, a défini la « haine » dans ce contexte par renvoi à la question de savoir si une personne raisonnable et informée « estimerait que les propos sont susceptibles d’exposer autrui à la détestation et à la diffamation pour un motif de discrimination illicite » (par. 59).

[155] Nous ne sommes pas en présence d’une affaire de propos haineux au sens où cette expression est employée dans les arrêts *Whatcott* et *Taylor*. Ni le Tribunal ni les juges majoritaires de la Cour d’appel ne se sont demandé si les propos de M. Ward équivalaient à des propos haineux.

[156] Tout comme la disposition litigieuse dans *Whatcott*, l’art. 10 impose une limite *prima facie* à la liberté garantie par l’al. 2b) de la Charte canadienne en interdisant les propos qui empêchent l’exercice, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de la dignité, de l’honneur et de la réputation (voir, généralement, *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 19, par. 38). Toutefois, l’objectif législatif qui sous-tend l’art. 10 est plus large que celui de la disposition en cause dans *Whatcott* et, par conséquent, l’interdiction peut viser davantage que les propos haineux tout en conservant un lien rationnel avec cet objectif. Parce que l’art. 10 garantit l’exercice, en pleine égalité, de tous les « droits et libertés de la personne », y compris le droit à la sauvegarde de la dignité, de l’honneur et de la réputation, l’objectif de la disposition ne se limite pas à prévenir les préjudices collectifs et la

guaranteed by the Quebec *Charter* (Robitaille, at p. 108). The provision considered in *Whatcott* was, by contrast, uniquely aimed at preventing societal, as opposed to individual, harm by addressing “certain causes of discriminatory activity” (paras. 71 and 79-84). By its very terms, it targeted only expression that was published or displayed “such as through newspapers or other printed matter, or through television or radio broadcasting” (*Whatcott*, at para. 83), whereas s. 10 evidences no similarly restricted scope. The proper interpretation of s. 10 cannot be understood in reference to principles governing the constitutionality of a different provision with a different objective.

[157] It is well recognized that speech can cause individual harm without being hateful, and there is no constitutional bar to legal recourse in such circumstances where the limit on freedom of expression is aimed at different objectives (Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers and Benoît Moore, *La responsabilité civile* (9th ed. 2020), vol. 1, at Nos. 1-291, 1-296, 1-600 and 1-603). This is the case, for example, with harassment (Quebec *Charter*, s. 10.1; see, e.g., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Sfridis*, 2002 QCTDP 42; *Janzen*; *McCoy v. McCoy*, 2014 QCCS 286), defamation (art. 1457 *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.”) and Quebec *Charter*, s. 4; see also *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 S.C.R. 214, at paras. 48-49), and circumstances like those in *British Columbia Human Rights Tribunal v. Schrenk*, [2017] 2 S.C.R. 795, where employees were subjected to various discriminatory slurs. Nor does freedom of expression limit the ability of administrative decision-makers to address harmful speech that is not hate speech (see, e.g., *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform v. Grande Prairie (City)*, 2018 ABCA 154, 67 Alta. L.R. (6th) 230, at paras. 70 and 114).

[158] Neither the Canadian *Charter* nor the Quebec *Charter*, therefore, make hate speech the threshold at which discriminatory comments can be actionable.

perpétuation d’attitudes discriminatoires au sein du public en général. L’article 10 est intrinsèquement lié aux autres droits et libertés individuels garantis par la *Charte* québécoise (Robitaille, p. 108). Par contraste, la disposition examinée dans l’arrêt *Whatcott* visait spécifiquement à prévenir les préjudices sociétaux plutôt qu’individuels en « s’attaquant à certaines des causes de la discrimination » (par. 71 et 79-84). De par son texte même, cette disposition ne visait que les formes d’expression publiées ou affichées « dans un journal ou une autre publication, ou à la télévision ou la radio » (*Whatcott*, par. 83), alors qu’aucune restriction de portée similaire ne ressort de l’art. 10. Cet article ne peut donc pas être interprété par référence aux principes qui régissent la constitutionnalité d’une disposition différente ayant un objectif différent.

[157] Il est reconnu que des propos peuvent causer un préjudice individuel sans pour autant être haineux, et rien dans la Constitution n’empêche d’intenter un recours en justice dans de telles situations lorsque la restriction imposée à la liberté d’expression vise d’autres objectifs (Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile* (9<sup>e</sup> éd. 2020), vol. 1, nos 1-291, 1-296, 1-600 et 1-603). C’est le cas, par exemple, en ce qui concerne le harcèlement (*Charte* québécoise, art. 10.1; voir, p. ex., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Sfridis*, 2002 QCTDP 42; *Janzen*; *McCoy c. McCoy*, 2014 QCCS 286), la diffamation (art. 1457 *Code civil du Québec* (« C.c.Q. ») et la *Charte* québécoise, art. 4; voir aussi *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 48-49), et les circonstances comme celles dont il est question dans *British Columbia Human Rights Tribunal c. Schrenk*, [2017] 2 R.C.S. 795, où des employés ont été exposés à diverses insultes discriminatoires. La liberté d’expression ne limite pas non plus la faculté qu’ont les décideurs administratifs de se pencher sur des propos préjudiciables qui ne sont pas des propos haineux (voir, p. ex., *Canadian Centre for Bio-Ethical Reform c. Grande Prairie (City)*, 2018 ABCA 154, 67 Alta. L.R. (6th) 230, par. 70 et 114).

[158] En conséquence, ni la *Charte* canadienne ni la *Charte* québécoise ne font des propos haineux le seuil à partir duquel des commentaires

In this sense, *Whatcott* is not the proper standard to decide the present appeal.

[159] Instead, the appropriate threshold for discriminatory speech under the Quebec *Charter* was set out in the Court of Appeal's decision in *Calego*, where an employer called all of his Asian employees into a meeting and berated them for being dirty because they were Chinese (para. 11). The court unanimously upheld the Tribunal's ruling that the employer's comments were a discriminatory interference with each of the individual employees' right to dignity, making them actionable under ss. 4 and 10 of the Quebec *Charter* (paras. 55-56, 104-5 and 118).

[160] Two judges wrote concurring reasons in *Calego*, and the third judge on the panel subscribed to both. In his reasons, Morissette J.A. explained that the determination of whether speech undermines the equal exercise of the right to dignity is an objective one, not subjectively determined, but it is one that takes into account the circumstances of the complainant (paras. 99-102). Only comments which are [TRANSLATION] "a particularly contemptuous affront to their racial, ethnic or other identity and one that has grave consequences" will constitute discrimination (para. 99). This is a fact-specific and highly contextual inquiry. Because the complainants in that case were vulnerable and on the job site, forced to listen and suffer silently as they were targeted because of their membership in an ethnic group, it was clear that they suffered discrimination (paras. 104-5).

[161] Vézina J.A. agreed that insulting comments based on a prohibited ground can constitute s. 10 discrimination. This will be the case where the comments are [TRANSLATION] "interference that is truly serious", and he noted that the "threshold is high" (para. 50). Referring to the tribunal judge's finding that the employees were shaken and suffered psychological damage because of the employer's comments, he was of the view that the speech in question

discriminatoires peuvent donner ouverture à un recours. En ce sens, l'arrêt *Whatcott* n'est pas la norme appropriée pour trancher le présent pourvoi.

[159] Le seuil approprié en matière de propos discriminatoires pour l'application de la *Charte* québécoise est plutôt celui qui a été énoncé dans l'arrêt *Calego* de la Cour d'appel, affaire dans laquelle un employeur avait convoqué tous ses employés asiatiques à une réunion et les avait traités de malpropres parce qu'ils étaient chinois (par. 11). La cour a confirmé à l'unanimité la décision du Tribunal selon laquelle les propos de l'employeur constituaient une atteinte discriminatoire au droit de chaque employé à la dignité, et donnaient ouverture à un recours en justice sur le fondement des art. 4 et 10 de la *Charte* québécoise (par. 55-56, 104-105 et 118).

[160] Dans *Calego*, deux juges ont écrit des motifs concordants et le troisième juge de la formation a souscrit aux deux opinions. Dans ses motifs, le juge Morissette a expliqué que la question de savoir si des propos compromettent l'exercice, en pleine égalité, du droit à la dignité est décidée suivant un critère objectif, et non subjectif, mais qui tient compte de la situation du plaignant (par. 99-102). Seuls les propos adressés à un plaignant qui sont « un affront particulièrement méprisant envers son identité raciale, ethnique ou autre, et lourd de conséquences » constitueront de la discrimination (par. 99). Il s'agit d'une analyse factuelle et éminemment contextuelle. Parce que les plaignants dans cette affaire étaient vulnérables et qu'ils se trouvaient sur les lieux de travail, contraints d'écouter les propos et de souffrir en silence pendant qu'ils étaient ciblés en raison de leur appartenance à un groupe ethnique, il était clair qu'ils avaient souffert de discrimination (par. 104-105).

[161] Le juge Vézina a convenu que des propos insultants fondés sur un motif interdit pouvaient constituer de la discrimination visée par l'art. 10. Ce sera le cas lorsque les propos constituent « une atteinte d'une réelle gravité », et il a souligné que le « seuil est élevé » (par. 50). Faisant état de la conclusion du juge du tribunal selon laquelle les employés avaient été ébranlés et blessés psychologiquement par les paroles de l'employeur, il était d'avis que les propos

violated their right to the equal exercise of the right to dignity (paras. 54-56).

[162] *Calego* was based on a significant body of jurisprudence from the Tribunal holding that comments based on a ground enumerated in s. 10 of the Quebec *Charter* which impair the equal exercise of someone's right to the safeguard of their dignity are actionable discrimination (see, e.g., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Chamberland*, 2013 QCTDP 37; *De Gaston*).

[163] Following *Calego*, speech based on an enumerated ground will violate the s. 10 guarantee of equality in the exercise of the s. 4 right to the safeguard of one's dignity when it constitutes such a contemptuous affront to the individual's identity that it would have serious consequences for the reasonable person in that individual's circumstances. The reasonable person would be aware of the importance of freedom of expression in a democratic society, and would therefore be expected to tolerate hurtful speech, even related to protected grounds, that does not rise to a high level of gravity (*Calego*, at para. 99; see also *Yapi v. Moustafa*, 2021 QCTDP 9, at para. 37 (CanLII); *Ferdia v. 9142-7963 Québec inc.*, 2021 QCTDP 2, at para. 28 (CanLII)).

[164] As Morissette J.A. explained in *Calego*, at para. 102, while the assessment of whether speech impairs dignity is objective, it must account for the particular characteristics of the plaintiff and it must consider all of the context in which the remarks are made:

[TRANSLATION] The applicable test is therefore first and foremost an objective one. That being said, the impact must be assessed in the specific context in which someone claims to be a victim of discrimination. To this extent, the abstractness of the test (reflected in the concept of the objectively reasonable person) is attenuated and the test moves closer to the particular situation of the individual claiming to be a victim of discrimination.

en question avaient violé leur droit à l'exercice, en toute égalité, au droit à la dignité (par. 54-56).

[162] L'arrêt *Calego* s'appuyait sur une abondante jurisprudence du Tribunal ayant conclu que des propos fondés sur un motif énuméré à l'art. 10 de la *Charte* québécoise qui compromettent l'exercice, en pleine égalité, du droit d'une personne à la sauvegarde de sa dignité constituent de la discrimination donnant ouverture à un recours en justice (voir, p. ex., *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Chamberland*, 2013 QCTDP 37; *De Gaston*).

[163] Suivant *Calego*, des propos fondés sur un motif énuméré violeront la garantie de l'art. 10 à l'exercice, en pleine égalité, du droit prévu à l'art. 4 à la sauvegarde de la dignité lorsqu'ils constituent un affront si méprisant envers l'identité du plaignant qu'ils auraient des conséquences graves sur une personne raisonnable qui se trouverait dans la situation de cet individu. Cette personne raisonnable serait consciente de l'importance de la liberté d'expression dans une société démocratique, et serait en conséquence censée tolérer des propos blessants, même liés à des motifs protégés, mais n'atteignant pas un seuil élevé de gravité (*Calego*, par. 99; voir aussi *Yapi c. Moustafa*, 2021 QCTDP 9, par. 37 (CanLII); *Ferdia c. 9142-7963 Québec inc.*, 2021 QCTDP 2, par. 28 (CanLII)).

[164] Comme l'explique le juge Morissette dans *Calego*, au par. 102, bien que la question de savoir si des propos portent atteinte à la dignité soit évaluée objectivement, l'évaluation doit prendre en compte les caractéristiques particulières du plaignant et tenir compte de l'ensemble du contexte dans lequel les propos sont formulés :

Le critère applicable est donc d'abord objectif. Cela dit, il faut en évaluer l'impact dans le contexte précis où quelqu'un se prétend victime de discrimination. Dans cette mesure, on atténue le caractère abstrait du critère (celui qu'exprime la notion de personne objectivement raisonnable) et l'on se rapproche de la situation particulière de l'individu qui se prétend victime de discrimination.

[165] *Calego* also makes the manner in which the impugned comments were delivered relevant to the assessment of whether speech impairs the equal exercise of the right to the safeguard of one's dignity. In that case, the fact that the employees were a [TRANSLATION] "'captive' audience" who had no choice but to listen to the speaker made it more likely that the comments would cause them harm to dignity (para. 103).

[166] In this case, the Tribunal found that Mr. Ward's speech constituted discrimination because it impaired Mr. Gabriel's equal exercise of his rights to the safeguard of his dignity and honour (at para. 102) as well as his reputation (para. 116). In *Calego*, Morissette J.A. noted explicitly that these concepts are distinct and sought to distinguish, in particular, the notion of dignity from honour and reputation. He emphasized, at para. 101, that dignity in this context was squarely focused on the respect owed to individuals by virtue of their status as human beings and was not necessarily tied to the perspective of others in society:

[TRANSLATION] Moreover, the concepts of dignity, honour and reputation cannot be reduced to one and the same thing. I am inclined to think that the last two connote, though perhaps to different degrees, the idea of a third party's view of the alleged victim of the interference. This is not the case, it seems to me, of the first concept, because dignity is the respect to which a person is entitled as a human being and subject of law.

In our view, it is not necessary to consider honour and reputation in this case. Even when dignity alone is considered, it remains clear that s. 10 has been breached and the Tribunal's award of damages should stand.

[167] Dignity is [TRANSLATION] "the pre-eminent value of every human being recognized as a person in their own right, regardless of their individual characteristics and their social affiliations" (Dominique Goubau, with the collaboration of Anne-Marie Savard, *Le droit des personnes physiques* (6th ed. 2019), at No. 177, quoting Jean-Guy Belley, "La

[165] En outre, suivant l'arrêt *Calego*, la manière dont les propos reprochés ont été prononcés est pertinente pour déterminer si ces propos compromettent l'exercice par une personne, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de sa dignité. Dans cette affaire, parce que les employés formaient un « auditoire "captif" » qui n'avait d'autre choix que d'écouter celui qui parlait, il était davantage probable que les propos portent atteinte à leur dignité (par. 103).

[166] En l'espèce, le Tribunal a conclu que les propos de M. Ward constituaient de la discrimination parce qu'ils compromettaient l'exercice par M. Gabriel, en pleine égalité, de ses droits à la sauvegarde de sa dignité et de son honneur (par. 102), ainsi que de sa réputation (par. 116). Dans *Calego*, le juge Morissette a explicitement fait observer que ces notions sont distinctes, et il a cherché à distinguer, en particulier, la notion de dignité et les notions d'honneur et de réputation. Il a souligné, au par. 101, que dans ce contexte la dignité se rapportait précisément au respect dû aux individus du fait de leur statut d'êtres humains, et qu'elle n'était pas nécessairement liée au regard des autres dans la société :

En outre, les notions de dignité, d'honneur et de réputation ne sont pas réductibles à une seule et même chose. J'incline à penser que les deux dernières connotent, quoique peut-être à des degrés différents, l'idée d'un regard porté par un tiers sur la personne qui se prétend victime de l'atteinte. Ce n'est pas le cas, me semble-t-il, de la première, puisque la dignité est le respect auquel a droit la personne pour elle-même, en tant qu'être humain et sujet de droit.

À notre avis, il n'est pas nécessaire de considérer l'honneur et la réputation en l'espèce. Même si l'on s'attache uniquement à la dignité, il demeure clair que l'art. 10 a été violé et que l'octroi de dommages-intérêts par le Tribunal doit être maintenu.

[167] La dignité est « la valeur éminente de tout être humain reconnu comme une personne à part entière, indépendamment de ses caractéristiques individuelles et de ses appartenances sociales » (Dominique Goubau, avec la collaboration d'Anne-Marie Savard, *Le droit des personnes physiques* (6<sup>e</sup> éd. 2019), n<sup>o</sup> 177, citant Jean-Guy Belley, « La

protection de la dignité humaine dans le pluralisme juridique contemporain” (2010), 8 *C.R.D.F.* 117, at p. 119).

[168] The right to the safeguard of one’s dignity is a stand-alone right under the Quebec *Charter*. The Court explored s. 4 dignity in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, where the issue was whether employees of an elder care hospital who walked out on their patients violated the patients’ rights. L’Heureux-Dubé J. defined the right to the safeguard of dignity as a prohibition on “interferences with the fundamental attributes of a human being which violate the respect to which every person is entitled simply because he or she is a human being” (para. 105; see also Marie Annik Grégoire, “Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009: l’arrêt *Génex Communications inc. c. Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ)* est-il toujours pertinent?” (2016), 57 *C. de D.* 3).

[169] In the broader Canadian context, this Court has recognized dignity as the lodestar of the Canadian *Charter* and all of the rights it enshrines (*R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 21). In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, it defined dignity as being concerned with the integrity and empowerment of individuals and groups: “Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits” (para. 53). Enhancing dignity means, according to the Court in *Law*, making place for all individuals and groups in society.

[170] More specifically, the right to the safeguard of one’s dignity under s. 4 of the Quebec *Charter* aims to ensure that every person is treated with the basic level of respect to which everyone is entitled by virtue of their humanity (*Hôpital St-Ferdinand*, at para. 105; see also *Gauthier v. Beaumont*, [1998] 2 S.C.R. 3, at para. 90; *Cinar Corporation v. Robinson*,

protection de la dignité humaine dans le pluralisme juridique contemporain » (2010), 8 *C.R.D.F.* 117, p. 119).

[168] Le droit à la sauvegarde de sa dignité est un droit autonome garanti par la *Charte* québécoise. Notre Cour a examiné la dignité visée à l’art. 4 dans l’arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l’hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, où il s’agissait de déterminer si les employés d’un hôpital de soins pour personnes âgées avaient violé les droits des patients en les abandonnant. La juge L’Heureux-Dubé a défini le droit à la sauvegarde de la dignité comme une interdiction visant « les atteintes aux attributs fondamentaux de l’être humain qui contreviennent au respect auquel toute personne a droit du seul fait qu’elle est un être humain et au respect qu’elle se doit à elle-même » (par. 105; voir aussi Marie Annik Grégoire, « Le parcours tumultueux des propos injurieux en droit québécois depuis 2009 : l’arrêt *Génex Communications inc. c. Association québécoise de l’industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ)* est-il toujours pertinent? » (2016), 57 *C. de D.* 3).

[169] Plus largement, dans le contexte canadien, notre Cour a reconnu la dignité comme la valeur guidant l’interprétation de la *Charte* canadienne et de tous les droits garantis par celle-ci (*R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 21). Dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la Cour a dit de la dignité qu’elle concernait l’intégrité et l’autonomie des individus et des groupes : « La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n’ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne » (par. 53). Selon la Cour dans *Law*, renforcer la dignité signifie faire une place à tous les individus et à tous les groupes dans la société.

[170] Plus précisément, le droit d’une personne à la sauvegarde de sa dignité prévu à l’art. 4 de la *Charte* québécoise vise à assurer que chaque personne soit traitée avec le même degré de respect auquel tous ont droit du seul fait qu’elle est un être humain (*Hôpital St-Ferdinand*, par. 105; voir aussi *Gauthier c. Beaumont*, [1998] 2 R.C.S. 3, par. 90;

[2013] 3 S.C.R. 1168, at para. 116; *Procureur général du Canada v. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182, at para. 136). This right, like the rest of the Quebec *Charter*, must be given “a liberal, contextual and purposive interpretation” (*Bombardier*, at para. 31; see also *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 116; *Hôpital St-Ferdinand*, at para. 105). Dignity was included in the Quebec *Charter* alongside the right to safeguard one’s honour and reputation, reflecting jurisprudence that did not fall strictly under either of the two more specific concepts (Christian Brunelle, “La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale”, in *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143, at pp. 162-65). Its inclusion ensures that broader notions of dignity can be protected without the need for an exhaustive list of each of its manifestations (Brunelle (2006), at pp. 171-72).

[171] Turning to the case before us, the question is whether Mr. Ward impaired the equal exercise of Mr. Gabriel’s right to the safeguard of his dignity. While the Tribunal correctly identified *Calego* as the controlling authority, in our respectful view it fell into error by focusing on the purely subjective effects on Mr. Gabriel, rather than a reasonable person in his circumstances (Tribunal reasons, at paras. 99 and 102). This is an extricable legal error that justifies intervention on appeal. Nevertheless, even on the modified objective standard that should have been applied, there are unique aspects of this case that militate towards a finding of impairment.

[172] The manner in which the comments were delivered, and in particular their broad dissemination, is clearly relevant to the analysis. Mr. Ward performed his stand-up routine 230 times to a combined audience of over 100,000 people, and sold over 7,500 DVD copies of it. His video clips remained accessible to all on his website for a year, and were made available on other platforms without Mr. Ward’s authorization.

*Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 116; *Procureur général du Canada c. Manoukian*, 2020 QCCA 1486, 70 C.C.L.T. (4th) 182, par. 136). Ce droit, comme tout le reste de la *Charte* québécoise, doit recevoir « une interprétation libérale, contextuelle et téléologique » (*Bombardier*, par. 31; voir aussi *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116; *Hôpital St-Ferdinand*, par. 105). La dignité a été incluse dans la *Charte* québécoise aux côtés du droit à la sauvegarde de son honneur et de sa réputation, reflétant l’état de la jurisprudence qui ne relevait pas strictement de l’une ou l’autre de ces deux notions plus précises (Christian Brunelle, « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143, p. 162-165). Son inclusion fait en sorte que des conceptions plus larges de la dignité peuvent être protégées sans qu’une liste exhaustive de chacune de ses manifestations ne soit nécessaire (Brunelle (2006), p. 171-172).

[171] Dans l’affaire qui nous occupe, la question consiste à se demander si M. Ward a entravé l’exercice, en pleine égalité, du droit de M. Gabriel à la sauvegarde de sa dignité. Bien que le Tribunal ait correctement identifié *Calego* comme l’arrêt faisant autorité, à notre humble avis, il a eu tort de concentrer son analyse sur les effets purement subjectifs sur M. Gabriel, plutôt que sur une personne raisonnable dans sa situation (motifs du Tribunal, par. 99 et 102). Il s’agit là d’une erreur de droit isolable qui justifie une intervention en appel. Néanmoins, même au regard de la norme objective modifiée qui aurait dû être appliquée, la présente affaire comporte des aspects singuliers qui militent en faveur d’une conclusion d’entrave.

[172] La manière dont les propos ont été prononcés, et en particulier leur large diffusion, sont clairement des considérations pertinentes pour les besoins de l’analyse. Monsieur Ward a présenté son spectacle d’humour à 230 reprises, devant plus de 100 000 personnes au total, et il a vendu plus de 7 500 exemplaires du DVD de ce spectacle. Ses capsules vidéo sont demeurées accessibles à toutes et à tous sur son

Each time the jokes were repeated, so too was the harm to Mr. Gabriel. Mr. Ward's comments were so widespread that Jérémy Gabriel could not ignore them. Neither could his classmates. Mr. Ward's jokes followed him to school where other children repeated the insults and magnified the mockery. This was a direct consequence of Mr. Ward, a well-known figure in Quebec, distributing his routines about Jérémy Gabriel widely. This must be considered as a factor in the determination of whether Mr. Ward's comments were likely to cause serious harm to a reasonable person in his circumstances. The fact that there was no escape for Mr. Gabriel in this case from the impugned speech is similar to *Calego* where it was significant for the Court of Appeal that the complainants had no choice but to listen to the discriminatory speech that targeted them individually (para. 103).

[173] Mr. Ward's comments must also be understood in conjunction with the fact that when they were made, Jérémy Gabriel was at times a child and at other times a teenager. He was 10 years old when he released his autobiography in 2007; according to a finding of the Tribunal (at para. 21) shortly afterwards Mr. Ward released the video clips mocking Jérémy Gabriel's appearance and his disability on his website. When Mr. Ward began performing his show *Mike Ward s'eXpose* in which he joked about drowning him, Jérémy Gabriel was 13 (Tribunal reasons, at paras. 18-19).

[174] This Court explained in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, that any workable approach to discrimination claims brought by children must incorporate the "viewpoint of the child, which will often include a sense of relative disempowerment and vulnerability" (para. 53). And, in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 169, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ. noted that children's

site Web pendant un an, en plus d'être mises à la disposition des intéressés sur d'autres plateformes sans l'autorisation de M. Ward. Chaque fois que les blagues étaient répétées, le préjudice causé à M. Gabriel se répétait. Les propos de M. Ward étaient à ce point répandus que Jérémy Gabriel ne pouvait pas les ignorer. Ses camarades de classe non plus. Les blagues de M. Ward l'ont suivi à l'école, où d'autres enfants répétaient les insultes et exacerbaient la moquerie. Il s'agissait là d'une conséquence directe de la distribution à grande échelle par M. Ward, une personnalité bien connue au Québec, de ses numéros à propos de Jérémy Gabriel. Cela doit être considéré comme un facteur dans l'examen de la question de savoir si les commentaires de M. Ward étaient susceptibles de causer un préjudice sérieux à une personne raisonnable dans sa situation. Le fait que, dans la présente affaire, M. Gabriel ne pouvait échapper aux propos reprochés est similaire à la situation dans l'affaire *Calego*, où la Cour d'appel a jugé important le fait que les plaignants n'avaient d'autre choix que d'écouter les propos discriminatoires qui les visaient individuellement (par. 103).

[173] Les propos de M. Ward doivent en outre être considérés à la lumière du fait que, lorsqu'ils ont été prononcés, Jérémy Gabriel était d'abord un enfant, puis un adolescent. Il était âgé de 10 ans lorsqu'il a publié son autobiographie en 2007; suivant une conclusion du Tribunal (par. 21), peu de temps après, M. Ward a publié sur son site Web les capsules vidéo dans lesquelles il se moquait de Jérémy Gabriel et de son handicap. Lorsque M. Ward a commencé à présenter son spectacle *Mike Ward s'eXpose*, dans lequel il a fait sa blague concernant sa tentative de noyer Jérémy Gabriel, celui-ci était âgé de 13 ans (motifs du Tribunal, par. 18-19).

[174] Dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, notre Cour a expliqué que toute approche pratique à l'égard des recours en discrimination intentés par des enfants doit incorporer le « point de vue subjectif de l'enfant, qui comportera souvent un sentiment relatif d'impuissance ou de vulnérabilité » (par. 53). De plus, dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 169, les

“physical, mental, and emotional immaturity” make them “one of the most vulnerable groups in society” (see also *R. v. D.B.*, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 43; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 S.C.R. 567, at para. 17). Childhood and early adolescence is a formative stage of life during which time an individual’s desire to belong can of course be deeply felt. A reasonable young person in Jérémy Gabriel’s shoes would be particularly susceptible to the harms associated with dehumanizing comments.

[175] In his stand-up routine, Mr. Ward remarked that he defended Mr. Gabriel from criticism only until he found out that he was not dying, at which point he took it upon himself to drown him. This implies that it would be too burdensome for society to accept Jérémy Gabriel in the mainstream permanently and that ultimately society would be better off if he were dead. Mr. Ward’s joke invokes archaic attitudes advocating for the exclusion and segregation of children with disabilities (Commend, at p. 87; Daniel Ducharme and Karina Montminy, *L’accommodement des étudiants et étudiantes en situation de handicap dans les établissements d’enseignement collégial* (2012), at p. 10).

[176] Mr. Ward preyed on Jérémy Gabriel’s disability and the way it manifests itself in order to make his audience laugh, portraying the child as a subject of ridicule rather than as an individual deserving of respect (see Brunelle (2006), at p. 152). These are clearly the types of comments which could lead a disabled child to question his “self-respect and self-worth” (*Law*, at para. 53), violating s. 10 of the Quebec *Charter* and causing severe dignitary harm.

[177] Although the assessment of whether speech impairs the equal exercise of the s. 4 right is an objective one, it is important to note that the Tribunal found that Mr. Ward’s comments caused Mr. Gabriel anguish and prompted him to isolate himself from his peer group and even to contemplate suicide

juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache ont souligné que, « [e]n raison de leur immaturité physique, mentale et émotive, les enfants forment un des groupes les plus vulnérables de la société » (voir aussi *R. c. D.B.*, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 43; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 R.C.S. 567, par. 17). L’enfance et le début de l’adolescence représentent une étape formative de la vie pendant laquelle le désir d’appartenance de l’individu peut évidemment être fortement ressenti. Une jeune personne raisonnable qui se trouverait dans la situation de Jérémy Gabriel serait particulièrement vulnérable aux préjudices découlant de propos déshumanisants.

[175] Dans son numéro d’humour, M. Ward faisait remarquer qu’il avait initialement défendu M. Gabriel contre les critiques, jusqu’à ce qu’il apprenne que ce dernier n’était pas mourant, après quoi il a décidé de le noyer. Cette remarque insinue qu’il serait trop onéreux pour la société d’accepter Jérémy Gabriel dans la population générale de façon permanente, et qu’en fin de compte la société s’en porterait mieux s’il était mort. La blague de M. Ward s’appuie sur des attitudes archaïques, qui préconisent l’exclusion et la ségrégation des enfants handicapés (Commend, p. 87; Daniel Ducharme et Karina Montminy, *L’accommodement des étudiants et étudiantes en situation de handicap dans les établissements d’enseignement collégial* (2012), p. 10).

[176] Monsieur Ward a utilisé le handicap de Jérémy Gabriel et ses manifestations pour faire rire son auditoire, présentant l’enfant comme un objet de ridicule, plutôt que comme une personne digne de respect (voir Brunelle (2006), p. 152). De toute évidence, il s’agit là du type de propos qui amèneraient un enfant handicapé à mettre en doute son « respect et [son] estime de soi » (*Law*, par. 53), violant ainsi l’art. 10 de la *Charte* québécoise et causant une atteinte grave à la dignité.

[177] Bien que l’examen de la question de savoir si des propos compromettent l’exercice, en pleine égalité, du droit protégé par l’art. 4 ait un caractère objectif, il est important de souligner que le Tribunal a conclu que les propos de M. Ward avaient causé de l’angoisse à M. Gabriel et qu’ils l’avaient poussé

(para. 155). The Tribunal noted that Mr. Gabriel often wondered whether his disability made him less valuable than others.

[178] Given the particular vulnerability of a child in Jérémy Gabriel's circumstances, the broad dissemination of Mr. Ward's comments and the cruelty of the implication that he was a disposable or burdensome human being, this case presents unique circumstances that suggest the right to equal exercise of dignity was impaired. In our view, these facts are sufficient to conclude that the Commission has met its burden and that *prima facie* discrimination was made out.

[179] It is true that, if Mr. Gabriel's right to reputation has been violated, he could have brought a civil suit for defamation. But the Commission brought a claim in discrimination on his behalf instead, as it was entitled to do. A claim for defamation under Quebec law is one which seeks recourse for a breach of the right to the safeguard of *reputation* based on the general rules of civil liability (art. 1457 *C.C.Q.*) and s. 4 of the Quebec *Charter* (*Bou Malhab*, at paras. 22-23 and 27). Such a claim does not necessarily engage the distinct right to dignity and it is not based on the plaintiff's membership in a particular group (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-297; see also *Bou Malhab*, at para. 27). As Morissette J.A. was careful to point out in *Calego*, dignity relates to an individual's sense of self and whether they feel that their intrinsic value has been respected, but reputation relates to how others perceive the complainant (para. 101). Saying that Mr. Gabriel's only recourse was a civil remedy to repair harm to his reputation would be to ignore that the claim we are asked to consider here is focused on the right to equal exercise of the s. 4 right to safeguard, among other things, his dignity, which is plainly a claim of a different nature.

à s'isoler de ses pairs et même à avoir des pensées suicidaires (par. 155). Le Tribunal a mentionné que M. Gabriel s'était souvent demandé si son handicap faisait de lui une personne de moindre valeur.

[178] Compte tenu de la vulnérabilité particulière d'un enfant dans la situation de Jérémy Gabriel, la large diffusion des propos de M. Ward et la cruauté de l'insinuation selon laquelle il était un être humain dont on pouvait se débarrasser ou qui constituait un fardeau, la présente affaire comporte des circonstances exceptionnelles indiquant que le droit à l'exercice, en pleine égalité, de la dignité a été compromis. À notre avis, ces faits sont suffisants pour conclure que la Commission s'est acquittée de son fardeau et que la discrimination *prima facie* a été établie.

[179] Il est vrai que, si le droit de M. Gabriel à la réputation a été violé, il aurait pu intenter une poursuite civile en diffamation. Toutefois, la Commission a plutôt introduit un recours en discrimination, comme il lui était loisible de le faire. En droit québécois, une action en diffamation est un recours visant l'obtention d'une réparation pour la violation du droit à la sauvegarde de la *réputation* sur la base des règles générales de la responsabilité civile (art. 1457 *C.c.Q.*) et de l'art. 4 de la *Charte* québécoise (*Bou Malhab*, par. 22-23 et 27). Un tel recours ne met pas nécessairement en jeu le droit distinct à la dignité et n'est pas fondé sur l'appartenance du demandeur à un groupe particulier (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-297; voir aussi *Bou Malhab*, par. 27). Comme a pris soin de le souligner le juge Morissette dans l'affaire *Calego*, la dignité se rapporte à l'individualité d'une personne et au sentiment que sa valeur intrinsèque a été respectée, alors que la réputation se rapporte à la façon dont les autres perçoivent le plaignant (par. 101). Affirmer que le seul recours dont disposait M. Gabriel était une action civile pour réparer l'atteinte à sa réputation reviendrait à faire abstraction du fait que la demande que nous examinons en l'espèce porte principalement sur le droit à l'exercice, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde, entre autres, de la dignité, tel que prévu à l'art. 4. Il s'agit clairement une demande d'un autre ordre.

[180] While the *Civil Code of Québec* must be read in harmony with the Quebec *Charter* (preliminary provision of the *C.C.Q.*), this is not to say that human rights protections are to be somehow systematically read down in the name of conformity with civil liability (see Mélanie Samson and Louise Langevin, “Revisiting Québec’s *Jus Commune* in the Era of the Human Rights Charters” (2015), 63 *Am. J. Comp. L.* 719, at p. 742). The jurisprudence of this Court calls for “flexibility and imagination” in remedying the infringement of human rights, and warns against losing sight of the fact that the Quebec *Charter* may require “intervention that is in no way related to the law of civil liability” (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 S.C.R. 789, at para. 26; *Bombardier*, at para. 104; see also *de Montigny v. Brossard (Succession)*, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 44). An approach that wholly equates compensation for unlawful interference with rights and freedoms under s. 49 of the Quebec *Charter* with civil liability would unduly limit the remedial power of the scheme (Samson and Langevin, at pp. 727-28).

[181] When the claim involves, as it does here, a discriminatory interference with exercise of the rights or freedoms outlined in the Quebec *Charter*, s. 10 is engaged and the Human Rights Tribunal has jurisdiction to hear the claim. Section 71 of the Quebec *Charter* provides that the Commission may make an investigation into any situation “which appears to the commission to be . . . a case of discrimination within the meaning of sections 10 to 19”. And, s. 80 of the Quebec *Charter* provides that “the commission may apply to a tribunal to obtain, where consistent with the public interest, any appropriate measure against the person at fault or to demand, in favour of the victim, any measure of redress it considers appropriate at that time”. Finally, s. 111 of the Quebec *Charter* grants the Tribunal jurisdiction over “any application submitted under section 80”. The Tribunal is therefore competent to hear a claim arising from s. 10 of the Quebec *Charter* and it correctly identified this as the basis of its jurisdiction over this

[180] Bien que le *Code civil du Québec* doive être lu en harmonie avec la *Charte* québécoise (disposition préliminaire du *C.c.Q.*), cela ne veut pas dire qu’il faille en quelque sorte atténuer systématiquement la portée des garanties relatives aux droits de la personne sous prétexte de conformité avec la responsabilité civile (voir Mélanie Samson et Louise Langevin, « Revisiting Québec’s *Jus Commune* in the Era of the Human Rights Charters » (2015), 63 *Am. J. Comp. L.* 719, p. 742). La jurisprudence de notre Cour requiert « de la flexibilité et de la créativité » en matière de réparation des atteintes aux droits de la personne, et avise de ne pas oublier que la *Charte* québécoise peut exiger « des interventions qui ne relèvent nullement du droit de la responsabilité civile » (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 26; *Bombardier*, par. 104; voir aussi *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 44). Une approche qui assimile entièrement l’indemnisation d’une atteinte illégale aux droits et libertés en application de l’art. 49 de la *Charte* québécoise à la responsabilité civile limiterait indûment le pouvoir réparateur du régime (Samson et Langevin, p. 727-728).

[181] Lorsque la demande a pour objet, comme en l’espèce, une entrave discriminatoire à l’exercice des droits et libertés énoncés dans la *Charte* québécoise, l’art. 10 entre en jeu et le Tribunal des droits de la personne a compétence pour entendre la demande. L’article 71 de la *Charte* québécoise précise que la Commission peut faire enquête sur toute situation « qui lui paraît constituer [. . .] un cas de discrimination au sens des articles 10 à 19 ». En outre, l’art. 80 de la *Charte* québécoise prévoit que « la Commission peut s’adresser à un tribunal en vue d’obtenir, compte tenu de l’intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu’elle juge alors adéquate ». Enfin, l’art. 111 de la *Charte* québécoise confère au Tribunal compétence à l’égard de « toute demande portée en vertu de [l’article] 80 ». Le Tribunal est donc compétent pour entendre une demande fondée sur l’art. 10 de la *Charte* québécoise et il a correctement identifié

claim (see also *Mouvement laïque*, at paras. 40, 58 and 63).

[182] There is undoubtedly resemblance between a s. 10 claim based on equal exercise of dignity and a claim in defamation, because s. 4 of the Quebec *Charter* is implicated in both (see, e.g., *Calego*, at para. 40). A defamation claim will succeed if the interference with reputation violates “the objective standard of conduct of a reasonable person” (*Bou Malhab*, at para. 24), whereas a s. 10 equality claim based on the right to dignity will succeed if the interference with the equal exercise of that right meets a certain threshold appreciated from the perspective of a reasonable person in the complainant’s circumstances (*Calego*, at para. 102; see also *Derbal v. Tchassao*, 2021 QCTDP 11, at para. 38 (CanLII); *St-Jean-Sur-Richelieu, Commission scolaire*, at pp. 90-91; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21, at paras. 127-29 (CanLII)). It goes without saying that the very nature of s. 10 focuses the analysis on discrimination on the basis of a protected ground. Accordingly, language could be defamatory but not discriminatory because it is not based on a ground enumerated in s. 10. Similarly, if the equal exercise of the right to dignity alone is impaired and there is no impact on reputation, speech could be discriminatory without being defamatory. Each ground addresses related but distinct violations.

[183] This conclusion shifts the onus to Mr. Ward to justify his *prima facie* discriminatory speech. He attempts to do so by invoking his right to freedom of expression under s. 3 of the Quebec *Charter* and s. 2(b) of the Canadian *Charter* as a defence to the Commission’s claim. Section 3 provides:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

cette disposition comme le fondement de sa compétence à l’égard de la présente demande (voir aussi *Mouvement laïque*, par. 40, 58 et 63).

[182] Il y a indubitablement ressemblance entre une demande présentée en vertu de l’art. 10 et fondée sur l’exercice, en pleine égalité, du droit à la dignité, et une action en diffamation, étant donné que l’art. 4 de la *Charte* québécoise entre en jeu dans les deux cas (voir, p. ex., *Calego*, par. 40). Une action en diffamation sera accueillie si l’atteinte à la réputation constitue une violation « de la norme objective [...] qui est celle du comportement de la personne raisonnable » (*Bou Malhab*, par. 24), alors qu’une revendication fondée sur l’art. 10 et sur le droit à la dignité sera accueillie si l’atteinte à l’exercice en pleine égalité de ce droit s’élève à un certain seuil, apprécié du point de vue d’une personne raisonnable dans la situation du plaignant (*Calego*, par. 102; voir aussi *Derbal c. Tchassao*, 2021 QCTDP 11, par. 38 (CanLII); *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu*, p. 1243; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Ville de Longueuil*, 2020 QCTDP 21, par. 127-129 (CanLII)). Il va sans dire que la nature même de l’art. 10 concentre l’analyse sur la discrimination fondée sur un motif protégé. Par conséquent, des propos peuvent être diffamatoires, mais non discriminatoires parce qu’ils ne sont pas fondés sur un motif énuméré à l’art. 10. Pareillement, si seul l’exercice en pleine égalité du droit à la dignité est compromis, et s’il n’y a aucune incidence sur la réputation, les propos peuvent être discriminatoires sans être diffamatoires. Chaque recours vise des violations liées, mais distinctes.

[183] Cette conclusion a pour effet de transférer à M. Ward le fardeau de justifier ses propos discriminatoires *prima facie*. Il tente de le faire en invoquant le droit à la liberté d’expression qui lui est garanti par l’art. 3 de la *Charte* québécoise et par l’al. 2b) de la *Charte* canadienne comme moyen de défense à l’encontre la demande de la Commission. L’article 3 est rédigé ainsi :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d’opinion, la liberté d’expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d’association.

Section 2(b) provides:

2 Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

[184] Professor Daniel Proulx explains why the rights set out in ss. 1 to 9 may themselves be recognized as justifications to *prima facie* discrimination, citing the Quebec *Charter's* preamble which explains that “the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being”:

[TRANSLATION] However crucial it may be to respect for human dignity, the right to equality is not superior in principle to the other rights or freedoms in Canada. . . . It follows that an alleged discriminator can always argue as a defence, on condition of proving this, that their *prima facie* discriminatory decision or policy is justified by their duty to respect the other rights or freedoms guaranteed in the Charter. This is why the right to respect for one's private life (s. 5), the right to security (s. 1) and the right to property (s. 6) may, in appropriate circumstances, all constitute valid reasons for establishing rules that are *a priori* discriminatory.

(“Droit à l'égalité”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (loose-leaf), vol. 2, by Stéphane Beaulac and Jean-François Gaudreault-DesBiens, eds., fasc. 9, at No. 151; see also *Laroche v. Lamothe*, 2018 QCCA 1726.)

[185] Generally, conflicts between individual Quebec *Charter* rights are resolved under s. 9.1, which is reproduced here for convenience as it stated:

**9.1.** In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

L'alinéa 2b) prévoit ce qui suit :

2 Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

...

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

[184] Le professeur Daniel Proulx explique pourquoi les droits énoncés aux art. 1 à 9 peuvent eux-mêmes être reconnus comme des justifications à la discrimination *prima facie*, citant le préambule de la *Charte* québécoise qui explique que « les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général » :

Aussi crucial soit-il pour le respect de la dignité humaine, le droit à l'égalité ne jouit d'aucune supériorité de principe sur les autres droits ou libertés au Canada. [ . . . ] Il s'ensuit que l'auteur présumé d'une discrimination peut toujours faire valoir, comme moyen de défense, à charge pour lui d'en faire la preuve, que sa décision ou sa politique à première vue discriminatoire se justifie par son obligation de respecter les autres droits ou libertés garantis dans la Charte. C'est ainsi que le droit au respect de la vie privée (art. 5), le droit à la sécurité (art. 1) ou le droit à la propriété (art. 6) peuvent, dans les circonstances appropriées, constituer autant de raisons valables d'établir des règles *a priori* discriminatoires.

(« Droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit public — Droit constitutionnel* (feuilles mobiles), vol. 2, par Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir., fasc. 9, n° 151; voir aussi *Laroche c. Lamothe*, 2018 QCCA 1726.)

[185] Généralement, les conflits entre les droits individuels garantis par la *Charte* québécoise sont résolus par application de l'art. 9.1, que nous reproduisons ici pour fins de commodité, tel qu'il était rédigé alors :

**9.1.** Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

[186] In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, this Court explained that s. 9.1 of the Quebec *Charter* does not apply to s. 10's guarantee of equality. Both of these cases concerned claims brought under the Quebec *Charter* alleging that different provisions of a statute limiting the use of English in commercial activity violated the right to freedom of expression under s. 3 and constituted discrimination under s. 10 of the Quebec *Charter*.

[187] The Court held in *Devine* that any claim based solely on s. 3 could not succeed because the infringement of the applicant's right to freedom of expression was justified under s. 9.1. The fact that s. 9.1 did not apply to s. 10, however, did not allow the complainants to circumvent the State's justification, making equality rights absolute. The Court explained that s. 9.1 applied indirectly to s. 10 by limiting the scope of the underlying right to freedom of expression:

While it is true that s. 9.1 does not apply to the principle of equality enshrined in s. 10, it does apply to the guarantee of free expression enshrined in s. 3. Whenever it is alleged that a distinction on a ground prohibited by s. 10 has the effect of impairing or nullifying a right under s. 3, the scope of s. 3 must still be determined in light of s. 9.1. Where, as here, s. 9.1 operates to limit the scope of freedom of expression guaranteed under s. 3, s. 10 cannot be invoked to circumvent those reasonable limits and to substitute an absolute guarantee of free expression. On the other hand, having specified the scope of free expression, s. 9.1 cannot be invoked to justify a limit upon equal recognition and exercise of the right guaranteed by s. 3. [p. 818]

As Professor David Robitaille explained in interpreting these cases: [TRANSLATION] “Because in fact equal treatment can be claimed only in relation to

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

[186] Dans les arrêts *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, notre Cour a expliqué que l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise ne s'applique pas à la garantie d'égalité prévue à l'art. 10. Ces deux arrêts concernaient des demandes présentées en vertu de la *Charte* québécoise, dans lesquelles on alléguait que diverses dispositions d'une loi qui limitait l'usage de l'anglais dans le cadre d'activités commerciales violaient le droit à la liberté d'expression prévu par l'art. 3 et constituaient de la discrimination au sens de l'art. 10 de la *Charte* québécoise.

[187] Dans l'arrêt *Devine*, la Cour a statué que toute demande fondée exclusivement sur l'art. 3 ne pouvait être accueillie, parce que l'atteinte au droit du demandeur à la liberté d'expression était justifiée par application de l'art. 9.1. Toutefois, le fait que l'art. 9.1 ne s'appliquait pas à l'art. 10 ne permettait pas aux plaignants de contourner la justification de l'État, et de conférer ainsi un caractère absolu aux droits à l'égalité. La Cour a expliqué que l'art. 9.1 s'appliquait indirectement à l'art. 10 en limitant la portée du droit sous-jacent à la liberté d'expression :

Bien qu'il soit exact que l'art. 9.1 ne s'applique pas au principe d'égalité enchâssé à l'art. 10, il s'applique à la garantie de liberté d'expression enchâssée à l'art. 3. Chaque fois qu'il est allégué qu'une distinction fondée sur un motif interdit par l'art. 10 a pour effet de compromettre ou de détruire un droit que prévoit l'art. 3, la portée de cet article doit être déterminée à la lumière de l'art. 9.1. Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 9.1 a pour effet de limiter la portée de la liberté d'expression que garantit l'art. 3, l'art. 10 ne peut être invoqué pour contourner les limites raisonnables à cette liberté et y substituer une garantie absolue de liberté d'expression. Par ailleurs, une fois définie la portée de la liberté d'expression, l'art. 9.1 ne peut être invoqué pour justifier une limite à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, du droit que garantit l'art. 3. [p. 818]

Comme l'a expliqué le professeur David Robitaille en interprétant ces arrêts : « En effet, comme le traitement égalitaire ne peut être revendiqué qu'à l'égard

the recognition or exercise of freedom of expression, the result is that a limit justified under section 9.1 on the very recognition or exercise of that freedom will logically prevent the right to non-discrimination from being asserted” (p. 117).

[188] As the language of s. 9.1 itself mandates, this Court must consider “democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec” in balancing these rights. Here, that requires a consideration of Mr. Gabriel’s right to the safeguard of his dignity and Mr. Ward’s freedom of expression. Only by properly balancing these rights can we appreciate the scope of the s. 10 right to the equal exercise of the former right. In this way, the s. 9.1 balancing ties back to the standard expressed in *Calego* and the manner in which the balance was struck in that case. The standard is informed by the perspective of the reasonable subject of the speech in the circumstances of the victim, a standard that is attuned to the value of free expression in society (para. 99). The arguments Mr. Ward raises as justification on the basis of his freedom of speech can be understood as arguments about whether the *Calego* standard has been met in this case.

[189] Before engaging in any proportionality analysis under s. 9.1, however, we must establish to what extent Mr. Ward’s right to freedom of expression has been engaged. This Court has consistently given a broad interpretation to freedom of expression, explaining that “content neutrality is the governing principle” (Peter W. Hogg and Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at s. 43:11). In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the Court explained the breadth of the constitutional protection for freedom of expression as follows:

Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however

de la reconnaissance ou l’exercice de la liberté d’expression, il en résulte qu’une restriction justifiée selon l’article 9.1 à la reconnaissance ou l’exercice même de cette liberté empêche logiquement la revendication du droit à la non-discrimination » (p. 117).

[188] Comme le commande le texte même de l’art. 9.1, notre Cour doit prendre en compte « [les] valeurs démocratiques, [. . .] l’ordre public et [le] bien-être général des citoyens du Québec » dans la mise en balance de ces droits. En l’espèce, cela requiert la prise en compte du droit de M. Gabriel à la sauvegarde de sa dignité et de la liberté d’expression de M. Ward. Ce n’est qu’en mettant adéquatement en balance ces droits que nous pouvons apprécier la portée du droit prévu à l’art. 10 à l’exercice, en pleine égalité, du premier droit mentionné. De cette façon, la mise en balance requise par l’art. 9.1 se rattache à la norme exprimée dans *Calego* et à la manière dont l’équilibre a été établi dans cette affaire. La norme repose sur la perception d’une personne raisonnable visée par les propos et se trouvant dans la même situation que la victime, une norme qui est en phase avec la valeur de la liberté d’expression dans la société (par. 99). Les arguments invoqués à titre de justifications par M. Ward sur le fondement de sa liberté d’expression peuvent être compris comme des arguments concernant le respect, en l’espèce, de la norme établie dans *Calego*.

[189] Cependant, avant de procéder à toute analyse de la proportionnalité en application de l’art. 9.1, nous devons établir la mesure dans laquelle le droit de M. Ward à la liberté d’expression entre en jeu. Notre Cour a constamment donné une interprétation large à la liberté d’expression, expliquant que [TRADUCTION] « la neutralité du contenu est le principe directeur » (Peter W. Hogg et Wade K. Wright, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), s. 43:11). Dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour a expliqué en ces termes l’étendue de la protection constitutionnelle de la liberté d’expression :

La liberté d’expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions

unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, “fundamental” because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual. [p. 968]

Given this breadth, it is clear that Mr. Ward’s expressive freedoms would be curtailed by the remedy sought by the Commission.

[190] But the analysis does not end here. Freedom of expression is not absolute. Because of s. 9.1 of the Quebec *Charter*, this right, like the s. 4 right underlying Mr. Gabriel’s s. 10 claim, may not be exercised in a way that is disproportionately harmful or abusive (Jean-François Gaudreault-DesBiens and Charles-Maxime Panaccio, “The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* era”, in *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 217, at p. 244; see also *Calego*). Ensuring a proportionate balance between the rights of individuals under the Quebec *Charter* involves a consideration of the specific rights at issue, the values that underpin them and the circumstances of the particular case (*Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607, at paras. 76-78, referring to *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 154, per Bastarache J., dissenting; *Aubry v. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S.C.R. 591, at paras. 56-65; see also Jena McGill, “‘Now it’s My Rights Versus Yours’: Equality in Tension with Religious Freedoms” (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 583, at pp. 588-90; Errol P. Mendes, “Reaching Equilibrium between Conflicting Rights”, in Shaheen Azmi, Lorne Foster and Lesley Jacobs, eds., *Balancing Competing Human Rights Claims in a Diverse Society: Institutions, Policy, Principles* (2012), 241, at pp. 242-43).

[191] On Mr. Gabriel’s side of the balance is the severity of the personal consequences a reasonable person in his position would have suffered because of Mr. Ward’s speech as well as this Court’s consistent recognition that certain forms of discriminatory

du cœur ou de l’esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, « fondamentale » parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l’individu. [p. 968]

Vu l’étendue de cette protection, il est clair que la liberté d’expression de M. Ward serait restreinte par la réparation demandée par la Commission.

[190] Toutefois, l’analyse ne prend pas fin ici. La liberté d’expression n’est pas absolue. En raison de l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise, ce droit, tout comme le droit prévu à l’art. 4 qui sous-tend la demande de M. Gabriel fondée sur l’art. 10, ne peut pas être exercé de manière démesurément préjudiciable ou abusive (Jean-François Gaudreault-DesBiens et Charles-Maxime Panaccio, « The asymmetrical distinctness of the *Charter of Human Rights and Freedoms* in the post-*Chaoulli* era », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 217, p. 244; voir aussi *Calego*). Mettre en équilibre de façon proportionnelle les droits garantis aux gens par la *Charte* québécoise implique la prise en compte des droits particuliers en cause, des valeurs qui les sous-tendent et des circonstances de l’espèce (*Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 76-78, mentionnant *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 154, le juge Bastarache, dissident; *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591, par. 56-65; voir aussi Jena McGill, « “Now it’s My Right Versus Yours” : Equality in Tension with Religious Freedoms » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 583, p. 588-590; Errol P. Mendes, « Reaching Equilibrium between Conflicting Rights », dans Shaheen Azmi, Lorne Foster et Lesley Jacobs, dir., *Balancing Competing Human Rights Claims in a Diverse Society : Institutions, Policy, Principles* (2012), 241, p. 242-243).

[191] En faveur de M. Gabriel, il y a la gravité des conséquences personnelles qu’une personne raisonnable dans sa situation aurait subies par suite des propos de M. Ward, et le fait que notre Cour a constamment reconnu que certaines formes de propos

speech may cause serious individual and societal harms which justify limits on expressive freedom. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, this Court recognized that “the emotional damage caused by words may be of grave psychological and social consequence” (p. 746). Relatedly, this Court concluded in *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, that the criminal prohibition on defamatory libel recognized “the innate dignity of the individual and the integral link between reputation and the fruitful participation of an individual in Canadian society” (para. 48). The provisions were upheld despite the limit on freedom of expression, with Cory J. explaining that “[i]t would trivialize and demean the magnificent panoply of rights guaranteed by the *Charter* if a significant value was attached to the deliberate recounting of defamatory lies that are likely to expose a person to hatred, ridicule or contempt” (para. 93).

[192] Freedom of expression has also been restricted in order to safeguard one’s reputation, a right which, alongside dignity and honour, is enshrined in s. 4 of the Quebec *Charter* (*Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 S.C.R. 95, at para. 52; *Prud’homme v. Prud’homme*, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 43; *Bou Malhab*, at para. 17).

[193] A child in Jérémy Gabriel’s circumstances would have suffered significant harm as a result of Mr. Ward’s speech. Because of Mr. Ward’s jokes and the dissemination of his material over the internet, Mr. Gabriel felt [TRANSLATION] “lost, fragile and isolated” (Tribunal reasons, at para. 27), developed suicidal ideation and sought the help of a psychologist. For two years he lost his passion for singing and even his desire to “exist” (*ibid.*, at para. 25). Mr. Gabriel testified that he was “humiliated” and felt “belittled” (*ibid.*, at para. 102). In particular, he testified that Mr. Ward’s jokes about drowning him made him believe that his “life was worth less . . . because [he is] disabled” (*ibid.*, at para. 25). Significantly, Mr. Gabriel’s classmates repeated many of the jokes from Mr. Ward’s stand-up special and video clips reproduced on the internet. Mr. Gabriel explained

discriminatoires peuvent causer de graves préjudices individuels et sociétaux justifiant d’imposer des limites à la liberté d’expression. Dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, notre Cour a reconnu que « le préjudice émotionnel occasionné par des paroles peut avoir de graves conséquences psychologiques et sociales » (p. 746). Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, la Cour a conclu que l’interdiction du libelle diffamatoire en droit criminel reconnaissait « à la fois la dignité innée de la personne et le rapport intégral qui existe entre la réputation d’une personne et sa participation utile à la société canadienne » (par. 48). La validité des dispositions contestées a été confirmée, malgré le fait qu’elles limitaient la liberté d’expression, le juge Cory expliquant que « [l]a magnifique panoplie de droits garantis par la *Charte* serait banalisée et dépréciée si l’on accordait une valeur significative à la propagation délibérée de mensonges diffamatoires susceptibles d’exposer une personne à la haine, au ridicule ou au mépris » (par. 93).

[192] La liberté d’expression a également été restreinte afin de sauvegarder la réputation, un droit qui, avec la dignité et l’honneur, est consacré par l’art. 4 de la *Charte* québécoise (*Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 52; *Prud’homme c. Prud’homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 43; *Bou Malhab*, par. 17).

[193] Un enfant dans la situation de Jérémy Gabriel aurait subi un préjudice considérable par suite des propos de M. Ward. En raison des blagues de ce dernier et de la diffusion sur Internet de ses propos et numéros, M. Gabriel s’est senti « perdu, fragile et isolé » (motifs du Tribunal, par. 27), il s’est mis à avoir des idées suicidaires et il a demandé l’aide d’un psychologue. Pendant deux ans, il a perdu sa passion pour le chant et même son désir d’« exister » (*ibid.*, par. 25). Dans son témoignage, M. Gabriel a affirmé qu’il était « humilié » et qu’il se sentait « diminué » (*ibid.*, par. 102). En particulier, il a affirmé que les blagues de M. Ward dans lesquelles celui-ci parlait de le noyer lui ont fait croire que sa « vie, parce qu’il est] handicapé, [. . .] valait moins » (*ibid.*, par. 25). Fait à noter, les camarades de classe de M. Gabriel ont répété de nombreuses blagues tirées du spectacle

that the jokes followed him for at least two years, causing catastrophic harm to his self-esteem.

[194] These types of harm to a person’s right to dignity mirror those caused by bullying, an issue which disproportionately affects young, vulnerable people and which has been addressed by legislation in various provinces and in this Court’s jurisprudence (Jane Bailey, “‘Sexualized Online Bullying’ Through an Equality Lens: Missed Opportunity in *AB v. Bragg?*” (2014), 59 *McGill L.J.* 709, at pp. 725-26; Donn Short, “*Don’t Be So Gay!*”: *Queers, Bullying, and Making Schools Safe* (2013); *An Act to prevent and stop bullying and violence in schools*, S.Q. 2012, c. 19 (“Bill 56”); *The Public Schools Amendment Act (Reporting Bullying and Other Harm)*, S.M. 2011, c. 18; *Accepting Schools Act, 2012*, S.O. 2012, c. 5; *An Act to Amend the Alberta Bill of Rights to Protect Our Children*, S.A. 2015, c. 1; *An Act to Amend the Education Act*, S.N.B. 2012, c. 21; see also *Intimate Images and Cyber-protection Act*, S.N.S. 2017, c. 7). Bullying and exclusion has been identified as having a pervasive negative impact on children with disabilities in particular (Canadian Human Rights Commission, *Left Out: Challenges faced by persons with disabilities in Canada’s schools* (2017), at p. 6).

[195] In *Bragg*, this Court considered the validity of a publication ban in a case involving a young person who sought to uncover the identity of someone who posted photos and “unflattering” sexually explicit comments about her online (para. 1). The Court developed a definition of bullying and held that because of the risk it poses to the psychological well-being of young people, its prevention could justify limits on the press’ freedom of expression. The definition of bullying was taken from the Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying, chaired by Professor A. Wayne MacKay:

d’humour et des capsules vidéo de M. Ward reproduits sur Internet. Monsieur Gabriel a expliqué que les blagues l’ont suivi pendant au moins deux ans, causant un préjudice très grave à son estime de soi.

[194] Ces types d’atteintes au droit à la dignité de quelqu’un rappellent celles causées par l’intimidation, un problème qui touche démesurément les personnes jeunes et vulnérables et auquel les lois de diverses provinces et la jurisprudence de notre Cour se sont attaquées (Jane Bailey, « “Sexualized Online Bullying” Through an Equality Lens : Missed Opportunity in *AB v. Bragg?* » (2014), 59 *R.D. McGill* 709, p. 725-726; Donn Short, « *Don’t Be So Gay!* » : *Queers, Bullying, and Making Schools Safe* (2013); *Loi visant à prévenir et à combattre l’intimidation et la violence à l’école*, L.Q. 2012, c. 19 (« projet de loi 56 »); *Loi modifiant la Loi sur les écoles publiques (obligation de faire rapport des cas d’intimidation et des préjudices subis)*, L.M. 2011, c. 18; *Loi de 2012 pour des écoles tolérantes*, L.O. 2012, c. 5; *An Act to Amend the Alberta Bill of Rights to Protect Our Children*, S.A. 2015, c. 1; *Loi modifiant la Loi sur l’éducation*, L.N.-B. 2012, c. 21; voir aussi *Intimate Images and Cyber-protection Act*, S.N.S. 2017, c. 7). Il est reconnu que l’intimidation et l’exclusion ont des conséquences négatives profondes sur les enfants handicapés en particulier (Commission canadienne des droits de la personne, *Négligés : difficultés vécues par les personnes handicapées dans les établissements d’enseignement du Canada* (2017), p. 8-9).

[195] Dans l’arrêt *Bragg*, notre Cour a examiné la validité d’une interdiction de publication dans une affaire concernant une adolescente qui voulait découvrir l’identité de la personne qui avait publié des photos d’elle et des propos sexuellement explicites « désobligeants » à son sujet en ligne (par. 1). La Cour a élaboré une définition de l’intimidation et a jugé que, en raison du risque que pose celle-ci à l’égard du bien-être psychologique des jeunes, la prévention de ce comportement pouvait justifier des restrictions à la liberté de presse. La définition de l’intimidation était tirée du rapport de la Commission d’étude sur l’intimidation et la cyberintimidation de la Nouvelle-Écosse présidée par le professeur A. Wayne MacKay :

. . . behaviour that is intended to cause, or should be known to cause, fear, intimidation, humiliation, distress or other forms of harm to another person’s body, feelings, self-esteem, reputation or property. Bullying can be direct or indirect, and can take place by written, verbal, physical or electronic means, or any other form of expression.

*(Respectful and Responsible Relationships: There’s No App for That: The Report of the Nova Scotia Task Force on Bullying and Cyberbullying (2012), at pp. 42-43)*

We note that a similar definition was incorporated into Quebec law by Bill 56, which amended the *Education Act*, R.S.Q., c. I-13.3, s. 13, to define bullying as “any repeated direct or indirect behaviour, comment, act or gesture, whether deliberate or not, including in cyberspace, which occurs in a context where there is a power imbalance between the persons concerned and which causes distress and injures, hurts, oppresses, intimidates or ostracizes” (Bill 56, s. 2). The Court in *Bragg* then referred to the harmful consequences of bullying as “‘extensive’, including loss of self-esteem, anxiety, fear and school drop-outs” (para. 21, quoting Task Force on Bullying and Cyberbullying, at p. 4) and explained that these harms may be magnified by the internet which allows the content to “spread widely, quickly — and anonymously” (para. 22). Other harms identified by the Court include increased rates of attempted suicide amongst young people who have been bullied (para. 21). The Court concluded that the dangers of bullying were so well documented and serious that it could infer that bullying caused “objective harm” (para. 16).

[196] In a 2012 interview, Mr. Ward himself acknowledged the view that his comments constituted bullying. As we have explained, because of the content of Mr. Ward’s material, its broad dissemination and Jérémy Gabriel’s vulnerability as a disabled

. . . comportement répété qui a pour intention de causer — ou dont on devrait savoir qu’il va causer — un sentiment de peur, d’humiliation, de détresse ou d’autres formes de préjudices à une autre personne en ce qui a trait à sa condition physique, ses sentiments, son estime de soi, sa réputation ou ses biens. L’intimidation peut être directe ou indirecte et peut se dérouler sous forme écrite, orale, physique ou électronique ou par tout autre moyen d’expression.

*(Respect et responsabilité dans les relations : il n’y a pas d’app pour ça : Rapport de la Commission d’étude sur l’intimidation et la cyberintimidation de la Nouvelle-Écosse (2012), p. 46)*

Nous notons qu’une définition similaire a été incorporée au droit québécois par le projet de loi 56, qui a modifié la *Loi sur l’instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 13, et défini l’intimidation comme étant « tout comportement, parole, acte ou geste délibéré ou non à caractère répétitif, exprimé directement ou indirectement, y compris dans le cyberspace, dans un contexte caractérisé par l’inégalité des rapports de force entre les personnes concernées, ayant pour effet d’engendrer des sentiments de détresse et de léser, blesser, opprimer ou ostraciser » (projet de loi 56, art. 2). Dans l’arrêt *Bragg*, notre Cour a ensuite indiqué que les conséquences préjudiciables de l’intimidation sont « “profondes” et comprennent la perte d’estime de soi, l’anxiété, la peur et l’abandon des études » (par. 21, citant Commission d’étude sur l’intimidation et la cyberintimidation, p. 4) et a expliqué que ces préjudices pouvaient être amplifiés par l’Internet, qui permet la diffusion du contenu « sur une grande échelle, très rapidement et dans l’anonymat » (par. 22). Parmi les autres préjudices identifiés par la Cour, mentionnons les taux plus élevés de tentatives de suicide chez les jeunes victimes d’intimidation (par. 21). La Cour a conclu que les dangers de l’intimidation étaient tellement graves et bien documentés qu’elle pouvait inférer que l’intimidation causait un « préjudice objectif » (par. 16).

[196] Dans une entrevue accordée en 2012, M. Ward lui-même a admis que ses propos constituaient de l’intimidation. Comme nous l’avons expliqué, en raison du contenu des numéros de M. Ward, de leur large diffusion et de la vulnérabilité de Jérémy

child, Mr. Ward’s comments were very likely to cause “fear, intimidation, humiliation [or] distress”. Mr. Ward’s “comedy” did in fact cause those very harms. Because of their broad dissemination, these harms were magnified when Jérémy Gabriel’s classmates repeated Mr. Ward’s jokes, teasing him and mocking him repeatedly at school. Not only did Mr. Ward himself directly bully Jérémy Gabriel, he also inspired others to repeat his mockery and further bully him. Given that our society takes active steps to challenge bullying between children, it seems consistent that the bullying of a child by an adult, including through the broad dissemination of harmful material on the internet, can in some circumstances be actionable.

[197] The significance of the damage bullying can cause to a young person and the importance of minimizing it cannot be understated. It is the precise kind of harmful conduct Canada has a legal obligation to take appropriate measures to prevent under art. 19 of the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3 (“*CRC*”),<sup>4</sup> including those which protect children from emotional violence such as “[p]sychological bullying and hazing by adults or other children” (United Nations, Committee on the Rights of the Child, *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, U.N. Doc. CRC/C/GC/13, April 18, 2011, at para. 21; see also Carmen Lavallée, “La Convention internationale relative aux droits de l’enfant et son application au Canada” (1996), 48 *R.I.D.C.* 605, at p. 612). Moreover, art. 2 of the *CRC* imposes an obligation on states to ensure that *CRC* rights will be exercised free from discrimination. The need for child-specific non-discrimination clauses stems from the “special status and needs” of children and their “vulnerability vis-à-vis . . . other individuals” (Samantha Besson and Eleonor Kleber, “Article 2. The Right to Non-Discrimination”, in John Tobin, ed., *The UN Convention on the Rights*

Gabriel en tant qu’enfant handicapé, il était très probable que les propos de M. Ward causeraient « un sentiment de peur, d’humiliation [ou] de détresse ». Le numéro d’humour de M. Ward a effectivement causé de tels préjudices. En raison de la vaste diffusion des propos, ces préjudices ont été amplifiés lorsque les camarades de classe de Jérémy Gabriel ont répété les blagues de M. Ward, le taquinant et se moquant de lui de façon répétée à l’école. Monsieur Ward a non seulement intimidé directement Jérémy Gabriel, il a en outre inspiré d’autres personnes à répéter ses moqueries et à l’intimider davantage. Puisque notre société prend des mesures actives pour contrer l’intimidation entre les enfants, il semble logique que l’intimidation d’un enfant par un adulte, y compris par la large diffusion de contenus préjudiciables sur Internet, puisse dans certaines circonstances donner ouverture à des recours.

[197] L’ampleur des préjudices que l’intimidation peut causer à une jeune personne et l’importance de réduire au minimum ces préjudices ne sauraient être sous-estimées. Il s’agit précisément du type de conduite préjudiciable que le Canada a l’obligation légale d’empêcher par des mesures appropriées en vertu de l’art. 19 de la *Convention relative aux droits de l’enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3 (« *CDE* »)<sup>4</sup>, y compris des mesures protégeant les enfants contre la violence morale, par exemple « [I]es brimades et le bizutage psychologiques de la part d’adultes ou d’autres enfants » (Nations Unies, Comité des droits de l’enfant, *Observation générale n° 13 (2011) : Le droit de l’enfant d’être protégé contre toutes les formes de violence*, Doc. N.U. CRC/C/GC/13, 18 avril 2011, par. 21; voir aussi Carmen Lavallée, « La Convention internationale relative aux droits de l’enfant et son application au Canada » (1996), 48 *R.I.D.C.* 605, p. 612). Qui plus est, l’art. 2 de la *CDE* impose aux États parties une obligation de veiller à ce que les droits prévus dans la *CDE* soient exercés sans discrimination. Le besoin de clauses de non-discrimination applicables spécifiquement aux enfants découle [TRADUCTION] « du statut et des besoins particuliers » des enfants

<sup>4</sup> Quebec has also declared itself to be bound by the *CRC* (Décret 1676-91, (1992) 124 G.O. II, 51).

<sup>4</sup> Le Québec s’est lui aussi déclaré lié par la *CDE* (Décret 1676-91, (1992) 124 G.O. II, 51).

*of the Child: A Commentary* (2019), 41, at pp. 48-49 (emphasis in original)).

[198] The importance of this obligation to root out discriminatory bullying is amplified by art. 23 of the *CRC* which states that a child with a disability “should enjoy a full and decent life, in conditions which ensure dignity, promote self-reliance and facilitate the child’s active participation in the community” and obliges Canada to pursue the “maximum inclusion in society” of disabled children (Wouter Vandenhoe, Gamze Erdem Türkelli and Sara Lembrechts, *Children’s Rights: A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols* (2019), at p. 249). Canada has also ratified the United Nations *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Can. T.S. 2010 No. 8.<sup>5</sup> This convention requires that states guarantee persons with disabilities equal and effective legal protection against discrimination on all grounds, to ensure full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by children with disabilities and to take appropriate measures to protect persons with disabilities from exploitation, violence and abuse (arts. 5, 7 and 16).

[199] In sum, for the purposes of proportionality under s. 9.1, the Commission advances considerable emotional harms caused to Mr. Gabriel, as well as a number of domestic and international authorities recognizing the importance of addressing such harms.

[200] Mr. Ward invokes the importance of stand-up comedy and satire as an “acclaimed art form” that is “often mordant, crude and even cruel” and argues that there is some heightened public interest in mocking Mr. Gabriel because he is famous.

<sup>5</sup> Quebec has also declared itself to be bound by the convention (Décret 179-2010, (2010) 142 G.O. II, 1196).

et de leur « *vulnérabilité* vis-à-vis [. . .] d’autres individus » (Samantha Besson et Eleonor Kleber, « Article 2. The Right to Non-Discrimination », dans John Tobin, dir., *The UN Convention on the Rights of the Child : A Commentary* (2019), 41, p. 48-49 (en italique dans l’original)).

[198] L’importance de cette obligation d’éradiquer l’intimidation discriminatoire est amplifiée par l’art. 23 de la *CDE* qui précise que « les enfants [. . .] handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité » et qui oblige le Canada à [TRADUCTION] « assurer une intégration sociale aussi complète que possible » des enfants handicapés (Wouter Vandenhoe, Gamze Erdem Türkelli et Sara Lembrechts, *Children’s Rights : A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols* (2019), p. 249). Le Canada a également ratifié la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* des Nations Unies, R.T. Can. 2010 n° 8<sup>5</sup>. Cette convention oblige les États parties à garantir aux personnes handicapées une protection juridique égale et effective contre toute discrimination, quel qu’en soit le fondement, à permettre aux enfants handicapés de jouir pleinement et dans des conditions d’égalité de tous les droits de la personne et de toutes les libertés fondamentales et à prendre toutes les mesures appropriées pour protéger les personnes handicapées contre l’exploitation, la violence et la maltraitance (art. 5, 7 et 16).

[199] En résumé, pour les besoins de l’analyse de la proportionnalité suivant l’art. 9.1, la Commission invoque les préjudices moraux considérables causés à M. Gabriel, ainsi qu’un certain nombre de sources canadiennes et internationales qui reconnaissent l’importance de s’attaquer à ces préjudices.

[200] Monsieur Ward invoque l’importance des numéros d’humour et de la satire en tant que [TRADUCTION] « forme d’art reconnue », qui est « souvent mordante, crue et même cruelle », et il prétend qu’il existe un intérêt public accru à se moquer de M. Gabriel du fait qu’il est célèbre.

<sup>5</sup> Le Québec s’est également déclaré lié par la convention (Décret 179-2010, (2010) 142 G.O. II, 1196).

[201] It is of course true that art, and in particular satire, plays an important social role. Binnie J. explained in *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, [2008] 2 S.C.R. 420, at para. 48: “. . . the law must accommodate commentators such as the satirist or the cartoonist . . . . Their function is not so much to advance public debate as it is to exercise a democratic right to poke fun at those who huff and puff in the public arena”. In *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, Sopinka J. affirmed that “[a]rtistic expression rests at the heart of freedom of expression values and any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression” (p. 486; see also *Sharpe*, at paras. 60-61). The Court has also repeatedly noted that “artistic self-fulfillment” is a fundamental element of freedom of expression on par with “spiritual . . . self-fulfilment” and “participat[ion] in the political process” (*Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at p. 247, citing *Irwin Toy*, at p. 976; see also *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 107).

[202] Nonetheless, while the importance of artistic expression may weigh in the balance of a particular case, this Court has refused to recognize it as a distinct class of expression deserving of privileged protection. In *Aubry, L’Heureux-Dubé and Bastarache JJ.*, for the majority, reasoned that because “[a]n artist can assert his or her right to freedom of expression under the same conditions as any other person”, it is “unnecessary to create a special category to take freedom of artistic expression into account. . . . Nor is there any justification for giving [artistic expression] a status superior to that of general freedom of expression” (para. 55). They added that “[t]he argument that the public has an interest in seeing any work of art cannot be accepted, especially because an artist’s right to publish his or her work, no more than other forms of freedom of expression, is not absolute” (para. 62).

[203] As the Court explained in *Aubry*, in determining whether there is a proportionate public

[201] Il est certes vrai que l’art, et en particulier la satire, jouent un rôle social important. Dans l’arrêt *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 48, le juge Binnie a expliqué que « [l]e droit doit bien sûr tenir compte de commentateurs comme le satiriste ou le caricaturiste [. . .] Leur fonction n’est pas tant de faire progresser le débat public que d’exercer le droit démocratique de se moquer des gens qui protestent dans l’arène publique. » Dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, le juge Sopinka a affirmé que « [l]’expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d’expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d’expression » (p. 486; voir aussi *Sharpe*, par. 60-61). De plus, la Cour a maintes fois souligné que l’« épanouissement personnel sur le plan [. . .] artistique » est un élément fondamental de la liberté d’expression, au même titre que l’« épanouissement personnel sur le plan spirituel » et la « particip[ation] au processus politique » (*Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, p. 247, citant *Irwin Toy*, p. 976; voir aussi *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 107).

[202] Néanmoins, bien que l’importance de l’expression artistique puisse faire pencher la balance dans certains cas, notre Cour a refusé de la reconnaître comme une catégorie distincte d’expression méritant une protection privilégiée. Dans l’arrêt *Aubry*, les juges L’Heureux-Dubé et Bastarache, s’exprimant pour la majorité, ont conclu que parce que « [l]’artiste peut invoquer son droit à la liberté d’expression suivant les mêmes conditions que toute autre personne », il « n’y a [. . .] pas lieu de créer une catégorie particulière pour tenir compte de la liberté d’expression artistique. [. . .] Il n’y a pas, non plus, de justification pour [. . .] attribuer [à l’expression artistique] un statut supérieur à la liberté d’expression générale » (par. 55). Ils ont ajouté que « [l]’argument que le public a intérêt à prendre connaissance de toute œuvre artistique ne peut être retenu, notamment parce que le droit de l’artiste de faire connaître son œuvre, pas plus que les autres formes de liberté d’expression, n’est absolu » (par. 62).

[203] Comme l’a expliqué la Cour dans l’arrêt *Aubry*, lorsqu’ils décident s’il existe un intérêt

interest justifying an exercise of freedom of expression which violates another person's Quebec *Charter* rights, courts must consider all of the "values concerned" (para. 62). The values underlying freedom of expression are linked to "seeking the truth in diverse fields of inquiry, and to our capacity for self-expression and individual realization" (*Grant v. Torstar Corp.*, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 1; see also *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at paras. 91-94; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, [2018] 1 S.C.R. 772, at para. 117; *RJR-MacDonald Inc.*, at paras. 72-73).

[204] Following *Aubry*, it is clear that an artist cannot simply invoke the artistic nature of their work to avoid scrutiny and justify the violation of the rights of others. Artistic expression, like any other expression, may cross a boundary when its effect is to disproportionately harm others.

[205] Similar reasoning was applied in *Pardy v. Earle*, 2013 BCSC 1079, 52 B.C.L.R. (5th) 295. In that case, a master of ceremonies at a comedy show directed homophobic and sexist slurs toward the claimant. The claimant filed a complaint of discrimination on the grounds of her sexual orientation and gender. The Human Rights Tribunal allowed her claim because she had been humiliated on the basis of a prohibited ground in a way that caused injury to her dignity and self-respect. The Supreme Court of British Columbia upheld the Tribunal's judgment explaining that "[w]hile comments made by comedians, artists and emcees are entitled to protection under s. 2(b) of the [Canadian] *Charter*, there is no absolute protection for comments that might otherwise amount to discrimination under human rights legislation" and that although "comedy clubs are places where performers push boundaries and sometimes try to generate outrage[, i]t does not follow that comedy clubs are zones of absolute immunity from human rights legislation" (paras. 327 and 337).

public proportionnel justifiant l'exercice de la liberté d'expression d'une façon qui viole les droits que la *Charte* québécoise garantit à une autre personne, les tribunaux doivent tenir compte de toutes les « valeurs en présence » (par. 62). Les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression sont liées à « la recherche de la vérité dans divers domaines d'enquête et à la capacité de chacun de s'exprimer et de s'épanouir » (*Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 1; voir aussi *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 91-94; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, [2018] 1 R.C.S. 772, par. 117; *RJR-MacDonald Inc.*, par. 72-73).

[204] Suivant l'arrêt *Aubry*, il est clair qu'il ne suffit pas qu'un artiste invoque le caractère artistique de son œuvre pour se soustraire à un examen judiciaire et justifier la violation des droits d'autrui. L'expression artistique, à l'instar de toute autre forme d'expression, peut aller trop loin lorsqu'elle a pour effet de causer un préjudice disproportionné à autrui.

[205] Un raisonnement similaire a été appliqué dans la décision *Pardy c. Earle*, 2013 BCSC 1079, 52 B.C.L.R. (5th) 295. Dans cette affaire, l'animateur d'un spectacle d'humour a prononcé des insultes homophobes et sexistes contre la plaignante. Celle-ci a déposé une plainte pour discrimination fondée sur son orientation sexuelle et son genre. Le tribunal des droits de la personne a accueilli sa demande parce qu'elle avait été humiliée sur la base d'un motif interdit d'une manière qui avait porté atteinte à sa dignité et à son estime de soi. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a confirmé le jugement du tribunal, expliquant que, [TRADUCTION] « [b]ien que les propos tenus par les humoristes, les artistes et les animateurs aient droit à la protection de l'al. 2b) de la *Charte* [canadienne], des propos qui pourraient par ailleurs constituer de la discrimination suivant des lois sur les droits de la personne ne jouissent pas d'une protection absolue », et que même si « les cabarets d'humour sont des endroits où les artistes repoussent les limites et tentent parfois de susciter l'indignation[, i]l ne s'ensuit pas que ces cabarets sont des zones à l'abri des lois sur les droits de la personne » (par. 327 et 337).

[206] Mr. Ward, therefore, cannot rely on the simple assertion that his comedy is art, he must point to why the harm to his expressive rights is such that the speech in this case should not be considered to be discrimination.

[207] Mr. Ward justifies his speech as being a useful contribution on a matter of public interest because in satirizing Mr. Gabriel, he is calling attention to the public's "uncritical reverence" for certain "sacred cows" in Quebec society. He adds that Mr. Gabriel's place "in the public domain" inevitably opens him up to criticism.

[208] A similar argument was advanced in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, where this Court was asked to modify the test for defamation of public officials to provide greater scope for freedom of expression. Cory J. acknowledged that the freedom "to criticize the operation of institutions and the conduct of [public officials]" (para. 101) is of central importance in a democratic society. He noted, however, that defamatory comments threaten reputation, which is "closely related to the innate worthiness and dignity of the individual" (para. 107; see also para. 120), and concluded that importing a heightened standard in cases involving public figures would unjustly leave them without a remedy (paras. 120 and 137-40).

[209] And in *Grant*, McLachlin C.J. recognized "the innate dignity of the individual" (para. 58, quoting *Lucas*, at para. 48), and explained that public figures did not, by virtue of their renown, lose the ability to vindicate their interest in protecting their reputation. Of particular relevance for our case, she held that "[p]eople who enter public life cannot reasonably expect to be immune from criticism, some of it harsh and undeserved. But nor does participation in public life amount to open season on reputation" (para. 58 (emphasis added)). She went on to say, at para. 105:

[206] En conséquence, M. Ward ne peut pas simplement prétendre que son humour constitue de l'art : il doit démontrer pourquoi l'atteinte à ses droits d'expression est telle que les propos en l'espèce ne devraient pas être considérés comme de la discrimination.

[207] Monsieur Ward justifie ses propos en disant qu'ils apportent une contribution utile à une question d'intérêt public, puisqu'en satirisant M. Gabriel, il attire l'attention sur la « vénération inconditionnelle » manifestée à l'endroit de certaines « vaches sacrées » au sein de la société québécoise. Il ajoute que la place qu'occupe M. Gabriel « dans le domaine public » l'expose inévitablement à la critique.

[208] Un argument similaire a été avancé dans l'arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, où on demandait à notre Cour de modifier le critère relatif à la diffamation des représentants officiels afin d'élargir la portée de la liberté d'expression. Le juge Cory a reconnu que la liberté « de critiquer tant le fonctionnement des institutions que le comportement des [représentants officiels] » (par. 101) est d'une importance capitale dans une société démocratique. Il a toutefois souligné que les commentaires diffamatoires menacent la réputation, laquelle « se rattache étroitement à la valeur et à la dignité innées de la personne » (par. 107; voir aussi par. 120), et il a conclu que l'adoption d'une norme plus exigeante dans les affaires concernant des personnalités publiques priverait injustement ces dernières de toute réparation (par. 120 et 137-140).

[209] De plus, dans l'arrêt *Grant*, la juge en chef McLachlin a reconnu « la dignité innée de la personne » (par. 58, citant *Lucas*, par. 48), et a expliqué que les personnalités publiques ne perdaient pas, en raison de leur renommée, la capacité de faire valoir leur droit de protéger leur réputation. Facteur particulièrement pertinent pour l'affaire qui nous occupe, la juge en chef McLachlin a statué que « [c]eux qui entrent dans la sphère publique ne peuvent raisonnablement s'attendre à échapper aux critiques, dont certaines pourront être acerbes ou imméritées. La participation à la vie publique ne signifie pas pour autant que la chasse à la réputation est ouverte » (par. 58 (nous soulignons)). Elle a ajouté ce qui suit, au par. 105 :

Public interest may be a function of the prominence of the person referred to in the communication, but mere curiosity or prurient interest is not enough. Some segment of the public must have a genuine stake in knowing about the matter published.

[210] These principles are reflected in jurisprudence from jurisdictions outside Canada. Courts in the United Kingdom, for example, have also rejected the notion that the rights of public figures must systematically yield to freedom of expression. The House of Lords held that the press could not publish details relating to a famous model's drug rehabilitation, violating her right to privacy, simply because her status as a public personality made her life a matter of public interest (*Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22, [2004] 2 A.C. 457, at para. 120). In *HRH the Duchess of Sussex v. Associated Newspapers Ltd.*, [2021] EWHC 273 (Ch.), [2021] 4 W.L.R. 35, a case concerning the media's decision to publish private correspondence of a member of the Royal Family, the High Court of Justice (Chancery Division) rejected the "crude common law principle . . . that those who seek favourable publicity somehow waive their rights" (para. 101).

[211] Similarly, in the landmark case of *Von Hannover v. Germany*, No. 59320/00, ECHR 2004-VI, the European Court of Human Rights rejected the notion that Monaco's Princess Caroline von Hannover had lost the ability to protect her right to privacy and prevent the republication of photos taken of her by paparazzi. Her status as a "figure of contemporary society" did not subjugate her right to privacy to the press' freedom of expression (para. 75). To diminish the protections available to Princess Caroline on the basis that she was a public figure would undermine the goal of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, to guarantee rights for all.

[212] This jurisprudence confirms, then, the principle reflected in domestic sources that the dignity

L'intérêt public peut découler de la notoriété de la personne mentionnée, mais la simple curiosité ou l'intérêt malsain sont insuffisants. Il faut que certains segments de la population aient un intérêt véritable à être au courant du sujet du matériel diffusé.

[210] Ces principes sont reconnus dans la jurisprudence provenant de l'extérieur du Canada. Par exemple, les tribunaux du Royaume-Uni ont eux aussi rejeté l'idée que les droits des personnalités publiques doivent systématiquement céder devant la liberté d'expression. La Chambre des lords a jugé que la presse ne pouvait pas publier les détails relatifs à la cure de désintoxication d'une mannequin célèbre, et violer ainsi son droit à la vie privée, simplement parce que son statut de personnalité publique faisait de sa vie une question d'intérêt public (*Campbell c. MGN Ltd.*, [2004] UKHL 22, [2004] 2 A.C. 457, par. 120). Dans *HRH the Duchess of Sussex c. Associated Newspapers Ltd.*, [2021] EWHC 273 (Ch.), [2021] 4 W.L.R. 35, une affaire portant sur la décision des médias de publier une correspondance privée d'une membre de la famille royale, la Haute Cour de justice (Division de la chancellerie) a rejeté [TRADUCTION] « le principe de common law simpliste [. . .] voulant que ceux et celles qui cherchent la publicité favorable renoncent en quelque sorte à leurs droits » (par. 101).

[211] Pareillement, dans l'arrêt de principe *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, CEDH 2004-VI, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté l'idée que la princesse de Monaco Caroline von Hannover avait perdu la faculté de protéger son droit à la vie privée et d'empêcher la republication de photos d'elles prises par des paparazzi. Son statut de « personnalité [. . .] de l'histoire contemporaine » n'avait pas pour effet de subordonner son droit à la vie privée à la liberté d'expression de la presse (par. 75). Diminuer les protections dont jouissait la princesse Caroline parce qu'elle était une personnalité publique compromettrait l'objectif de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, de garantir les droits de tous.

[212] Par conséquent, cette jurisprudence confirme le principe reflété dans les sources canadiennes selon

of public figures is not necessarily subservient to the right to express harmful remarks.

[213] In addition, the notion that people somehow waive their right to be free from discrimination because they have entered the public square risks undermining the very purpose of the Quebec *Charter*, which protects *everyone* from discrimination, regardless of race, religion, disability, sexual orientation, gender identity or any other designated ground. Marginalized groups are already underrepresented in the public sphere. Permitting discriminatory attacks on them simply because they have become famous imposes further barriers to their meaningful participation in public life and implies that they must choose between fame and human rights protections.

[214] With well-known personalities, as with anyone else, courts must consider all the competing interests at stake, the harm caused and whether there is an actual identifiable public interest permitting the impugned expression.

[215] This takes us back to Mr. Ward and his submission that his criticism of Mr. Gabriel must be equated with the public interest. We accept, of course, that there is value in the performance of comedy and in criticizing those in power in society. But in the circumstances of this case, condoning the humiliation and dehumanization of a child, let alone one with a disability, would fly in the face of the very idea of the public interest.

[216] In this case, Mr. Ward’s message about Mr. Gabriel, albeit one said in jest, was that he was disposable and that society would be better off without him. Unlike other “sacred cows” targeted by Mr. Ward, Jérémy Gabriel fell victim to a stark power imbalance here. The focus of the jokes was not only on Mr. Gabriel’s disability but was connected to harmful, dehumanizing notions associated with the worth of children with disabilities. In this way, the speech strayed far from “the quest for truth, the

lequel la dignité des personnalités publiques n’est pas nécessairement subordonnée au droit d’exprimer des propos préjudiciables.

[213] Qui plus est, l’idée voulant que les gens renoncent en quelque sorte à leur droit d’être protégés contre la discrimination parce qu’ils entrent dans la sphère publique risque de compromettre l’objectif même de la *Charte* québécoise, qui protège *toute personne* contre la discrimination, sans distinction fondée sur la race, la religion, le handicap, l’orientation sexuelle, l’identité de genre ou tout autre motif désigné. Les groupes marginalisés sont déjà sous-représentés dans la sphère publique. Permettre des attaques discriminatoires contre ces personnes simplement parce qu’elles sont devenues célèbres impose des obstacles additionnels à leur participation à part entière à la vie publique et implique qu’elles doivent choisir entre la célébrité et les garanties protégeant les droits de la personne.

[214] Dans le cas d’une personnalité bien connue, comme pour toute autre personne, les tribunaux doivent prendre en compte les intérêts opposés qui sont en jeu, ainsi que le préjudice causé, et se demander s’il existe un intérêt public réel et identifiable justifiant les propos reprochés.

[215] Cela nous ramène à M. Ward et à son argument voulant qu’il faille assimiler sa critique de M. Gabriel à l’intérêt public. Nous acceptons, bien sûr, que l’humour et la critique des gens en position de pouvoir au sein de la société sont importants. Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, cautionner l’humiliation et la déshumanisation d’un enfant, d’autant plus un enfant handicapé, irait à l’encontre de l’essence même de l’intérêt public.

[216] En l’espèce, bien que livré à la blague, le message de M. Ward à propos de Jérémy Gabriel était que l’on pouvait se débarrasser de lui et que la société se porterait mieux ainsi. Contrairement aux autres « vaches sacrées » ciblées par M. Ward, M. Gabriel a fait les frais d’un déséquilibre patent des pouvoirs dans le présent cas. Non seulement les blagues visaient le handicap de M. Gabriel, mais elles évoquaient également des idées préjudiciables et déshumanisantes relativement à la valeur des

promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy” said to underlie s. 2(b) (*Taylor*, at p. 922, quoting *Keegstra*, at p. 766), and which will justify insulting humour in other contexts. The mere fact that it provoked laughter, or that the speech was delivered in performance, does not change Mr. Ward’s message.

[217] In our view, therefore, Mr. Ward’s remarks cannot be justified in the circumstances and they result in a violation of the equal exercise of the right to the safeguard of dignity enshrined in the Quebec *Charter*. It is certainly true that the reasonable person in Mr. Gabriel’s circumstances, as Morissette J.A. observes, must temper their reaction in that they are understood to be familiar with the customs and practices in a pluralistic society in which freedom of expression is a plain value and where some excesses of language, even hurtful language, are tolerated as a necessary inconvenience associated with ordinary social interaction (*Calego*, at paras. 99-102). But this is not an instance of what Morissette J.A. describes as falling under the rubric of *de minimis non curat lex*. Mr. Ward’s speech was only peripherally connected to the core values underlying freedom of expression and he has not identified any other substantial public interest that would justify them. Mr. Ward’s exercise of his expressive rights under s. 3 of the Quebec *Charter* are therefore completely disproportionate when compared to the s. 4 harm suffered by Mr. Gabriel.

[218] A reasonable person in Mr. Gabriel’s circumstances, even one attuned to the importance placed on freedom of expression, including artistic expression and satire, would not be expected to bear the speech at issue in this case (*Calego*, at para. 99). This is especially so given the circumstances considered above: Jérémy Gabriel was a child at the relevant time, the jokes were disseminated broadly to a wide swath of the public over the internet and they played on harmful dehumanizing attitudes towards

enfants handicapés. En ce sens, les propos se sont considérablement éloignés de « la recherche de la vérité, [de] la promotion de l’épanouissement personnel ou [de] la protection et [du] développement d’une démocratie dynamique » qui, dit-on, sous-tendent l’al. 2b) (*Taylor*, p. 922, citant *Keegstra*, p. 766), et qui justifieraient l’humour insultant dans d’autres contextes. Le simple fait que ces blagues aient provoqué des rires, ou que les propos aient été formulés lors d’un spectacle, ne changent en rien le message de M. Ward.

[217] En conséquence, nous sommes d’avis que les propos de M. Ward ne peuvent se justifier dans les circonstances et qu’ils entraînent une violation du droit à l’exercice, en pleine égalité, du droit à la sauvegarde de la dignité consacré par la *Charte* québécoise. Certes, il est vrai, comme le fait observer le juge Morissette, que la personne raisonnable qui se trouverait dans la situation de M. Gabriel doit tempérer sa réaction dans la mesure où elle est censée être habituée aux us et coutumes d’une société pluraliste où l’on valorise la liberté d’expression et où l’on admet certains excès de langage, même blessants, en tant qu’inconvénient nécessaire lié aux rapports sociaux courants (*Calego*, par. 99-102). Toutefois, nous ne sommes pas en présence d’un cas relevant, suivant la description du juge Morissette, de la maxime *de minimis non curat lex*. Les paroles de M. Ward ne se rattachaient qu’accessoirement aux valeurs fondamentales qui sous-tendent la liberté d’expression, et ce dernier n’a identifié aucun autre intérêt public important qui les justifierait. L’exercice par M. Ward du droit à la liberté d’expression que lui garantit l’art. 3 de la *Charte* québécoise est donc complètement disproportionné par rapport au préjudice subi par M. Gabriel au regard de l’art. 4.

[218] On ne s’attendrait pas à ce qu’une personne raisonnable dans la même situation que M. Gabriel, même si elle était sensible à l’importance accordée à la liberté d’expression, y compris l’expression artistique et la satire, supporte les propos litigieux prononcés en l’espèce (*Calego*, par. 99). Cela est d’autant plus vrai compte tenu des circonstances examinées ci-dessus : Jérémy Gabriel était un enfant à l’époque pertinente, les blagues ont été largement diffusées sur Internet à un segment important de la

children with disabilities. Were the facts different, for example, if Mr. Gabriel had not been a child, if the jokes had not been as broadly disseminated such that Mr. Gabriel could have found refuge from their harmful impact, or if the jokes themselves had not tied directly into the most repugnant attitudes concerning the place of children with disabilities in our society, the high threshold set out in *Calego* may not have been breached. But on these facts, Mr. Ward has failed to justify his *prima facie* discriminatory conduct and the Tribunal was right to find that a s. 10 violation was made out here.

[219] The final issue on appeal is whether the punitive damages award made by the Tribunal and upheld by the Court of Appeal was appropriate. Under s. 49 of the Quebec *Charter*:

**49.** Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to punitive damages.

[220] The question is whether the Tribunal erred in finding that Mr. Ward's comments about Mr. Gabriel constituted such an unlawful and intentional interference with the equal exercise of his right to dignity.

[221] The generally applicable standards of review identified in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, apply to compensation awards (see *Southwind v. Canada*, [2021] 2 S.C.R. 450, at para. 85). An appellate court should not interfere with the award unless it amounts to a palpable and overriding error or it is tainted by an extricable legal error (*Housen*, at para. 36; *Richard v. Time Inc.*, [2012] 1 S.C.R. 265, at paras. 189-90).

population et elles ont joué sur des attitudes préjudiciables déshumanisantes à l'endroit des enfants handicapés. Si la situation avait été différente, par exemple si M. Gabriel n'avait pas été un enfant, si les blagues n'avaient pas été diffusées aussi largement et que M. Gabriel avait pu se soustraire à leur effet préjudiciable, ou si les blagues elles-mêmes n'avaient pas été liées directement aux attitudes les plus répugnantes à propos de la place des enfants handicapés dans notre société, la norme élevée énoncée dans l'arrêt *Calego* n'aurait peut-être pas été violée. Cependant, au vu des faits de la présente affaire, M. Ward n'a pas été en mesure de justifier son comportement discriminatoire *prima facie* et le Tribunal a eu raison de conclure qu'une violation de l'art. 10 avait été établie en l'espèce.

[219] La dernière question litigieuse à trancher dans le présent pourvoi consiste à décider si la décision du Tribunal d'accorder des dommages-intérêts punitifs, qu'a confirmée la Cour d'appel, était appropriée. Aux termes de l'art. 49 de la *Charte* québécoise :

**49.** Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.

[220] Il s'agit de décider si le Tribunal a erré en concluant que les propos de M. Ward au sujet de M. Gabriel constituaient une telle atteinte illicite et intentionnelle à l'exercice, en pleine égalité, du droit à la dignité de ce dernier.

[221] Les normes de contrôle généralement applicables décrites dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, s'appliquent aux indemnités (voir *Southwind c. Canada*, [2021] 2 R.C.S. 450, par. 85). Une juridiction d'appel ne doit pas modifier une indemnité à moins que la décision de l'octroyer ne constitue une erreur manifeste et déterminante ou ne soit entachée d'une erreur de droit isolable (*Housen*, par. 36; *Richard c. Time Inc.*, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 189-190).

[222] The Tribunal in this case found that Mr. Ward could not have been unaware of the consequences of his jokes about Mr. Gabriel (para. 163). The Tribunal was entitled to infer from this that Mr. Ward knew his discriminatory comments were hurtful. It was a logical, direct and unavoidable consequence of Mr. Ward's comments that Mr. Gabriel would suffer devastating impacts. As a well-known and influential stand-up comic, Mr. Ward could not ignore that denigrating a child on the basis of his disability would impair the equal exercise of his right to the safeguard of his dignity.

[223] That harm materialized. The Tribunal was therefore entitled to grant punitive damages and there is no reason to overturn or modify them. Punitive damages here serve not only a denunciatory purpose, but serve to deter people like Mr. Ward from profiting from the intentional interference with the Quebec *Charter* rights of others and treating compensation for this harm as merely the cost of doing business (Sébastien Grammond, "Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs" (2012), 42 *R.G.D.* 105, at p. 120). The preventive impact of such denunciation and deterrence "benefits society as a whole" (*de Montigny*, at para. 52; see also Mélanie Samson, "Les dommages punitifs en droit québécois: tradition, évolution et . . . révolution?" (2012), 42 *R.D.U.S.* 159, at pp. 186-87).

[224] We would dismiss the appeal with costs.

*Appeal allowed without costs, ABELLA, KARAKATSANIS, MARTIN and KASIRER JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Grey Casgrain, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Bitzakidis, Clément-Major, Fournier (CDPDJ), Montréal.*

*Solicitor for the interveners Sylvie Gabriel and Jérémy Gabriel: Stéphane Harvey Avocat Inc., Québec.*

[222] Dans la présente affaire, le Tribunal a conclu que M. Ward ne pouvait ignorer les conséquences de ses blagues au sujet de M. Gabriel (par. 163). Il était loisible au Tribunal d'en déduire que M. Ward savait que ses propos discriminatoires étaient blessants. Une conséquence logique, directe et inévitable des propos de M. Ward était que M. Gabriel allait en subir des répercussions dévastatrices. En tant qu'humoriste bien connu et influent, M. Ward ne pouvait ignorer que le dénigrement d'un enfant sur la base de son handicap compromettrait l'exercice, en pleine égalité, du droit de cet enfant à la sauvegarde de sa dignité.

[223] Ce préjudice s'est matérialisé. Par conséquent, il était loisible au Tribunal d'octroyer des dommages-intérêts punitifs et il n'y a aucune raison de les écarter ou de les modifier. En l'espèce, les dommages-intérêts punitifs servent non seulement un objectif de dénonciation, mais ils servent également à dissuader des gens comme M. Ward de profiter d'une atteinte intentionnelle aux droits que garantit la *Charte* québécoise à autrui et de considérer l'indemnité versée à l'égard de ce préjudice comme de simples frais d'exploitation (Sébastien Grammond, « Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs » (2012), 42 *R.G.D.* 105, p. 120). L'effet préventif d'une telle dénonciation et d'une telle dissuasion est « au bénéfice de la société toute entière » (*de Montigny*, par. 52; voir aussi Mélanie Samson, « Les dommages punitifs en droit québécois : tradition, évolution et . . . révolution? » (2012), 42 *R.D.U.S.* 159, p. 186-187).

[224] Nous rejeterions le pourvoi, avec dépens.

*Pourvoi accueilli sans dépens, les juges ABELLA, KARAKATSANIS, MARTIN et KASIRER sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant : Grey Casgrain, Montréal.*

*Procureur de l'intimée : Bitzakidis, Clément-Major, Fournier (CDPDJ), Montréal.*

*Procureur des intervenants Sylvie Gabriel et Jérémy Gabriel : Stéphane Harvey Avocat Inc., Québec.*

*Solicitor for the intervener Association des professionnels de l'industrie de l'humour: Walid Hijazi, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the International Commission of Jurists (Canada): Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Constitutional Foundation: Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenante l'Association des professionnels de l'industrie de l'humour : Walid Hijazi, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Commission internationale de juristes (Canada) : Gowling WLG (Canada), Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Constitutional Foundation : Ruby Shiller Enenajor DiGiuseppe, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Ligue pour les droits de la personne de B'nai Brith Canada : David Matas, Winnipeg.*



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