



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2018 Vol. 1

2^e cahier, 2018 Vol. 1

Cited as [2018] 1 S.C.R. 307-629

Renvoi [2018] 1 R.C.S. 307-629

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
BARBARA KINCAID

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY
ANNA TURINOV

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

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER

Jurilinguists / Jurilinguistes

JULIE BOULANGER
ALEXANDRE CLÉMENT

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE
CLAIRE VALLÉE

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

SUZANNE AUDET
AUDREY-ANNE BERGERON

Technical Revisors / Réviseurs techniques

MINA CONNELLY

LAUREN KOSHURBA
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to 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.

CONTENTS

R. v. R.A. 307

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Accused convicted of sexual interference — Accused arguing on appeal that trial judge failed to resolve critical inconsistency in complainant's evidence and failed to explain why he accepted complainant's evidence and rejected accused's evidence — Court of Appeal holding that trial judge's analysis reflected careful and sensitive approach to evidence as a whole and that trial judge's reasons were responsive to live issues in case and to parties' key arguments — Conviction upheld.

R. v. Magoon 309

Criminal law — First degree murder — Unlawful confinement — Elements of offence — Father and stepmother convicted at trial of second degree murder in beating death of six-year-old child — Court of Appeal holding that death caused while child unlawfully confined and substituting first degree murder convictions — Whether child unlawfully confined — Whether unlawful confinement and murder part of same transaction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(5), 279(2).

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Accused charged with first degree murder but convicted at trial of second degree murder — Accused appealing second degree murder convictions and Crown appealing first degree murder acquittals — Court of Appeal dismissing appeals by accused but allowing Crown appeals and substituting first degree murder convictions — Accused appealing as of right to Supreme Court of Canada from substituted verdicts — Whether accused can raise grounds of appeal relating to second degree murder convictions — Meaning of "any question of law" — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(2)(b).

Criminal law — Appeals — Appeals to Court of Appeal — Jurisdiction — Accused charged with first degree murder but convicted at trial of second degree murder — Crown appealing first degree murder acquittals to Court

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. R.A. 307

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Caractère suffisant des motifs — Accusé déclaré coupable de contacts sexuels — Présentation en appel par l'accusé d'arguments reprochant au juge du procès d'avoir omis de statuer sur une incohérence cruciale dans la preuve fournie par la plaignante et d'expliquer pourquoi il avait retenu le témoignage de cette dernière et rejeté celui de l'accusé — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'analyse du juge du procès reflétait une approche prudente et sensible à l'égard de l'ensemble de la preuve et que les motifs exposés par celui-ci répondaient aux questions en litige dans l'instance et aux principaux arguments des parties — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Magoon 309

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Séquestration illégale — Éléments de l'infraction — Père et belle-mère reconnus coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue de leur procès pour avoir battu à mort une enfant de six ans — Décision de la Cour d'appel portant que la mort a été causée pendant que l'enfant était séquestrée illégalement et substituant aux acquittements des déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré — L'enfant a-t-elle été séquestrée illégalement? — La séquestration illégale et le meurtre faisaient-ils partie de la même opération? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5), 279(2).

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Accusés inculpés de meurtre au premier degré mais déclarés coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue de leur procès — Appels formés par les accusés contre leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et par le ministère public contre l'acquiescement de ceux-ci quant aux accusations de meurtre au premier degré — Décision de la Cour d'appel rejetant les appels des accusés mais accueillant ceux du ministère public et substituant aux verdicts d'acquiescement des déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré — Appels de plein droit des accusés à la Cour suprême du Canada à l'encontre de la substitution des verdicts — Les accusés peuvent-ils invoquer des moyens d'appel à l'égard des déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré? — Sens de l'expression « toute question de droit » — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691(2)(b).

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour d'appel — Compétence — Accusés inculpés de meurtre au premier degré mais reconnus coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue de leur procès — Appel du ministère public

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of Appeal — Whether Court of Appeal had jurisdiction to hear Crown appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676.

R. v. Comeau 342

Constitutional law — Interprovincial trade — Provincial offences — Restricted access to liquor from other provinces — New Brunswick resident charged under s. 134(b) of Liquor Control Act for having quantities of alcohol in excess of applicable limit — Whether s. 134(b) of Liquor Control Act infringes s. 121 of Constitution Act, 1867 — Whether s. 121 is free trade provision that bars any impediment to interprovincial commerce — Meaning of “admitted free” in s. 121 — Whether trial judge erred in departing from binding precedent on basis of historical evidence and expert’s opinion of evidence — Constitution Act, 1867, s. 121 — Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 134(b).

Office of the Children’s Lawyer v. Balev 398

Family law — Custody — Wrongful removal or retention of child — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction — Mother of children living in Canada pursuant to a time-limited custody agreement failing to return children to father in Germany following expiry of consent period — Retention of children triggering operation of return mechanism under Hague Convention — Whether children were “habitually resident” in Germany at time of allegedly wrongful retention — How courts should consider child’s objections to return to jurisdiction of habitual residence — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, arts. 3, 13.

Legislation — Interpretation — Treaty implemented in domestic legislation — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction — Habitual residence — Different approaches to determination of “habitually resident” in Article 3 of Convention developing in international jurisprudence — Canada signatory to this Convention and to Vienna Convention on Law of Treaties — Whether Canadian courts should adopt parental intention approach, child-centred approach or hybrid approach

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

à la Cour d’appel à l’encontre des acquittements prononcés à l’égard des accusations de meurtre au premier degré — La Cour d’appel avait-elle compétence pour connaître des appels du ministère public? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 676.

R. c. Comeau 342

Droit constitutionnel — Commerce interprovincial — Infractions provinciales — Accès restreint à des boissons alcooliques provenant d’autres provinces — Résident du Nouveau-Brunswick accusé en application de l’art. 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools pour avoir eu en sa possession plus d’alcool que la limite permise — L’article 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools contrevient-il à l’art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867? — L’article 121 est-il une disposition de libre-échange qui proscriit toute entrave au commerce interprovincial? — Quel est le sens de l’expression « admis en franchise » qui figure à l’art. 121? — Le juge du procès a-t-il eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l’opinion d’un expert sur le sens de cette preuve? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 121 — Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, art. 134b).

Bureau de l’avocat des enfants c. Balev 398

Droit de la famille — Garde — Déplacement ou non-retour illicite d’enfant — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants — Omission d’une mère vivant au Canada avec ses enfants conformément à un accord d’une durée limitée sur la garde de renvoyer les enfants à leur père en Allemagne au terme du séjour convenu — Enclenchement par cette omission du mécanisme de la Convention de La Haye permettant d’obtenir une ordonnance de retour — Les enfants avaient-ils leur « résidence habituelle » en Allemagne au moment du non-retour illicite allégué? — Suivant quels paramètres les tribunaux doivent-ils se prononcer sur l’opposition de l’enfant à son retour dans le ressort de sa résidence habituelle? — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 13.

Législation — Interprétation — Traité mis en œuvre par des dispositions législatives nationales — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants — Résidence habituelle — Différentes approches se font jour dans la jurisprudence internationale quant à la détermination du lieu de la « résidence habituelle » pour l’application de l’article 3 de la Convention — Le Canada est signataire de cette Convention ainsi que de la Convention de Vienne sur le droit des traités — Les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to consideration of habitual residence of child wrongfully removed or retained within meaning of Convention — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, art. 3.

Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux 464

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on sex — Pay equity — Amendments to legislative scheme addressing systemic wage discrimination, suffered essentially by women, by replacing continuous obligation to maintain pay equity with obligation to conduct audits every five years without retroactive adjustment to date of emergence of pay inequity — Whether s. 76.5 of Pay Equity Act, under which compensation adjustment is payable only from date of posting of results of audit process, and s. 103.1 para. 2, which bars Pay Equity Commission from assessing adjustment payments prior to posting, violates s. 15 of Charter — Whether s. 76.3, which does not require inclusion of precise date of emergence of pay inequity in audit posting, violates s. 15 of Charter — If so, whether infringement justifiable — Pay Equity Act, CQLR, c. E-12.001, ss. 76.3, 76.5, 103.1 para. 2 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.

Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General) 522

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on sex — Pay equity — Legislative scheme enacted to address systemic wage discrimination suffered by employees, essentially women, occupying positions in predominantly female job classes — Lack of methodology for assessing pay equity adjustment for employees in workplaces without predominantly male job class comparators resulting in delayed access to pay equity without retroactive payment as opposed to employees in workplace with predominantly male job classes comparators — Whether six-year delay in access to pay equity resulting from s. 38 of Pay Equity Act for women employed in workplaces without male comparators violates s. 15 of Charter — If so, whether infringement justifiable — Pay Equity Act,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tribunaux canadiens devraient-ils adopter l’approche fondée sur l’intention des parents, l’approche axée sur l’enfant ou l’approche hybride pour déterminer, en application de la Convention, le lieu de la résidence habituelle d’un enfant déplacé ou retenu illicitement? — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3.

Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux 464

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Modifications à un régime législatif visant à remédier à la discrimination salariale systémique dont sont essentiellement victimes les femmes, modifications consistant à remplacer l’obligation continue de maintenir l’équité salariale par celle d’évaluer tous les cinq ans ce maintien sans versement d’ajustements rétroactifs à la date de l’apparition d’une iniquité salariale — L’article 76.5 de la Loi sur l’équité salariale, selon lequel les ajustements salariaux ne sont payables qu’à compter de la date de l’affichage des résultats du processus d’évaluation, et l’art. 103.1 al. 2, qui empêche la Commission de l’équité salariale de déterminer des ajustements salariaux antérieurs à cette date, violent-ils l’art. 15 de la Charte? — L’article 76.3, qui n’exige pas d’inclure la date précise de l’apparition d’une iniquité salariale dans l’évaluation affichée, viole-t-il l’art. 15 de la Charte? — Dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Loi sur l’équité salariale, RLRQ, c. E-12.001, art. 76.3, 76.5, 103.1 al. 2 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.

Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale) 522

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l’égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Adoption d’un régime législatif visant à remédier à la discrimination salariale systémique subie par les salariés, essentiellement des femmes, qui occupaient des postes dans des catégories d’emplois à prédominance féminine — Absence d’une méthode permettant d’évaluer les ajustements à apporter en matière d’équité salariale pour les salariés qui travaillaient dans des milieux sans catégories d’emplois à prédominance masculine pouvant servir de comparateurs, ce qui a entraîné un accès différé à l’équité salariale sans paiements rétroactifs pour ces salariés par opposition à ceux qui travaillaient dans des milieux où il existait des catégories d’emplois à prédominance masculine pouvant servir de comparateurs — L’accès différé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

CQLR, c. E-12.001, s. 38 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.

Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J. 587

Torts — Negligence — Duty of Care — Foreseeability — Personal injury — Motor vehicles — Teenagers stealing vehicle from commercial garage and joyriding — Vehicle crashing causing serious injury to passenger — Whether business owes duty of care to injured passenger — Whether risk of personal injury reasonably foreseeable — Whether business had positive duty to guard against risk of theft by minors — Whether illegal conduct could sever any proximity between parties or negate prima facie duty of care — Whether lower courts erred in recognizing duty of care.

SOMMAIRE (Fin)

de six ans à l'équité salariale résultant de l'art. 38 de la Loi sur l'équité salariale pour les femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins viole-t-il l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001, art. 38 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.

Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J. 587

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Lésions corporelles — Automobiles — Vol par des adolescents d'un véhicule d'un garage commercial et balade avec ce véhicule — Accident d'automobile causant de sérieuses blessures au passager — Le propriétaire de l'entreprise a-t-il une obligation de diligence envers le passager blessé? — Le risque de lésions corporelles était-il raisonnablement prévisible? — L'entreprise avait-elle l'obligation positive de prendre des mesures contre le risque de vol par des mineurs? — Un comportement illégal pouvait-il rompre le lien de proximité entre les parties ou écarter une obligation de diligence prima facie? — Les cours d'instances inférieures ont-elles commis une erreur en reconnaissant l'existence d'une obligation de diligence?

R.A. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent**INDEXED AS: R. v. R.A.****2018 SCC 13**

File No.: 37757.

2018: March 23.

Present: Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Accused convicted of sexual interference — Accused arguing on appeal that trial judge failed to resolve critical inconsistency in complainant's evidence and failed to explain why he accepted complainant's evidence and rejected accused's evidence — Court of Appeal holding that trial judge's analysis reflected careful and sensitive approach to evidence as a whole and that trial judge's reasons were responsive to live issues in case and to parties' key arguments — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Gillese, Huscroft and Trotter JJ.A.), 2017 ONCA 714, 355 C.C.C. (3d) 400, [2017] O.J. No. 4772 (QL), 2017 CarswellOnt 14114 (WL Can.), affirming the conviction entered by Tausendfreund J., 2015 ONSC 7494, [2015] O.J. No. 6791 (QL), 2015 CarswellOnt 19536 (WL Can.). Appeal dismissed, Gascon J. dissenting.

Howard L. Krongold, for the appellant.

Rachel Young and Alexander Alvaro, for the respondent.

R.A. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée**RÉPERTORIÉ : R. c. R.A.****2018 CSC 13**

N° du greffe : 37757.

2018 : 23 mars.

Présents : Les juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Rowe.

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

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Caractère suffisant des motifs — Accusé déclaré coupable de contacts sexuels — Présentation en appel par l'accusé d'arguments reprochant au juge du procès d'avoir omis de statuer sur une incohérence cruciale dans la preuve fournie par la plaignante et d'expliquer pourquoi il avait retenu le témoignage de cette dernière et rejeté celui de l'accusé — Conclusion de la Cour d'appel portant que l'analyse du juge du procès reflétait une approche prudente et sensible à l'égard de l'ensemble de la preuve et que les motifs exposés par celui-ci répondaient aux questions en litige dans l'instance et aux principaux arguments des parties — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Gillese, Huscroft et Trotter), 2017 ONCA 714, 355 C.C.C. (3d) 400, [2017] O.J. No. 4772 (QL), 2017 CarswellOnt 14114 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité inscrite par le juge Tausendfreund, 2015 ONSC 7494, [2015] O.J. No. 6791 (QL), 2015 CarswellOnt 19536 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge Gascon est dissident.

Howard L. Krongold, pour l'appellant.

Rachel Young et Alexander Alvaro, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] MOLDAVER J. — A majority of the Court would dismiss the appeal, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal. Justice Gascon, dissenting, would have allowed the appeal for the reasons of Justice Trotter.

[1] LE JUGE MOLDAVER — La Cour, à la majorité, rejette le pourvoi essentiellement pour les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel. Le juge Gascon, dissident, aurait accueilli le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Trotter.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

Procureurs de l'appellant : Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

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

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

Marie-Eve Magoon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Spencer Lee Jordan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MAGOON

2018 SCC 14

File Nos.: 37416, 37479.

Hearing and judgments: November 27, 2017.

Reasons delivered: April 13, 2018.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — First degree murder — Unlawful confinement — Elements of offence — Father and stepmother convicted at trial of second degree murder in beating death of six-year-old child — Court of Appeal holding that death caused while child unlawfully confined and substituting first degree murder convictions — Whether child unlawfully confined — Whether unlawful confinement and murder part of same transaction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 231(5), 279(2).

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Accused charged with first degree murder but convicted at trial of second degree murder — Accused appealing second degree murder convictions and Crown appealing first degree murder acquittals — Court of Appeal dismissing appeals by accused but allowing Crown appeals and substituting first degree murder convictions — Accused appealing as of

Marie-Eve Magoon *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Spencer Lee Jordan *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. MAGOON

2018 CSC 14

N^{os} du greffe : 37416, 37479.

Audition et jugements : 27 novembre 2017.

Motifs déposés : 13 avril 2018.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

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

Droit criminel — Meurtre au premier degré — Séquestration illégale — Éléments de l'infraction — Père et belle-mère reconnus coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue de leur procès pour avoir battu à mort une enfant de six ans — Décision de la Cour d'appel portant que la mort a été causée pendant que l'enfant était séquestrée illégalement et substituant aux acquittements des déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré — L'enfant a-t-elle été séquestrée illégalement? — La séquestration illégale et le meurtre faisaient-ils partie de la même opération? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 231(5), 279(2).

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Accusés inculpés de meurtre au premier degré mais déclarés coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue de leur procès — Appels formés par les accusés contre leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré et par le ministère public contre l'acquiescement de ceux-ci quant aux accusations de meurtre au premier degré — Décision

right to Supreme Court of Canada from substituted verdicts — Whether accused can raise grounds of appeal relating to second degree murder convictions — Meaning of “any question of law” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(2)(b).

Criminal law — Appeals — Appeals to Court of Appeal — Jurisdiction — Accused charged with first degree murder but convicted at trial of second degree murder — Crown appealing first degree murder acquittals to Court of Appeal — Whether Court of Appeal had jurisdiction to hear Crown appeals — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 676.

M, who was six years old, died after spending a week-end at the home of her father and stepmother, the two accused. During that period, M was burned, forced for hours to run up and down the stairs as a form of punishment, and severely beaten. She suffered damage to her internal organs, and a subdural hematoma and cerebral swelling caused by at least five serious blows to the head. The accused did not seek medical attention for M until she was in complete cardiac and respiratory failure. She did not survive.

The accused were charged with first degree murder and convicted of second degree murder at trial. They appealed from their second degree murder convictions and the Crown appealed from their first degree murder acquittals. The Court of Appeal dismissed the accused's appeals, but allowed the Crown appeals. It held that the accused unlawfully confined M in circumstances that rendered them liable for first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code*. It therefore set aside the acquittals for first degree murder and substituted verdicts of guilty.

The accused appealed to this Court as of right, under s. 691(2)(b) of the *Criminal Code*. The Crown moved to strike portions of the accused's notices of appeal, on the basis that the accused did not have an appeal as of

de la Cour d'appel rejetant les appels des accusés mais accueillant ceux du ministère public et substituant aux verdicts d'acquiescement des déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré — Appels de plein droit des accusés à la Cour suprême du Canada à l'encontre de la substitution des verdicts — Les accusés peuvent-ils invoquer des moyens d'appel à l'égard des déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré? — Sens de l'expression « toute question de droit » — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 691(2)b).

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour d'appel — Compétence — Accusés inculpés de meurtre au premier degré mais reconnus coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue de leur procès — Appel du ministère public à la Cour d'appel à l'encontre des acquiescements prononcés à l'égard des accusations de meurtre au premier degré — La Cour d'appel avait-elle compétence pour connaître des appels du ministère public? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 676.

M, qui était âgée de six ans, est décédée après avoir passé un week-end chez son père et sa belle-mère, les deux accusés. Durant cette période, M a été brûlée, contrainte à monter et descendre un escalier en courant pendant des heures à titre de punition, et violemment battue. Elle a subi des lésions aux organes internes, ainsi qu'un hématome sous-dural et un œdème cérébral causés par au moins cinq coups sérieux à la tête. Les accusés n'ont pas cherché à obtenir des soins médicaux pour M avant qu'elle se retrouve en situation d'insuffisance cardiaque et respiratoire complète. Elle n'a pas survécu.

Les accusés ont été inculpés de meurtre au premier degré et, à l'issue de leur procès, ils ont été reconnus coupables de meurtre au deuxième degré. Ils ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, et le ministère public a fait appel de leur acquiescement quant aux accusations de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a rejeté les appels des accusés, mais a accueilli ceux du ministère public. Elle a statué que les accusés avaient séquestré illégalement M dans des circonstances les rendant susceptibles d'être déclarés coupables de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel*. Elle a en conséquence annulé les acquiescements inscrits quant aux accusations de meurtre au premier degré et y a substitué des verdicts de culpabilité.

Les accusés ont fait appel de plein droit devant la Cour en vertu de l'al. 691(2)b) du *Code criminel*. Le ministère public a présenté des requêtes sollicitant la radiation de certaines portions des avis d'appel des accusés, au motif

right regarding the grounds of appeal that called into question their convictions for second degree murder. The accused then filed applications for leave to appeal under s. 691(1)(b) with respect to the grounds that the Crown sought to strike. At the hearing of the appeals, the Crown's motions to strike were allowed, the accused's applications for leave to appeal were dismissed, and the accused's appeals were dismissed, with reasons to follow.

Held: The appeals should be dismissed.

The accused did have an appeal as of right to this Court under s. 691(2)(b) of the *Criminal Code* on any question of law relating to the reversal of their first degree murder acquittals, but required leave to appeal under s. 691(1)(b) in order to raise grounds of appeal relating to their second degree murder convictions. The meaning of "any question of law" in s. 691(2)(b) is restricted to questions of law relating to the substituted verdicts of guilty for first degree murder. Sections 691(1) and 691(2) must be read and interpreted harmoniously: s. 691(1) applies where a conviction has been affirmed by the court of appeal, and s. 691(2) applies where an acquittal has been set aside by the court of appeal. Each provision confers different rights on an appellant, depending on the circumstances, and these parallel routes of appeal must be kept separate and distinct.

The Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown appeals from the first degree murder acquittals in the present case. For appeal purposes, first degree murder and second degree murder are treated as two distinct offences. Where an accused is charged with first degree murder but convicted of second degree murder, he or she has been acquitted of first degree murder. In such a case, the accused may appeal the conviction for second degree murder, and the Crown may appeal the acquittal of first degree murder under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*.

The Court of Appeal did not err in finding the accused guilty of first degree murder. The five elements of the applicable test set out in *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306,

que ces derniers ne pouvaient se pourvoir de plein droit relativement aux moyens d'appel qu'ils invoquaient pour contester leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Les accusés ont alors déposé des demandes d'autorisation d'appel en vertu de l'al. 691(1)(b) à l'égard des moyens dont le ministère public sollicitait la radiation. À l'audition des appels, les requêtes en radiation du ministère public ont été accordées, les demandes d'autorisation d'appel des accusés ont été rejetées et les pourvois des accusés ont été rejetés, avec motifs à suivre.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Les accusés pouvaient effectivement, en vertu de l'al. 691(2)(b) du *Code criminel*, se pourvoir de plein droit devant la Cour relativement à toute question de droit liée à l'infirmité de leur acquittement relativement aux accusations de meurtre au premier degré, mais ils devaient obtenir l'autorisation d'appeler prévue à l'al. 691(1)(b) du *Code criminel* afin de pouvoir soulever des motifs d'appel relatifs à leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Le sens de l'expression « toute question de droit » employée à l'al. 691(2)(b) se limite aux questions de droit se rapportant aux verdicts de culpabilité pour meurtre au premier degré substitués aux acquittements initiaux. Les paragraphes 691(1) et (2) doivent être lus et interprétés comme constituant un tout harmonieux : le par. 691(1) s'applique dans les cas où la condamnation est confirmée par la cour d'appel, et le par. 691(2) s'applique dans ceux où l'acquittement est annulé par la cour d'appel. Chaque disposition confère à l'appellant des droits différents, selon les circonstances, et il faut que ces voies d'appel parallèles restent séparées et distinctes.

La Cour d'appel avait compétence pour instruire les appels formés par le ministère public à l'encontre des acquittements prononcés à l'égard des accusations de meurtre au premier degré en l'espèce. Pour les appels à cet égard, le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré sont considérés comme deux infractions distinctes. Lorsqu'une personne a été accusée de meurtre au premier degré mais est déclarée coupable de meurtre au deuxième degré, cette personne bénéficie d'un acquittement quant à l'accusation de meurtre au premier degré. Dans un tel cas, l'accusé peut interjeter appel de la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, alors que le ministère public peut faire appel du verdict d'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre au premier degré en vertu de l'al. 676(1)(a) du *Code criminel*.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en déclarant les accusés coupables de meurtre au premier degré. Les cinq éléments que prévoit l'analyse applicable énoncée

which are required for an accused to be convicted of first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code*, were met in this case, including the first and fifth elements.

With respect to the first element, unlawful confinement under s. 279(2) of the *Criminal Code* was established: the accused confined M, and the confinement was unlawful. M was coercively restrained and directed contrary to her wishes, and the acts of discipline far exceeded any acceptable form of parenting. The legal standard for proving unlawful confinement is the same for children as for adults, but in the case of a parent-child relationship, courts must keep in mind that children are inherently vulnerable and dependent, and routinely receive — and expect — directions from their parents. The Crown does not have to prove some special or extreme form of confinement in cases involving parents and their children. A finding of confinement does not require evidence of a child being physically bound or locked up; it can also result from evidence of controlling conduct. Although parents are lawfully entitled to restrict the liberty of their children in accordance with the best interests of the child, if a parent engages in abusive or harmful conduct toward his or her child that surpasses any acceptable form of parenting, the lawfulness of his or her authority to confine the child ceases. Disciplining a child by restricting his or her ability to move about freely, by physical or psychological means, contrary to the child's wishes, which exceeds the outer bounds of punishment that a parent or guardian could lawfully administer, constitutes unlawful confinement.

The fifth element of the test is also met: the unlawful confinement and murder of M were two distinct criminal acts that formed part of a single transaction. The unlawful confinement and the assaults leading to M's death were part of the same single transaction of coercion and abuse, and the unlawful confinement persisted right up to the moment M lost consciousness. The unlawful confinement was not consumed in the act of killing: not all acts of violence against M were tied to the fatal blows, some of the assaults that met the causation standard for the murder were distinct from the acts of confinement, and the assaults against M were part, but not all, of what established the

dans *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306, et qui doivent être réunis pour qu'un accusé soit déclaré coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel*, étaient présents en l'espèce, y compris les premier et cinquième éléments.

Pour ce qui est du premier élément, l'infraction de séquestration illégale prévue au par. 279(2) du *Code criminel* a été établie : les accusés ont séquestré M, et cette séquestration était illégale. M a été soumise à de la contrainte physique et forcée d'agir contre sa volonté, et les mesures disciplinaires qui lui ont été imposées dépassaient de loin toute forme acceptable d'exercice des responsabilités parentales. La norme juridique permettant d'établir l'existence d'un acte de séquestration illégale est la même pour les enfants et pour les adultes, mais dans le cas d'une relation parent-enfant, les tribunaux doivent se rappeler que les enfants sont intrinsèquement vulnérables et dépendants, et qu'ils reçoivent — et attendent — couramment des instructions de leurs parents. Le ministère public n'est pas tenu de prouver l'existence d'une forme particulière ou extrême de séquestration dans les affaires concernant des parents et leurs enfants. Pour que le tribunal puisse conclure qu'un enfant a été séquestré, il n'est pas nécessaire de prouver que l'enfant a été physiquement attaché ou enfermé; la séquestration peut aussi résulter de la preuve d'un comportement contrôlant. Bien que des parents soient légitimement autorisés à restreindre la liberté de leurs enfants dans l'intérêt supérieur de ceux-ci, si un parent adopte, envers son enfant, un comportement abusif ou préjudiciable qui dépasse toute forme acceptable d'exercice des responsabilités parentales, l'autorisation reconnue à ce parent de séquestrer son enfant cesse d'être légitime. Le fait de punir un enfant en restreignant sa liberté de se déplacer librement, au moyen de mesures de contrainte physique ou psychologique imposées à l'encontre de la volonté de l'enfant — mesures qui excèdent les limites du châtement qu'un parent ou tuteur peut légitimement infliger —, constitue une séquestration illégale.

Le cinquième élément de l'analyse est lui aussi présent : la séquestration illégale et le meurtre de M ont constitué deux actes criminels distincts qui faisaient partie d'une seule et même opération. La séquestration illégale et les agressions qui ont mené à la mort de M faisaient partie d'une seule et même opération de contrainte et de sévices, et la séquestration illégale a persisté jusqu'au moment où M a perdu conscience. La séquestration illégale n'était pas dissoute dans l'acte même du meurtre : les actes de violence commis à l'endroit de M n'étaient pas tous liés aux coups fatals, certaines des agressions qui satisfaisaient à la norme de causalité applicable au meurtre constituaient

unlawful confinement, since the confinement also involved non-physical acts of coercion.

Cases Cited

Applied: *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306; **distinguished:** *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; **considered:** *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 332 C.C.C. (3d) 114; **referred to:** *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Pritchard*, 2008 SCC 59, [2008] 3 S.C.R. 195; *R. v. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL), aff'd 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, leave to appeal refused, [2012] 1 S.C.R. vi; *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. v. Kematch*, 2010 MBCA 18, 252 C.C.C. (3d) 349; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 43, 231(5), 279(2), 662, 675(1)(a)(i), 676, 686(4)(b)(ii), 691(1), (2), 745.4.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Paperny, Veldhuis and Wakeling JJ.A.), 2016 ABCA 412, [2016] A.J. No. 1349 (QL), 2016 CarswellAlta 2435 (WL Can.), substituting convictions for first degree murder to the convictions for second degree murder entered by Nation J., 2015 ABQB 351, 594 A.R. 272, [2015] A.J. No. 607 (QL), 2015 CarswellAlta 975 (WL Can.). Appeals dismissed.

Michael Bates and Nicole Rodych, for the appellant Marie-Eve Magoon.

Brendan M. Miller and Jeinis S. Patel, for the appellant Spencer Lee Jordan.

Christine Rideout and Andrew Barg, for the respondent.

des actes distincts des actes de séquestration, et les agressions commises contre M ne représentaient qu'une partie, et non l'ensemble, de la preuve établissant la séquestration illégale, puisque la séquestration avait également comporté des actes de contrainte non physique.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; **arrêts examinés :** *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 332 C.C.C. (3d) 114; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Pritchard*, 2008 CSC 59, [2008] 3 R.C.S. 195; *R. c. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL), conf. par 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, autorisation d'appel refusée, [2012] 1 R.C.S. vi; *R. c. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462; *R. c. Kematch*, 2010 MBCA 18, 252 C.C.C. (3d) 349; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 43, 231(5), 279(2), 662, 675(1)(a)(i), 676, 686(4)(b)(ii), 691(1), (2), 745.4.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Paperny, Veldhuis et Wakeling), 2016 ABCA 412, [2016] A.J. No. 1349 (QL), 2016 CarswellAlta 2435 (WL Can.), qui a substitué des déclarations de culpabilité pour meurtre au premier degré aux déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré inscrites par la juge Nation, 2015 ABQB 351, 594 A.R. 272, [2015] A.J. No. 607 (QL), 2015 CarswellAlta 975 (WL Can.). Pourvois rejetés.

Michael Bates et Nicole Rodych, pour l'appelante Marie-Eve Magoon.

Brendan M. Miller et Jeinis S. Patel, pour l'appellant Spencer Lee Jordan.

Christine Rideout et Andrew Barg, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

ABELLA AND MOLDAVER JJ. —

Overview

[1] Meika Jordan died on November 14, 2011, after spending a weekend at the home of her father, Spencer Jordan, and her stepmother, Marie-Eve Magoon. She was six years old. Meika was burned, forced for hours to run up and down the stairs as a form of punishment, and severely beaten when Mr. Jordan and Ms. Magoon felt she was not complying. She suffered damage to her internal organs and sustained at least five serious blows to the head. Her father and stepmother did not seek medical assistance for her until she lost consciousness at the end of the weekend.

[2] Ms. Magoon and Mr. Jordan were charged with first degree murder and convicted of second degree murder at trial. The trial judge did not accept their explanation that Meika died from a single accidental fall, and rejected their attempts to point the finger at one another. In her view, the evidence established that both had repeatedly and intentionally assaulted Meika, each knowing that their actions were likely to cause her death. However, she was not satisfied that Ms. Magoon and Mr. Jordan had unlawfully confined Meika while inflicting the fatal injuries on her, and she acquitted them of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] Ms. Magoon and Mr. Jordan appealed from their second degree murder convictions and the Crown appealed from their first degree murder acquittals. The Court of Appeal of Alberta dismissed Ms. Magoon's and Mr. Jordan's appeals, but allowed the Crown appeals. It held that the trial judge applied an incorrect, unduly narrow test for unlawful confinement, and that, applying the proper test, Ms. Magoon and Mr. Jordan did unlawfully confine Meika in circumstances that rendered them liable for

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES ABELLA ET MOLDAVER —

Aperçu

[1] Meika Jordan est décédée le 14 novembre 2011, après avoir passé un week-end chez son père, Spencer Jordan, et sa belle-mère, Marie-Eve Magoon. Elle était âgée de six ans. Meika a été brûlée, contrainte de monter et de descendre un escalier en courant pendant des heures à titre de punition, et violemment battue lorsque M. Jordan et M^{me} Magoon estimaient qu'elle n'obéissait pas. Elle a subi des lésions aux organes internes et reçu au moins cinq coups sérieux à la tête. Ce n'est que lorsqu'elle a perdu conscience, à la fin du week-end, que son père et sa belle-mère ont cherché à lui obtenir des soins médicaux.

[2] M^{me} Magoon et M. Jordan ont été accusés de meurtre au premier degré et, à l'issue de leur procès, ils ont été reconnus coupables de meurtre au deuxième degré. La juge du procès n'a pas accepté leur explication selon laquelle Meika serait morte des suites d'une seule et unique chute accidentelle, et elle a rejeté leurs tentatives de se jeter mutuellement le blâme. À son avis, la preuve démontrait qu'ils avaient tous deux, de façon répétée et intentionnelle, brutalisé Meika, sachant que leurs actes étaient de nature à causer sa mort. Toutefois, n'étant pas convaincue que M^{me} Magoon et M. Jordan séquestraient Meika sans autorisation légitime, c'est-à-dire illégalement, lorsqu'ils lui ont infligé les blessures fatales, la juge les a acquittés des accusations de meurtre au premier degré fondées sur l'al. 231(5)e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[3] M^{me} Magoon et M. Jordan ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, et le ministère public a fait appel de leur acquittement quant aux accusations de meurtre au premier degré. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté les appels de M^{me} Magoon et de M. Jordan, mais a accueilli ceux du ministère public. Elle a statué que la juge du procès avait appliqué une analyse erronée et indûment étroite à l'égard de la question de la séquestration illégale et que, suivant l'analyse

first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*. Accordingly, the Court of Appeal set aside the acquittals for first degree murder, and substituted verdicts of guilty.

[4] Ms. Magoon and Mr. Jordan appealed to this Court. We dismissed their appeals from the bench at the hearing, with reasons to follow. These are our reasons.

Background Facts

[5] At the time of Meika's death, the custody arrangements between Mr. Jordan and Meika's mother were in flux. As a result of a temporary family court order, Meika was with her father during the week and with her mother on weekends.

[6] Mr. Jordan texted Meika's mother shortly before Meika was due to be returned to her on Friday, November 11, requesting that Meika be allowed to stay the weekend. He lied, using the excuse that Ms. Magoon had left him and he did not want to be alone, in order to persuade the mother that Meika should be permitted to stay for the weekend. The real reason that Ms. Magoon and Mr. Jordan wanted to keep Meika was so that her mother would not see the very serious burn Ms. Magoon had deliberately inflicted on Meika's hand by holding it over a flame on Thursday, the day before she was to be returned to her mother for the weekend.

[7] On the evening of Sunday, November 13, Ms. Magoon and Mr. Jordan called paramedics. When they arrived, Meika was unconscious. She died in hospital the next day. Her injuries included a lacerated pancreas, a tear of the liver, a subdural hematoma and cerebral swelling, extensive bruising all over her body, matted hair with clumps missing,

appropriée, M^{me} Magoon et M. Jordan avaient bel et bien séquestré illégalement Meika dans des circonstances les rendant susceptibles d'être déclarés coupables de meurtre au premier degré aux termes de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*. En conséquence, la Cour d'appel a annulé les acquittements inscrits quant aux accusations de meurtre au premier degré et y a substitué des verdicts de culpabilité.

[4] M^{me} Magoon et M. Jordan ont interjeté appel devant notre Cour. Nous avons rejeté leurs pourvois à l'audience, avec motifs à suivre. Voici ces motifs.

Contexte factuel

[5] Lorsque Meika est décédée, les arrangements entre M. Jordan et la mère de Meika concernant la garde de celle-ci n'étaient pas fixés. Conformément à une ordonnance temporaire rendue par un tribunal de la famille, Meika restait avec son père durant la semaine, et avec sa mère les week-ends.

[6] Le vendredi 11 novembre, peu de temps avant le moment où Meika devait retourner auprès de sa mère, M. Jordan a envoyé à cette dernière un message texte lui demandant si elle acceptait que Meika reste avec lui pour le week-end. Afin de convaincre la mère de Meika de permettre que l'enfant reste avec lui pendant le week-end, il a menti, prétextant que M^{me} Magoon l'avait quitté et qu'il ne voulait pas rester seul. Or, la véritable raison pour laquelle M^{me} Magoon et M. Jordan souhaitaient garder Meika avec eux était qu'ils voulaient éviter que sa mère ne voie la brûlure très sévère que M^{me} Magoon avait délibérément infligée à Meika en lui maintenant la main au-dessus d'une flamme, le jeudi, la veille du jour où l'enfant devait retourner chez sa mère pour le week-end.

[7] Dans la soirée du dimanche 13 novembre, M^{me} Magoon et M. Jordan ont appelé les ambulanciers paramédicaux. À l'arrivée de ceux-ci, Meika était inconsciente. Elle est décédée à l'hôpital le lendemain. Parmi les blessures qui ont été constatées, mentionnons les suivantes : laceration du pancréas, déchirure du foie, hématome sous-dural, œdème

and a burn on her hand. An abdominal bleed had compromised her cardiovascular system, making her less able to survive the repeated blows to her head.

[8] Ms. Magoon and Mr. Jordan told police that Meika had fallen down the stairs, but the medical evidence established instead a pattern of repeated and intentional violence that would have caused her considerable pain and noticeable physical deterioration before she died.

[9] To find out how the wounds were inflicted, police undertook a Mr. Big undercover operation. Both Ms. Magoon and Mr. Jordan made admissions to undercover officers that established the timing and extent of their physical abuse of Meika. After a *voir dire*, the trial judge admitted a number of these admissions pursuant to the framework set out in *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544.

[10] Ms. Magoon and Mr. Jordan were charged with first degree murder, and jointly tried by a judge sitting without a jury.

Prior Proceedings

Court of Queen's Bench of Alberta, 2015 ABQB 351, 594 A.R. 272

[11] The trial judge made the following findings of fact with respect to Mr. Jordan. On Saturday, November 12, he pushed Meika, causing her to fall backwards and hit her head with force. On Sunday, November 13, in anger, he punched Meika's stomach with full adult force, causing abdominal injuries, including the laceration of her pancreas. After hitting Meika in the stomach, Mr. Jordan forced her to run up and down the stairs as punishment. When she failed to comply, he dragged her up and down the stairs by her hair and ankles, causing her head to hit the stairs repeatedly. He also threw her up the stairs

cérébral, nombreuses ecchymoses sur tout le corps, brûlure à une main et touffes de cheveux manquantes dans sa chevelure emmêlée. Une hémorragie abdominale avait affaibli le système cardiovasculaire de l'enfant et ainsi réduit sa capacité de survivre aux coups répétés qu'elle avait subis à la tête.

[8] M^{me} Magoon et M. Jordan ont affirmé aux policiers que Meika avait déboulé un escalier, mais la preuve médicale a plutôt révélé un schème d'actes de violence répétés et délibérés, susceptibles de lui avoir causé des douleurs considérables et une détérioration physique évidente avant sa mort.

[9] Afin de découvrir comment les blessures avaient été infligées, les policiers ont mené une opération d'infiltration de type Monsieur Big, dans le cadre de laquelle des agents banalisés ont pu obtenir, tant de M^{me} Magoon que de M. Jordan, des aveux qui ont permis d'établir le moment et l'ampleur des différents sévices infligés à Meika. Au terme d'un voir-dire, la juge du procès a admis un certain nombre de ces aveux conformément au cadre d'analyse défini dans l'arrêt *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544.

[10] M^{me} Magoon et M. Jordan ont été inculpés de meurtre au premier degré et ils ont été jugés conjointement devant une juge siégeant sans jury.

Historique judiciaire

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2015 ABQB 351, 594 A.R. 272

[11] La juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes en ce qui concerne M. Jordan. Le samedi 12 novembre, il a poussé Meika, la faisant tomber à la renverse et se heurter la tête avec force. Le dimanche 13 novembre, dans un accès de colère, il lui a asséné un coup de poing à l'abdomen avec toute la force qu'un adulte peut déployer, lui causant ainsi des blessures abdominales, y compris une lacération du pancréas. Après avoir frappé Meika à l'abdomen, M. Jordan l'a forcée à monter et descendre un escalier en courant pour la punir. Lorsqu'elle ne le faisait pas, il la traînait de haut en bas dans l'escalier

into the kitchen and pushed her down to the kitchen floor with force a number of times.

[12] The trial judge made the following findings of fact with respect to Ms. Magoon. On Thursday, November 10, Ms. Magoon held Meika's hand over a lighter until she suffered a serious, but not life-threatening burn. Meika screamed and urinated on herself from the pain. On the afternoon of Sunday, November 13, while Meika was trying to run up and down the stairs, Ms. Magoon shoved and kicked Meika multiple times, causing her to fall and hit her head on the wall and on hardwood siding. She pushed Meika into a high chair several times, and also stood over Meika in the kitchen, holding her by the arms and shaking her. This caused Meika's head to hit the tile floor repeatedly.

[13] The trial judge found that the medical evidence could not conclusively establish precisely which blow caused Meika's death, but the potential causes were identifiable. The internal injuries resulting from the blow Mr. Jordan delivered to Meika's abdomen would have accelerated her death and met the standard of legal causation. Moreover, any one or a combination of the (at least) five significant blows to Meika's head administered by both Ms. Magoon and Mr. Jordan could have been the fatal blow, resulting in bleeding in Meika's brain. Since each delivered a blow that was capable of being one of the fatal blows, the trial judge found that the Crown had met its burden of proving causation for both Ms. Magoon and Mr. Jordan.

[14] The trial judge found that both accused were frustrated with Meika and felt that she was not complying with the discipline they had imposed.

en la tenant par les cheveux et les chevilles, de telle sorte que la tête de l'enfant heurtait les marches de façon répétée. Il l'a également projetée jusque dans la cuisine, en haut de l'escalier, puis l'a rabattue violemment à plusieurs reprises sur le plancher de la cuisine.

[12] La juge du procès a tiré les conclusions qui suivent pour ce qui est de M^{me} Magoon. Le jeudi 10 novembre, M^{me} Magoon a tenu la main de Meika au-dessus de la flamme d'un briquet, et ce, suffisamment longtemps pour qu'elle subisse une brûlure qui était grave, mais ne mettait pas sa vie en danger. Meika a hurlé et s'est uriné dessus à cause de la douleur. Durant l'après-midi du dimanche 13 novembre, alors que Meika s'efforçait de monter et de descendre l'escalier en courant, M^{me} Magoon l'a poussée et frappée du pied à de nombreuses reprises, ce qui l'a fait tomber et se heurter la tête sur le mur et sur les lambris en bois franc. M^{me} Magoon a à plusieurs reprises poussé violemment Meika sur une chaise haute, et elle s'est également tenue au-dessus de l'enfant dans la cuisine, en lui tenant les bras et en la secouant. En raison de ces gestes, la tête de Meika a heurté les tuiles du plancher de façon répétée.

[13] La juge du procès a estimé que la preuve médicale ne permettait pas d'établir de manière concluante quel coup exactement avait causé le décès de Meika, mais que les causes potentielles étaient identifiables. Les lésions internes résultant du coup porté à l'abdomen de Meika par M. Jordan auraient hâté le décès de celle-ci, permettant ainsi de satisfaire à la norme juridique relative au lien de causalité. Qui plus est, l'un ou l'autre — ou encore une combinaison — des cinq coups sérieux (au minimum) administrés à la tête de Meika par M^{me} Magoon et M. Jordan pouvait avoir constitué le coup fatal ayant provoqué l'hémorragie dans le cerveau de Meika. La juge du procès a conclu que, comme M^{me} Magoon et M. Jordan avaient chacun asséné à Meika un coup susceptible de lui avoir été fatal, le ministère public s'était acquitté du fardeau qui lui incombait d'établir le lien de causalité requis à l'égard des deux accusés.

[14] La juge du procès a statué que les deux accusés étaient exaspérés par Meika et considéraient qu'elle ne se soumettait pas à la discipline qu'ils imposaient.

Each was generally aware of the disciplinary steps taken by the other, having discussed making her run the stairs and spanking her. Mr. Jordan was aware of the burn Ms. Magoon inflicted on Meika, and each knew that the other was physically assaulting Meika on Sunday. The trial judge also found that both Ms. Magoon and Mr. Jordan were aware of the deterioration of Meika's condition on Sunday, including her neurological deterioration. In her view, they were acting in a common purpose throughout the weekend.

[15] The trial judge was further satisfied that Ms. Magoon and Mr. Jordan knew that the bodily harm they inflicted on Meika would likely cause her death. She also found that they were reckless as to whether or not death ensued. In this regard, she noted that even though the deterioration of Meika's level of function was apparent, both Ms. Magoon and Mr. Jordan continued to assault her. Moreover, they did not seek medical attention until Meika was in complete cardiac and respiratory failure.

[16] For those reasons, the trial judge concluded that Mr. Jordan and Ms. Magoon were guilty of second degree murder. The trial judge then considered whether Mr. Jordan and Ms. Magoon were guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*.

[17] The applicable test is set out in *R. v. Harbottle*, [1993] 3 S.C.R. 306, which requires that for an accused to be convicted of first degree murder under s. 231(5) of the *Criminal Code* (then s. 214(5)), the Crown must establish beyond a reasonable doubt that: (1) the accused was guilty of the underlying crime of domination or of attempting to commit that crime; (2) the accused was guilty of the murder of the victim; (3) the accused participated in the murder in such a manner that he was a substantial cause of the death of the victim; (4) there was no intervening act of another which resulted in the accused no longer being substantially connected to the death of the

De façon générale, chacun était au fait des mesures disciplinaires infligées par l'autre, puisqu'ils avaient discuté de l'idée de lui faire monter et descendre les marches de l'escalier en courant et de lui donner la fessée. M. Jordan était au courant de la brûlure causée à Meika par M^{me} Magoon, et, le dimanche, chacun savait que l'autre brutalisait physiquement Meika. La juge du procès a également conclu que ce jour-là, M^{me} Magoon et M. Jordan étaient tous les deux conscients de la dégradation de l'état de Meika, y compris sa détérioration neurologique. Selon la juge, le couple avait agi dans une intention commune tout au long du week-end.

[15] La juge du procès était par ailleurs convaincue que M^{me} Magoon et M. Jordan savaient tous deux que les lésions corporelles qu'ils infligeaient à Meika étaient de nature à causer son décès. Elle a également estimé qu'il leur était indifférent que mort s'ensuive ou non. À cet égard, elle a souligné que, même si la détérioration du niveau de fonctionnement de Meika était évidente, M^{me} Magoon et M. Jordan ont continué de la rudoyer. De surcroît, ils n'avaient pas cherché à obtenir des soins médicaux avant que Meika se retrouve en situation d'insuffisance cardiaque et respiratoire complète.

[16] Pour ces motifs, la juge du procès a conclu que M. Jordan et M^{me} Magoon étaient coupables de meurtre au deuxième degré. Elle s'est ensuite demandé s'ils étaient coupables de meurtre au premier degré aux termes de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*.

[17] Suivant l'analyse applicable à cet égard, qui est énoncée dans l'arrêt *R. c. Harbottle*, [1993] 3 R.C.S. 306, pour qu'un accusé soit déclaré coupable de meurtre au premier degré aux termes du par. 231(5) du *Code criminel* (alors le par. 214(5)), le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable les éléments suivants : (1) l'accusé est coupable du crime sous-jacent comportant domination, ou d'une tentative de commettre ce crime; (2) l'accusé est coupable du meurtre de la victime; (3) l'accusé a participé au meurtre d'une telle manière qu'il a été une cause substantielle du décès de la victime; (4) il n'y a pas eu d'intervention d'une autre

victim; and (5) the crimes of domination and murder were part of the same transaction (p. 325).

[18] The trial judge concluded that the Crown had proven elements two, three, and four. Her inquiry therefore focused on elements one and five: Did Ms. Magoon and Mr. Jordan unlawfully confine Meika, and, if so, were the unlawful confinement and murder part of the same transaction?

[19] The trial judge rejected the Crown's submission that withholding Meika from her biological mother under false pretences and contrary to the existing custody order constituted unlawful confinement. The trial judge also rejected the Crown's submission that Ms. Magoon and Mr. Jordan lost lawful authority to control Meika when they began assaulting her, concluding that although "each accused had clearly overstepped any authority they had to discipline Meika", her mere presence in the house at the time the assaults occurred did not establish that she was unlawfully confined (para. 202).

[20] In light of this, the trial judge concluded that the Crown had failed to prove the first and fifth elements of the *Harbottle* analysis. As a result, she convicted Ms. Magoon and Mr. Jordan of second degree murder, and acquitted them of first degree murder.

[21] Ms. Magoon and Mr. Jordan each appealed their second degree murder convictions, and the Crown appealed each of their first degree murder acquittals.

Court of Appeal of Alberta, 2016 ABCA 412

[22] In the Court of Appeal, Justice Paperny, writing for herself and Justice Veldhuis, dismissed

personne qui a fait en sorte que l'accusé n'est plus substantiellement lié au décès de la victime; et (5) le crime comportant domination et le meurtre faisaient partie de la même opération (p. 325).

[18] Ayant conclu que le ministère public avait fait la preuve des deuxième, troisième et quatrième éléments de l'analyse, la juge du procès s'est donc attachée aux premier et cinquième éléments et s'est posé les questions suivantes : M^{me} Magoon et M. Jordan ont-ils séquestré Meika illégalement? Dans l'affirmative, cette séquestration illégale et le meurtre faisaient-ils partie de la même opération?

[19] La juge du procès a rejeté l'argument du ministère public selon lequel le fait de soustraire Meika à sa mère biologique sous de faux prétextes, et en contravention de l'ordonnance de garde en vigueur, avait constitué une séquestration illégale. Elle a également repoussé les prétentions du ministère public suivant lesquelles M^{me} Magoon et M. Jordan ont perdu l'autorisation légitime d'exercer un contrôle sur Meika lorsqu'ils ont commencé à la brutaliser, concluant que, bien que [TRADUCTION] « chacun des accusés ait clairement outrepassé toute autorité dont il disposait pour corriger Meika », la seule présence de celle-ci dans la maison au moment des sévices commis sur sa personne ne permettait pas d'établir qu'elle avait été séquestrée illégalement (par. 202).

[20] À la lumière de ce qui précède, la juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à établir les premier et cinquième éléments de l'analyse énoncée dans *Harbottle*, et elle a en conséquence déclaré M^{me} Magoon et M. Jordan coupables de meurtre au deuxième degré et les a acquittés des accusations de meurtre au premier degré.

[21] M^{me} Magoon et M. Jordan ont tous deux interjeté appel de leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, et le ministère public a fait appel des acquittements inscrits en leur faveur quant aux accusations de meurtre au premier degré.

Cour d'appel de l'Alberta, 2016 ABCA 412

[22] En Cour d'appel, s'exprimant en son nom et au nom de la juge Veldhuis, la juge Paperny a rejeté

Ms. Magoon's and Mr. Jordan's appeals from their second degree murder convictions. She saw no reviewable error in the trial judge's conclusion that the Mr. Big statements were admissible and that Ms. Magoon had the requisite intent for murder. She rejected Mr. Jordan's submissions that the trial judge erred in her findings of a common purpose, the absence of abandonment or any intervening act, and the requisite intent for murder. She also saw no error in the trial judge's approach to causation and the concept of recklessness.

[23] Justice Paperny allowed the Crown appeals from Ms. Magoon's and Mr. Jordan's first degree murder acquittals. She concluded that the trial judge erred by applying an unduly narrow definition of confinement in the case of children. She also held that the trial judge conflated the issue of whether there was a confinement with the question of lawful authority for the confinement. She explained that none of the defences related to the parent-child relationship, such as "justified" use of force by way of correction under s. 43 of the *Criminal Code*, applied. According to Justice Paperny, had Meika been an adult, what she experienced would have constituted unlawful confinement.

[24] After addressing all five *Harbottle* elements, Justice Paperny concluded that the test for first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code* had been met. Accordingly, she substituted first degree murder convictions for both Ms. Magoon and Mr. Jordan pursuant to s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*.

les appels formés par M^{me} Magoon et M. Jordan contre leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Elle a jugé qu'aucune erreur révisable n'entachait la conclusion de la juge du procès selon laquelle les déclarations obtenues grâce à l'opération Monsieur Big étaient admissibles et M^{me} Magoon avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre. La juge Paperny n'a pas davantage retenu les arguments de M. Jordan voulant que la juge du procès ait commis une erreur en concluant à l'existence d'une intention commune, à l'absence de renonciation à continuer les sévices ou de tout acte intermédiaire, et à l'existence de l'intention requise relativement à l'infraction de meurtre. Elle n'a en outre relevé aucune erreur dans la démarche suivie par la juge du procès à l'égard du lien de causalité et de la notion d'indifférence.

[23] La juge Paperny a fait droit aux appels interjetés par le ministère public à l'encontre des acquittements prononcés en faveur de M^{me} Magoon et de M. Jordan à l'égard des accusations de meurtre au premier degré. Elle a statué que la juge du procès avait fait erreur en appliquant une définition indûment étroite de la notion de séquestration dans le cas des enfants. Elle a également conclu que la juge du procès avait fusionné la question de savoir s'il y avait eu séquestration et celle de l'existence d'une autorisation légitime permettant cette séquestration. Elle a expliqué qu'aucun des moyens de défense se rapportant à la relation parents-enfants — par exemple, l'emploi « justifié » de la force pour corriger un enfant, prévu à l'art. 43 du *Code criminel* — ne trouvait application en l'espèce. Aux yeux de la juge Paperny, si Meika avait été une adulte, la situation qu'elle a vécue aurait constitué une séquestration illégale.

[24] Après avoir examiné les cinq éléments énoncés dans l'arrêt *Harbottle*, la juge Paperny a conclu qu'il avait été satisfait à l'analyse applicable pour justifier une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré fondée sur l'al. 231(5)e) du *Code criminel*. En conséquence, en vertu du sous-al. 686(4)b)(ii) du *Code criminel*, elle a consigné des verdicts de culpabilité pour meurtre au premier degré, tant à l'égard de M^{me} Magoon que de M. Jordan.

[25] Justice Wakeling, in concurring reasons, held that Meika was unlawfully confined because Ms. Magoon and Mr. Jordan had no legal right to care for Meika on the weekend because her mother's consent was vitiated by Mr. Jordan's deception. For this reason, he agreed with Justice Paperny that Ms. Magoon and Mr. Jordan were guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*.

[26] Ms. Magoon and Mr. Jordan appealed to this Court.

Analysis

The Crown's Motions to Strike

[27] Ms. Magoon and Mr. Jordan filed separate notices of appeal pursuant to s. 691(2)(b) of the *Criminal Code*. Ms. Magoon filed her notice of appeal on January 23, 2017, and Mr. Jordan filed his on March 8, 2017, along with a motion for extension of time. The Crown consented to the extension of time.

[28] At the outset of the appeals, the Crown moved to strike portions of Ms. Magoon's and Mr. Jordan's notices of appeal. It did so on the basis that Ms. Magoon and Mr. Jordan did not have an appeal *as of right* under s. 691(2)(b) of the *Criminal Code* regarding the grounds of appeal that called into question their convictions for second degree murder. Rather, it maintained that with respect to those grounds, Ms. Magoon and Mr. Jordan required leave to appeal under s. 691(1)(b) of the *Criminal Code*.

[29] At the hearing, this Court allowed the Crown's motions to strike (*Bulletin of Proceedings*, June 8, 2018, at pp. 746-47). We did so on the basis that it was not open to Ms. Magoon and Mr. Jordan to raise grounds of appeal relating to their second degree murder convictions — grounds that were unanimously dismissed by the Court of Appeal of

[25] Dans des motifs concordants, le juge Wakeling a statué que Meika avait été séquestrée illégalement, parce que M^{me} Magoon et M. Jordan n'avaient aucun droit légal d'assumer la garde de Meika pendant le week-end, car le consentement donné par la mère de l'enfant était vicié en raison de la tromperie de M. Jordan. Pour cette raison, le juge Wakeling a souscrit à l'opinion de la juge Paperny selon laquelle M^{me} Magoon et M. Jordan étaient coupables de meurtre au premier degré aux termes de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*.

[26] M^{me} Magoon et M. Jordan se sont pourvus devant la Cour.

Analyse

Les requêtes en radiation déposées par le ministère public

[27] M^{me} Magoon et M. Jordan ont déposé des avis d'appel distincts en vertu de l'al. 691(2)b) du *Code criminel*. M^{me} Magoon a déposé son avis d'appel le 23 janvier 2017, alors que M. Jordan a déposé le sien le 8 mars 2017, en même temps qu'une requête en prorogation de délai. Le ministère public a consenti à la prorogation demandée.

[28] Dès le début des présents pourvois, le ministère public a présenté des requêtes sollicitant la radiation de certaines portions des avis d'appel de M^{me} Magoon et de M. Jordan, au motif que ces derniers ne pouvaient se pourvoir *de plein droit* en vertu de l'al. 691(2)b) du *Code criminel* relativement aux moyens d'appel qu'ils invoquaient pour contester leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Le ministère public a soutenu que, pour s'appuyer sur ces moyens, M^{me} Magoon et M. Jordan devaient obtenir l'autorisation d'appeler prévue à l'al. 691(1)b) du *Code criminel*.

[29] À l'audience, la Cour a fait droit aux requêtes en radiation déposées par le ministère public (*Bulletin des procédures*, 8 juin 2018, p. 746-747). Notre décision se fonde sur le fait qu'il n'était pas loisible à M^{me} Magoon et à M. Jordan de soulever des moyens d'appel se rapportant à leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré — moyens qui

Alberta — without first obtaining leave from this Court.

[30] The following questions arise from the Crown’s motions to strike: What is the meaning of “any question of law” in s. 691(2)(b) of the *Criminal Code*? More precisely, does “any question of law” include questions of law relating to Ms. Magoon’s and Mr. Jordan’s second degree murder convictions? Or is “any question of law” restricted to questions of law relating to the substituted verdicts of guilty for first degree murder? As we will explain, the latter question accurately reflects the state of the law and it should be answered in the affirmative.

[31] Sections 691(1) and 691(2) of the *Criminal Code* state:

Appeal from conviction

691 (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

Appeal where acquittal set aside

(2) A person who is acquitted of an indictable offence other than by reason of a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder and whose acquittal is set aside by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents;

(b) on any question of law, if the Court of Appeal enters a verdict of guilty against the person; or

ont été écartés à l’unanimité par la Cour d’appel de l’Alberta — sans d’abord obtenir l’autorisation de la Cour.

[30] Les requêtes en radiation présentées par le ministère public soulèvent les questions suivantes : Quel est le sens de l’expression « toute question de droit » employée à l’al. 691(2)b) du *Code criminel*? Plus précisément, est-ce que les questions de droit relatives aux déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcées contre M^{me} Magoon et M. Jordan sont visées par l’expression « toute question de droit »? Ou est-ce que la portée de cette expression se limite aux questions de droit se rapportant aux verdicts de culpabilité pour meurtre au premier degré substitués aux acquittements initiaux? Comme nous l’expliquerons plus loin, la dernière question reflète fidèlement l’état du droit et il y a lieu d’y répondre par l’affirmative.

[31] Les paragraphes 691(1) et (2) du *Code criminel* sont rédigés ainsi :

Appel d’une déclaration de culpabilité

691 (1) La personne déclarée coupable d’un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d’appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l’autorisation d’appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

Appel lorsque l’acquittement est annulé

(2) La personne qui est acquittée de l’accusation d’un acte criminel — sauf dans le cas d’un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — et dont l’acquittement est annulé par la cour d’appel peut interjeter appel devant la Cour Suprême du Canada :

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si la cour d’appel a consigné un verdict de culpabilité;

(c) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

[32] A plain reading, as well as a contextual and purposive approach to interpreting these provisions, leads to the conclusion that Ms. Magoon and Mr. Jordan required leave under s. 691(1)(b) of the *Criminal Code* in order to raise grounds of appeal relating to their second degree murder convictions. This interpretation is also consistent with this Court's jurisprudence.

[33] Sections 691(1) and 691(2) of the *Criminal Code* set out the routes of appeal to the Supreme Court of Canada available to an accused. Section 691(1) applies where a conviction has been affirmed by the court of appeal; s. 691(2) applies where an acquittal has been set aside by the court of appeal. In this case, both sections apply.

[34] There were four separate and distinct appeals heard by the Court of Appeal of Alberta. The first two appeals, by Ms. Magoon and Mr. Jordan, related to their second degree murder convictions. The Court of Appeal of Alberta unanimously dismissed those appeals, thus affirming the convictions. As such, with respect to the questions of law raised in those appeals, s. 691(1)(b) provides the only appeal route to this Court. The second two appeals, by the Crown, related to Ms. Magoon's and Mr. Jordan's first degree murder acquittals. The Court of Appeal of Alberta allowed the Crown appeals, and entered verdicts of guilty for first degree murder. Thus, with respect to the questions of law raised in those appeals, s. 691(2)(b) is the only appeal route to this Court.

[35] A contextual analysis supports this conclusion. Sections 691(1) and 691(2) of the *Criminal Code* must be read and interpreted harmoniously. Each provision confers different rights on an appellant,

c) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

[32] La simple lecture de ces dispositions, conjuguée à l'application d'une interprétation contextuelle et téléologique, mène à la conclusion que M^{me} Magoon et M. Jordan devaient obtenir l'autorisation d'appeler prévue à l'al. 691(1)(b) du *Code criminel* afin de pouvoir soulever des moyens d'appel relatifs à leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Cette interprétation est également conforme à la jurisprudence de la Cour.

[33] Les paragraphes 691(1) et (2) du *Code criminel* précisent les voies ouvertes à un accusé qui désire se pourvoir devant la Cour suprême du Canada. Le paragraphe 691(1) s'applique dans les cas où la condamnation est confirmée par la cour d'appel, alors que le par. 691(2) s'applique dans ceux où l'acquittement est annulé par la cour d'appel. En l'espèce, les deux paragraphes trouvent application.

[34] Quatre appels séparés et distincts ont été entendus par la Cour d'appel de l'Alberta. Les deux premiers, qui ont été interjetés par M^{me} Magoon et M. Jordan, visaient les *déclarations de culpabilité* prononcées contre eux pour meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté ces appels à l'unanimité, confirmant ainsi les déclarations de culpabilité. Par conséquent, pour ce qui est des questions de droit soulevées dans ces appels, l'al. 691(1)(b) constitue la seule voie permettant à ceux-ci de se pourvoir devant la Cour. Les deux autres appels, ceux-là formés par le ministère public, se rapportaient aux *acquittements* prononcés en faveur de M^{me} Magoon et M. Jordan à l'égard des accusations de meurtre au premier degré. La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli les appels interjetés par le ministère public et a plutôt consigné des verdicts de culpabilité pour meurtre au premier degré. Il s'ensuit que, relativement aux questions de droit soulevées par ces appels, l'al. 691(2)(b) constitue la seule voie d'appel possible devant notre Cour.

[35] Une analyse contextuelle appuie cette conclusion. Les paragraphes 691(1) et (2) du *Code criminel* doivent être lus et interprétés comme constituant un tout harmonieux. Chaque disposition confère à

depending on the circumstances. These parallel routes of appeal must be kept separate and distinct. An appellant cannot challenge a decision of a court by appealing a different decision. That would be the illogical result if we were to give effect to the interpretation sought by Ms. Magoon and Mr. Jordan.

[36] Ms. Magoon and Mr. Jordan cannot challenge the Court of Appeal's decisions relating to their second degree murder convictions under the guise of s. 691(2)(b) (a route available only for appealing the first degree murder acquittals), just as they cannot challenge the Court of Appeal's decisions relating to the first degree murder acquittals under s. 691(1)(b) (a route available only for appealing the second degree murder convictions). Ms. Magoon and Mr. Jordan must appeal from these separate decisions under the appropriate sections of the *Criminal Code*.

[37] And Ms. Magoon and Mr. Jordan suffer no unfairness by interpreting "any question of law" in s. 691(2)(b) as meaning any question of law relating to the substituted verdict of guilty. Such an interpretation does not preclude Ms. Magoon or Mr. Jordan from raising issues relating to their second degree murder convictions, as this option is still available under s. 691(1)(b). Sections 691(1) and 691(2) simply provide different routes of appeal to the appellants — one requires leave; the other does not.

[38] This analysis is also consistent with the purpose of these provisions. The purpose of s. 691(2)(b) of the *Criminal Code* is to allow an appellant to raise any question of law arising from a conviction entered by the court of appeal. The right given to an appellant under s. 691(2)(b) is equivalent to the right to appeal to the court of appeal which is given to an appellant who has been convicted at trial: under s. 675(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, an accused who is convicted at

l'appelant des droits différents, selon les circonstances. Il faut que ces voies d'appel parallèles restent séparées et distinctes. Un appelant ne saurait contester une décision d'un tribunal en faisant appel d'une autre décision. Ce serait là le résultat illogique auquel on arriverait si l'on retenait l'interprétation préconisée par M^{me} Magoon et M. Jordan.

[36] M^{me} Magoon et M. Jordan ne peuvent pas contester les décisions de la Cour d'appel relatives à leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré sous le couvert d'un appel fondé sur l'al. 691(2)b (une voie d'appel ouverte uniquement à l'égard des acquittements quant aux accusations de meurtre au premier degré), ni davantage attaquer les décisions rendues par la Cour d'appel au sujet des acquittements dont ils ont bénéficié quant aux accusations de meurtre au premier degré en invoquant l'al. 691(1)b du *Code* (une voie d'appel ouverte uniquement à l'égard de leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré). M^{me} Magoon et M. Jordan doivent se pourvoir contre ces décisions distinctes en s'appuyant sur les dispositions appropriées du *Code criminel*.

[37] De plus, M^{me} Magoon et M. Jordan ne subissent aucune injustice du fait que l'expression « toute question de droit » à l'al. 691(2)b est interprétée comme visant toute question de droit liée aux verdicts de culpabilité substitués aux verdicts initiaux. En effet, une telle interprétation n'empêche d'aucune façon M^{me} Magoon et M. Jordan de soulever des questions relatives à leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, puisqu'ils ont toujours cette faculté en vertu de l'al. 691(1)b. Les paragraphes 691(1) et (2) offrent tout simplement des voies d'appel différentes aux appelants — l'une nécessitant une autorisation, l'autre non.

[38] Une telle analyse est également compatible avec l'objet des dispositions concernées. L'alinéa 691(2)b du *Code criminel* a pour objet de permettre à un appelant de soulever toute question de droit découlant d'une déclaration de culpabilité prononcée par la cour d'appel. Le droit conféré à un appelant par cet alinéa est équivalent au droit accordé à un appelant déclaré coupable au procès de faire appel devant la cour d'appel : en vertu du sous-al. 675(1)a(i) du

trial may appeal to the court of appeal, *as of right*, on any question of law *arising from that conviction*. The same automatic right to appeal a conviction entered by a court to the next level of court applies to an accused who is acquitted at trial, and subsequently convicted at the court of appeal. The appellant may appeal, *as of right*, to the Supreme Court of Canada on any question of law *arising from the substituted verdict of guilty*.

[39] In our view, it would be contrary to Parliament's intent to allow an appellant to re-litigate before this Court, without leave, any and all issues the court of appeal had unanimously decided against the appellant in upholding the trial decision. This is especially so where, in cases like this one, the acquittals at trial were not outright acquittals, but rather, acquittals for first degree murder coupled with convictions for second degree murder.¹ But that is the consequence of too broad an interpretation of "any question of law" in s. 691(2)(b). This cannot have been what Parliament intended when it enacted two separate routes of appeal for accused persons under ss. 691(1) and 691(2) of the *Criminal Code*.

[40] This Court's jurisprudence supports the same conclusion. In *Guillemette v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 356, Lamer J. held that although an accused has an appeal as of right where the court of appeal sets aside an acquittal for second degree murder, an accused can only raise issues relating to that

¹ To be clear, if a trial judge acquits an accused outright, and the court of appeal then sets aside the acquittal and substitutes a verdict of guilty, an accused may appeal to the Supreme Court of Canada as of right under s. 691(2)(b) of the *Criminal Code*, and raise *any* question of law in support of an outright acquittal. However, such a case is distinguishable from a situation where the trial judge acquits an accused of one offence, but convicts him or her of a lesser included offence, and that conviction is subsequently affirmed by the court of appeal — as was the case here.

Code criminel, l'accusé qui est reconnu coupable en première instance peut interjeter appel *de plein droit* auprès de la cour d'appel relativement à toute question de droit *découlant de cette déclaration de culpabilité*. Le même droit d'appel automatique au niveau supérieur de juridiction à l'égard d'une déclaration de culpabilité prononcée par un tribunal est ouvert à un accusé qui est acquitté en première instance, puis déclaré coupable en cour d'appel. L'appellant peut, *de plein droit*, se pourvoir devant la Cour suprême du Canada relativement à toute question de droit *découlant du verdict de culpabilité substitué à un acquittement*.

[39] À notre avis, permettre à un appellant de remettre en cause devant notre Cour, sans y avoir été autorisé, toute question que la cour d'appel a déjà tranchée à l'unanimité en sa défaveur lorsqu'elle a confirmé la décision de première instance, irait à l'encontre de l'intention du Parlement. C'est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, les acquittements prononcés au procès ne constituaient pas des acquittements purs et simples, mais plutôt des cas où les accusés ont été acquittés d'accusations de meurtre au premier degré puis déclarés coupables de meurtre au deuxième degré¹. Mais c'est néanmoins la conséquence qu'entraînerait une interprétation trop libérale de l'expression « toute question de droit » figurant à l'al. 691(2)b). Or, le législateur ne saurait avoir eu cette intention lorsqu'il a établi deux voies d'appel distinctes en faveur des accusés aux par. 691(1) et (2) du *Code criminel*.

[40] La jurisprudence de notre Cour appuie cette même conclusion. Dans l'arrêt *Guillemette c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 356, le juge Lamer a statué que, bien qu'un accusé puisse se pourvoir de plein droit devant la Cour suprême du Canada en cas d'annulation par la cour d'appel de son acquittement à

¹ Il importe de préciser que, dans les cas où le juge du procès acquitte complètement un accusé et que la cour d'appel annule ensuite cet acquittement et consigne plutôt un verdict de culpabilité, l'accusé peut se pourvoir de plein droit devant la Cour suprême du Canada en vertu de l'al. 691(2)b) du *Code criminel*, et soulever *toute* question de droit à l'appui d'un acquittement pur et simple. Toutefois, pareil cas peut être distingué des situations où le juge du procès acquitte l'accusé d'une infraction donnée, mais le déclare coupable d'une infraction moindre et incluse, et où cette déclaration de culpabilité est par la suite confirmée par la cour d'appel — comme cela s'est produit en l'espèce.

substituted conviction. The accused cannot seek an acquittal on an underlying conviction on the lesser and included offence of manslaughter without obtaining leave. In *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, Lamer C.J. did not depart from the position he took in *Guillemette*.²

[41] In sum, under s. 691(2)(b) of the *Criminal Code*, an appellant has an appeal to the Supreme Court of Canada, *as of right*, on any question of law relating to the offence for which he or she was acquitted at trial, and for which the court of appeal has entered a verdict of guilty. In contrast, under s. 691(1)(b), an appellant may appeal to the Supreme Court of Canada, *with leave*, on any question of law relating to the offence for which he or she was convicted at trial, where the court of appeal has affirmed the conviction. Accordingly, Ms. Magoon and Mr. Jordan have an appeal as of right on any question of law relating to the reversal of their first degree murder acquittals, and they may appeal with leave any other issues of law relating to their second degree murder convictions.

[42] For these reasons, this Court allowed the Crown's motions to strike.

[43] After concluding that Ms. Magoon and Mr. Jordan required leave to appeal from their

² While we appreciate that the wording in the old s. 691(2)(b) provisions cited in *Guillemette* and *Keegstra* referred to "a question of law", as opposed to "any question of law" (in the current provision), this Court's interpretation of the provisions is nevertheless consistent with the new wording in the *Criminal Code*. *Guillemette* and *Keegstra* are therefore still instructive on the scope of an appellant's right to appeal under s. 691(2)(b) of the *Criminal Code*.

l'égard d'une accusation de meurtre au deuxième degré, il peut uniquement soulever des questions se rattachant au verdict de culpabilité substitué à l'acquiescement par la cour d'appel. Il ne peut, à moins d'obtenir l'autorisation de le faire, solliciter son acquiescement quant à la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire. Dans *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, le juge en chef Lamer ne s'est pas écarté de la position qu'il avait adoptée précédemment dans *Guillemette*.²

[41] En résumé, en vertu de l'al. 691(2)(b) du *Code criminel*, un appelant peut se pourvoir *de plein droit* devant la Cour suprême du Canada relativement à toute question de droit se rapportant à l'infraction à l'égard de laquelle il a été acquitté au procès et à l'égard de laquelle la cour d'appel a consigné un verdict de culpabilité. Par contraste, suivant l'al. 691(1)(b), un appelant peut se pourvoir devant la Cour suprême du Canada, *avec l'autorisation de celle-ci*, relativement à toute question de droit liée à l'infraction dont il a été déclaré coupable au procès, dans les cas où la cour d'appel a confirmé cette déclaration de culpabilité. En conséquence, M^{me} Magoon et M. Jordan peuvent, d'une part, se pourvoir de plein droit devant la Cour relativement à toute question de droit liée à l'infirmité de leur acquiescement relativement aux accusations de meurtre au premier degré et à l'inscription de verdicts de culpabilité à cet égard, et d'autre part, avec l'autorisation de la Cour, faire appel sur toute autre question de droit se rattachant à leur déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré.

[42] Pour les motifs qui précèdent, notre Cour a fait droit aux requêtes en radiation déposées par le ministère public.

[43] Après avoir conclu que M^{me} Magoon et M. Jordan devaient obtenir l'autorisation de se

² Bien que nous soyons conscients que le texte des anciennes versions de l'al. 691(2)(b) citées dans les arrêts *Guillemette* et *Keegstra* disait « une question de droit », plutôt que « toute question de droit » (comme le précise le libellé actuel), l'interprétation que donne notre Cour de ces dispositions est néanmoins compatible avec le nouveau libellé du *Code criminel*. Les arrêts *Guillemette* et *Keegstra* demeurent donc utiles et éclairants quant à l'étendue du droit de l'appelant de se pourvoir en vertu de l'al. 691(2)(b) du *Code criminel*.

second degree murder convictions, this Court then proceeded to deny them leave ([2017] 2 S.C.R. viii and [2017] 2 S.C.R. vii).

The Court of Appeal's Jurisdiction to Hear the Crown Appeals From Ms. Magoon's and Mr. Jordan's First Degree Murder Acquittals

[44] We turn now to the argument that the Court of Appeal of Alberta lacked jurisdiction to hear the Crown appeals from the first degree murder acquittals. Ms. Magoon submits that first degree murder and second degree murder are not two distinct offences; rather, they are simply sentencing designations for the underlying offence of “murder”. Because Ms. Magoon and Mr. Jordan were charged with murder and convicted of murder, it would then follow that there were no true verdicts of acquittal in this case.

[45] In support of that position, Ms. Magoon relies on the following decisions by this Court: *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *Harbottle*; and *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488. Although this Court did indicate in those cases that first degree murder and second degree murder were sentencing designations for the single substantive offence of “murder” (see *Farrant*, at pp. 140-41; *Droste*, at pp. 218-19 and 221-22; *Paré*, at pp. 624-25; *Arkell*, at pp. 702-3; *Harbottle*, at p. 323; and *Nette*, at para. 50), those comments were made in an entirely different context — the trial context. None of the cases upon which Ms. Magoon relies discuss the classification of first degree murder and second degree murder in the appeal context. The cases are therefore distinguishable on that basis.

pourvoir contre les verdicts de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcés à leur égard, la Cour leur a refusé cette autorisation ([2017] 2 R.C.S. viii et [2017] 2 R.C.S. vii).

La compétence de la Cour d'appel pour instruire les appels formés par le ministère public contre les acquittements prononcés en faveur de M^{me} Magoon et de M. Jordan quant aux accusations de meurtre au premier degré

[44] Nous allons maintenant examiner l'argument selon lequel la Cour d'appel de l'Alberta n'avait pas compétence pour instruire les appels interjetés par le ministère public à l'encontre des acquittements prononcés à l'égard des accusations de meurtre au premier degré. M^{me} Magoon soutient que le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré ne sont pas deux infractions distinctes, et que ces termes constituent plutôt des désignations utilisées pour les besoins de la détermination de la peine relative à l'infraction sous-jacente de « meurtre ». Étant donné que M. Jordan et elle-même ont été accusés et déclarés coupables de meurtre, il s'ensuivrait donc qu'il n'y a pas eu de véritables verdicts d'acquittal en l'espèce.

[45] Au soutien de cette thèse, M^{me} Magoon invoque les arrêts suivants de notre Cour : *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *Harbottle*; et *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488. Bien que la Cour ait indiqué dans ces décisions que les termes meurtre au premier degré et meurtre au deuxième degré sont des désignations utilisées pour les besoins de la détermination de la peine à l'égard d'une seule et même infraction matérielle, à savoir le « meurtre » (voir *Farrant*, p. 140-141; *Droste*, p. 218-219 et 221-222; *Paré*, p. 624-625; *Arkell*, p. 702-703; *Harbottle*, p. 323; et *Nette*, par. 50), ces commentaires ont été formulés dans un tout autre contexte, soit au stade du procès. Aucun des arrêts qu'invoque M^{me} Magoon ne porte sur la classification du meurtre comme meurtre au premier degré ou meurtre au deuxième degré dans le contexte d'un appel. Les présents pourvois se distinguent donc de ces affaires sur ce fondement.

[46] As we will explain, for appeal purposes, first degree murder and second degree murder are treated as two distinct offences. Where an accused is charged with first degree murder but convicted of second degree murder, he or she has been acquitted of first degree murder. In such a case, the accused may appeal the conviction for second degree murder, and the Crown may appeal the acquittal of first degree murder. The Court of Appeal of Alberta therefore had jurisdiction to hear the appeals by the Crown in the present cases.

[47] We begin with the relevant *Criminal Code* provisions. When ss. 662(2) and 676(2) of the *Criminal Code* are read together, it becomes apparent that where an accused is charged with first degree murder but convicted of second degree murder, the Crown may appeal the first degree murder acquittal.

[48] Section 662 of the *Criminal Code* provides that where a person is charged with one offence, but only a part of that offence is proved, he or she may be convicted of a lesser, included offence. Specifically, under s. 662(2), where an accused is charged with first degree murder, and the evidence does not prove the offence of first degree murder, he or she may still be convicted of second degree murder. Section 662 of the *Criminal Code* states:

Offence charged, part only proved

662 (1) A count in an indictment is divisible and where the commission of the offence charged, as described in the enactment creating it or as charged in the count, includes the commission of another offence, whether punishable by indictment or on summary conviction, the accused may be convicted

(a) of an offence so included that is proved, notwithstanding that the whole offence that is charged is not proved; or

[46] Comme nous l'expliquerons plus loin, pour les appels à cet égard, le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré sont considérés comme deux infractions distinctes. Lorsqu'une personne a été accusée de meurtre au premier degré mais est déclarée coupable de meurtre au deuxième degré, cette personne bénéficie d'un acquittement quant à l'accusation de meurtre au premier degré. Dans un tel cas, l'accusé peut interjeter appel de la déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré, alors que le ministère public peut faire appel du verdict d'acquittement à l'égard de l'accusation de meurtre au premier degré. La Cour d'appel de l'Alberta avait donc compétence pour instruire les appels formés par le ministère public dans les affaires qui nous occupent.

[47] Examinons d'abord les dispositions pertinentes du *Code criminel*. Lorsque les par. 662(2) et 676(2) du *Code criminel* sont lus en corrélation, il apparaît clairement que, dans le cas où l'accusé est inculpé de meurtre au premier degré mais déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, le ministère public peut porter en appel l'acquittement prononcé à l'égard de l'accusation de meurtre au premier degré.

[48] Selon l'art. 662 du *Code criminel*, la personne inculpée d'une infraction qui n'a été prouvée que partiellement peut être déclarée coupable d'une infraction moindre et incluse. Plus précisément, suivant le par. 662(2), lorsque l'accusé est inculpé de meurtre au premier degré et que les témoignages ne prouvent pas le meurtre au premier degré, l'accusé peut quand même être déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Voici le texte de l'art. 662 du *Code criminel* :

Partiellement prouvée

662 (1) Un chef dans un acte d'accusation est divisible et lorsque l'accomplissement de l'infraction imputée, telle qu'elle est décrite dans la disposition qui la crée ou telle qu'elle est portée dans le chef d'accusation, comprend la perpétration d'une autre infraction, que celle-ci soit punissable sur acte d'accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, l'accusé peut être déclaré coupable :

a) ou bien d'une infraction ainsi comprise qui est prouvée, bien que ne soit pas prouvée toute l'infraction imputée;

(b) of an attempt to commit an offence so included.

b) ou bien d'une tentative de commettre une infraction ainsi comprise.

First degree murder charged

(2) For greater certainty and without limiting the generality of subsection (1), where a count charges first degree murder and the evidence does not prove first degree murder but proves second degree murder or an attempt to commit second degree murder, the jury may find the accused not guilty of first degree murder but guilty of second degree murder or an attempt to commit second degree murder, as the case may be.

...

[49] Section 676 of the *Criminal Code* sets out the Crown's rights of appeal to the court of appeal. Under s. 676(1)(a), the Crown may appeal a verdict of acquittal on any ground that involves a question of law alone. The meaning of "acquittal" in this section is clarified in s. 676(2) of the *Criminal Code* — an acquittal includes situations where an accused is acquitted of the offence specifically charged but is convicted of any other offence. The relevant portions of s. 676 of the *Criminal Code* state:

Right of Attorney General to appeal

676 (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

...

Acquittal

(2) For the purposes of this section, a judgment or verdict of acquittal includes an acquittal in respect of an offence

Inculpation de meurtre au premier degré

(2) Il demeure entendu que, sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), lorsqu'un chef d'accusation inculpe de meurtre au premier degré et que les témoignages ne prouvent pas le meurtre au premier degré, mais prouvent le meurtre au deuxième degré ou une tentative de commettre un meurtre au deuxième degré, le jury peut déclarer l'accusé non coupable de meurtre au premier degré, mais coupable de meurtre au deuxième degré ou de tentative de commettre un meurtre au deuxième degré, selon le cas.

...

[49] L'article 676 du *Code criminel* énonce les droits d'appel devant la cour d'appel dont dispose le ministère public. En vertu de l'al. 676(1)a), le ministère public peut faire appel d'un verdict d'acquiescement pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement. Le sens du mot « acquiescement » dans cet article est précisé ainsi au par. 676(2) du *Code criminel* — sont assimilées à un acquiescement les situations où l'accusé est absous de l'infraction dont il est spécifiquement inculpé, mais est déclaré coupable d'une autre infraction. Voici les passages pertinents de l'art. 676 du *Code criminel* :

Le procureur général peut interjeter appel

676 (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel :

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

...

Acquiescement

(2) Pour l'application du présent article, est assimilé à un jugement ou verdict d'acquiescement un acquiescement à

specifically charged where the accused has, on the trial thereof, been convicted or discharged under section 730 of any other offence.

...

[50] Reading ss. 662(2) and 676(2) together leads to only one conclusion: the Crown may appeal to the court of appeal from an acquittal for first degree murder where there has been a conviction for second degree murder. Thus, for appeal purposes, first degree murder and second degree murder are treated as two distinct offences.

[51] The specific wording in ss. 662(2) and 676(2) also supports this conclusion. In s. 662(2) we find the words “not guilty of first degree murder but guilty of second degree murder”. Similarly, in s. 676(2) we find the words “convicted . . . of any other offence”. The language in these two provisions is *conviction* language, not sentencing language. A person is not simply convicted of “murder” — he or she is convicted of either first degree murder or second degree murder. Once a conviction has been entered, the accused and Crown may appeal. While it is true that in its *effect*, a conviction for first degree murder entails a longer period of parole ineligibility,³ there must nevertheless first be a *conviction* for first degree murder. Again, the language in these provisions strongly indicates that for appeal purposes, Parliament intended that first degree murder and second degree murder be treated as two separate offences.

³ We note, however, that under s. 745.4 of the *Criminal Code*, where an accused is convicted of second degree murder, a trial judge may increase the period of parole ineligibility to up to 25 years.

l’égard d’une infraction spécifiquement mentionnée dans l’acte d’accusation lorsque l’accusé a, lors du procès, été déclaré coupable ou absous en vertu de l’article 730 de toute autre infraction.

...

[50] La lecture corrélatrice des par. 662(2) et 676(2) mène à une seule et unique conclusion : le ministre public peut introduire devant la cour d’appel un recours contre un acquittement prononcé à l’égard d’une accusation de meurtre au premier degré dans les cas où l’accusé est déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Par conséquent, pour les appels à cet égard, le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré sont traités comme deux infractions distinctes.

[51] Le langage particulier utilisé aux par. 662(2) et 676(2) étaye également cette conclusion. La phrase « non coupable de meurtre au premier degré, mais coupable de meurtre au deuxième degré » figure au par. 662(2). De même, les mots suivants figurent au par. 676(2) : « déclaré coupable [. . .] de toute autre infraction ». Les mots utilisés dans ces deux dispositions relèvent du langage relatif à la *déclaration de culpabilité* et non de celui de la détermination de la peine. Une personne n’est pas simplement déclarée coupable de « meurtre » — elle est déclarée coupable de meurtre au premier degré ou de meurtre au deuxième degré. Dès qu’une déclaration de culpabilité est consignée, l’accusé ou le ministre public peut interjeter appel. Bien qu’il soit vrai qu’une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré a pour *effet* d’allonger le délai préalable à la libération conditionnelle³, il faut néanmoins qu’une telle *déclaration de culpabilité* ait d’abord été prononcée. Une fois de plus, le langage utilisé dans ces dispositions indique fortement que, pour les appels à cet égard, le Parlement entendait que le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré soient traités comme deux infractions distinctes.

³ Nous notons cependant que, en vertu de l’art. 745.4 du *Code criminel*, lorsque l’accusé est inculpé de meurtre au deuxième degré, le juge du procès peut porter le délai préalable à la libération conditionnelle à un maximum de 25 ans.

[52] And accepting Ms. Magoon's contrary argument would lead to unacceptable consequences. If first degree murder and second degree murder are merely sentencing designations, as Ms. Magoon suggests, then where an accused is charged with first degree murder but convicted of second degree murder, the Crown would presumably have to appeal only under the sentencing appeal provisions in the *Criminal Code*, namely ss. 676(1)(d) and 676(4). If that is so, it would lead to the bizarre situation of the Crown effectively arguing a conviction appeal under the guise of a sentence appeal. In our respectful view, this is illogical and cannot have been what Parliament intended.

[53] Sections 676(1)(d) and 676(4) of the *Criminal Code* govern Crown sentence appeals and set out the circumstances in which they are permitted. They are meant to be relied on when the Crown is of the view that the sentence imposed (or the period of parole ineligibility in the case of second degree murder) is inadequate. These provisions are not, however, meant to be used by the Crown to argue that an accused who has been convicted of second degree murder should have been convicted of first degree murder.

[54] When it appealed in this case, the Crown did not take issue with the length of the sentence imposed, or the period of parole ineligibility that accompanied the second degree murder convictions. The Crown's concern was that the trial judge had erred when applying the test for unlawful confinement. It defies logic and common sense to suggest that the Crown must make such arguments under the guise of a sentence appeal. This cannot have been what Parliament intended when it enacted ss. 676(1)(d) and 676(4) of the *Criminal Code*.

[52] Retenir l'argument à l'effet contraire avancé par M^{me} Magoon aurait des conséquences inacceptables. Si, comme le prétend cette dernière, les termes meurtre au premier degré et meurtre au deuxième degré ne constituent que des désignations utilisées pour les besoins de la détermination de la peine, alors, dans le cas d'un accusé qui est inculpé de meurtre au premier degré mais déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, le ministère public ne pourrait vraisemblablement introduire un recours que sous le régime des dispositions en matière d'appel contre la peine du *Code criminel*, à savoir l'al. 676(1)d) et le par. 676(4). Si tel était le cas, il s'ensuivrait que le ministère public se trouverait dans la situation bizarre où il plaiderait dans les faits un appel visant une déclaration de culpabilité sous le couvert d'un appel visant la peine. En toute déférence, il s'agit d'une situation illogique qui ne saurait correspondre à l'intention du législateur.

[53] L'alinéa 676(1)d) et le par. 676(4) du *Code criminel* régissent les recours ouverts au ministère public contre la peine qui a été infligée et précisent les circonstances dans lesquelles ces recours sont permis. Le ministère public est censé se prévaloir de ces dispositions lorsqu'il estime que la peine infligée (ou la période préalable à la libération conditionnelle en cas de condamnation pour meurtre au deuxième degré) est inadéquate. Il n'est toutefois pas censé les utiliser pour faire valoir qu'un accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré aurait plutôt dû être reconnu coupable de meurtre au premier degré.

[54] Lorsque le ministère public a interjeté appel dans la présente affaire, il n'a pas contesté la durée de la peine infligée ni le délai préalable à la libération conditionnelle dont étaient assorties les déclarations de culpabilité pour meurtre au deuxième degré. Il a plaidé que la juge avait commis une erreur dans l'application de l'analyse relative à la séquestration illégale. Prétendre que le ministère public doit présenter des arguments de cette nature sous le couvert d'un appel relatif à la peine va à l'encontre de la logique et du bon sens. Le législateur ne saurait avoir voulu un tel résultat lorsqu'il a édicté l'al. 676(1)d) et le par. 676(4) du *Code criminel*.

[55] The sentence appeal provisions were not enacted as a way to effectively convict persons of first degree murder by increasing the length of their sentence (under s. 676(1)(d)) or increasing the period of their parole ineligibility (under s. 676(4)). The present appeals are entirely separate and distinct from sentence appeals. The Crown is arguing that the elements of the offence have been made out, not that the accused should have received a longer sentence or period of parole ineligibility.

[56] Conviction appeals and sentence appeals are distinct, and care must be taken not to conflate them. The Crown has a right of appeal under s. 676(1)(a) of the *Criminal Code* where an accused is acquitted of first degree murder but convicted of second degree murder; the Crown does not need to argue the merits of the appeal under the pretence of arguing a sentence appeal under ss. 676(1)(d) or 676(4) of the *Criminal Code*. Ms. Magoon’s interpretation of first degree murder and second degree murder as mere sentencing designations in the appeal context is both illogical and runs counter to Parliament’s intent in enacting the distinct conviction and sentencing appeal provisions in the *Criminal Code*.

[57] Again, the jurisprudence supports this conclusion. In *Keegstra*, this Court held that “[w]hen an accused is convicted of an included offence, he or she has been acquitted of the offence originally charged”, and that in such a case, “[t]he accused can appeal the conviction and the Crown can appeal the acquittal” (para. 32). This is what occurred in this case. Accordingly, Ms. Magoon and Mr. Jordan could appeal their second degree murder convictions, and the Crown could appeal their first degree murder acquittals.

[55] Les dispositions concernant les appels relatifs à la peine n’ont pas été édictées dans le but de permettre qu’une personne soit dans les faits condamnée pour meurtre au premier degré par suite d’une augmentation de la durée de la peine (en vertu de l’al. 676(1)d)) ou du délai préalable à la libération conditionnelle (en vertu du par. 676(4)). Les présents pourvois constituent des procédures entièrement distinctes d’appels visant une peine. Le ministère public fait valoir que les éléments de l’infraction ont été établis, et non que les accusés auraient dû se voir infliger une peine plus lourde ou un délai préalable à la libération conditionnelle plus long.

[56] L’appel visant un verdict de culpabilité et l’appel visant une peine sont des procédures distinctes; il faut se garder de les fusionner. Le ministère public dispose, en vertu de l’al. 676(1)a) du *Code criminel*, d’un droit d’appel lorsque l’accusé est acquitté de meurtre au premier degré mais déclaré coupable de meurtre au deuxième degré; le ministère public n’a pas besoin de plaider un appel visant le verdict sous le couvert d’un appel visant la peine en vertu de l’al. 676(1)d) ou du par. 676(4) du *Code criminel*. L’interprétation que préconise M^{me} Magoon, selon laquelle le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré sont, dans le contexte de l’appel, de simples désignations utiles pour les besoins de la détermination de la peine, est à la fois illogique et contraire à l’intention qu’avait le législateur lorsqu’il a édicté, dans le *Code criminel*, des dispositions distinctes en matière d’appel à l’égard des verdicts de culpabilité et à l’égard des peines.

[57] Une fois de plus, la jurisprudence vient étayer cette conclusion. Dans l’arrêt *Keegstra*, notre Cour a statué que, « [l]orsqu’un accusé est déclaré coupable d’une infraction incluse, il est acquitté de l’infraction initialement reprochée », et elle a précisé que, dans un tel cas, « [l]’accusé peut en appeler de la déclaration de culpabilité et le ministère public peut en appeler de l’acquittal » (par. 32). C’est ce qui s’est produit en l’espèce. Par conséquent, M^{me} Magoon et M. Jordan pouvaient faire appel des déclarations de culpabilité prononcées contre eux pour meurtre au deuxième degré, et le ministère public pouvait appeler des acquittements inscrits en faveur de ceux-ci à l’égard des accusations de meurtre au premier degré.

[58] Indeed, in some cases it may well be *necessary* for the Crown to appeal a first degree murder acquittal, as failing to do so limits the remedies available to the court of appeal. In *R. v. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 332 C.C.C. (3d) 114, for instance, two accused were charged with first degree murder, and convicted of second degree murder. They appealed their convictions, but the Crown did not appeal their first degree murder acquittals. The Crown argued that a new trial on the charge of first degree murder was the “inevitable legal consequence of the position advanced by the appellants that the improper jury selection rendered the court improperly constituted to try [them]” (para. 71). Doherty J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, rejected the Crown’s argument:

If an accused appeals from conviction on an included offence, this court cannot set aside the acquittal returned on the main charge absent an appeal by the Crown from that acquittal: *R. v. Guillemette*, [1986] 1 S.C.R. 356 (S.C.C.), at p. 361; see also *R. v. Bird* (1952), 104 C.C.C. 286 (Ont. C.A.), at p. 289. Section 686(8), which allows this court to make orders ancillary to an order allowing an appeal from conviction if “justice requires”, does not extend to an order setting aside an acquittal returned on the merits on a related charge at the same trial: *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489 (S.C.C.), at pp. 505-506.

The Crown could have appealed the acquittal on the first degree murder charge. For appeal purposes, the acquittal on the first degree murder charge is distinct from the conviction on the included offence of second degree murder. Section 676(2) gives the Crown a right of appeal on the main charge even if there is a conviction on the included offence. It follows in my view that the acquittal on the main charge is not put in issue when an accused exercises his right to appeal a conviction returned on the included offence. An order directing a new trial on the main charge of first degree murder, available had the

[58] D’ailleurs, il peut fort bien s’avérer *nécessaire* dans certains cas que le ministère public interjette appel d’un acquittement à l’égard d’une accusation de meurtre au premier degré, car le défaut de le faire a pour effet de restreindre les réparations à la disposition de la cour d’appel. Par exemple, dans *R. c. Noureddine*, 2015 ONCA 770, 332 C.C.C. (3d) 114, deux accusés avaient été inculpés de meurtre au premier degré et déclarés coupable de meurtre au deuxième degré. Ils ont fait appel des déclarations de culpabilité, alors que le ministère public n’a pas interjeté appel des acquittements quant aux accusations de meurtre au premier degré. Ce dernier a fait valoir qu’un nouveau procès relativement à l’accusation de meurtre au premier degré constituait [TRADUCTION] « l’inévitable conséquence juridique de la thèse des appelants selon laquelle, en raison de la sélection inadéquate du jury, le tribunal n’était pas régulièrement constitué pour [les] juger » (par. 71). Rédigeant l’arrêt unanime de la Cour d’appel, le juge Doherty a rejeté en ces termes l’argument du ministère public :

[TRADUCTION] Si un accusé fait appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui à l’égard d’une infraction incluse, notre cour ne saurait annuler l’acquittement inscrit quant à l’accusation principale en l’absence d’appel par le ministère public à cet égard : *R. c. Guillemette*, [1986] 1 R.C.S. 356 (C.S.C.), p. 361; voir aussi *R. c. Bird* (1952), 104 C.C.C. 286 (C.A. Ont.), p. 289. Le paragraphe 686(8), qui confère à la cour le pouvoir de rendre des ordonnances accessoires à une ordonnance faisant droit à l’appel contre la déclaration de culpabilité si la « justice [l’]exige », ne s’applique pas à l’ordonnance annulant un acquittement sur le fond relativement à une accusation connexe dans le cadre du même procès : *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489 (C.S.C.), p. 505-506.

Le ministère public aurait pu interjeter appel de l’acquittement à l’égard de l’accusation de meurtre au premier degré. Pour les besoins de l’appel, l’acquittement quant à l’accusation de meurtre au premier degré est distinct de la déclaration de culpabilité relative à l’infraction incluse de meurtre au deuxième degré. Le paragraphe 676(2) confère au ministère public le droit de former un appel visant l’accusation principale, même en présence d’une déclaration de culpabilité relative à l’infraction incluse. Il s’ensuit, à mon avis, que l’acquittement à l’égard de l’accusation principale n’est pas remis en question lorsque

Crown successfully appealed from the acquittal on that charge, cannot be regarded as an order ancillary to the order made on the appeal brought by the accused quashing his conviction on a charge of second degree murder. [Emphasis added; paras 75-76.]

Thus, as Doherty J.A. aptly points out, absent a Crown appeal from the first degree murder acquittal, the Court of Appeal could only order a new trial on the included offence of second degree murder. If the Crown is of the view that a new trial should be ordered on the offence originally charged, it *must* appeal the acquittal. Such a requirement illustrates that, for appeal purposes, first degree murder and second degree murder are to be treated as two distinct offences.

[59] For these reasons, the Court of Appeal of Alberta had jurisdiction to hear the Crown appeals from Ms. Magoon's and Mr. Jordan's first degree murder acquittals — this despite the fact that Ms. Magoon and Mr. Jordan were convicted of second degree murder at trial.

The Substituted Verdicts of Guilty for First Degree Murder Under Section 231(5)(e) of the Criminal Code

[60] We turn now to the substantive issue in these appeals: Was the Court of Appeal correct in finding Ms. Magoon and Mr. Jordan guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*? In our view, it was.

l'accusé exerce son droit d'appel contre la déclaration de culpabilité prononcée relativement à l'infraction incluse. Une ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès pour l'accusation principale de meurtre au premier degré, ordonnance qui aurait pu être rendue si le ministère public avait obtenu l'infirmité en appel de l'acquiescement prononcé à l'égard de cette accusation, ne saurait être assimilée à une ordonnance accessoire à l'ordonnance prononcée à la suite de l'appel qui a été formé par l'accusé et s'est traduit par l'annulation de la déclaration de culpabilité relative à l'accusation de meurtre au deuxième degré. [Nous soulignons; par. 75-76.]

En conséquence, comme le souligne avec justesse le juge Doherty, en l'absence d'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement relatif à l'accusation de meurtre au premier degré, la Cour d'appel ne pouvait ordonner la tenue d'un nouveau procès qu'à l'égard seulement de l'infraction incluse de meurtre au deuxième degré. Si le ministère public est d'avis qu'un nouveau procès devrait être ordonné relativement à l'infraction initialement reprochée, il *doit* faire appel de l'acquiescement. Une telle exigence illustre bien le fait que, pour les appels à cet égard, le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré doivent être traités comme deux infractions distinctes.

[59] Pour ces motifs, la Cour d'appel de l'Alberta avait compétence pour instruire les appels formés par le ministère public contre les acquiescements prononcés en faveur de M^{me} Magoon et de M. Jordan à l'égard des accusations de meurtre au premier degré — malgré le fait que ces derniers ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré lors du procès.

Les verdicts de culpabilité pour meurtre au premier degré aux termes de l'al. 231(5)e) du Code criminel substitués aux verdicts initiaux

[60] Nous allons maintenant traiter de la question de fond que soulèvent les présents pourvois : La Cour d'appel a-t-elle eu raison de déclarer M^{me} Magoon et M. Jordan coupables de meurtre au premier degré aux termes de l'al. 231(5)e) du *Code criminel*? Nous sommes d'avis que oui.

[61] Section 231(5) of the *Criminal Code* states, in part:

Hijacking, sexual assault or kidnapping

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

...

(e) section 279 (kidnapping and forcible confinement);
or

...

Under s. 231(5), second degree murder becomes first degree murder where the accused commits the murder in conjunction with one of the other offences listed in that section, such as sexual assault or kidnapping. All of the offences listed in s. 231(5) involve unlawful domination. The provision reflects Parliament's intention to "treat murders committed in connection with crimes of domination as particularly blameworthy and deserving of more severe punishment" (*R. v. Pritchard*, 2008 SCC 59, [2008] 3 S.C.R. 195, at para. 19; see also *Paré*, at p. 633).

[62] Unlawful or forcible confinement under s. 279(2) of the *Criminal Code* is one of the enumerated offences of domination that can give rise to liability for first degree murder under s. 231(5)(e). Section 279(2) states:

Forcible confinement

(2) Every one who, without lawful authority, confines, imprisons or forcibly seizes another person is guilty of

(a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years; or

[61] Le paragraphe 231(5) du *Code criminel* prévoit en partie ce qui suit :

Détournement, enlèvement, infraction sexuelle ou prise d'otage

(5) Indépendamment de toute préméditation, le meurtre que commet une personne est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque la mort est causée par cette personne, en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants :

...

e) l'article 279 (enlèvement et séquestration);

...

Selon le par. 231(5), le meurtre au deuxième degré est assimilé à un meurtre au premier degré lorsque l'accusé commet un meurtre à l'occasion d'une des infractions énumérées à la même disposition, comme l'agression sexuelle ou l'enlèvement. Toutes les infractions énumérées au par. 231(5) comportent un élément de domination illégale. Cette disposition reflète l'intention du législateur de « considérer que les meurtres commis à l'occasion de crimes de domination sont particulièrement répréhensibles et qu'ils méritent une peine plus sévère » (*R. c. Pritchard*, 2008 CSC 59, [2008] 3 R.C.S. 195, par. 19; voir aussi *Paré*, p. 633).

[62] L'infraction de séquestration illégale prévue au par. 279(2) du *Code criminel* fait partie des infractions évoquées précédemment qui comportent un élément de domination et sont susceptibles d'entraîner une condamnation pour meurtre au premier degré aux termes de l'al. 231(5)e). Le paragraphe 279(2) est rédigé ainsi :

Séquestration

(2) Quiconque, sans autorisation légitime, séquestre, emprisonne ou saisit de force une autre personne est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans;

(b) an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months.

[63] To determine whether Ms. Magoon and Mr. Jordan are guilty of first degree murder under s. 231(5)(e) of the *Criminal Code*, this Court must determine whether the test in *Harbottle* is met (see para. 17 of these reasons). At issue in this case are the first and fifth *Harbottle* elements: Was Meika unlawfully confined, and were the unlawful confinement and murder part of the same transaction? We begin with the first element — unlawful confinement.

[64] Under s. 279(2) of the *Criminal Code*, the Crown must establish that (1) the accused confined the victim, and (2) the confinement was unlawful. In *Pritchard*, Binnie J. held that unlawful confinement occurs if “for any significant period of time [the victim] was coercively restrained or directed contrary to her wishes, so that she could not move about according to her own inclination and desire” (para. 24). In *R. v. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL) (S.C.J.), aff’d 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, leave to appeal refused, [2012] 1 S.C.R. vi, Watt J. held that an “unlawful confinement . . . consists of restricting the victim’s liberty, but *not* his or her ability to escape. The restriction need *not* be to a particular place or involve total physical restraint” (para. 116 (emphasis in original); see also *R. v. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (Ont. C.A.)). Restraint of the victim through physical acts of violence is sufficient but not necessary to establish unlawful confinement. Confinement can be effected “by fear, intimidation and psychological and other means” (*R. v. Kematch*, 2010 MBCA 18, 252 C.C.C. (3d) 349, at para. 89).

[65] Although the *legal* standard for proving unlawful confinement is technically the same for

b) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d’un emprisonnement maximal de dix-huit mois.

[63] Pour décider si M^{me} Magoon et M. Jordan sont coupables ou non de meurtre au premier degré aux termes de l’al. 231(5)e du *Code criminel*, la Cour doit décider s’il est satisfait à l’analyse énoncée dans l’arrêt *Harbottle* (voir le par. 17 des présents motifs). Dans la présente affaire, les premier et cinquième éléments de cette analyse entrent en jeu, de sorte qu’il faut se demander, d’une part, si Meika a été séquestrée illégalement et, d’autre part, si cette séquestration et le meurtre faisaient partie de la même opération. Nous examinons d’abord le premier élément — la séquestration illégale.

[64] Pour l’application du par. 279(2) du *Code criminel*, le ministère public doit établir (1) que l’accusé a séquestré la victime, et (2) qu’il s’agissait d’une séquestration illégale. Dans l’arrêt *Pritchard*, le juge Binnie a statué qu’il y a séquestration si « pendant un laps de temps assez long [la victime] a été soumise à la contrainte physique ou forcée d’agir contre sa volonté, de sorte qu’elle n’était pas libre de ses mouvements » (par. 24). Dans *R. c. Bottineau*, [2006] O.J. No. 1864 (QL) (C.S.J.), conf. par 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, autorisation d’appel refusée [2012] 1 R.C.S. vi, le juge Watt a conclu que [TRADUCTION] « séquestrer quelqu’un illégalement [. . .] consiste à restreindre la liberté de la victime, mais *non* sa capacité de s’enfuir. Il n’est *pas* nécessaire que la restriction de liberté prenne place dans un endroit particulier ou qu’elle comporte l’application d’une contrainte physique totale » (par. 116 (en italique dans l’original); voir aussi *R. c. Gratton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 462 (C.A. Ont.)). Le fait que la contrainte à laquelle a été soumise la victime ait été exercée au moyen d’actes de violence physique est suffisant — mais n’est pas nécessaire — pour établir l’existence d’une séquestration illégale. On peut séquestrer quelqu’un en usant [TRADUCTION] « de la peur, de l’intimidation et de moyens psychologiques ou autres » (*R. c. Kematch*, 2010 MBCA 18, 252 C.C.C. (3d) 349, par. 89).

[65] Bien que la norme *juridique* permettant d’établir l’existence d’un acte de séquestration illégale

children as for adults, the parent-child context is relevant to both parts of the unlawful confinement analysis. First, children are easier to confine and, in the case of young children, are regularly confined for health and safety reasons, or as a disciplinary measure. Second, there are lawful justifications for confinement in the parent-child context that do not exist in other contexts. When dealing with a parent-child relationship, courts must assess whether there has been unlawful confinement with these two considerations in mind.

[66] Children are easier to confine because they are inherently vulnerable and dependent, and generally look to adults to define the scope of permissible behaviour. This is especially so in the case of young children, whose dependency is usually total. Parents are placed in a position of trust and responsibility over children precisely because children are often helpless without the protection and care of their parents. Parents are the adults on whom children are most dependent and from whom they routinely receive — and expect — directions. A child's freedoms are, from the child's point of view, demonstrably circumscribed by the fact that parents are their primary authority figures.

[67] But this does not mean that the Crown must prove some special or extreme form of confinement in cases involving parents and their children. As Monnin J.A. said in *Kematch*:

In the present case, although there were no actual physical restraints in the nature of bindings or handcuffs or barriers over [the victim], except occasionally by a barrier, the young child was clearly physically restrained and restricted and directed at times to either remain in her bedroom or forbidden to leave the basement, to which she was regularly banished. Actual physical restraint or coercive restraint, as referred to by Binnie J. in *Pritchard*,

soit, d'un point de vue technique, la même pour les enfants et pour les adultes, la relation parent-enfant revêt de l'importance pour les deux volets de l'analyse relative à la séquestration illégale. Premièrement, il est plus facile de séquestrer des enfants et, dans le cas des jeunes enfants, ceux-ci sont fréquemment séquestrés pour des raisons de santé ou de sécurité, ou encore à titre de mesure disciplinaire. Deuxièmement, il existe dans le contexte de la relation parent-enfant des raisons légitimes de recourir à la séquestration, raisons qui n'existent toutefois pas dans d'autres contextes. Dans le cas d'une relation parent-enfant, les tribunaux doivent établir s'il y a eu séquestration illégale compte tenu de ces deux considérations.

[66] Il est plus facile de séquestrer des enfants parce que ces derniers sont intrinsèquement vulnérables et dépendants, et parce qu'ils comptent généralement sur les adultes pour définir la portée des comportements permis. Cela est particulièrement vrai dans le cas des jeunes enfants, dont l'état de dépendance est habituellement total. Les parents se trouvent en position de confiance et de responsabilité par rapport aux enfants, précisément parce que ces derniers sont souvent démunis lorsqu'ils sont privés de la protection et de l'assistance de leurs parents. Les parents sont les adultes dont dépendent le plus les enfants et de qui ils reçoivent — et attendent — couramment des instructions. Les libertés d'un enfant sont, du point de vue de celui-ci, manifestement restreintes par le fait que les parents sont les principales personnes en autorité à son égard.

[67] Or, cela ne veut pas dire que le ministère public est tenu de prouver l'existence d'une forme particulière ou extrême de séquestration dans les affaires concernant des parents et leurs enfants. Pour reprendre les propos du juge Monnin dans l'arrêt *Kematch* :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, même s'il n'y a pas eu recours à des mesures de contrainte physique concrètes telles que des attaches, menottes ou obstacles [entravant les mouvements de la victime], si ce n'est l'utilisation d'une barrière à l'occasion, la jeune enfant était clairement soumise à des mesures restreignant sa liberté de mouvement et se voyait parfois ordonner de rester dans sa chambre ou de ne pas quitter le sous-sol,

is required, but depending on the circumstances it can be effected, as here, by fear, intimidation and psychological and other means. In a case of a child and a parent, or an adult and a child, the need for physical bindings or the like would be even less of a requirement because of the unequal relationship that already exists. [Emphasis added; para. 89.]

Significantly, a finding of confinement does not require evidence of a child being physically bound or locked up; it can just as easily result from evidence of controlling conduct.

[68] As indicated, there are lawful justifications for confining a child in the parent-child context that do not exist in other contexts. But acknowledging, as we do, that parents are lawfully entitled to restrict the “liberty” of their children in accordance with the best interests of the child, this authority is not without limit (see *Bottineau* (S.C.J.), at para. 489; *Bottineau* (C.A.), at para. 101). If a parent engages in abusive or harmful conduct toward his or her child that surpasses any acceptable form of parenting, whether or not physical violence is inflicted, the lawfulness of his or her authority to confine the child ceases. In those circumstances, the lawful authority is transformed into unlawful authority because it represents the exploitation of authority for an improper purpose. This case does not fall within s. 43 of the *Criminal Code* whereby a parent “is justified in using force by way of correction toward a . . . child . . . who is under his care, if the force does not exceed what is reasonable under the circumstances” (see *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 40).

[69] In short, disciplining a child by restricting his or her ability to move about freely (by physical or psychological means), contrary to the child’s wishes,

lieu où elle était fréquemment reléguée. L’existence de la contrainte — mesures physiques concrètes ou autres formes de coercition — dont fait état le juge Binnie dans l’arrêt *Pritchard* est nécessaire, mais, selon les circonstances, cette contrainte peut également être exercée, comme en l’espèce, en usant de la peur, de l’intimidation ou de moyens psychologiques ou autres. Lorsque la cause concerne un enfant et un parent, ou un adulte et un enfant, il est encore moins nécessaire qu’on ait fait usage d’attaches ou autres entraves du genre compte tenu du rapport inégal qui existe déjà. [Nous soulignons; par. 89.]

Il importe de souligner que, pour que le tribunal puisse conclure qu’un enfant a été séquestré, il n’est pas nécessaire de prouver que l’enfant a été physiquement attaché ou enfermé; la séquestration peut tout aussi bien résulter de la preuve d’un comportement contrôlant.

[68] Comme nous l’avons précisé, il existe, dans le contexte de la relation parent-enfant, des justifications légitimes de séquestrer un enfant, justifications qui n’existent pas dans d’autres contextes. Toutefois, le fait de reconnaître, comme nous le faisons, que des parents sont légitimement autorisés à restreindre la « liberté » de leurs enfants dans l’intérêt supérieur de ceux-ci ne signifie pas que cette autorisation a un caractère illimité (voir *Bottineau* (C.S.J.), par. 489; *Bottineau* (C.A.), par. 101). Si un parent adopte, envers son enfant, un comportement abusif ou préjudiciable qui dépasse toute forme acceptable d’exercice des responsabilités parentales, l’autorisation reconnue à ce parent de séquestrer son enfant cesse d’être légitime, et ce, qu’il y ait ou non infraction de violence physique. Dans de telles circonstances, l’autorisation jusque-là légitime perd sa légitimité, puisqu’elle est exercée à une fin illicite. La présente affaire ne relève pas du champ d’application de l’art. 43 du *Code criminel*, aux termes duquel un parent « est fondé à employer la force pour corriger un [. . .] enfant [. . .] confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances » (voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 40).

[69] Bref, le fait de punir un enfant en restreignant sa liberté de se déplacer librement (par des mesures de contrainte physique ou psychologique),

which exceeds the outer bounds of punishment that a parent or guardian could lawfully administer, constitutes unlawful confinement. And that is what occurred in this case — Ms. Magoon and Mr. Jordan clearly confined Meika, and the confinement was unlawful.

[70] Justice Paperny concluded that Meika’s experience over the entire weekend constituted confinement. Although Ms. Magoon and Mr. Jordan quarrel with this finding, Ms. Magoon concedes that she confined Meika when she forcibly burned her hand on Thursday. Mr. Jordan and Ms. Magoon concealed that abuse from Meika’s mother, never sought medical treatment for it, and created an atmosphere of abuse and intimidation.

[71] But for present purposes, it is not strictly necessary to determine exactly when Meika’s confinement began. Even viewed on their own, Sunday’s events — namely, Ms. Magoon and Mr. Jordan forcing Meika to run the stairs and physically assaulting her when she failed to comply — amounted to unlawful confinement.

[72] On Sunday, Meika was subjected to serious and repeated physical abuse for what Ms. Magoon and Mr. Jordan perceived to be her non-compliance with their orders. They made her run the stairs until she was physically incapable of continuing. That course of physical abuse and coercive direction continued until her injuries rendered her unconscious, enforced not merely by the assaults but, as Paperny J.A. found, through “fear and intimidation” (para. 114 (CanLII)). There is no doubt that Meika was confined on Sunday. She was coercively restrained and directed contrary to her wishes. And the confinement was clearly unlawful. The acts of “discipline” were grossly disproportionate, cruel, degrading, deliberately harmful, and far exceeded any acceptable form of parenting.

à l’encontre de sa volonté — mesures qui excèdent les limites du châtiment qu’un parent ou tuteur peut légitimement infliger —, constitue une séquestration illégale. Et c’est ce qui s’est passé en l’espèce. M^{me} Magoon et M. Jordan ont clairement séquestré Meika, et cette séquestration était illégale.

[70] La juge Paperny a conclu que la situation que Meika avait vécue tout au long du week-end constituait une séquestration. Bien que M^{me} Magoon et M. Jordan contestent cette conclusion, M^{me} Magoon reconnaît qu’elle séquestrait Meika lorsque, faisant usage de force, elle lui a brûlé la main le jeudi. M. Jordan et M^{me} Magoon ont caché ces sévices à la mère de Meika, ils n’ont pas cherché à obtenir des soins médicaux à cet égard et ils ont créé un climat de violence et d’intimidation.

[71] Toutefois, pour les besoins des présents pourvois, il n’est pas absolument nécessaire de déterminer avec exactitude à quel moment a commencé la séquestration de Meika. Même considérés isolément, les événements du dimanche — à savoir le fait que M^{me} Magoon et M. Jordan ont forcé Meika à courir de haut en bas d’un escalier et qu’ils l’ont agressée physiquement lorsque celle-ci refusait de le faire —, ont constitué une séquestration illégale.

[72] Le dimanche, Meika a été brutalisée physiquement de façon répétée parce que, de l’avis de M^{me} Magoon et de M. Jordan, elle n’obéissait pas à leurs ordres. Ils l’ont fait courir de haut en bas de l’escalier jusqu’à ce qu’elle soit physiquement incapable de continuer. Cette situation de sévices physiques et de contraintes verbales, qui s’est poursuivie jusqu’à ce que Meika perde conscience en raison de ses blessures, était le résultat non seulement des agressions, mais également, comme a conclu la juge Paperny, de l’instauration d’un climat [TRADUCTION] « de peur et d’intimidation » (par. 114 (CanLII)). Il ne fait aucun doute que Meika a été séquestrée le dimanche. Elle a été soumise à de la contrainte physique et forcée d’agir contre sa volonté. De plus, il s’agissait clairement d’une séquestration illégale. Les mesures « disciplinaires » étaient exagérément disproportionnées, cruelles, avilissantes et délibérément préjudiciables, et dépassaient de loin toute forme acceptable d’exercice des responsabilités parentales.

[73] Having concluded that Meika was unlawfully confined, we turn now to the fifth *Harbottle* element — whether the unlawful confinement and murder were part of the same transaction. In our view, they were. The unlawful confinement and the assaults leading to Meika’s death were part of the same single “transaction” of coercion and abuse. The course of unlawful confinement leading up to Meika’s death was, in the words of Wilson J. in *Paré*, the “continuing illegal domination” of Meika, representing an “exploitation of the position of power created by the underlying crime” (p. 633). And the unlawful confinement persisted right up to the moment Meika lost consciousness.

[74] In *Pritchard*, this Court held that the underlying crime of domination must be distinct from the act of killing (para. 27). In this case, Meika’s unlawful confinement and her murder constituted two distinct criminal acts. The trial judge found that Ms. Magoon and Mr. Jordan physically assaulted Meika in a number of ways, and not all acts of violence were tied to the fatal blows. And some of the assaults that the trial judge found met the causation standard for the murder, including Mr. Jordan’s blow to Meika’s stomach, were distinct from the acts of confinement identified above. Moreover, the assaults against Meika were part, but not all, of what established the unlawful confinement, since the confinement also involved non-physical acts of coercion. We see no basis, therefore, for concluding that the unlawful confinement was, in the words of Binnie J. in *Pritchard*, “consumed in the very act of killing” (para. 27).

[75] Accordingly, the *Harbottle* test is met in this case. Ms. Magoon and Mr. Jordan unlawfully confined Meika, and the unlawful confinement and murder were two distinct criminal acts that formed part of a single transaction. The Court of Appeal of

[73] Ayant conclu que Meika a été séquestrée illégalement, nous allons maintenant examiner le cinquième élément de l’analyse énoncée dans l’arrêt *Harbottle* — la question de savoir si la séquestration illégale et le meurtre faisaient partie de la même opération. Nous estimons que oui. La séquestration illégale et les agressions qui ont mené à la mort de Meika faisaient partie d’une seule et même « opération » de contrainte et de sévices. La période de séquestration illégale qui a abouti à la mort de Meika constituait, selon les termes utilisés par la juge Wilson dans l’arrêt *Paré*, de la « domination illégale continue » exercée sur Meika, et représentait une « exploitation de la position de force créée par l’infraction sous-jacente » (p. 633). Et cette séquestration illégale a persisté, et ce, jusqu’au moment où Meika a perdu conscience.

[74] Dans l’arrêt *Pritchard*, notre Cour a statué que l’infraction sous-jacente de domination doit être distincte de l’acte de meurtre (par. 27). En l’espèce, la séquestration illégale de Meika et le meurtre de cette dernière ont constitué deux actes criminels distincts. La juge du procès a conclu que M^{me} Magoon et M. Jordan avaient agressé physiquement Meika de nombreuses façons, et que ces actes de violence n’étaient pas tous liés aux coups fatals. D’ailleurs, certaines des agressions qui, de l’avis de la juge du procès, satisfaisaient à la norme de causalité applicable au meurtre, y compris le coup porté à l’abdomen de Meika par M. Jordan, constituaient des actes distincts des actes de séquestration décrits précédemment. En outre, les agressions commises contre Meika ne représentaient qu’une partie, et non l’ensemble, de la preuve établissant la séquestration illégale, puisque la séquestration avait également comporté des actes de contrainte non physique. Nous ne voyons donc aucune raison de conclure que la séquestration illégale était « dissout[e] dans l’acte même du meurtre », pour reprendre les propos du juge Binnie dans l’arrêt *Pritchard* (par. 27).

[75] Par conséquent, il est satisfait en l’espèce à l’analyse énoncée dans l’arrêt *Harbottle*. M^{me} Magoon et M. Jordan ont séquestré Meika illégalement, et cette séquestration et le meurtre ont constitué deux actes criminels distincts qui faisaient partie d’une seule et

Alberta did not err in substituting verdicts of guilty for first degree murder.

même opération. La Cour d'appel de l'Alberta n'a pas commis d'erreur en substituant des verdicts de culpabilité pour meurtre au premier degré aux verdicts initiaux.

Conclusion

Conclusion

[76] For these reasons, this Court dismissed Ms. Magoon's and Mr. Jordan's appeals.

[76] Pour ces motifs, la Cour a rejeté les pourvois de M^{me} Magoon et de M. Jordan.

Appeals dismissed.

Pourvois rejetés.

Solicitors for the appellant Marie-Eve Magoon: Ruttan Bates, Calgary.

Procureurs de l'appelante Marie-Eve Magoon : Ruttan Bates, Calgary.

Solicitors for the appellant Spencer Lee Jordan: Walsh, Calgary; Kay Patel Mahoney — Criminal Defence Lawyers, Calgary.

Procureurs de l'appellant Spencer Lee Jordan : Walsh, Calgary; Kay Patel Mahoney — Criminal Defence Lawyers, Calgary.

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Gerard Comeau *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Attorney General of the Northwest Territories, Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice, Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd., Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership, Artisan Ales Consulting Inc., Montreal Economic Institute, Federal Express Canada Corporation, Canadian Chamber of Commerce, Canadian Federation of Independent Business, Cannabis Culture, Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada, Canada's National Brewers, Dairy Farmers of Canada, Egg Farmers of Canada, Chicken Farmers of Canada, Turkey Farmers of Canada, Canadian Hatching Egg Producers, Consumers Council of Canada, Canadian Vintners Association and Alberta Small Brewers Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. COMEAU

2018 SCC 15

File No.: 37398.

2017: December 6; 2018: April 19.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Gerard Comeau *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, procureur général des Territoires du Nord-Ouest, gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice, Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd., Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership, Artisan Ales Consulting Inc., Institut économique de Montréal, Federal Express Canada Corporation, Chambre de commerce du Canada, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Cannabis Culture, Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada, Canada's National Brewers, Producteurs laitiers du Canada, Producteurs d'œufs du Canada, Producteurs de poulet du Canada, Éleveurs de dindon du Canada, Producteurs d'œufs d'incubation du Canada, Consumers Council of Canada, Association des vignerons du Canada et Alberta Small Brewers Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. COMEAU

2018 CSC 15

N° du greffe : 37398.

2017 : 6 décembre; 2018 : 19 avril.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Constitutional law — Interprovincial trade — Provincial offences — Restricted access to liquor from other provinces — New Brunswick resident charged under s. 134(b) of Liquor Control Act for having quantities of alcohol in excess of applicable limit — Whether s. 134(b) of Liquor Control Act infringes s. 121 of Constitution Act, 1867 — Whether s. 121 is free trade provision that bars any impediment to interprovincial commerce — Meaning of “admitted free” in s. 121 — Whether trial judge erred in departing from binding precedent on basis of historical evidence and expert’s opinion of evidence — Constitution Act, 1867, s. 121 — Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 134(b).

Droit constitutionnel — Commerce interprovincial — Infractions provinciales — Accès restreint à des boissons alcooliques provenant d’autres provinces — Résident du Nouveau-Brunswick accusé en application de l’art. 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools pour avoir eu en sa possession plus d’alcool que la limite permise — L’article 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools contrevient-il à l’art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867? — L’article 121 est-il une disposition de libre-échange qui proscrit toute entrave au commerce interprovincial? — Quel est le sens de l’expression « admis en franchise » qui figure à l’art. 121? — Le juge du procès a-t-il eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l’opinion d’un expert sur le sens de cette preuve? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 121 — Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, art. 134b).

Together with other provisions of the New Brunswick *Liquor Control Act*, s. 134(b) makes it an offence to “have or keep liquor” in an amount that exceeds a prescribed threshold purchased from any Canadian source other than the New Brunswick Liquor Corporation. C is a resident of New Brunswick who entered Quebec, visited three different stores, and purchased quantities of alcohol in excess of the applicable limit. Returning from Quebec to New Brunswick, C was stopped by the RCMP; he was charged under s. 134(b) and was issued a fine. C challenged the charge on the basis that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* — which provides that all articles of manufacture from any province shall be “admitted free” into each of the other provinces — renders s. 134(b) unconstitutional. The trial judge found s. 134(b) to be of no force and effect against C and dismissed the charge. The Court of Appeal dismissed the Crown’s application for leave to appeal.

Conjugué à d’autres dispositions de la *Loi sur la réglementation des alcools* du Nouveau-Brunswick, l’al. 134b) de cette dernière érige en infraction le fait « [d’]avoir ou [de] garder des boissons alcooliques » en quantité supérieure à la limite prescrite de celles pouvant être achetées d’une source canadienne autre que la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. C est un résident du Nouveau-Brunswick qui s’est rendu au Québec, puis dans trois magasins où il s’est procuré des quantités d’alcool excédant la limite applicable. Alors qu’il revenait au Nouveau-Brunswick, C a été arrêté par la GRC; il a été accusé, en application de l’al. 134b), et a été condamné à payer une amende. C a contesté l’accusation, faisant valoir que l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — qui prévoit que tous articles de la manufacture d’aucune des provinces seront « admis en franchise » dans chacune des autres provinces — rend l’al. 134b) inconstitutionnel. Le juge du procès a conclu que l’al. 134b) était inopérant contre C, et a rejeté l’accusation. La Cour d’appel a rejeté la demande d’autorisation d’appel du ministère public.

Held: The appeal should be allowed. Section 134(b) of the *Liquor Control Act* does not infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L’alinéa 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* ne contrevient pas à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Common law courts are bound by authoritative precedent. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before

Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Sous réserve d’exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les

it. A legal precedent may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate. Not only is the exception narrow, it is not a general invitation to reconsider binding authority on the basis of any type of evidence. For a binding precedent from a higher court to be cast aside, the new evidence must fundamentally shift how jurists understand the legal question at issue.

This high threshold was not met in this case. The trial judge relied on evidence presented by an historian whom he accepted as an expert. The trial judge accepted the expert's description of the drafters' motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867*, and the expert's opinion that those motivations drive how s. 121 is to be interpreted. Neither class of evidence constitutes evolving legislative and social facts or a comparable fundamental shift; the evidence is simply a description of historical information and one expert's assessment of that information. The trial judge's reliance on the expert's opinion of the correct interpretation of s. 121 was erroneous. To depart from precedent on the basis of such opinion evidence is to cede the judge's primary task to an expert. And to rely on such evidence to rebut *stare decisis* is to substitute one expert's opinion on domestic law for that expressed by appellate courts in binding judgments. This would introduce the very instability in the law that the principle of *stare decisis* aims to avoid.

The modern approach to statutory interpretation provides a guide for determining how "admitted free" in s. 121 should be interpreted. The text of the provision must be read harmoniously with the context and purpose of the statute. Constitutional texts must be interpreted in a broad and purposive manner and in a manner that is sensitive to evolving circumstances. Applying this framework to s. 121, the text, historical context, legislative context, and underlying constitutional principles do not support the contention that s. 121 should be interpreted as prohibiting any and all burdens on the passage of goods over provincial boundaries, essentially imposing an absolute free trade regime within Canada. Rather, these considerations support a flexible, purposive view of s. 121 — one

décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. Un précédent juridique peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. Non seulement l'exception est-elle restreinte, mais il ne s'agit pas d'une invitation générale à réexaminer les précédents qui font autorité sur le fondement de n'importe quel type de preuve. Pour qu'un précédent contraignant d'une juridiction supérieure puisse être écarté, les nouveaux éléments de preuve doivent changer la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu.

En l'espèce, ce seuil exigeant n'a pas été atteint. Le juge du procès s'est fondé sur la preuve présentée par un historien auquel il a reconnu le statut d'expert. Le juge du procès a accepté la description qu'a donnée cet expert quant aux motivations des rédacteurs à l'appui de l'inclusion de l'art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que son opinion selon laquelle ces motivations indiquent la façon dont l'art. 121 doit être interprété. Or, aucun de ces types de preuve ne constitue une preuve de l'évolution des faits législatifs et sociaux ou d'un changement comparable radical de la donne; il s'agit simplement d'une description de renseignements historiques et de l'évaluation de ces renseignements par un expert. Le juge du procès s'est appuyé sur l'opinion de l'expert concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121. Ce faisant, il a commis une erreur. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert. En outre, se fonder sur une telle preuve pour réfuter le *stare decisis* revient à substituer l'opinion de l'expert sur le droit interne à celle exprimée par les tribunaux d'appel dans des jugements qui font autorité. Une telle approche entraînerait l'instabilité du droit, ce que le principe de *stare decisis* vise spécifiquement à éviter.

La méthode moderne d'interprétation législative fournit les paramètres pour décider de quelle façon l'expression « admis en franchise » qui figure à l'art. 121 doit être interprétée. Le texte de la disposition doit être interprété d'une manière qui s'accorde avec le contexte et l'objet de la loi. Les textes constitutionnels doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet, et d'une façon qui tient compte de l'évolution des circonstances. Appliquant ce cadre d'analyse à l'art. 121, le libellé, les contextes historique et législatif de même que les principes constitutionnels sous-jacents n'étaient pas la prétention selon laquelle l'art. 121 doit s'interpréter comme interdisant toute entrave à la circulation des biens d'une province à une autre, ce qui équivaldrait pour l'essentiel

that respects an appropriate balance between federal and provincial powers.

With respect to the text of s. 121, the phrase “admitted free” is ambiguous, and falls to be interpreted on the basis of the historical, legislative and constitutional contexts. To achieve economic union, the framers of the Constitution agreed that individual provinces needed to relinquish their tariff powers. The historical context supports the view that, at a minimum, s. 121 prohibits the imposition of charges on goods crossing provincial boundaries — tariffs and tariff-like measures. But the historical evidence nowhere suggests that provinces would lose their power to legislate under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* for the benefit of their constituents even if that might have impacts on interprovincial trade.

As well, the legislative context of s. 121 indicates that it was part of a scheme that enabled the shifting of customs, excise, and similar levies from the former colonies to the Dominion; that it should be interpreted as applying to measures that increase the price of goods when they cross a provincial border; and that it should not be read so expansively that it would impinge on legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

In addition, foundational principles underlying the Constitution may aid in its interpretation. In this case, the federalism principle is vital. It recognizes the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction and requires a court interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests. Reading s. 121 to require full economic integration would significantly undermine the shape of Canadian federalism, which is built upon regional diversity within a single nation. The need to maintain balance embodied in the federalism principle supports an interpretation of s. 121 that prohibits laws directed at curtailing the passage of goods over interprovincial borders, but allows legislatures to pass laws to achieve other goals within their powers, even though the laws may have the incidental effect of impeding the passage of goods over interprovincial borders.

à forcer l’existence d’un régime de libre-échange absolu au Canada. Ces éléments appuient plutôt une conception souple et téléologique de l’art. 121, une conception qui respecte un juste équilibre entre les compétences fédérales, d’une part, et provinciales, d’autre part.

En ce qui a trait au libellé de l’art. 121, l’expression « admis en franchise » est ambiguë, et il convient de l’interpréter en fonction des contextes historique, législatif et constitutionnel. Pour que l’union économique se réalise, les auteurs de la Constitution ont reconnu que chaque province devait renoncer à son pouvoir en matière de tarif. Le contexte historique appuie l’avis selon lequel, à tout le moins, l’art. 121 interdit l’imposition de tarifs et d’autres mesures semblables sur les biens qui circulent d’une province à une autre. La preuve historique n’indique toutefois nullement que les provinces perdraient leur pouvoir de légiférer en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans l’intérêt de leurs citoyens, même si cela pouvait avoir une incidence sur le commerce interprovincial.

En outre, le contexte législatif de l’art. 121 indique qu’il faisait partie d’un régime permettant que les droits de douane et d’accise ainsi que les taxes semblables passent des anciennes colonies au Dominion; qu’il doit être interprété comme s’appliquant aux mesures qui ont pour effet d’augmenter le prix des biens lorsqu’ils franchissent une frontière provinciale; et qu’il ne doit pas recevoir une interprétation large au point qu’il empièterait sur les pouvoirs législatifs prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Qui plus est, les principes fondamentaux à la base de la Constitution peuvent aider à son interprétation. Dans le présent cas, le principe du fédéralisme est primordial. Il reconnaît l’autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence et il exige que le tribunal qui interprète des textes constitutionnels tienne compte des répercussions des différentes interprétations sur l’équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces. Une interprétation de l’art. 121 qui exigerait une pleine intégration économique minerait considérablement la nature du fédéralisme canadien, qui repose sur la diversité des régions au sein d’une même nation. La nécessité de maintenir l’équilibre consacré par le principe du fédéralisme appuie l’interprétation de l’art. 121 qui interdit les lois visant à restreindre la circulation des biens entre les provinces, mais qui permet aux législatures d’en adopter qui visent la réalisation d’autres objectifs dans les limites de leurs pouvoirs, même si ces lois peuvent avoir comme effet accessoire d’entraver la circulation des biens d’une province à une autre.

The lines of jurisprudential authority about the ambit of s. 121 can be distilled into two related propositions. First, the purpose of s. 121 is to prohibit laws that in essence and purpose restrict or limit the free flow of goods across the country. Second, laws that pose only incidental effects on trade as part of broader regulatory schemes not aimed at impeding trade do not have the purpose of restricting interprovincial trade and hence do not violate s. 121. Therefore, s. 121 does not catch burdens on goods crossing provincial borders that are merely incidental effects of a law or scheme aimed at some other purpose. To prohibit incidental impacts on cross-border trade would allow s. 121 to trump valid exercises of legislative power, and create legislative hiatuses where neither level of government could act.

It follows that a claimant alleging that a law violates s. 121 must establish that the law in essence and purpose restricts trade across a provincial border. The law must impact the interprovincial movement of goods like a tariff, which, in the extreme, could be an outright prohibition. The claimant must establish that the law imposes an additional burden on goods by virtue of them coming in from outside the province. And, restriction of cross-border trade must be the primary purpose of the law, thereby excluding laws enacted for other purposes, such as laws that form rational parts of broader legislative schemes with purposes unrelated to impeding interprovincial trade.

In this case, s. 134(b) impedes liquor purchases originating anywhere other than the New Brunswick Liquor Corporation. In essence, it functions like a tariff, even though it may have other purely internal effects. However, the text and effects are aligned and suggest the primary purpose of s. 134(b) is not to impede trade, but rather to restrict access to any non-Corporation liquor, not just liquor brought in from another province. The objective of the New Brunswick regulatory scheme is not to restrict trade across a provincial boundary, but to enable public supervision of the production, movement, sale, and use of alcohol within New Brunswick. Finally, s. 134(b) is not divorced from the objective of the larger scheme. It plainly serves New Brunswick's choice to control the supply and use of liquor within the province. The primary purpose of s. 134(b) is to prohibit holding excessive quantities of liquor from supplies not managed by the province. While one effect of s. 134(b) is to impede interprovincial trade, this effect is only incidental in light of the objective of the

Les courants jurisprudentiels quant à la portée de l'art. 121 peuvent être regroupés en deux propositions connexes. Premièrement, l'objet de l'art. 121 est d'interdire les lois qui, de par leur essence et leur objet, restreignent ou limitent la libre circulation des biens dans tout le pays. Deuxièmement, les lois qui n'ont qu'un effet accessoire sur le commerce dans le contexte de régimes réglementaires plus larges qui ne visent pas à entraver le commerce n'ont pas pour objet de restreindre le commerce interprovincial et n'enfreignent donc pas l'art. 121. Ainsi, ce dernier ne vise pas les entraves au passage des biens d'une province à une autre qui sont simplement accessoires à une loi ou à un régime législatif visant un autre objet. L'interdiction des effets accessoires d'une loi ou d'un régime sur le commerce transfrontalier permettrait à l'art. 121 de primer sur l'exercice valide d'un pouvoir législatif et créerait des lacunes législatives à l'égard desquelles aucun ordre de gouvernement ne pourrait agir.

Un demandeur qui plaide qu'une loi enfreint l'art. 121 doit donc démontrer que cette loi, de par son essence et son objet, restreint le commerce interprovincial. La loi doit avoir, comme un tarif, une incidence sur la circulation interprovinciale de biens, une incidence qui, à la limite, peut consister en une interdiction pure et simple. Le demandeur doit établir que la loi impose une charge supplémentaire sur les biens du fait qu'ils proviennent de l'extérieur de la province. Il faut aussi que la restriction au commerce interprovincial constitue l'objet principal de la loi, de sorte que ne sont pas visées les lois adoptées pour l'atteinte d'autres objets, comme des lois qui font rationnellement partie de régimes législatifs plus larges dont les objets ne sont pas liés à l'entrave au commerce interprovincial.

En l'espèce, l'al. 134b) entrave l'achat de boissons alcooliques provenant d'ailleurs que de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. De par son essence, il fonctionne comme un tarif, et ce, même s'il peut avoir d'autres effets strictement liés au commerce qui a cours dans la province. Cependant, le libellé et les effets de cette disposition pointent dans la même direction et laissent croire que son objet principal n'est pas d'entraver le commerce, mais plutôt de restreindre l'accès à toutes les boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et non pas uniquement à celles qui proviennent d'une autre province. Le régime réglementaire du Nouveau-Brunswick ne vise pas à restreindre le commerce interprovincial. Il vise plutôt à permettre la supervision par des entités publiques de la production, de la circulation, de la vente et de l'utilisation de l'alcool au Nouveau-Brunswick. Enfin, l'al. 134b) n'est pas dissocié de l'objet du régime plus large. Il contribue clairement au choix de la province de contrôler l'approvisionnement et l'utilisation des boissons alcooliques sur

provincial scheme in general. Therefore, while s. 134(b) in essence impedes cross-border trade, this is not its primary purpose. Section 134(b) does not infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

Cases Cited

Applied: *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; **referred to:** *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*,

son territoire. L'objet principal de l'al. 134b) consiste à interdire la garde de quantités excessives de boissons alcooliques provenant de réserves qui ne sont pas régies par la province. Certes, l'al. 134b) a pour effet d'entraver le commerce interprovincial, mais cet effet n'est qu'accessoire compte tenu de l'objet du régime provincial pris dans son ensemble. Ainsi, bien que, de par son essence, l'al. 134b) entrave le commerce transfrontalier, il ne s'agit pas de son objet principal. L'alinéa 134b) ne contrevient pas à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81; *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; **arrêts mentionnés :** *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*,

2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *R. v. Gauthreau* (1978), 21 N.B.R. (2d) 701.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1952, c. 44.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, Part VIII, 119, 121, 122, 123.
Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 3.
Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, ss. 43(c), 134(b), 148(2).
New Brunswick Liquor Corporation Act, S.N.B. 1974, c. N-6.1 [now R.S.N.B. 2016, c. 105].
Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1, s. 116(3).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Treaties and Other International Instruments

General Agreement on Tariffs and Trade, Can. T.S. 1948 No. 31, Part I, Article I.
Reciprocity Treaty With Great Britain, June 5, 1854, 10 Stat. 1089.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. by Bryan A. Gardner. St. Paul, Minn.: Thompson Reuters, 2009, "tariff".
 Hill, Derek, ed. *National Trade and Tariff Service*. Toronto: LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated February 2018).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. "Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
 Kong, Hoi L. "Republicanism and the division of powers in Canada" (2014), 64 *U.T.L.J.* 359.
 Leclair, Jean. "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
 McLean, James A. *Essays in the Financial History of Canada*. New York: Columbia College, 1894.
 Monahan, Patrick J. "At doctrine's twilight: The structure of Canadian federalism" (1984), 34 *U.T.L.J.* 47.

2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *R. c. Gauthreau* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 701.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, partie VIII, 119, 121, 122, 123.
Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. 1985, c. I-3, art. 3.
Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1952, c. 44.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.
Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.N.-B. 1987, c. P-22.1, art. 116(3).
Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, art. 43(c), 134(b), 148(2).
Loi sur la Société des alcools du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1974, c. N-6.1 [maintenant L.R.N.-B. 2016, c. 105].

Traité et autres instruments internationaux

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, R.T. Can. 1948 n° 31, partie I, art. I.
Reciprocity Treaty With Great Britain, June 5, 1854, 10 Stat. 1089.

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. by Bryan A. Gardner, St. Paul (Minn.), Thompson Reuters, 2009, « *tariff* ».
 Hill, Derek, ed. *National Trade and Tariff Service*, Toronto, LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated February 2018).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court : Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
 Kong, Hoi L. « Republicanism and the division of powers in Canada » (2014), 64 *U.T.L.J.* 359.
 Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
 McLean, James A. *Essays in the Financial History of Canada*, New York, Columbia College, 1894.
 Monahan, Patrick J. « At doctrine's twilight : The structure of Canadian federalism » (1984), 34 *U.T.L.J.* 47.

- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “essence”.
- Perry, J. Harvey. *Taxes, tariffs, & subsidies: A history of Canadian fiscal development*. Toronto: University of Toronto Press, 1955.
- Schneiderman, David. “Economic Citizenship and Deliberative Democracy: An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125.
- Scott, F. R. “Centralization and Decentralization in Canadian Federalism” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1095.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Swinton, Katherine. “Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 280.
- Wexler, Stephen. “The Urge to Idealize: Viscount Haldane and the Constitution of Canada” (1984), 29 *McGill L.J.* 608.
- Perry, J. Harvey. *Taxes, tariffs, & subsidies : A history of Canadian fiscal development*, Toronto, University of Toronto Press, 1955.
- Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « essence ».
- Schneiderman, David. « Economic Citizenship and Deliberative Democracy : An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation » (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125.
- Scott, F. R. « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951), 29 *R. du B. can.* 1095.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Swinton, Katherine. « Courting Our Way to Economic Integration : Judicial Review and the Canadian Economic Union » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 280.
- Wexler, Stephen. « The Urge to Idealize : Viscount Haldane and the Constitution of Canada » (1984), 29 *R.D. McGill* 608.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Larlee J.A.), 2016 CanLII 73665, [2016] N.B.J. No. 232 (QL), 2016 CarswellNB 445 (WL Can.), dismissing an application for leave to appeal a decision of LeBlanc Prov. Ct. J., 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1, 1179 A.P.R. 1, 398 D.L.R. (4th) 123, [2016] N.B.J. No. 87 (QL), 2016 CarswellNB 167 (WL Can.), declaring s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, of no force or effect with respect to Mr. Comeau. Appeal allowed.

William B. Richards and Kathryn A. Gregory, Q.C., for the appellant.

Ian A. Blue, Q.C., Arnold Schwisberg, Mikael Bernard and Daria Peregoudova, for the respondent.

François Joyal and Ian Demers, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael S. Dunn and Padraic Ryan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix and Laurie Anctil, for the intervener the Attorney General of Quebec.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (la juge Larlee), 2016 CanLII 73665, [2016] A.N.-B. n° 232 (QL), 2016 CarswellNB 446 (WL Can.), qui a rejeté une demande d’autorisation d’appel d’une décision du juge LeBlanc de la Cour provinciale, 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1, 1179 A.P.R. 1, 398 D.L.R. (4th) 123, [2016] A.N.-B. n° 87 (QL), 2016 CarswellNB 272 (WL Can.), qui avait déclaré inopérant contre M. Comeau l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10. Pourvoi accueilli.

William B. Richards et Kathryn A. Gregory, c.r., pour l’appelante.

Ian A. Blue, c.r., Arnold Schwisberg, Mikael Bernard et Daria Peregoudova, pour l’intimé.

François Joyal et Ian Demers, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Michael S. Dunn et Padraic Ryan, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jean-Vincent Lacroix et Laurie Anctil, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

No one appeared for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

J. Gareth Morley and Tyna Mason, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jonathan M. Coady and Thomas Laughlin, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Theodore J. C. Litowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

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

Philip Osborne and Barbara Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Bradley Patzer, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

John L. MacLean and Adrienne Silk, for the intervener the Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice.

Shea Coulson and Allan L. Doolittle, for the interveners Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. and Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership.

Malcolm Lavoie, for the intervener Artisan Ales Consulting Inc.

Mark Gelowitz and Robert Carson, for the intervener the Montreal Economic Institute.

J. Scott Maidment and Samantha Gordon, for the intervener Federal Express Canada Corporation.

Christopher D. Bredt and Ewa Krajewska, for the interveners the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Federation of Independent Business.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

J. Gareth Morley et Tyna Mason, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jonathan M. Coady et Thomas Laughlin, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Theodore J. C. Litowski, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

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

Philip Osborne et Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Bradley Patzer, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

John L. MacLean et Adrienne Silk, pour l'intervenant le gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice.

Shea Coulson et Allan L. Doolittle, pour les intervenantes Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. et Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership.

Malcolm Lavoie, pour l'intervenante Artisan Ales Consulting Inc.

Mark Gelowitz et Robert Carson, pour l'intervenant l'Institut économique de Montréal.

J. Scott Maidment et Samantha Gordon, pour l'intervenante Federal Express Canada Corporation.

Christopher D. Bredt et Ewa Krajewska, pour les intervenantes la Chambre de commerce du Canada et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

Kirk Tousaw and Jack Lloyd, for the intervener Cannabis Culture.

Jennifer Klinck and Marion Sandilands, for the intervener the Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada.

Steven I. Sofer and Paul Seaman, for the intervener Canada's National Brewers.

David K. Wilson, Owen M. Rees and Julie Mouris, for the interveners the Dairy Farmers of Canada, the Egg Farmers of Canada, the Chicken Farmers of Canada, the Turkey Farmers of Canada and the Canadian Hatching Egg Producers.

Paul J. Bates, Ronald Podolny, Tyler J. Planeta and Michael Sobkin, for the intervener the Consumers Council of Canada.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal and Jessica M. Starck, for the intervener the Canadian Vintners Association.

Robert Martz and Paul Chiswell, for the intervener the Alberta Small Brewers Association.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] In 1867, *The British North America Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, united individual British colonies into one new country, the Dominion of Canada. Prior to this, each colony had its own power to impose tariffs at its borders. Part VIII of that Act (now the *Constitution Act, 1867*) contains provisions for the transfer of this power to levy tariffs to the Dominion government. At the heart of Part VIII is s. 121, the provision at issue in this appeal:

All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other Provinces.

Kirk Tousaw et Jack Lloyd, pour l'intervenante Cannabis Culture.

Jennifer Klinck et Marion Sandilands, pour l'intervenante l'Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada.

Steven I. Sofer et Paul Seaman, pour l'intervenante Canada's National Brewers.

David K. Wilson, Owen M. Rees et Julie Mouris, pour les intervenants les Producteurs laitiers du Canada, les Producteurs d'œufs du Canada, les Producteurs de poulet du Canada, les Éleveurs de dindon du Canada et les Producteurs d'œufs d'incubation du Canada.

Paul J. Bates, Ronald Podolny, Tyler J. Planeta et Michael Sobkin, pour l'intervenant Consumers Council of Canada.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal et Jessica M. Starck, pour l'intervenante l'Association des vignerons du Canada.

Robert Martz et Paul Chiswell, pour l'intervenante Alberta Small Brewers Association.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] En 1867, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, a unifié des colonies britanniques distinctes en un nouveau pays, le Dominion du Canada. Avant l'adoption de cette loi, chaque colonie disposait de son propre pouvoir d'imposer des tarifs à ses frontières. La partie VIII de cet Acte (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) contient des dispositions prévoyant le transfert de ce pouvoir au gouvernement du Dominion. Au cœur de cette partie VIII se trouve l'art. 121, la disposition en cause dans le présent pourvoi :

Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

[2] The respondent, Mr. Gerard Comeau, contends that s. 121 is essentially a free trade provision — in his view, no barriers can be erected to impede the passage of goods across provincial boundaries. On the other side of the debate, the appellant, Her Majesty the Queen in Right of New Brunswick (“the Crown”), argues that s. 121 was only intended to dismantle the power to impose tariffs or tariff-like charges at provincial boundaries. The trial judge agreed with Mr. Comeau. The question before us is whether he erred in doing so. What does it mean for articles to be “admitted free” as stated in s. 121? How does that requirement constrain state action? Fundamentally, does s. 121 constitutionalize some particular form of economic union? These questions lie at the core of this appeal.

[3] The answers to these questions have broad implications. If to be “admitted free” is understood as a constitutional guarantee of free trade, the potential reach of s. 121 is vast. Agricultural supply management schemes, public health-driven prohibitions, environmental controls, and innumerable comparable regulatory measures that incidentally impede the passage of goods crossing provincial borders may be invalid.

[4] The dispute arises out of Mr. Comeau’s assertion that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* prevents the Province of New Brunswick from legislating that New Brunswick residents cannot stock alcohol from another province. The appeal asks whether s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, infringes s. 121. Section 134(b) of the *Liquor Control Act* provides:

134 Except as provided by this Act or the regulations, no person, within the Province, by himself, his clerk, employee, servant or agent shall

...

[2] L’intimé, M. Gerard Comeau, soutient que l’art. 121 est essentiellement une disposition de libre-échange — à son avis, aucune barrière ne peut être érigée pour entraver la circulation des biens d’une province à une autre. La partie adverse, appelante, Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick (« ministère public »), fait valoir que l’art. 121 ne visait qu’à supprimer le pouvoir d’imposer des tarifs ou des charges semblables aux frontières provinciales. Le juge du procès a donné raison à M. Comeau. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir s’il a eu tort de le faire. Quel sens faut-il donner, en ce qui a trait aux articles, à l’expression « admis en franchise » qui figure à l’art. 121? De quelle façon cette exigence limite-t-elle l’action de l’État? Fondamentalement, l’art. 121 constitutionnalise-t-il une forme particulière d’union économique? Voilà ce qui est au cœur du présent pourvoi.

[3] Les réponses à ces questions ont de vastes répercussions. Si l’on considère que l’expression « admis en franchise » représente une garantie constitutionnelle de libre-échange, l’art. 121 pourrait avoir une large portée. Les systèmes de gestion de l’approvisionnement agricole, les interdictions fondées sur la santé publique, les contrôles environnementaux et d’innombrables mesures réglementaires similaires qui entravent accessoirement la circulation des biens d’une province à une autre pourraient être invalides.

[4] Le litige découle de l’affirmation de M. Comeau selon laquelle l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche la province du Nouveau-Brunswick d’adopter des mesures législatives interdisant à ses résidents de faire des provisions de boissons alcooliques provenant d’une autre province. Il s’agit en l’espèce de décider si l’al. 134(b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, contrevient à l’art. 121. Cette disposition est ainsi libellée :

134 Sauf dans les cas prévus par la présente loi et les règlements, nul ne doit, dans la province, soit personnellement, soit par l’entremise de son commis, employé, proposé ou représentant,

...

(b) have or keep liquor,

not purchased from the Corporation.

[5] Together with ss. 43(c) and 148(2) of the *Liquor Control Act*, s. 134(b) makes it an offence to “have or keep liquor” in an amount that exceeds a prescribed threshold purchased from any Canadian source other than the New Brunswick Liquor Corporation.

[6] In holding that s. 134(b) of the *Liquor Control Act* is invalid because it offends s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, the trial judge departed from binding precedent from this Court on the basis of historical and opinion evidence tendered by an expert witness.

[7] The appeal therefore raises two issues. First, did the trial judge err in departing from precedent, and second, what is the proper interpretation of s. 121? Both issues go to the primary question in this appeal: Does s. 134(b) of the *Liquor Control Act* infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*?

[8] We conclude that the trial judge erred in departing from previous decisions of this Court. Going on to interpret s. 121, we conclude that it prohibits laws that in essence and purpose impede the passage of goods across provincial borders and, therefore, does not prohibit laws that yield only incidental effects on interprovincial trade. The impediment to trade posed by s. 134(b) of the *Liquor Control Act* is an incidental effect of a regulatory scheme that does not, as its primary purpose, thwart interprovincial trade. Thus, s. 134(b) does not infringe s. 121. We would therefore allow the appeal.

b) avoir ou garder des boissons alcooliques

achetées ailleurs qu’à la Société.

[5] Conjugué à l’al. 43c) et au par. 148(2) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, l’al. 134b) de cette dernière érige en infraction le fait « [d’]avoir ou [de] garder des boissons alcooliques » en quantité supérieure à la limite prescrite de celles pouvant être achetées d’une source canadienne autre que la Société des alcools du Nouveau-Brunswick.

[6] En concluant que l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* est invalide parce qu’il contrevient à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge du procès s’est écarté, sur le fondement du témoignage d’opinion livré par un témoin expert et de sa présentation du contexte historique de l’adoption de l’art. 121, de précédents de la Cour qui font autorité.

[7] Le pourvoi soulève donc deux questions. Premièrement, le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents? Deuxièmement, quelle est l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 121? Ces questions se rapportent toutes deux à l’enjeu principal dans le présent pourvoi : l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient-il à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[8] Nous concluons que le juge du procès a eu tort de s’écarter de décisions antérieures de la Cour. Quant à l’interprétation de l’art. 121, nous concluons qu’il proscriit les mesures législatives qui, de par leur essence et leur objet, entravent la circulation des biens d’une province à une autre, et qu’il ne proscriit donc pas les lois qui n’ont que des effets accessoires sur le commerce interprovincial. L’entrave au commerce que met l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* est un effet accessoire d’un régime de réglementation qui n’a pas pour objet principal de contrecarrer le commerce interprovincial. Cette disposition ne contrevient pas à l’art. 121. Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Factual History

[9] The respondent Mr. Comeau is a resident of the Tracadie-Sheila region on the Acadian Peninsula in northeastern New Brunswick. On October 6, 2012, Mr. Comeau drove to Campbellton in the north-west of the province, crossed the Restigouche River, and entered Quebec. Mr. Comeau did what many Canadians who live tantalizingly close to cheaper alcohol prices across provincial boundaries probably do. He visited three different stores and stocked up.

[10] Mr. Comeau was being watched. The Campbellton RCMP had become concerned with the frequency by which enterprising New Brunswick residents were sourcing large quantities of alcohol in Quebec in contravention of the law. In response, the RCMP started monitoring New Brunswick visitors to commonly frequented liquor stores on the Quebec side. Officers in Quebec would record visitors' information and pass it on to their New Brunswick colleagues, who were waiting across the border. During his October 6, 2012 trip, Mr. Comeau was so tracked.

[11] Returning from Quebec to New Brunswick, Mr. Comeau was stopped by the RCMP. The police found a large quantity of beer and some bottles of spirits in his vehicle. It is not in dispute that Mr. Comeau purchased quantities of alcohol in excess of the applicable limit prescribed by s. 43(c) of the *Liquor Control Act*. Mr. Comeau was charged under s. 134(b) and consequently issued a fine in the amount of \$240 plus administrative fees and the victim surcharge levy.

[12] Mr. Comeau challenged the charge on the basis that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* renders s. 134(b) of the *Liquor Control Act* unconstitutional and therefore of no force and effect. It is not controversial that the beer and liquor at issue in this case are the “Articles of the Growth, Produce, or Manufacture” of a Canadian province — that

II. Les faits

[9] L'intimé, M. Comeau, est un résident de la région de Tracadie-Sheila située dans la péninsule acadienne, au nord-est du Nouveau-Brunswick. Le 6 octobre 2012, il s'est rendu en voiture à Campbellton dans le nord-ouest de la province, a traversé la rivière Restigouche et est entré au Québec. Ensuite, il a fait ce que font probablement de nombreux Canadiens habitant si près d'une province où le prix de l'alcool est moins élevé que dans leur province de résidence : il s'est rendu dans trois magasins différents et a fait des provisions.

[10] M. Comeau était surveillé. Le détachement de la GRC de Campbellton jugeait préoccupante la fréquence à laquelle des résidents entrepreneurs du Nouveau-Brunswick se procuraient de grandes quantités d'alcool au Québec en contravention de la loi. En réaction, ses agents ont commencé à surveiller les Néo-Brunswickois qui se rendaient à des points de vente d'alcool très fréquentés du côté du Québec. Les agents du Québec consignaient les renseignements relatifs à ces visiteurs et les transmettaient à leurs collègues du Nouveau-Brunswick, qui attendaient de l'autre côté de la frontière. C'est de cette façon que M. Comeau a été suivi lorsqu'il s'est rendu au Québec le 6 octobre 2012.

[11] Alors qu'il revenait au Nouveau-Brunswick, M. Comeau a été arrêté par la GRC. Les policiers ont trouvé une grande quantité de bière et des bouteilles de spiritueux dans son véhicule. Il n'est pas contesté que M. Comeau s'est procuré des quantités d'alcool excédant la limite applicable prescrite par l'al. 43c) de la *Loi sur la réglementation des alcools*. Il a été accusé, en application de l'al. 134b), et a été condamné à payer une amende de 240 \$, en plus des frais d'administration et de la suramende compensatoire.

[12] M. Comeau a contesté l'accusation, faisant valoir que l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* inconstitutionnel et, par conséquent, inopérant. La bière et les spiritueux en cause en l'espèce sont, sans conteste, des « articles du crû, de la provenance ou manufacture » d'une province

is, they were produced in Quebec or elsewhere in Canada. The question of whether s. 121 concerns non-Canadian goods imported into one province and then shipped across the country either intact or as inputs in new manufactured goods is not before the Court and therefore we do not address it.

III. Judicial History

[13] The New Brunswick Provincial Court, per LeBlanc J., agreed with Mr. Comeau that s. 134(b) infringed s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. The trial judge found s. 134(b) to be of no force and effect against Mr. Comeau and therefore dismissed the charge: 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1.

[14] The trial judge accepted that this Court's 1921 decision in *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424, was binding authority. He noted that this Court in *Gold Seal* held that s. 121 prohibits direct tariff barriers (i.e. customs duties) on goods moving between provinces. He found that s. 134(b) of the *Liquor Control Act* imposed no tariff and therefore would not violate s. 121 under *Gold Seal*.

[15] The trial judge went on to hold, however, that *Gold Seal* was wrongly decided and should not be applied, given the evidence on the origins of s. 121 called by Mr. Comeau. This evidence, presented by an historian whom the trial judge accepted as an expert, comprised historical information about the intentions of the drafters of s. 121, and the expert's opinion as to the import of that historical evidence for the interpretation of s. 121. The trial judge accepted the expert's opinion "without hesitation": para. 52.

[16] On the basis of this evidence, the trial judge concluded that the drafters were highly motivated to open up trade between the provinces. This was a direct response to trade barriers that had been erected by the United States of America in response

canadienne — c.-à-d. qu'ils ont été produits au Québec ou ailleurs au Canada. La Cour n'est pas saisie de la question de savoir si l'art. 121 vise les biens produits à l'étranger, importés dans une province, puis expédiés ailleurs au pays, soit tels quels soit comme composants de nouveaux biens manufacturés; nous nous abstiendrons donc d'y répondre.

III. Historique judiciaire

[13] Le juge LeBlanc, de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, a souscrit à l'opinion de M. Comeau selon laquelle l'al. 134b) contrevient à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a conclu que l'al. 134b) était inopérant contre M. Comeau, et a donc rejeté l'accusation : 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1.

[14] Le juge du procès a reconnu que la décision *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424, rendue par la Cour en 1921, est un précédent qui fait autorité. Il a noté que, suivant cet arrêt, l'art. 121 interdit l'imposition de barrières tarifaires directes (c.-à-d. les droits de douane) sur les biens qui circulent entre les provinces. Il a conclu que, suivant l'analyse prescrite par l'arrêt *Gold Seal*, l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* n'impose pas de tarif et ne contrevient donc pas à l'art. 121.

[15] Cependant, le juge du procès a ensuite conclu que l'arrêt *Gold Seal* était erroné et que, à la lumière de la preuve que M. Comeau avait soumise quant à l'origine de l'art. 121, il ne devrait pas être appliqué. Cette preuve, présentée par un historien reconnu comme expert par le juge du procès, comprenait des renseignements historiques sur les intentions des rédacteurs de l'art. 121 ainsi que l'opinion du témoin à titre d'expert sur le sens de cette preuve historique pour l'interprétation de cette disposition. Le juge du procès a accepté cette opinion [TRADUCTION] « sans hésiter » : par. 52.

[16] Sur la foi de ces éléments de preuve, le juge du procès a conclu que les rédacteurs étaient déterminés à ouvrir le commerce entre les provinces, en réaction directe aux obstacles commerciaux érigés par les États-Unis d'Amérique face au sentiment

to anti-British sentiment in that country during the American Civil War. The trial judge accepted that the drafters would have been preoccupied with the continued economic prosperity of British North America after the American Civil War and that this depended on the availability of new barrier-free markets. The trial judge concluded that this motivation could be extracted from the expert's description of the political climate at the time, but also more specifically from the speeches of some of the Fathers of Confederation. On this basis, the trial judge agreed with the expert that the phrase "admitted free" in s. 121 alluded to free trade, and that, in the minds of the drafters, this meant barrier-free borders.

[17] The trial judge first concluded that the failure of the Court to consider this historical evidence and "embark on a large, liberal or progressive interpretation" of s. 121 in *Gold Seal* rendered that decision suspect: para. 116. He then concluded that the new evidence adduced at trial allowed him to depart from *Gold Seal* under the evidence-based exception to vertical *stare decisis* approved in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101. The trial judge held, at para. 125:

What has occurred is that there has been a significant change in evidence, one that I believe has fundamentally shifted the parameters of the debate. To my knowledge, in none of the cases dealing with section 121 has there been any evidence presented to the trier of fact, or to the appellate court, addressing the issues presented before me respecting the following topics: the drafting of the *British North America Act, 1867*, the legislative history of the *Act*, the scheme of the *Act* and its legislative context. It has been the presentation of evidence on these issues that changed in a substantial way the parameters of the debate on the correct interpretation of the expression "admitted free" in section 121 of the *Constitution Act, 1867*. In my opinion, this allows this Court to proceed with its analysis and indeed mandates that it do so.

[18] After concluding that he was entitled to depart from binding precedent on the basis of the expert's evidence, the trial judge then held that this evidence of the "original purpose of the provision at issue"

anti-britannique qui régnait dans ce pays pendant la guerre de Sécession. Le juge du procès a reconnu que les rédacteurs devaient vouloir assurer la continuité de la prospérité économique de l'Amérique du Nord britannique après la guerre de Sécession, et que de nouveaux marchés libres d'obstacles commerciaux étaient essentiels à cette prospérité. Selon le juge du procès, la description que l'expert a faite du climat politique de l'époque, mais aussi, plus particulièrement, les discours prononcés par certains Pères de la Confédération, donnent à penser que telle était la motivation des rédacteurs. Ainsi, il a souscrit à l'opinion de l'expert voulant que l'expression « admis en franchise » qui figure à l'art. 121 se rapportait au libre-échange et que, dans l'esprit des rédacteurs, cela signifiait des frontières exemptes d'obstacles.

[17] Selon le juge du procès, le fait que, dans *Gold Seal*, la Cour n'ait pas tenu compte de cette preuve historique et ne se soit pas [TRADUCTION] « engagée dans une interprétation large, libérale ou progressiste » de l'art. 121 rend cette décision suspecte : par. 116. En outre, à son avis, la nouvelle preuve présentée au procès lui permettait de rompre avec l'arrêt en cause conformément à l'exception au *stare decisis* vertical fondée sur la preuve et approuvée dans *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101. Il a conclu, au par. 125 :

[TRADUCTION] Ce qui est arrivé, c'est qu'il y a eu un changement important dans la preuve, changement qui, selon moi, a changé radicalement la donne. À ma connaissance, dans aucune des affaires qui ont porté sur l'art. 121, une preuve n'a été présentée au juge des faits ou au tribunal d'appel au sujet des questions qui m'ont été soumises concernant la rédaction de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, l'historique législatif de l'*Acte*, son régime et son contexte législatif. C'est la présentation de la preuve sur ces questions qui a changé considérablement la donne concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « admis en franchise » à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, cela permet à notre Cour de procéder à son analyse; en fait, cela l'oblige à le faire.

[18] Après avoir conclu qu'il pouvait rompre avec le précédent qui fait autorité au vu du témoignage de l'expert, le juge du procès a statué que cette preuve de [TRADUCTION] l'« objectif original de la

is “elemental and fundamental” in the analysis and should not be “displaced” by other considerations stemming from a “long-standing misinterpretation of the intent of the Fathers of Confederation”: para. 165.

[19] The trial judge held that, given his conclusions regarding the drafters’ intent, s. 121, correctly construed, prohibits all barriers to interprovincial trade. As s. 134(b) of the *Liquor Control Act* discourages cross-border purchases and therefore limits access to extra-provincial liquor, the trial judge determined that it infringed s. 121.

[20] The Crown sought leave to appeal directly to the New Brunswick Court of Appeal, as it was authorized to do in this case by virtue of s. 116(3) of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1. The Court of Appeal dismissed the application for leave: 2016 CanLII 73665.

[21] The Crown now appeals to this Court. Although the Court of Appeal’s decision was limited to the question of leave, the substantive constitutional question is properly before this Court: *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

IV. Issues

[22] The main issue is whether s. 134(b) of the *Liquor Control Act* infringes s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. This raises the following subsidiary issues:

- (a) Did the trial judge err in departing from binding precedent and providing his own interpretation of s. 121? and
- (b) What is the proper interpretation of s. 121?

disposition en litige » est « élémentaire et fondamentale » pour l’analyse et ne devrait pas être « écartée » par d’autres facteurs découlant d’une « fausse interprétation donnée depuis longtemps à l’intention des Pères de la Confédération » : par. 165.

[19] Pour le juge du procès, à la lumière de ses conclusions concernant l’intention des rédacteurs, l’art. 121, interprété correctement, proscrit tout obstacle au commerce interprovincial. Puisque l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* vise à décourager les achats transfrontaliers et qu’il limite donc l’accès à l’alcool se trouvant dans d’autres provinces, le juge du procès a conclu qu’il contrevient à l’art. 121.

[20] Le ministère public a demandé l’autorisation d’interjeter appel directement à la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, comme l’autorisait à le faire le par. 116(3) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, c. P-22.1. La Cour d’appel a rejeté cette demande d’autorisation : 2016 CanLII 73665.

[21] Le ministère public interjette maintenant appel devant la Cour. Bien que la décision de la Cour d’appel n’a porté que sur la question de l’autorisation, la Cour est saisie à bon droit de la question constitutionnelle de fond : *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

IV. Questions

[22] La principale question en litige est celle de savoir si l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette question soulève à son tour les questions subsidiaires suivantes :

- a) Le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents qui font autorité et de donner sa propre interprétation à l’art. 121?
- b) Quelle interprétation convient-il de donner à l’art. 121?

V. Analysis

A. *Did the Trial Judge Err in Departing From Binding Precedent and Providing His Own Interpretation of Section 121 of the Constitution Act, 1867?*

[23] The trial judge accepted that this Court's decision in *Gold Seal* was binding authority and that, applying *Gold Seal*, s. 134(b) of the *Liquor Control Act* does not violate s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. He went on to hold, however, that *Gold Seal* had been wrongly decided and that therefore he should not follow it.

[24] The decision of this Court in *Gold Seal* was expressly affirmed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81, at pp. 91-92, and by a majority of this Court in *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 634. It has never been overruled, although some Justices of this Court have interpreted it to apply not only to tariffs, but to tariff-like burdens on goods crossing provincial boundaries: *Murphy*, at p. 642, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1268, per Laskin C.J.; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 609, per La Forest J.; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133, at p. 1153, per La Forest J.; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at paras. 123 and 171, per McLachlin J. (as she then was).

[25] For the *stare decisis* issue, we need not decide between these interpretations (although we address them later in these reasons). The trial judge's reading of s. 121 — that it precludes any laws that impede goods crossing provincial boundaries — is incompatible with both interpretations.

[26] Common law courts are bound by authoritative precedent. This principle — *stare decisis* — is

V. Analyse

A. *Le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents qui font autorité et de donner sa propre interprétation à l'art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867?*

[23] Le juge du procès a reconnu que la décision de la Cour dans *Gold Seal* était un précédent qui fait autorité et que, selon cet arrêt, l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* n'enfreint pas l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a toutefois conclu que cet arrêt était erroné et qu'il ne devait donc pas le suivre.

[24] La décision de la Cour dans *Gold Seal* a été expressément confirmée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81, p. 91-92, ainsi que par les juges majoritaires de la Cour dans *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, p. 634. Elle n'a jamais été infirmée, bien que, selon l'interprétation de certains juges de la Cour, elle s'applique non seulement aux tarifs, mais aussi aux charges semblables à des tarifs imposées sur des biens qui traversent les frontières provinciales : *Murphy*, p. 642, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, p. 1268, le juge en chef Laskin; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 609, le juge La Forest; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, p. 1153, le juge La Forest; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 123 et 171, la juge McLachlin (maintenant juge en chef).

[25] Pour ce qui est de la question du *stare decisis*, nous n'avons pas à trancher entre ces interprétations (bien que nous les abordions plus loin). En effet, la lecture qu'a faite le juge du procès à l'art. 121 — selon laquelle ce dernier proscriit toute mesure législative entravant la circulation des biens d'une province à une autre — est incompatible avec les deux interprétations.

[26] Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Ce principe — celui

fundamental for guaranteeing certainty in the law. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before it. This is called vertical *stare decisis*. Without this foundation, the law would be ever in flux — subject to shifting judicial whims or the introduction of new esoteric evidence by litigants dissatisfied by the status quo.

[27] The question before us is whether the trial judge erred in rejecting this Court’s precedent, which he acknowledged was binding, and re-interpreting s. 121. In doing so, he relied on one historian’s evidence of the drafters’ motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867* and that expert’s opinion of what those motivations tell us about how s. 121 should be interpreted today.

[28] The trial judge relied on one of the narrow exceptions to vertical *stare decisis* identified by this Court in *Bedford*. The respondent argues that the trial judge was entitled to do so on the basis of the expert’s evidence. The appellant demurs. We agree with the appellant.

[29] In *Bedford*, this Court held that a legal precedent “may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate”: para. 42. The trial judge, relying on the evidence-based exception identified in that excerpt from *Bedford*, held that the historical and opinion evidence he accepted “fundamentally shifts the parameters of the debate” over the correct interpretation of s. 121, referring to this Court’s treatment of the question in *Gold Seal*.

[30] The new evidence exception to vertical *stare decisis* is narrow: *Bedford*, at para. 44; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015]

du *stare decisis* — est fondamental pour assurer la certitude du droit. Sous réserve d’exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. C’est ce qu’on appelle le *stare decisis* vertical. Sans ce fondement, le droit fluctuerait continuellement, selon les caprices des juges ou les nouveaux éléments de preuve ésotériques produits par des plaideurs insatisfaits du statu quo.

[27] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le juge du procès a eu tort de rejeter des précédents établis par la Cour, auxquels il a reconnu être lié, et de réinterpréter l’art. 121. Ce faisant, il s’est fondé sur le témoignage d’un historien quant aux motivations des rédacteurs qui auraient justifié l’inclusion de l’art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur l’opinion de cet expert quant à ce que ces motivations nous indiquent relativement à la façon dont l’art. 121 devrait être interprété aujourd’hui.

[28] Le juge du procès s’est fondé sur une des exceptions restreintes au principe du *stare decisis* vertical que la Cour a énoncée dans *Bedford*. L’intimé soutient que le juge du procès pouvait invoquer cette exception sur le fondement du témoignage de l’expert. L’appelante affirme le contraire. Nous partageons l’avis de cette dernière.

[29] Dans *Bedford*, la Cour a affirmé qu’un précédent juridique « peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d’une évolution importante du droit ou qu’une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne » : par. 42. Le juge du procès, invoquant l’exception fondée sur la preuve établie dans cet extrait de *Bedford*, a conclu, faisant référence au traitement de la question par la Cour dans *Gold Seal*, que la preuve historique et le témoignage d’opinion qu’il a acceptés « change[nt] radicalement la donne » à l’égard de l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 121.

[30] L’exception relative à la nouvelle preuve s’appliquant au principe du *stare decisis* vertical est restreinte : *Bedford*, par. 44; *Carter c. Canada (Procureur*

1 S.C.R. 331, at para. 44. We noted in *Bedford*, at para. 44, that

a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. . . . This balances the need for finality and stability with the recognition that when an appropriate case arises for revisiting precedent, a lower court must be able to perform its full role.

[31] Not only is the exception narrow — the evidence must “fundamentally shif[t] the parameters of the debate” — it is not a general invitation to reconsider binding authority on the basis of *any* type of evidence. As alluded to in *Bedford* and *Carter*, evidence of a significant evolution in the foundational legislative and social facts — “facts about society at large” — is one type of evidence that can fundamentally shift the parameters of the relevant legal debate: *Bedford*, at paras. 48-49; *Carter*, at para. 47. That is, the exception has been found to be engaged where the underlying social context that framed the original legal debate is profoundly altered.

[32] In *Carter*, for example, new evidence about the harms associated with prohibiting assisted death, public attitudes toward assisted death, and measures that can be put in place to limit risk was relevant. This evidence was unknowable or not pertinent, given the existing legal framework, when *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, was decided. These new legislative and social facts did not simply provide an alternate answer to the question posed in *Rodriguez*. Instead, the new evidence fundamentally shifted how the Court could assess the nature of the competing interests at issue.

[33] This focus on shifting legislative and social facts is conceptually linked to Lord Sankey’s famous “living tree” metaphor, which acknowledges that interpretations of the *Constitution Act, 1867* evolve

général), 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44. Dans *Bedford*, nous avons souligné ce qui suit au par. 44 :

. . . la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d’un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu’il s’agit de justifier le réexamen d’un précédent. [. . .] Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu’une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu’elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent.

[31] Non seulement l’exception est-elle restreinte — la preuve doit « change[r] radicalement la donne » —, mais il ne s’agit pas d’une invitation générale à réexaminer les précédents qui font autorité sur le fondement de *n’importe quel* type de preuve. Comme le laisse entendre les arrêts *Bedford* et *Carter*, la preuve d’une évolution importante des faits législatifs et sociaux fondamentaux — « qui intéressent la société en général » — constitue un type de preuve qui peut radicalement changer la donne dans le débat juridique visé : *Bedford*, par. 48-49; *Carter*, par. 47. Ainsi, il a été jugé que l’exception s’applique lorsque le contexte social sous-jacent qui encadrait le débat juridique original examiné a profondément changé.

[32] Dans *Carter*, par exemple, de nouveaux éléments de preuve relatifs aux préjudices associés à l’interdiction de l’aide médicale à mourir, aux attitudes du public envers cette aide et aux mesures qui peuvent être mises en place pour limiter le risque étaient pertinents. Compte tenu du cadre juridique qui existait alors, il était impossible de connaître cette preuve, ou alors celle-ci n’était pas pertinente, au moment où l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, a été rendu. Ces nouveaux faits législatifs et sociaux n’ont pas simplement fourni une autre réponse à la question posée dans *Rodriguez*. Ils ont plutôt changé radicalement la donne quant à la façon dont la Cour pouvait évaluer la nature des intérêts opposés en jeu.

[33] Mettre ainsi l’accent sur la mutation des faits législatifs et sociaux est lié sur le plan conceptuel à la célèbre métaphore de l’« arbre vivant » de Lord Sankey, qui reconnaît que les interprétations de la

over time, given shifts in the relevant legislative and social context: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.), at pp. 106-7. In *Edwards*, both legal and social changes that had opened the door to women's increased integration into public life after Confederation confirmed that it was no longer appropriate to read the term "person" in the impugned constitutional provision as anything other than its plain gender-neutral meaning: pp. 110-12.

[34] To reiterate: departing from vertical *stare decisis* on the basis of new evidence is not a question of disagreement or interpretation. For a binding precedent from a higher court to be cast aside on the basis of new evidence, the new evidence must "fundamentally shif[t]" how jurists understand the legal question at issue. It is not enough to find that an alternate perspective on existing evidence might change how jurists would answer the same legal question.

[35] This high threshold was not met in this case.

[36] The trial judge accepted the expert's evidence in question on two points — one of history, the other of law. He accepted (1) the expert's description of the drafters' motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867*, and (2) the expert's opinion that those motivations drive how s. 121 is to be interpreted. Neither class of evidence constitutes evidence, for example, of evolving legislative and social facts; the evidence is simply a description of historical information and one expert's assessment of that information. This does not evince a profound change in social circumstances from the time *Gold Seal* was decided. It is evidence of one perspective of events that occurred decades before the *Gold Seal* company brought its case to the courts and a century before this Court's discussion of s. 121 in *Murphy*. Historical evidence can be helpful for interpreting constitutional texts: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*,

Loi constitutionnelle de 1867 évoluent au fil du temps, compte tenu des changements qui surviennent dans les contextes législatifs et sociaux pertinents : *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98 (C.P.), p. 106-107. Dans cet arrêt, les changements juridiques et sociaux qui avaient ouvert la porte à l'intégration accrue des femmes à la vie publique après la création de la Confédération ont confirmé qu'il ne convenait plus de donner au mot « personne » figurant dans la disposition constitutionnelle contestée un sens autre qu'un sens neutre sur le plan du genre : p. 110-112.

[34] Il convient de rappeler qu'on ne peut déroger au principe du *stare decisis* vertical sur le fondement de nouveaux éléments de preuve en raison d'un désaccord ou d'une interprétation différente. Pour qu'un précédent contraignant d'une juridiction supérieure puisse être écarté sur le fondement de nouveaux éléments de preuve, ces derniers doivent « change[r] radicalement la donne » pour ce qui est de la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu. Il ne suffit pas de conclure qu'une perspective différente sur la preuve existante pourrait changer la réponse des juristes à la même question juridique.

[35] En l'espèce, ce seuil exigeant n'a pas été atteint.

[36] Le juge du procès a accepté la preuve de l'expert en cause sur deux points — l'histoire et le droit. Il a accepté (1) la description qu'a donnée cet expert quant aux motivations des rédacteurs à l'appui de l'inclusion de l'art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et (2) son opinion selon laquelle ces motivations indiquent la façon dont l'art. 121 doit être interprété. Or, aucun de ces types de preuve ne constitue une preuve, par exemple, de l'évolution des faits législatifs et sociaux; il s'agit simplement d'une description de renseignements historiques et de l'évaluation de ces renseignements par un expert. Cette preuve ne démontre pas qu'un changement profond des circonstances sociales est survenu depuis l'époque où l'arrêt *Gold Seal* a été rendu. C'est la preuve d'un point de vue quant à des événements qui ont eu lieu des décennies avant que la compagnie *Gold Seal* soumette son dossier aux tribunaux

[1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236. However, a re-discovery or re-assessment of historical events is not evidence of social change.

[37] Because the historical evidence accepted by the trial judge is not evidence of changing legislative and social facts or some other fundamental change, it cannot justify departing from vertical *stare decisis*. Differing interpretations of history do not fundamentally shift the parameters of the legal debate in this case. While one's particular collection of historical facts or one's view of that historical evidence may push in favour of a statutory interpretation different from that in a prior decision, the mere existence of that evidence does not permit the judge to depart from binding precedent.

[38] The trial judge held otherwise. He concluded that this Court in *Gold Seal* did not conduct a broad and purposive interpretation of the provision — the approach established by *Edwards* about a decade after *Gold Seal* was decided. He went on to conclude that this gap meant that the expert's "new" evidence of historical context could open the door to a re-interpretation: paras. 42 and 116.

[39] Although it is true that *Gold Seal* was decided prior to *Edwards* and was arguably interpreted under a different rubric than constitutional provisions under the shadow of the living tree, it does not follow that the historical evidence permitted the trial judge to bypass an existing binding interpretation on the basis of a new understanding of the legislative context and history. First, *Atlantic Smoke Shops* and *Murphy*, which applied *Gold Seal*, were decided after *Edwards*. Second, the trial judge's interpretation was limited entirely to the words and context of the provision in light of the historical evidence. This methodology does not conform to the purposive approach to constitutional interpretation that has grown out of *Edwards* and decades of subsequent

et un siècle avant que la Cour ne traite de l'art. 121 dans *Murphy*. La preuve historique peut être utile à l'interprétation des textes constitutionnels : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236. Une redécouverte ou un nouvel examen d'événements historiques ne constitue toutefois pas une preuve de changement social.

[37] Puisque la preuve historique acceptée par le juge du procès n'est pas une preuve que les faits législatifs et sociaux ont changé ou qu'un autre changement fondamental est survenu, elle ne peut justifier la dérogation au principe du *stare decisis* vertical. Les interprétations divergentes de l'histoire ne changent pas radicalement la donne en l'espèce. Bien que la description particulière de faits historiques ou la perspective de quiconque à l'égard de cette preuve puisse militer pour une interprétation législative différente de celle adoptée dans une décision antérieure, la simple existence de cette preuve ne permet pas au juge de rompre avec un précédent qui fait autorité.

[38] Le juge du procès en a conclu autrement. Il a statué que, dans *Gold Seal*, la Cour n'avait pas réalisé une interprétation large et téléologique de la disposition, et qu'elle n'avait donc pas appliqué l'approche établie dans *Edwards* environ une décennie après que l'arrêt *Gold Seal* a été rendu. Pour lui, cette lacune signifiait que la « nouvelle » preuve de l'expert quant au contexte historique pouvait ouvrir la porte à une nouvelle interprétation : par. 42 et 116.

[39] Il est vrai que l'arrêt *Gold Seal* a été rendu avant *Edwards*, et qu'il a sans doute été interprété selon un angle différent de celui adopté pour interpréter les dispositions constitutionnelles sous l'influence de la théorie de l'arbre vivant. Cela ne signifie pas pour autant que la preuve historique permettait au juge du procès de contourner une interprétation contraignante existante sur le fondement d'une nouvelle interprétation du contexte législatif et de l'histoire. Premièrement, les arrêts *Atlantic Smoke Shops* et *Murphy*, dans lesquels *Gold Seal* a été appliqué, ont été rendus après *Edwards*. Deuxièmement, l'interprétation du juge du procès a porté uniquement sur les mots et le contexte de la disposition à la lumière de la preuve historique. Or, cette méthode ne

jurisprudence: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Big M Drug Mart*, at p. 344; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at paras. 29-30; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 9; *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 19.

[40] In addition to the historical evidence of the founders' intentions, the trial judge also relied on the expert's opinion of the correct interpretation of s. 121. This reliance was erroneous. As a preliminary observation, it is difficult if not impossible to contemplate a situation where evidence on domestic law (e.g. interpreting a Canadian statute) would ever be admissible as expert opinion evidence under *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. The application of contextual factors, including drafters' intent, to the interpretation of a statutory provision is not something that is "outside the experience and knowledge of a judge": *Mohan*, at p. 23. To depart from precedent on the basis of such opinion evidence is to cede the judge's primary task to an expert.

[41] More to the point in the present matter: to rely on such evidence to rebut vertical *stare decisis* is to substitute one expert's opinion on domestic law for that expressed by appellate courts in binding judgments. This would introduce the very instability in the law that the principle of *stare decisis* aims to avoid. This is precisely why the exceptions provided in *Bedford* and *Carter* are narrow. If a constitutional provision could be reinterpreted by a lower court whenever a litigant finds an expert with an alternate interpretation, the common law system would be left in disarray. This is not what *Bedford* and *Carter* teach. The approach to *stare decisis* is strict. *Bedford* and *Carter* do not alter that principle.

cadre pas avec l'approche téléologique applicable à l'interprétation constitutionnelle qui a découlé de l'arrêt *Edwards* et de la jurisprudence qui a suivi pendant des décennies : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Big M Drug Mart*, p. 344; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 29-30; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 19.

[40] En plus de s'être fondé sur la preuve historique des intentions des fondateurs, le juge du procès s'est appuyé sur l'opinion de l'expert concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121. Ce faisant, il a commis une erreur. À titre préliminaire, disons qu'il est difficile, voire impossible, d'imaginer une situation où des éléments de preuve sur le droit interne (p. ex. l'interprétation d'une loi canadienne) pourraient être admissibles à titre d'opinion d'expert sur le fondement de l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. L'application de facteurs contextuels, y compris l'intention des rédacteurs, à l'interprétation d'une disposition législative n'est pas quelque chose qui « dépasse [...] l'expérience et la connaissance d'un juge » : *Mohan*, p. 23. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert.

[41] Plus précisément, en l'espèce, se fonder sur une telle preuve pour réfuter le *stare decisis* vertical revient à substituer l'opinion de l'expert sur le droit interne à celle exprimée par les tribunaux d'appel dans des jugements qui font autorité. Une telle approche entraînerait l'instabilité du droit, ce que le principe de *stare decisis* vertical vise spécifiquement à éviter. C'est précisément la raison pour laquelle les exceptions définies dans *Bedford* et dans *Carter* sont restreintes. Si une juridiction inférieure pouvait réinterpréter une disposition constitutionnelle chaque fois qu'une partie à un litige soumet une interprétation différente avancée par un expert, le système de common law sombrerait dans le chaos. Ce n'est pas ce qu'enseignent les arrêts *Bedford* et *Carter*. L'approche relative au principe du *stare decisis* est stricte. Les arrêts *Bedford* et *Carter* ne changent pas ce principe.

[42] Moreover, a difference in opinion about the interpretation of a statutory provision does not evince a fundamental shift in the parameters of the debate. The debate and its parameters remain unchanged. The only change is the answer provided.

[43] The trial judge erred in departing from binding precedent on the basis of the historical evidence and the expert's opinion of how that evidence should inform the interpretation of s. 121. Neither is new evidence that meets the threshold of fundamentally shifting the parameters of the debate about how to interpret s. 121. The historical evidence is one non-dispositive ingredient in the multi-faceted statutory interpretation exercise. The opinion evidence is simply one unique articulation of an alternate resolution flowing out of a particular appreciation of those ingredients — the recipe remains the same.

B. *What Is the Proper Interpretation of Section 121?*

[44] The trial judge refused to apply binding precedent and instead adopted a different conclusion on the basis of an expert witness' evidence about the intention of the founding fathers at the time of Confederation and the impact of that intention on how we are to understand s. 121. As just discussed, he erred in doing this. The appeal could be allowed on this ground alone.

[45] However, this Court has been invited to offer guidance on the scope of s. 121. We take up this invitation in this section. First, we lay out the competing interpretations of s. 121. Then, we consider these competing interpretations of s. 121 in light of its text, its historical context, its legislative context, and the principles that guide the interpretation of constitutional provisions in the federal-provincial context. Finally, we consider the existing jurisprudence and how it accords with our purposive interpretation of s. 121 in the aim of defining the ambit of the prohibition provided in s. 121.

[42] De plus, une différence d'opinions concernant l'interprétation d'une disposition législative ne fait pas la preuve d'un changement radical de la donne. Le débat et ses paramètres demeurent les mêmes. Seule change la réponse donnée.

[43] Le juge du procès a eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l'opinion de l'expert concernant la façon dont cette preuve devrait guider l'interprétation de l'art. 121. Aucun de ces nouveaux éléments de preuve n'atteint le seuil requis, soit de changer radicalement la donne concernant l'interprétation que doit recevoir l'art. 121. La preuve historique constitue un ingrédient non décisif de la démarche d'interprétation législative à multiples facettes. Le témoignage d'opinion n'est qu'une formulation d'une solution différente découlant d'une appréciation particulière de ces ingrédients — la recette reste la même.

B. *Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121?*

[44] Le juge du procès a refusé d'appliquer les précédents qui font autorité et a plutôt adopté une conclusion différente sur le fondement du témoignage d'un expert concernant l'intention des rédacteurs de la Constitution au moment de la création de la Confédération et des répercussions de cette intention sur la façon dont nous devrions comprendre l'art. 121. Comme nous venons de le voir, il a eu tort de le faire. Pour ce seul motif, le pourvoi pourrait être accueilli.

[45] La Cour a toutefois été invitée à donner des indications sur la portée de l'art. 121. Nous répondons à cette invitation dans la présente section de nos motifs. D'abord, nous exposerons les interprétations divergentes de l'art. 121. Ensuite, nous examinerons ces interprétations compte tenu du libellé de cette disposition, de ses contextes historique et législatif et des principes qui guident l'interprétation des dispositions constitutionnelles dans le contexte fédéral-provincial. Enfin, nous examinerons la jurisprudence actuelle et la façon dont elle s'accorde avec notre interprétation téléologique de l'art. 121, dans le but de définir la portée de l'interdiction prévue par ce dernier.

(1) “Admitted Free”: the Competing Interpretations

[46] Section 121 of the *Constitution Act, 1867*, provides:

All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other Provinces.

[47] Section 121 is found in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, which deals with how revenues, debts, property, and fiscal authority were to be transferred between existing legislatures and the new federal government upon Confederation. The scheme specifically provides for the power to levy border tariffs to be transferred from the former colonies to the new Dominion, as described in ss. 122 and 123.

[48] The appellant Crown submits that “admitted free” in s. 121 should be read as prohibiting laws that, like tariffs, place burdens *on the price of goods crossing interprovincial boundaries*. There are two versions of this position, one slightly broader than the other, which we will discuss in due course. At this point it suffices to note that on either version, Mr. Comeau would not succeed. Even on the second broader version of this position — that s. 121 prohibits laws that in essence and purpose impede the passage of goods across provincial borders (see *Murphy*, per Rand J.) — s. 134(b) would stand, because it is part of a comprehensive scheme to control liquor in the province of New Brunswick and is not directed to impeding interprovincial trade in both essence and purpose.

[49] Mr. Comeau does not quibble about the fine points of precisely what kind of charge or burden is

(1) « Admis en franchise » — interprétations divergentes

[46] L’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose :

Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d’aucune des provinces seront, à dater de l’union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

[47] Cette disposition se trouve dans la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui porte sur la façon dont les revenus, les dettes, les propriétés et les autorités fiscales devaient être répartis entre les corps législatifs existants et le nouveau gouvernement fédéral une fois la Confédération créée. Le régime prévoit expressément que le pouvoir de percevoir des tarifs douaniers allait être transféré des anciennes colonies au nouveau Dominion, conformément aux art. 122 et 123.

[48] Selon le ministère public appelant, l’expression « admis en franchise » utilisée à l’art. 121 devrait être interprétée comme proscrivant les mesures législatives qui, comme les tarifs, imposent des charges *sur le prix des biens qui traversent les frontières interprovinciales*. Il existe deux versions de cette position, une légèrement plus large que l’autre, que nous aborderons plus loin. Pour le moment, il suffit de noter que, peu importe la version, M. Comeau n’obtiendrait pas gain de cause. Même selon la deuxième interprétation plus large de cette position — soit que l’art. 121 proscribit les mesures législatives qui, de par leur essence et leur objet¹, entravent la circulation des biens d’une province à une autre (voir *Murphy*, le juge Rand) —, l’al. 134(b) demeurerait valide, parce qu’il fait partie d’un régime complet de réglementation de l’alcool dans la province du Nouveau-Brunswick et ne vise pas, de par son essence et son objet, à entraver le commerce interprovincial.

[49] M. Comeau ne tatillonne pas sur les détails quant au type précis de frais ou de charge qui est

¹ Dans le contexte de l’interprétation de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour a rendu antérieurement l’expression anglaise « *in essence and purpose* » par « dans sa nature ou son but » et par « en droit et en fait ». Dorénavant, par souci d’exactitude et d’uniformité, c’est l’expression « de par son essence et son objet » qui sera utilisée dans la version française des jugements.

caught by s. 121 on the basis of the jurisprudence. He advances a new and much more radical proposition — that “admitted free” in s. 121 means that provincial laws cannot do anything that impedes, or makes more difficult, the flow of goods across provincial borders, directly or indirectly. In his view, s. 134(b) of the *Liquor Control Act* impedes the flow of goods across the New Brunswick border by prohibiting New Brunswickers from stocking liquor from other provinces at home. Therefore, it violates s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

[50] Mr. Comeau essentially contends that s. 121 is a “free trade” provision that bars any impediment to interprovincial commerce. The purpose of s. 121, he says, was to foster the full unimpeded economic integration of the new federation.

[51] The implications of these competing interpretations of s. 121 of the *Constitution Act, 1867* are significant. If Mr. Comeau’s broad interpretation of s. 121 is correct, federal and provincial legislative schemes of many types — environmental, health, commercial, social — may be invalid. If a narrower interpretation is correct, the legal force of s. 121 is circumscribed to tariffs, or their functional equivalents.

[52] The modern approach to statutory interpretation provides our guide for determining how “admitted free” should be interpreted. The text of the provision must be read harmoniously with the context and purpose of the statute: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §2.6. Constitutional provisions must be “placed in [their] proper linguistic, philosophic and historical contexts”: *Big M Drug Mart*, at p. 344. Constitutional texts must be interpreted in a broad and purposive manner: *Hunter*, at pp. 155-56; *Big M Drug Mart*, at p. 344; *Reference re Supreme Court Act*, at para. 19. Constitutional texts must also be interpreted in a manner that is sensitive to evolving circumstances because they “must continually adapt to cover new realities”: *Reference re Same-Sex*

visé par l’art. 121 selon la jurisprudence. Il avance une nouvelle proposition beaucoup plus radicale, soit que l’expression « admis en franchise » utilisée à l’art. 121 signifie que les lois provinciales ne peuvent d’aucune façon entraver, ou compliquer, la circulation des biens d’une province à une autre, directement ou indirectement. À son avis, l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* entrave le libre passage des biens à la frontière du Nouveau-Brunswick en interdisant aux Néo-Brunswickois de faire des provisions chez eux d’alcool provenant d’autres provinces. Par conséquent, il contreviendrait à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[50] M. Comeau prétend essentiellement que l’art. 121 est une disposition de « libre-échange » qui proscrit toute entrave au commerce interprovincial. Selon lui, l’objet de l’art. 121 était de favoriser l’intégration économique intégrale sans entrave de la nouvelle fédération.

[51] Les répercussions de ces interprétations divergentes de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont considérables. Si l’interprétation large que préconise M. Comeau est celle qui convient, des régimes législatifs fédéraux et provinciaux dans de nombreux domaines — environnement, santé, commerce, politiques sociales — pourraient être invalides. Si c’est une interprétation plus étroite qui convient, l’effet juridique de l’art. 121 se limite aux tarifs, ou à ses équivalents fonctionnels.

[52] La méthode moderne d’interprétation législative nous fournit les paramètres pour décider de quelle façon l’expression « admis en franchise » devrait être interprétée. Selon R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §2.6, le texte de la disposition doit être interprété d’une manière qui s’accorde avec le contexte et l’objet de la loi. Les dispositions constitutionnelles doivent être « située[s] dans [leurs] contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, p. 344. Les textes constitutionnels doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet : *Hunter*, p. 155-156; *Big M Drug Mart*, p. 344; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 19. Ils doivent également être interprétés d’une façon qui tient compte de l’évolution des circonstances

Marriage, at para. 30; see also *Reference re Employment Insurance Act*, at para. 9. This is the living tree doctrine: *Edwards*, at pp. 106-7. Finally, the underlying organizational principles of the constitutional texts, like federalism, may be relevant to their interpretation: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 25; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

[53] Applying this framework to s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, we conclude — as detailed below — that the interpretation of “admitted free” proposed by Mr. Comeau should be rejected. Section 121 does not impose absolute free trade across Canada. We further conclude that s. 121 prohibits governments from levying tariffs or tariff-like measures (measures that in essence and purpose burden the passage of goods across a provincial border); but, s. 121 does not prohibit governments from adopting laws and regulatory schemes directed to other goals that have incidental effects on the passage of goods across provincial borders.

(2) Text

[54] The introductory words of s. 121 of the *Constitution Act, 1867* are broad; the phrase “All Articles of Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces” comprehensively covers all articles of trade of Canadian origin. (We need not decide in this case whether s. 121 applies to articles coming into Canada and then moved around the country.) This text on its own does not answer the question of how “admitted free” should be interpreted. That phrase remains ambiguous, and falls to be interpreted on the basis of the historical, legislative and constitutional contexts.

puisqu’ils « doi[vent] être continuellement adapté[s] à de nouvelles réalités » : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 30; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi*, par. 9. Il s’agit de la doctrine de l’arbre vivant : *Edwards*, p. 106-107. Enfin, les principes organisationnels sous-jacents des textes constitutionnels, comme le fédéralisme, peuvent être utiles à leur interprétation : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 25; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

[53] Appliquant ce cadre d’analyse à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous concluons — comme nous l’expliquerons plus loin — que l’interprétation de l’expression « admis en franchise » proposée par M. Comeau doit être rejetée. L’article 121 n’impose pas de libre-échange absolu dans l’ensemble du Canada. Nous concluons aussi que cette disposition interdit aux gouvernements de percevoir des tarifs ou de mettre en place des mesures semblables (qui entraveraient de par leur essence et leur objet la circulation de biens d’une province à une autre), mais qu’elle n’interdit pas aux gouvernements d’adopter des mesures législatives et des régimes de réglementation visant d’autres objectifs et qui ont des effets accessoires sur la circulation des biens d’une province à une autre.

(2) Texte

[54] Les premiers mots de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont généraux; l’expression « Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d’aucune des provinces » vise tous les articles du commerce d’origine canadienne, de façon exhaustive. (Nous n’avons pas à décider en l’espèce si l’art. 121 s’applique aux articles importés au Canada et qui circulent ensuite à l’intérieur des frontières.) Ce texte, pris isolément, ne répond toutefois pas à la question de savoir comment l’expression « admis en franchise » doit être interprétée. Elle demeure ambiguë, et il convient de l’interpréter en fonction des contextes historique, législatif et constitutionnel.

(3) Historical Context

[55] Historical circumstances surrounding the adoption of s. 121 form part of the contextual interpretation of the provision. Historical evidence serves to put a provision in its “proper linguistic, philosophical and historical context[t]”: *Big M Drug Mart*, at p. 344. Evidence of the intent of the drafters for the purpose of interpreting constitutional texts is not conclusive: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 61-62; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at para. 44.

[56] For our purposes, the relevant historical context can be summarized as follows. Economic issues were among the most important drivers of Confederation — the union in the Dominion of Canada of certain colonies of the Maritimes and the Province of Canada. The economies of the colonies were driven by resource exports.

[57] For a long period, England was a predictable and lucrative market for these colonial exports. However, by 1850, British preferences for Canadian exports had declined: J. H. Perry, *Taxes, tariffs, & subsidies: A history of Canadian fiscal development* (1955), at p. 24.

[58] Loss of British markets provoked two developments. First, Lord Elgin, Governor General of the Province of Canada (now Ontario and Quebec) was pushed to negotiate a trade agreement between British North America and the United States of America. The result was the 1854 *Reciprocity Treaty*, 10 Stat. 1089, which opened new markets for Canadian exports that mimicked the provinces’ earlier access to British demand: Perry, at p. 25. Under the Treaty, prescribed products flowed across the international border free from customs duties.

[59] Second, the colonies began negotiating reciprocal trade agreements with each other. Many of these arrangements meant “substantial freedom

(3) Contexte historique

[55] Les circonstances historiques dans lesquelles l’art. 121 a été adopté font partie de l’interprétation contextuelle de la disposition. La preuve historique sert à situer une disposition dans ses « contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, p. 344. Aux fins d’interprétation des textes constitutionnels, la preuve de l’intention des rédacteurs n’est toutefois pas concluante : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 61-62; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 44.

[56] Pour les besoins du présent pourvoi, le contexte historique pertinent peut être résumé de la façon suivante. Les questions de nature économique faisaient partie des plus importants moteurs de la Confédération — l’union de certaines colonies des Maritimes et de la province du Canada pour former le Dominion du Canada. Les économies des colonies reposaient sur les exportations de ressources.

[57] Pendant longtemps, l’Angleterre a représenté un marché prévisible et lucratif pour ces exportations des colonies. Cependant, en 1850, la préférence des Britanniques pour les exportations canadiennes était en baisse : J. H. Perry, *Taxes, tariffs, & subsidies : A history of Canadian fiscal development* (1955), p. 24.

[58] La perte des marchés britanniques a entraîné deux conséquences. D’abord, lord Elgin, gouverneur général de la province du Canada (maintenant l’Ontario et le Québec) a été poussé à négocier une entente commerciale entre l’Amérique du Nord britannique et les États-Unis d’Amérique, ce qui a donné lieu en 1854 au *Reciprocity Treaty*, 10 Stat. 1089 (« *Traité de réciprocité* »). Celui-ci prévoyait l’ouverture de nouveaux marchés pour les exportations canadiennes, à l’image de l’accès au marché britannique dont bénéficiaient auparavant les provinces : Perry, p. 25. Selon le *Traité de réciprocité*, les produits visés circulaient d’un pays à l’autre sans que des droits de douane soient imposés.

[59] Ensuite, les colonies ont commencé à négocier des accords commerciaux réciproques entre elles. Bon nombre de ces accords avaient pour

from duty” for interprovincial “natural” imports: Perry, at p. 25.

[60] For a while, the economies of the colonies developed with the aid of reciprocity with the United States and the other intercolonial agreements. However, in 1866 the United States abrogated the *Reciprocity Treaty*. Once again the colonies found themselves cut off from an accessible and profitable market for their exports. Forced to look for a new solution, they plotted their continued economic growth by looking to increased economic integration.

[61] However, that integration faced a roadblock: the colonies’ general power to impose tariffs like customs duties and other burdens on goods crossing borders for the purpose of generating revenues. The pre-Confederation colonies could not rely solely on exports. By the early 1850s, the colonies had considerable autonomy over tariffs, particularly for manufactured goods. They controlled their own tariff-based income-generating activities, which were important revenue-generating measures: Perry, at pp. 26-28; J. A. McLean, *Essays in the Financial History of Canada* (1894), at pp. 33-34.

[62] These regional tariff powers were incompatible with economic integration. To achieve economic union, the framers agreed that individual provinces needed to relinquish their tariff powers. As this Court stated in *Black*, at pp. 608-9, per La Forest J.:

The attainment of economic integration occupied a place of central importance in the scheme. “It was an enterprise which was consciously adopted and deliberately put into execution.”: [D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939)]; see also *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at p. 373. The creation

conséquence que les importations interprovinciales de produits [TRADUCTION] « naturels » étaient « en grande partie exemptes de droits de douane » : Perry, p. 25.

[60] Pendant un certain temps, les économies des colonies se sont épanouies grâce à la réciprocité avec les États-Unis et à d’autres accords conclus entre elles. Cependant, en 1866, les États-Unis ont aboli le *Traité de réciprocité*. Encore une fois, les colonies se sont retrouvées coupées d’un marché accessible et profitable pour leurs exportations. Forcées de trouver une nouvelle solution, elles ont cherché à poursuivre leur croissance économique en se tournant vers une intégration économique accrue.

[61] Cette intégration s’est toutefois heurtée à un obstacle : le pouvoir général des colonies d’imposer des tarifs semblables à des droits de douane et d’autres charges sur les biens qui franchisaient les frontières en vue de la production de recettes. Avant la création de la Confédération, les colonies ne pouvaient pas dépendre uniquement des exportations. Au début des années 1850, elles jouissaient d’une autonomie considérable à l’égard des tarifs, notamment quant aux biens manufacturés. Elles dirigeaient leurs propres activités génératrices de revenus fondées sur les tarifs qui constituaient d’importantes mesures génératrices de recettes : Perry, p. 26-28; J. A. McLean, *Essays in the Financial History of Canada* (1894), p. 33-34.

[62] Ces pouvoirs régionaux en matière de tarifs étaient incompatibles avec l’intégration économique. Pour que cette union se réalise, les auteurs de la Constitution ont reconnu que chaque province devait renoncer à son pouvoir en cette matière. Comme l’a affirmé la Cour sous la plume du juge La Forest dans *Black*, p. 609 :

La réalisation d’une intégration économique occupait une place de premier plan dans le programme. [TRADUCTION] « Il s’agissait d’une initiative adoptée consciemment et mise en œuvre volontairement. » : [D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939)]; voir également l’arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357,

of a central government, the trade and commerce power, s. 121 and the building of a transcontinental railway were expected to help forge this economic union. The concept of Canada as a single country comprising what one would now call a common market was basic to the Confederation arrangements and the drafters of the *British North America Act* attempted to pull down the existing internal barriers that restricted movement within the country.

Section 121 of the *Constitution Act, 1867*, was one of the pillars of the Confederation scheme for achieving the economic union sought by the Fathers of Confederation.

[63] Excerpts from speeches given by political leaders at the time of Confederation provide a sense of their vision of economic union as the new nation was forged. In some passages, leaders refer to abolishing customs houses that existed on provincial boundaries pre-Confederation: trial reasons, at paras. 97-98. Other passages, however, indicate concern for impediments on interprovincial trade beyond formal tariffs: trial reasons, at para. 93. Still other passages refer more generally to unencumbered trade across boundaries: trial reasons, at paras. 92, 96 and 100.

[64] The framers of the Constitution were familiar with tariffs and charges on goods crossing borders. But, in drafting s. 121, they chose the broad phrase “admitted free” rather than a narrower phrase like “free from tariffs”. We do not know why they chose this broader, and arguably ambiguous, phrase. We do know there were debates on the issue, and those that wanted a more expansive term than “tariffs” or “customs duties” won the day.

[65] What light does this history shed on the question that divides Mr. Comeau and the Crown? Was s. 121 conceived to eradicate *all* impediments on trade at provincial borders, direct and indirect, as

à la p. 373. La création d’un gouvernement central, le pouvoir en matière d’échanges et de commerce, l’art. 121 et la construction d’un chemin de fer transcontinental devaient permettre de réaliser cette union économique. L’idée d’un Canada formant un seul pays comportant ce que l’on appellerait aujourd’hui un marché commun était fondamentale aux arrangements de la Confédération et les rédacteurs de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* ont tenté de supprimer les barrières internes existantes qui limitaient les déplacements à l’intérieur du pays.

L’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituait l’un des piliers du pacte confédératif qui permettrait de réaliser l’union économique recherchée par les Pères de la Confédération.

[63] Des extraits de discours prononcés par des dirigeants politiques à l’époque de la création de la Confédération nous aident à comprendre leur vision de l’union économique au moment où la nouvelle nation est née. Dans certains passages, les dirigeants parlent de l’abolition des bureaux de douane qui existaient aux frontières provinciales avant la Confédération : motifs de première instance, par. 97-98. Dans d’autres passages, ils se disent par ailleurs préoccupés par les obstacles au commerce interprovincial autres que les tarifs officiels : motifs de première instance, par. 93. D’autres extraits enfin abordent de façon plus générale le commerce sans entraves par-delà les frontières : motifs de première instance, par. 92, 96 et 100.

[64] Les auteurs de la Constitution étaient bien au fait des tarifs et des charges imposés sur les biens qui circulaient d’une province à une autre. Cependant, lorsqu’ils ont rédigé l’art. 121, ils ont choisi l’expression générale « admis en franchise » plutôt qu’une expression plus restreinte comme « libres de tout tarif ». Nous ignorons pourquoi ils ont choisi cette expression plus large et, dans une certaine mesure, ambiguë. Nous savons que ces questions ont suscité des débats, et que ce sont ceux qui voulaient une expression plus large que « tarifs » ou « droits de douane » qui l’ont emporté.

[65] Quel éclairage ces éléments historiques donnent-ils à la question qui oppose M. Comeau et le ministère public? L’article 121 a-t-il été conçu pour supprimer *toutes* les entraves au commerce

Mr. Comeau contends? Or was it conceived as a provision to eradicate tariffs and charges at provincial borders, and to otherwise allow the adoption of valid laws that may have the incidental effect of impeding trade across interprovincial boundaries, as the Crown argues?

[66] Mr. Comeau’s expert witness acknowledged that what he interprets as the drafters’ broad view of “free trade” was not specifically grounded in how fiscal measures were operating on the ground at the time of Confederation. He characterizes what he sees as the drafters’ intent to eliminate *all* barriers to trade as anticipatory and prescient in light of how certain observers understand the benefits of free trade *in our time*: A.R., vol. V, at pp. 129 and 151. He also notes that “[t]he Fathers of Confederation saw no contradiction between supporting [free trade] with a pragmatic willingness to adopt forms of state intervention” that implicated the economy: A.R., vol. V, at p. 135.

[67] We conclude that the historical context supports the view that, at a minimum, s. 121 prohibits the imposition of charges on goods crossing provincial boundaries — tariffs and tariff-like measures. At the same time, the historical evidence nowhere suggests that provinces, for example, would lose their power to legislate under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* for the benefit of their constituents even if that might have impacts on interprovincial trade. The historical evidence, at best, provides only limited support for the view that “admitted free” in s. 121 was meant as an absolute guarantee of trade free of *all* barriers.

(4) Legislative Context

[68] Section 121 is found in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, which is entitled “REVENUES; DEBTS; ASSETS; TAXATION”. Its provisions describe the establishment of Canada’s Consolidated Revenue Fund; the timing for the cessation of certain

interprovincial, directes et indirectes, comme le soutient M. Comeau, ou a-t-il été conçu comme une disposition visant à supprimer les tarifs et les charges aux frontières provinciales, et à permettre par ailleurs l’adoption de lois valides qui peuvent avoir pour effet accessoire d’entraver le commerce entre les provinces, comme le fait valoir le ministère public?

[66] Le témoin expert appelé par M. Comeau a reconnu que ce qui représente, selon son interprétation, la conception large du « libre-échange » des rédacteurs n’était pas fondée précisément sur la façon dont les mesures fiscales s’appliquaient sur le terrain lors de la création de la Confédération. Il a qualifié ce qu’il considère être l’intention des rédacteurs d’éliminer *tous* les obstacles au commerce d’anticipatif et de prescient compte tenu de la façon dont certains observateurs voient les avantages du libre-échange *à notre époque* : d.a., vol. V, p. 129 et 151. Il a également souligné que [TRADUCTION] « [l]es Pères de la Confédération ne voyaient aucune contradiction entre le soutien [au libre-échange] et la volonté pragmatique d’adopter certaines formes d’intervention de l’État » qui portaient sur l’économie : d.a., vol. V, p. 135.

[67] Nous concluons que le contexte historique appuie l’avis selon lequel, à tout le moins, l’art. 121 interdit l’imposition de tarifs et d’autres mesures semblables sur les biens qui circulent d’une province à une autre. Parallèlement, la preuve historique n’indique nullement que les provinces, par exemple, perdraient leur pouvoir de légiférer en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans l’intérêt de leurs citoyens, même si cela pouvait avoir une incidence sur le commerce interprovincial. Tout au plus, la preuve historique n’offre qu’un appui limité à l’avis selon lequel l’expression « admis en franchise » à l’art. 121 se voulait une garantie absolue de commerce libre de *tout* obstacle.

(4) Contexte législatif

[68] L’article 121 figure dans la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui a pour titre « REVENUS; DETTES; ACTIFS; TAXE ». Les dispositions qui s’y trouvent décrivent la création du fonds consolidé de revenu du Canada; le moment où allait

provincial revenue-generating activities, like tariffs, inconsistent with consolidation; the terms by which the federal government would assume provinces' debts; and stipulations about provincial fiscal matters that would continue after Confederation. The placement of s. 121 within Part VIII of the *Constitution Act, 1867* is significant for three reasons.

[69] First, s. 121 is part of a trio of provisions that concern interprovincial trade. Section 122 states that the excise and customs laws of the provinces are to be maintained until otherwise determined by Canada. Section 123 provides that where more than one province has comparable excise and customs laws, proof of payment in one province constitutes payment in the other. Read together, it is apparent that ss. 121, 122 and 123 address the shifting of customs and excise levies from the provincial level to the federal level. Sections 122 and 123 are concerned with how the shift is accomplished; s. 121 reflects the new arrangement once the shift is accomplished.

[70] Sections 121, 122 and 123 may be read together as covering the field with respect to re-arranging customs and excise duties upon union. Interprovincial tariffs would be abandoned and international tariffs would become the responsibility of Canada. The reference to excise laws suggests that the provisions were drafted in recognition that other fiscal tools like excise taxes could operate to impede trade in a manner equivalent to customs duties.

[71] Second, Part VIII is concerned with revenue-generating instruments and their consolidation: excise taxes, customs duties, levies. All of these are measures that attach to commodities and function by increasing the price of goods. Nothing in Part VIII suggests that s. 121 should be read to capture merely incidental impacts on demand for goods from other provinces; the focus of Part VIII is direct burdens on the price of commodities.

cesser l'application de certaines mesures provinciales génératrices de recettes, comme les tarifs, parce qu'elles étaient incompatibles avec la consolidation; les modalités selon lesquelles le gouvernement fédéral allait assumer les dettes des provinces; et les dispositions portant sur les questions fiscales provinciales qui se poseraient toujours après la création de la Confédération. L'insertion de l'art. 121 dans cette partie de la *Loi constitutionnelle de 1867* est importante pour trois raisons.

[69] Premièrement, l'art. 121 fait partie d'un trio de dispositions portant sur le commerce interprovincial. L'article 122 prévoit que les lois de douane et d'accise de chaque province allaient demeurer en vigueur jusqu'à ce que le Canada en décide autrement. Selon l'art. 123, lorsque deux provinces ont des lois de douane et d'accise comparables, la preuve du paiement dans une province constitue le paiement dans l'autre. Interprétés conjointement, il est évident que les art. 121, 122 et 123 visaient le transfert des droits de douane et d'accise du palier provincial au palier fédéral; les art. 122 et 123 portant sur la façon dont ce transfert allait se faire, et l'art. 121 rendant compte du nouveau régime une fois le transfert fait.

[70] Lus conjointement, les art. 121, 122 et 123 prévoyaient la façon dont les droits de douane et d'accise allaient être imposés à la suite de l'union. Les tarifs interprovinciaux seraient abandonnés, et les tarifs internationaux relèveraient du Canada. Le renvoi aux lois d'accise donne à penser que les dispositions ont été rédigées en reconnaissance du fait que l'application d'autres mesures fiscales, comme les taxes d'accise, pourrait entraver le commerce comme le font les droits de douane.

[71] Deuxièmement, la partie VIII porte sur les instruments générateurs de recettes et leur consolidation : les taxes d'accise, les droits de douane, les taxes perçues. Ce sont toutes des mesures qui se rapportent aux marchandises et qui ont pour effet d'augmenter le prix des biens. Rien dans la partie VIII ne suggère que l'art. 121 devrait être interprété de telle sorte qu'il vise seulement les répercussions accessoires sur la demande de biens provenant d'autres provinces; cette partie de la loi vise principalement les charges directes sur le prix des marchandises.

[72] Third, s. 121's position in Part VIII, as well as its text, make it clear that it does not confer power, but limits the exercise of the powers conferred on legislatures by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. The federal and provincial heads of power delineated in ss. 91 and 92 are exhaustive: *Reference re Same-Sex Marriage*, at para. 34. Limits on these powers by provisions like s. 121 must be interpreted in a way that does not deprive Parliament and provincial legislatures of the powers granted to them to deal effectively with problems that arise. Otherwise, there would be constitutional hiatuses — circumstances in which no legislature could act. This is something constitutional interpretation does not countenance: see, e.g., *Murphy*, at p. 642, per Rand J. Prohibition of impediments to interprovincial trade engages several of these heads of power, including trade and commerce (s. 91(2)), taxation (ss. 91(3) and 92(2)), property and civil rights (s. 92(13)), provincial sanctions (s. 92(15)), and local matters (s. 92(16)). It follows that s. 121 should be interpreted in a way that allows governments to enact proactive policies for the good of their citizens and in a way that maintains an appropriate balance between federal and provincial powers — even if the exercise of those powers may have an incidental effect on other matters, like bringing goods across provincial boundaries.

[73] We conclude that the legislative context of s. 121 indicates that it was part of a scheme that enabled the shifting of customs, excise, and similar levies from the former colonies to the Dominion; that it should be interpreted as applying to measures that increase the price of goods when they cross a provincial border; and that it should not be read so expansively that it would impinge on legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Before leaving the legislative context, we deal with an additional argument.

[72] Troisièmement, la position de l'art. 121 dans la partie VIII, ainsi que son libellé, indiquent clairement qu'il ne confère pas de pouvoir, mais qu'il limite l'exercice des pouvoirs que confèrent les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux assemblées législatives. Les champs de compétences fédéraux et provinciaux énoncés aux art. 91 et 92 sont exhaustifs : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 34. L'interprétation des limites que des dispositions comme l'art. 121 imposent à ces pouvoirs doit être telle qu'elle ne prive pas le Parlement et les législatures des pouvoirs qui leur sont conférés pour traiter efficacement les problèmes qui se posent. Autrement, il y aurait des lacunes constitutionnelles — c'est-à-dire des situations dans lesquelles aucune assemblée législative ne pourrait agir —, ce que ne peut autoriser l'interprétation constitutionnelle : voir, p. ex., *Murphy*, p. 642, le juge Rand. L'interdiction d'entraves au commerce interprovincial fait intervenir plusieurs champs de compétences, notamment : le trafic et le commerce (par. 91(2)), l'imposition (par. 91(3) et 92(2)), la propriété et les droits civils (par. 92(13)), les sanctions provinciales (par. 92(15)) et les matières d'une nature locale (par. 92(16)). L'article 121 doit donc être interprété de façon à ce que les gouvernements puissent adopter des politiques préventives pour le bien de leurs citoyens et qu'un juste équilibre soit assuré entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux, même si l'exercice de ces pouvoirs peut avoir un effet accessoire dans d'autres domaines, comme le transport de biens d'une province à une autre.

[73] Nous concluons que le contexte législatif de l'art. 121 indique qu'il faisait partie d'un régime permettant que les droits de douane et d'accise ainsi que les taxes semblables passent des anciennes colonies au Dominion; qu'il doit être interprété comme s'appliquant aux mesures qui ont pour effet d'augmenter le prix des biens lorsqu'ils franchissent une frontière provinciale; et qu'il ne doit pas recevoir une interprétation large au point qu'il empièterait sur les pouvoirs législatifs prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Avant de clore la section sur le contexte législatif, nous aborderons un argument supplémentaire.

[74] It is suggested by some that the legislative context shows that s. 121 was a purely transitional provision and was “spent” once the transfer of powers from the former colonies to the new Canada was accomplished. Some of s. 121’s neighbouring provisions — ss. 119 and 122 for example — are clearly transitional and time-limited.

[75] Declaring a constitutional provision to be “spent” amounts to judicial excision of the provision from the constitutional text in question. Absent clear language, a court should not hold that a constitutional provision is of no continued application. To do so would overstep the court’s interpretive role, and would instead confer on it a legislative one.

[76] Comparison of the text of s. 121 to the text of ss. 119 and 122 undermines the argument that s. 121 is spent. The required clear language is absent. Section 121 is not only transitional. Both ss. 119 and 122 impose explicit temporal limits on their continued operation. Section 119 establishes a 10-year scheme for debt reconciliation between Canada and New Brunswick from the time of Confederation — the provision is clearly spent. Section 122 includes a condition by which the provision becomes spent: “The Customs and Excise Laws of each Province shall [. . .] continue in force until altered by the Parliament of Canada”.

(5) Foundational Principles

[77] In *Reference re Secession of Quebec*, at para. 32, this Court held that foundational principles underlying the Constitution may aid in its interpretation. Three of these — the federalism principle, the democratic principle and the protection of minorities principle — were raised in this case. The latter two do not shed much light on how s. 121 should be interpreted, in our view. However, the federalism principle is vital.

[78] Federalism refers to how states come together to achieve shared outcomes, while simultaneously

[74] Pour certains, le contexte législatif indique que l’art. 121 était une disposition purement transitoire, et qu’elle est devenue « périmée » une fois accompli le transfert des pouvoirs des anciennes colonies au nouveau Canada. Certaines dispositions voisines de l’art. 121 — les art. 119 et 122, par exemple — étaient manifestement transitoires et d’une durée limitée.

[75] Déclarer qu’une disposition constitutionnelle est « périmée » équivaut à une suppression judiciaire de la disposition du texte constitutionnel en question. En l’absence d’un libellé clair, il ne convient pas qu’un tribunal juge qu’une disposition constitutionnelle n’a pas d’application continue. Une telle conclusion outrepasserait son rôle interprétatif, et lui conférerait plutôt un rôle législatif.

[76] La comparaison du texte de l’art. 121 à ceux des art. 119 et 122 affaiblit l’argument selon lequel le premier est périmé. En effet, il n’a pas le libellé clair requis. L’article 121 n’est pas uniquement transitoire. Les articles 119 et 122 imposent des limites temporelles expresses à leur application continue. L’article 119 crée un régime décennal pour le rapprochement des dettes entre le Canada et le Nouveau-Brunswick une fois la Confédération créée; cette disposition est donc manifestement périmée. L’article 122 comprend pour sa part une condition par laquelle la disposition devient périmée : « Les lois de douanes et d’accise de chaque province demeureront en force [. . .] jusqu’à ce qu’elles soient modifiées par le Parlement du Canada ».

(5) Principes fondamentaux

[77] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 32, la Cour a conclu que les principes fondamentaux à la base de la Constitution peuvent aider à son interprétation. Dans le cas qui nous occupe, trois de ceux-ci, soit le fédéralisme, la démocratie et la protection des minorités, ont été invoqués. À notre avis, les deux derniers ne nous éclairent pas beaucoup sur l’interprétation que doit recevoir l’art. 121. Le principe du fédéralisme est toutefois primordial.

[78] Le fédéralisme se rapporte à la façon dont certains États s’unissent pour atteindre des résultats

pursuing their unique interests. The principle of federalism recognizes the “autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction”: *Reference re Secession of Quebec*, at para. 58; see also *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, at para. 5. The tension between the centre and the regions is regulated by the concept of jurisdictional balance: *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 56-59. The federalism principle requires a court interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests. The same concern has led to, for example, the development of doctrines like the necessarily incidental doctrine and the ancillary powers doctrine.

[79] An expansive interpretation of federal powers is typically met with calls for recognition of broader provincial powers, and vice versa; the two are in a symbiotic relationship. Many of the doctrinal tools used by courts in division of powers cases reflect the tension between federal and provincial capacity: see, e.g., H. L. Kong, “Republicanism and the division of powers in Canada” (2014), 64 *U.T.L.J.* 359, at pp. 393-97. As this Court noted in *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 7:

It is a fundamental principle of federalism that both federal and provincial powers must be respected, and one power may not be used in a manner that effectively eviscerates another. Rather, federalism demands that a balance be struck, a balance that allows both the federal Parliament and the provincial legislatures to act effectively in their respective spheres.

[80] This Court has consistently interpreted the scope of economic powers under the *Constitution Act, 1867* through the lens of jurisdictional balance. An example is the development of the “necessarily incidental” indicator for tolerated provincial/federal overlap under the trade and commerce power:

communs, tout en poursuivant leurs intérêts uniques. Le principe du fédéralisme reconnaît « l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 58; voir aussi *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 5. Le concept de l'équilibre des compétences régit les tensions entre le centre et les régions : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 56-59. Le principe du fédéralisme exige que le tribunal qui interprète des textes constitutionnels tienne compte des répercussions des différentes interprétations sur l'équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces. Cette considération a donné lieu, par exemple, à l'élaboration de théories comme celle du caractère nécessairement accessoire et celle des pouvoirs accessoires.

[79] Une interprétation large des pouvoirs fédéraux s'accompagne habituellement d'appels à la reconnaissance de pouvoirs provinciaux plus larges, et vice versa; ces pouvoirs sont en symbiose. D'ailleurs, un grand nombre des théories élaborées par la doctrine qu'utilisent les tribunaux dans les causes relatives au partage des compétences reflètent la tension entre les pouvoirs du fédéral et des provinces respectivement : voir, p. ex., H. L. Kong, « Republicanism and the division of powers in Canada » (2014), 64 *U.T.L.J.* 359, p. 393-397. Comme l'a noté la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 7 :

La proposition suivant laquelle tant les pouvoirs fédéraux que ceux des provinces doivent être respectés et qu'un pouvoir ne peut être utilisé d'une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence constitue un principe fondamental du fédéralisme. En effet, ce dernier exige plutôt d'établir un équilibre qui permet tant au Parlement qu'aux législatures d'agir efficacement dans leurs sphères de compétence respectives.

[80] La Cour a toujours interprété la portée des pouvoirs économiques prévus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* sous l'angle de l'équilibre des compétences. En est un exemple l'élaboration de la théorie du caractère « nécessairement accessoire » relativement au chevauchement acceptable

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Securities Act*.

[81] Much has been written on the principle of federalism as an interpretive aid. Some say it leads to divergent outcomes and is inherently policy driven: see, e.g., P. J. Monahan, “At doctrine’s twilight: The structure of Canadian federalism” (1984), 34 *U.T.L.J.* 47, at p. 48. Others argue that it boils down to a principle of efficiency that favours centralization and privileges federal heads of power: see, e.g., J. Leclair, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, at p. 423. Still others counter by pointing to the vast scope of regional autonomy promised by the powers conferred on the provinces by ss. 92(13) and 92(16): see, e.g., S. Wexler, “The Urge to Idealize: Viscount Haldane and the Constitution of Canada” (1984), 29 *McGill L.J.* 608, at pp. 641-42.

[82] For our purposes, it suffices to state that the federalism principle reminds us of the careful and complex balance of interests captured in constitutional texts. An interpretation that disregards regional autonomy is as problematic as an interpretation that underestimates the scope of the federal government’s jurisdiction. We agree with Professor Scott that “[t]he Canadian constitution cannot be understood if it is approached with some preconceived theory of what federalism is or should be”: F. R. Scott, “Centralization and Decentralization in Canadian Federalism” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1095, at p. 1095; see also P. W. Hogg and W. K. Wright, “Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329, at p. 350.

[83] Thus, the federalism principle does not impose a particular vision of the economy that courts must apply. It does not allow a court to say “This

des compétences provinciales et fédérales dans le domaine des échanges et du commerce : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*.

[81] Le principe du fédéralisme en tant qu’outil d’interprétation a fait couler beaucoup d’encre. Certains affirment qu’il mène à des résultats divergents et qu’il repose par sa nature même sur des considérations de principe : voir, p. ex., P. J. Monahan, « At doctrine’s twilight : The structure of Canadian federalism » (1984), 34 *U.T.L.J.* 47, p. 48. D’autres font valoir qu’il s’agit essentiellement d’un principe d’efficacité qui favorise la centralisation et qui privilégie les compétences fédérales : voir, p. ex., J. Leclair, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, p. 423. D’autres encore répliquent en invoquant la vaste portée de l’autonomie régionale que promettent les pouvoirs conférés aux provinces par les par. 92(13) et 92(16) : voir, p. ex., S. Wexler, « The Urge to Idealize : Viscount Haldane and the Constitution of Canada » (1984), 29 *R.D. McGill* 608, p. 641-642.

[82] Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de préciser que le principe du fédéralisme nous rappelle l’équilibre juste et complexe des intérêts visés par les textes constitutionnels. L’interprétation qui fait fi de l’autonomie régionale est tout aussi problématique que celle qui sous-estime la portée de la compétence du gouvernement fédéral. À l’instar du professeur Scott, nous estimons qu’on [TRADUCTION] « ne peut pas comprendre la Constitution canadienne si on l’aborde avec une idée préconçue de ce que le fédéralisme est ou devrait être » : F. R. Scott, « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951), 29 *R. du B. can.* 1095, p. 1095; voir aussi P. W. Hogg et W. K. Wright, « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court : Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329, p. 350.

[83] Ainsi, le principe du fédéralisme n’impose pas une vision précise de l’économie que les tribunaux doivent appliquer. Il ne permet pas à une

would be good for the country, therefore we should interpret the Constitution to support it.” Instead, it posits a framework premised on jurisdictional balance that helps courts identify the range of economic mechanisms that are constitutionally acceptable. The question for a court is squarely constitutional compliance, not policy desirability: see, e.g., *Reference re Securities Act*, at para. 90; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pp. 471-72, per Wilson J.; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 424-25, per Laskin C.J. Similarly, the living tree doctrine is not an open invitation for litigants to ask a court to constitutionalize a specific policy outcome. It simply asks that courts be alert to evolutions in, for example, how we understand jurisdictional balance and the considerations that animate it.

[84] With these cautions in mind, we turn to the parties’ submissions on the principle of federalism. Both Mr. Comeau and the Crown refer to the federalism principle to support their own particular views of desirable policy outcomes — in Mr. Comeau’s case, the policy of no impediments, direct or incidental, on trade across provincial borders; in the Crown’s submission, a view of cooperative federalism that poses few, if any, limits on provinces’ authority to impose such impediments. Asserting what they see as the contemporary goals of federalism by pointing to the living tree doctrine (*Edwards*, at pp. 106-7), the parties urge the Court to interpret s. 121 in accordance with their preferred visions of how federalism functions. We will consider each of these arguments in turn.

[85] We begin with Mr. Comeau’s submission that the principle of federalism supports full economic integration. We cannot accept this submission. The federalism principle emphasizes balance and the ability of each level of government to achieve its

cour d’affirmer que « ceci serait bon pour le pays et il faudrait interpréter la Constitution en conséquence ». Il pose plutôt en principe un cadre fondé sur l’équilibre des compétences, qui aide les cours de justice à cerner l’éventail des mécanismes économiques qui sont constitutionnellement acceptables. Il s’agit strictement pour les cours d’une question de respect de la Constitution et non de l’opportunité de la mesure en cause sur le plan des principes : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 90; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 471-472, la juge Wilson; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 424-425, le juge en chef Laskin. De la même façon, la doctrine de l’arbre vivant n’équivaut pas à une invitation générale pour que les plaideurs demandent aux tribunaux de constitutionnaliser un résultat de principe en particulier. Elle requiert seulement que les tribunaux tiennent compte de l’évolution, par exemple, de la façon dont nous interprétons l’équilibre des compétences et les facteurs qui le sous-tendent.

[84] Avec ces mises en garde à l’esprit, nous allons maintenant examiner les observations des parties sur le principe du fédéralisme. Tant M. Comeau que le ministère public renvoient au principe du fédéralisme pour soutenir leur vision respective particulière des résultats souhaitables sur le plan des principes — dans le cas de M. Comeau, le principe de l’absence d’obstacles, directs ou accessoires, au commerce interprovincial; dans le cas du ministère public, une vision du fédéralisme coopératif qui n’impose que peu de limites, voire aucune, au pouvoir des provinces d’imposer de tels obstacles. Faisant valoir ce qu’elles considèrent être les objectifs contemporains du fédéralisme en invoquant la doctrine de l’arbre vivant (*Edwards*, p. 106-107), les parties exhortent la Cour à interpréter l’art. 121 conformément à la vision qu’elles préconisent du fonctionnement du fédéralisme. Nous analyserons chacun de ces arguments à tour de rôle.

[85] Examinons d’abord la prétention de M. Comeau selon laquelle le principe du fédéralisme appuie une pleine intégration économique. Nous ne pouvons souscrire à ce point de vue. Ce principe met l’accent sur l’équilibre et sur la capacité de chaque

goals in the exercise of its powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Full economic integration would “curtail the freedom of action — indeed, the sovereignty — of governments, especially at the provincial level”: K. Swinton, “Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 280, at p. 291; see also D. Schneiderman, “Economic Citizenship and Deliberative Democracy: An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125, at p. 152. Reading s. 121 to require full economic integration would significantly undermine the shape of Canadian federalism, which is built upon regional diversity within a single nation: *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 57-58; *Canadian Western Bank*, at para. 22. A key facet of this regional diversity is that the Canadian federation provides space to each province to regulate the economy in a manner that reflects local concerns.

[86] The federalism principle supports the view that provinces within a federal state should be allowed leeway to manage the passage of goods while legislating to address particular conditions and priorities within their borders. For example, the Northwest Territories and Nunavut have adopted laws governing the consumption of liquor, which include controls on liquor coming across the border into their territories. The primary objective of the laws is public health, but they have the incidental effect of curtailing cross-border trade in liquor. The Northwest Territories and Nunavut argue that these sorts of laws do not fall under the spectre of s. 121. We agree that to interpret s. 121 in a way that renders such laws invalid despite their non-trade-related objectives is to misunderstand the import of the federalism principle.

[87] The Crown and other intervening Attorneys General, for their part, advocate interpreting s. 121 narrowly to give governments expansive scope to

ordre de gouvernement d’atteindre ses objectifs en exerçant les compétences que lui confèrent les art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une pleine intégration économique reviendrait à [TRADUCTION] « restreindre la liberté d’action — voire la souveraineté — des gouvernements, particulièrement au palier provincial » : K. Swinton, « Courting Our Way to Economic Integration : Judicial Review and the Canadian Economic Union » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 280, p. 291; voir aussi D. Schneiderman, « Economic Citizenship and Deliberative Democracy : An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation » (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125, p. 152. Une interprétation de l’art. 121 qui exigerait une pleine intégration économique minerait considérablement la nature du fédéralisme canadien, qui repose sur la diversité des régions au sein d’une même nation : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 57-58; *Canadian Western Bank*, par. 22. D’ailleurs, une facette clé de cette diversité régionale est précisément que la fédération canadienne confère à chaque province le pouvoir de régler l’économie à l’image des préoccupations locales.

[86] Le principe du fédéralisme étaye l’opinion selon laquelle les provinces d’un état fédéral devraient avoir la marge de manœuvre leur permettant de gérer le passage des biens tout en adoptant des lois qui tiennent compte de conditions ou de priorités particulières sur leur territoire. Par exemple, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut ont adopté des lois qui régissent la consommation de boissons alcooliques et assurent le contrôle de celles qui arrivent sur leur territoire. La santé publique constitue certes l’objet principal de ces lois, mais elles ont comme effet accessoire de restreindre le commerce transfrontalier des boissons alcooliques. Les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut font valoir que les lois de ce type ne tombent pas sous le coup de l’art. 121. Nous sommes d’accord pour dire qu’une interprétation de l’art. 121 qui invaliderait de telles lois malgré leurs objectifs étrangers au commerce serait le fruit d’une compréhension erronée de l’importance du principe du fédéralisme.

[87] Le ministère public et certains procureurs généraux intervenants ont plaidé pour une interprétation étroite de l’art. 121 afin que les gouvernements

impose barriers on goods crossing their borders. This interpretation, they argue, is a natural consequence of their position that “cooperative federalism” is a distinct foundational principle for constitutional interpretation, as such principles are understood in *Reference re Secession of Quebec*. Cooperative federalism describes situations where different levels of government work together on the ground to leverage their unique constitutional powers in tandem to establish a regulatory regime that may be *ultra vires* the jurisdiction of one legislature on its own. In division of powers cases where interlocking regulatory schemes have been impugned, the concept of cooperative federalism has often informed this Court’s assessment of *vires*: see, e.g., *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696. However, that is a distinct inquiry from the interpretative question raised here. The foundational principle that forms part of the architecture of constitutional texts as we described in *Reference re Secession of Quebec* is *federalism* — and that principle does not mandate any specific prescription for how governments within a federation should exercise their constitutional authority.

[88] We cannot therefore accept either the arguments of Mr. Comeau or the Crown on the principle of federalism. This does not mean, however, that the principle is unhelpful to the interpretation of s. 121. The need to maintain balance embodied in the federalism principle supports an interpretation of s. 121 that prohibits laws directed at curtailing the passage of goods over interprovincial borders, but allows legislatures to pass laws to achieve other goals within their powers, even though the laws may have the incidental effect of impeding the passage of goods over interprovincial borders.

disposent d’une importante latitude pour imposer des charges sur les biens qui traversent leurs frontières. À leur avis, cette interprétation découle naturellement de leur position selon laquelle le « fédéralisme coopératif » est un principe fondamental distinct d’interprétation constitutionnelle, tel que ces principes sont interprétés dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. Le fédéralisme coopératif décrit des situations où différents ordres de gouvernement travaillent de concert au départ pour tirer parti en tandem des pouvoirs constitutionnels qui leur sont propres afin d’établir un régime réglementaire qui pourrait outrepasser la compétence d’une assemblée législative à elle seule. Dans les causes portant sur le partage des compétences où des régimes réglementaires communs étaient contestés, le concept du fédéralisme coopératif a souvent aidé la Cour à analyser la question relative à la compétence : voir, p. ex., *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696. Il s’agit toutefois d’un examen distinct de celui auquel nous devons procéder en l’espèce pour répondre à la question d’interprétation qui se pose. Le principe fondamental qui s’inscrit dans la structure des textes constitutionnels que nous avons décrite dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* est le *fédéralisme* — et, selon ce principe, aucune prescription précise n’est requise quant à la façon dont les gouvernements au sein de la fédération devraient exercer les pouvoirs que leur confère la Constitution.

[88] Nous ne pouvons donc souscrire ni aux arguments de M. Comeau ni à la position du ministère public quant au principe du fédéralisme. Ce dernier est néanmoins utile pour interpréter l’art. 121. La nécessité de maintenir l’équilibre consacré par le principe du fédéralisme appuie l’interprétation de l’art. 121 qui interdit les lois visant à restreindre la circulation des biens entre les provinces, mais qui permet aux législatures d’en adopter qui visent la réalisation d’autres objectifs dans les limites de leurs pouvoirs, même si ces lois peuvent avoir comme effet accessoire d’entraver la circulation des biens d’une province à une autre.

(6) Defining the Ambit of Section 121: The Jurisprudence

[89] We have established in the preceding sections that the text, historical context, legislative context, and underlying constitutional principles do not support Mr. Comeau's contention that s. 121 should be interpreted as prohibiting any and all burdens on the passage of goods over provincial boundaries, essentially imposing an absolute free trade regime within Canada. Rather, these considerations support a flexible, purposive view of s. 121 — one that respects an appropriate balance between federal and provincial powers and allows legislatures room to achieve policy objectives that may have the incidental effect of burdening the passage of goods across provincial boundaries.

[90] This established, the next question to be answered is: What does s. 121 of the *Constitution Act, 1867* actually prohibit? Before us, the debate was framed as a conflict between two lines of authority — the *Gold Seal* line of authority, which is said to confine s. 121 to the prohibition of tariffs, and the line of authority based on the judgment of Rand J. in *Murphy*, which sets out the view that s. 121 prohibits not only tariffs, but extends to laws that in essence and purpose are directed to impeding the passage of goods across provincial boundaries.

[91] For the reasons that follow, we do not see these lines of authority to be in conflict. Properly understood, they represent a single, progressive understanding of the purpose and function of s. 121 in the broader constitutional scheme. This understanding is entirely consistent with our earlier conclusion that s. 121 — understood through the lens of its text, its historical and legislative contexts and the principle of federalism — is best conceived as preventing provinces from passing laws aimed at impeding trade by setting up barriers at boundaries, while allowing

(6) Définir la portée de l'art. 121 : la jurisprudence

[89] Nous avons établi dans les sections précédentes des présents motifs que le libellé, les contextes historique et législatif de même que les principes constitutionnels sous-jacents n'étaient pas la prétention de M. Comeau selon laquelle l'art. 121 doit s'interpréter comme interdisant toute entrave à la circulation des biens d'une province à une autre, ce qui équivaldrait pour l'essentiel à forcer l'existence d'un régime de libre-échange absolu au Canada. Les éléments mentionnés précédemment appuient plutôt une conception souple et téléologique de l'art. 121, une conception qui respecte un juste équilibre entre les compétences fédérales, d'une part, et provinciales, d'autre part, et qui donne aux législatures la possibilité d'atteindre des objectifs de politique générale qui peuvent avoir pour effet accessoire d'entraver la circulation des biens d'une province à une autre.

[90] Cela étant établi, il faut ensuite répondre à la question suivante : qu'est-ce qu'interdit au juste l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Le débat que nous avons à trancher a été décrit comme un conflit entre deux courants jurisprudentiels — celui fondé sur l'arrêt *Gold Seal*, selon lequel l'art. 121 interdirait uniquement les tarifs, et celui fondé sur la décision du juge Rand dans l'arrêt *Murphy*, où celui-ci exprime l'avis que l'art. 121 interdit non seulement les tarifs, mais aussi les lois qui visent, de par leur essence et leur objet, à entraver la circulation de biens d'une province à une autre.

[91] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de conflit entre ces courants jurisprudentiels. Interprétés correctement, ils représentent une seule conception progressive de l'objet et de la fonction de l'art. 121 dans le régime constitutionnel général. Cette conception cadre parfaitement avec la conclusion que nous avons déjà tirée selon laquelle il vaut mieux interpréter l'art. 121 — vu à la lumière de son libellé, de ses contextes historique et législatif et du principe du fédéralisme — comme empêchant les provinces d'adopter des lois qui visent

them to legislate to achieve goals within their jurisdiction even where such laws may incidentally limit the passage of goods over provincial borders.

[92] *Gold Seal*, decided in 1921, was the first case to interpret s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. It concerned a federal statute that prohibited the importation of liquor into any dry province. The federal law was complementary to provincial prohibition laws, passed because the provinces were not competent under the division of powers to regulate interprovincial trade — an early example of cooperative federalism. The Gold Seal liquor company argued that the trade barrier installed by the federal law violated s. 121. The Court's discussion of s. 121 in *Gold Seal* was cursory. Duff and Mignault JJ., in the majority, each held that the law at issue was not caught by s. 121 because it was not a tariff on goods crossing provincial borders. Mignault J. added that this was consistent with a similar provision in the United States Constitution addressing the same concerns: *Gold Seal*, at p. 470. Anglin J. agreed, but offered no analysis: *Gold Seal*, at p. 466.

[93] *Gold Seal* was endorsed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Atlantic Smoke Shops*, at p. 92. At issue was a New Brunswick law that made tobacco importers liable to a tax on tobacco brought into the province. The tobacco retailer argued that the tax constituted a trade barrier contrary to s. 121. Viscount Simon L.C. accepted this Court's analysis in *Gold Seal* and concluded that s. 121, read in the context of Part VIII, was the death knell for provincial tariffs. However, the tax was held not to infringe s. 121 on the ground it was a general consumption tax, and thus did not impose a burden

à entraver le commerce en érigeant des obstacles aux limites de leur territoire, tout en leur permettant de légiférer pour des objectifs principaux valides à l'intérieur de leur champ de compétence, même dans les cas où les lois en question risquent de restreindre accessoirement la circulation des biens d'une province à une autre.

[92] C'est dans l'arrêt *Gold Seal*, rendu en 1921, que la Cour a interprété la *Loi constitutionnelle de 1867* pour la première fois. Il porte sur une loi fédérale qui interdisait l'importation d'alcool dans toute province prohibitionniste. Cette loi complétait les mesures législatives provinciales instituant la prohibition et avait été adoptée parce que le partage des compétences n'habilitait pas les provinces à réglementer le commerce interprovincial — un exemple ancien de fédéralisme coopératif. Le fabricant de boissons alcooliques Gold Seal faisait valoir que l'obstacle commercial établi par la loi fédérale contrevenait à l'art. 121. L'analyse de cette disposition à laquelle s'est livrée la Cour dans *Gold Seal* était sommaire. Dans des motifs majoritaires, les juges Duff et Mignault ont chacun statué que la loi en cause n'était pas visée par l'art. 121, car elle n'établissait pas un tarif sur des biens qui traversaient les frontières provinciales. Le juge Mignault a ajouté que cette conclusion était compatible avec une disposition analogue de la Constitution des États-Unis répondant aux mêmes préoccupations : *Gold Seal*, p. 470. Le juge Anglin était du même avis, mais il n'a procédé à aucune analyse : *Gold Seal*, p. 466.

[93] L'arrêt *Gold Seal* a été entériné par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Atlantic Smoke Shops*, p. 92. Il était question d'une loi néo-brunswickoise qui assujettissait les importateurs de tabac à une taxe lorsque ce produit était importé dans la province. Le détaillant de tabac soutenait que la taxe constituait un obstacle commercial contraire à l'art. 121. Le vicomte Simon, lord chancelier, a retenu l'analyse effectuée par la Cour dans *Gold Seal* et conclu que, interprété eu égard au contexte de la partie VIII, l'art. 121 sonnait le glas des tarifs provinciaux. La taxe a toutefois été jugée conforme à cette disposition

on the basis of a provincial border: *Atlantic Smoke Shops*, at pp. 91-92.

[94] In 1958, the majority of this Court in *Murphy* adopted *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*: at p. 634. A grain producer had attempted to arrange an interprovincial shipment of wheat contrary to the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C. 1952, c. 44. The question was whether the Act's prohibition on cross-border shipments violated s. 121. The majority, *en passant*, held it did not because it did not impose a tariff. *Murphy* was decided primarily on the basis of the division of powers. Nevertheless, this Court briefly addressed s. 121.

[95] Rand J. in his concurring reasons in *Murphy* undertook a more substantive, purposive analysis of s. 121. He did not criticize *Gold Seal*, which he accepted as the foundational case, but sought to draw out the rationale underlying *Gold Seal*, s. 121, and its constitutional implications. His reasons read like a series of reflections on the nature and purpose of s. 121. He began by noting that apart from matters of purely local and private concern, the country was one economic unit: *Murphy*, p. 638. He went on, however, to explain why provincial marketing schemes that may enable different charges in different regions do not violate s. 121. Such schemes “embody an accumulation” of various charges because they are concerned with realizing objects for all producers across the relevant sector — from transportation to wages to insurance. Charges that are merely “one item in a scheme that regulates their distribution” do not have cross-border trade as their object or purpose and therefore do not violate s. 121. They are “items in selling costs and can be challenged only if the scheme itself is challengeable”: *Murphy*, at pp. 638-39. Section 121 “does not create a level of trade activity divested of all regulation I have no doubt; what is preserved is a free flow of trade regulated in subsidiary features which are or have come to be looked upon as incidents of trade. What is forbidden is a trade regulation that in its essence

puisqu'il s'agissait d'une taxe générale à la consommation et qu'elle n'entravait donc pas le commerce sur le fondement d'une frontière provinciale : *Atlantic Smoke Shops*, p. 91-92.

[94] En 1958, les juges majoritaires de la Cour dans *Murphy* ont suivi les arrêts *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops* : p. 634. Un producteur de céréales avait tenté d'organiser une livraison interprovinciale de blé en contravention de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. 1952, c. 44. Il s'agissait de savoir si l'interdiction des livraisons interprovinciales prévue par cette loi contrevenait à l'art. 121. Les juges majoritaires ont conclu en passant que ce n'était pas le cas, car cette loi n'imposait pas de tarif. L'arrêt *Murphy* a été décidé principalement sur le fondement du partage des compétences. La Cour y a néanmoins brièvement discuté de l'art. 121.

[95] Toujours dans l'arrêt *Murphy*, le juge Rand a procédé dans ses motifs concordants à une analyse plus poussée de l'art. 121 et plus axée sur son objet. Il n'a pas critiqué *Gold Seal*, qu'il a reconnu comme l'arrêt fondamental en la matière, mais il a cherché à dégager le raisonnement qui sous-tend cet arrêt, ainsi que l'art. 121 et ses ramifications constitutionnelles. Les motifs du juge Rand s'apparentent à une série de réflexions sur la nature et l'objet de l'art. 121. Il a commencé par signaler que, à l'exception des matières purement locales et à caractère privé, le pays formait une seule entité économique : *Murphy*, p. 638. Il a cependant expliqué ensuite pourquoi les régimes provinciaux de mise en marché susceptibles de permettre l'imposition de charges différentes dans des régions différentes ne contreviennent pas à l'art. 121. Ces régimes [TRADUCTION] « incarnent une accumulation » de diverses charges parce qu'ils s'attachent à la réalisation d'objets pour tous les producteurs du secteur en question, qu'il s'agisse du transport, de la rémunération ou des assurances. Les charges qui constituent simplement « un élément d'un régime qui régleme la distribution de biens » n'ont pas pour objet le commerce interprovincial, ils ne contreviennent donc pas à l'art. 121. Ce sont des « éléments des frais de vente qui ne peuvent être contestés que si le régime lui-même est contestable » : *Murphy*, p. 638-639. L'article 121 « ne fait

and purpose is related to a provincial boundary”:
Murphy, at p. 642, per Rand J.

[96] Finally, Rand J. explained that schemes that restrict goods crossing borders only incidentally cannot be held to violate s. 121 because this would create a constitutional hiatus, which constitutional construction abhors. A prohibition barring even incidental impacts on the passage of goods over a provincial border would render provinces incapable of dealing with important matters within their jurisdictions. At the same time, the federal government could not fill the void because the matter would not fall within its power given the division of powers — “the two jurisdictions could not complement each other by cooperative action”: *Murphy*, at pp. 642-43, per Rand J.

[97] These excerpts reflect many of the themes that emerge in our earlier discussion of historical context, legislative context, and federalism. However, they can be distilled into two related propositions. First, the purpose of s. 121 is to prohibit laws that in essence and purpose restrict or limit the free flow of goods across the country. Second, laws that pose only incidental effects on trade as part of broader regulatory schemes not aimed at impeding trade do not have the purpose of restricting interprovincial trade and hence do not violate s. 121.

[98] These propositions are consistent with the decisions in *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*. First, while the Court in these cases spoke of s. 121 forbidding tariffs, and while Rand J. in *Murphy* spoke of s. 121 forbidding laws that purposely act like tariffs (i.e. laws that in essence burden the passage of goods over provincial borders), this is a distinction without a difference. Constitutional limits must operate on

pas disparaître pour autant toute réglementation des activités commerciales. Il vise à assurer la liberté du commerce, tout en permettant la réglementation dans ses aspects secondaires, qui sont les à-côtés du commerce. Ce qui est interdit, c’est une réglementation du commerce qui serait reliée, en droit et en fait, à l’existence des frontières provinciales » : *Murphy*, p. 642, le juge Rand.

[96] Enfin, le juge Rand a expliqué qu’on ne saurait dire des régimes limitant de façon purement accessoire la circulation transfrontalière de marchandises qu’ils contreviennent à l’art. 121 parce que cela créerait un vide constitutionnel, ce dont a horreur l’interprétation constitutionnelle. Si l’on interdisait même les répercussions accessoires sur la circulation de biens au-delà d’une frontière provinciale, les provinces seraient incapables de s’occuper de questions importantes dans leur ressort. Parallèlement, le gouvernement fédéral ne serait pas en mesure de combler le vide parce que ces questions ne relèveraient pas de sa compétence suivant le partage des compétences : [TRADUCTION] « les deux ressorts ne pourraient se compléter par une action concertée » : *Murphy*, p. 642-643, le juge Rand.

[97] Ces extraits illustrent bon nombre des thèmes qui ressortent de notre examen antérieur des contextes historique et législatif ainsi que du fédéralisme. Il est toutefois possible de les regrouper en deux propositions connexes. Premièrement, l’objet de l’art. 121 est d’interdire les lois qui, de par leur essence et leur objet, restreignent ou limitent la libre circulation des biens dans tout le pays. Deuxièmement, les lois qui n’ont qu’un effet accessoire sur le commerce dans le contexte de régimes réglementaires plus larges qui ne visent pas à entraver le commerce n’ont pas pour objet de restreindre le commerce interprovincial et n’enfreignent donc pas l’art. 121.

[98] Ces propositions sont compatibles avec les décisions *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops*. Tout d’abord, s’il est vrai que dans ces affaires la Cour a affirmé que l’art. 121 interdit les tarifs, et s’il est vrai que, dans *Murphy*, le juge Rand a précisé que cette disposition interdit les lois qui agissent comme des tarifs de par leur objet (c.-à-d. les lois qui, de par leur essence, entrave le passage des biens entre les

the level of principle and function, not on what label is applied to a particular kind of law. Constitutional compliance is not a matter of semantics. Clearly, traditional tariffs would offend the purpose of s. 121, as Rand J. describes it. But so might other measures that function in the same way. It follows that s. 121 applies not only to tariffs, but also to the functional equivalents of tariffs.

[99] Second, *Gold Seal* and *Murphy* support the proposition that s. 121 was not intended to catch burdens on goods crossing provincial borders that were merely incidental effects of a law or scheme aimed at some other purpose, holding that because the restrictions on the shipment of goods over provincial borders were part of a larger valid federal scheme, they did not offend s. 121. As Rand J. pointed out in *Murphy*, to prohibit incidental impacts on cross-border trade would allow s. 121 to trump valid exercises of legislative power, and create legislative hiatuses where neither level of government could act: pp. 638 and 642-43. The federalism principle militates against such an interpretation — the aim is balance and capacity, not imbalance and constitutional gaps. The federal government and provincial governments should be able to legislate in ways that impose incidental burdens on the passage of goods between provinces, in light of the scheme of the *Constitution Act, 1867* as a whole, and in particular the division of powers: *Murphy*, at pp. 638 and 641, per Rand J. This is illustrated by *Gold Seal*. If the federal government had not been able to enact its law prohibiting liquor from crossing the borders of the dry provinces, there would have been a legislative hiatus, and the cooperative scheme aimed at allowing these provinces to keep liquor out would not have been possible.

provinces), il s’agit d’une distinction vide de sens. Les limites constitutionnelles doivent s’appliquer au niveau des principes et de la fonction, et non de la désignation donnée à un certain type de loi. Le respect de la Constitution n’est pas une question de sémantique. Il est évident que les tarifs traditionnels contreviendraient à l’objet de l’art. 121, comme l’a décrit le juge Rand, mais d’autres mesures qui fonctionnent de la même façon pourraient tout autant y contrevenir. L’article 121 s’applique donc non seulement aux tarifs, mais aussi à leurs équivalents fonctionnels.

[99] Ensuite, les arrêts *Gold Seal* et *Murphy* appuient la proposition selon laquelle il n’était pas prévu que l’art. 121 vise les entraves au passage des biens d’une province à une autre qui sont simplement accessoires à un régime législatif visant un autre objet, et concluent que, puisque les restrictions en cause relatives à l’envoi de biens par-delà les frontières provinciales faisaient partie d’un régime fédéral plus large valide, elles ne contrevenaient pas à l’art. 121. Comme l’a souligné le juge Rand dans *Murphy*, l’interdiction des effets accessoires sur le commerce transfrontalier permettrait à l’art. 121 de primer sur l’exercice valide d’un pouvoir législatif et créerait des lacunes législatives à l’égard desquelles aucun ordre de gouvernement ne pourrait agir : p. 638 et 642-643. Le principe du fédéralisme milite contre une telle interprétation — l’objectif est l’équilibre et la capacité, non pas le déséquilibre et les lacunes constitutionnelles. Les gouvernements fédéral et provinciaux devraient pouvoir adopter des lois qui imposent des charges accessoires sur les biens qui circulent d’une province à une autre, compte tenu du régime de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans son ensemble, et plus particulièrement du partage des compétences : *Murphy*, p. 638 et 641, le juge Rand. C’est ce qu’illustre l’arrêt *Gold Seal*. Si le gouvernement fédéral n’avait pas pu adopter sa loi interdisant que des boissons alcooliques passent les frontières des provinces prohibitionnistes, il y aurait eu un hiatus législatif et le régime coopératif qui visait à permettre à ces provinces de faire en sorte que l’alcool ne franchisse pas leurs frontières n’aurait pas pu voir le jour.

[100] Put another way, s. 121 allows schemes that incidentally burden the passage of goods across provincial boundaries, but does not allow them to impose such impediments *only* because they cross a provincial boundary. In Rand J.'s view, the gravamen of s. 121 was to prohibit laws directed to erecting barriers to trade at provincial boundaries — whether customs duties or other measures that are intended to fill the role of such tariffs: *Murphy*, at p. 642.

[101] One may argue about whether Rand J.'s view states the logical underpinning of *Gold Seal*, or extends it. But if one accepts the underlying principle that animates s. 121 — that s. 121 prohibits laws that in essence and purpose seek to set up trade barriers between the provinces — the debate is sterile. *Gold Seal*, *Atlantic Smoke Shops* and *Murphy* are all consistent with this basic proposition, even if they did not explicate it. None of them endorsed a law that was directed in essence and purpose to impeding goods crossing provincial borders.

[102] Rand J.'s description of the ambit of s. 121 has found favour with subsequent jurists. Laskin J. (as he then was) in his concurring reasons in *Attorney- General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689, at p. 717, noted that s. 121 is meant to address measures that lead to the “figurative sealing of [. . .] borders”. As Chief Justice in his concurring reasons in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1268, he adopted Rand J.'s interpretation of s. 121 and noted that s. 121 is about identifying whether the “essence and purpose” of the impugned law is to erect a trade barrier at a provincial boundary. The majority in the first case did not comment on s. 121. In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, the majority concluded that the impugned law did not offend s. 121, and while it offered no analysis of its own, it indicated no disagreement with Chief Justice Laskin's discussion of s. 121.

[100] Autrement dit, l'art. 121 permet l'adoption de régimes qui entravent accessoirement la circulation des biens d'une province à une autre, mais ne permet pas d'imposer de tels obstacles *seulement* parce que les biens franchissent une frontière provinciale. De l'avis du juge Rand, le fondement de l'art. 121 était d'interdire les lois visant à ériger des obstacles au commerce entre les provinces, que ce soit des droits de douane ou d'autres mesures destinées à jouer le rôle de tels tarifs : *Murphy*, p. 642.

[101] On pourrait débattre de la question de savoir si l'opinion du juge Rand énonce le fondement logique de *Gold Seal*, ou si elle en élargit la portée. Cela dit, si l'on accepte le principe qui sous-tend l'art. 121 — c'est-à-dire l'interdiction des lois visant, de par leur essence et leur objet, à ériger des obstacles au commerce entre les provinces —, le débat est stérile. Les arrêts *Gold Seal*, *Atlantic Smoke Shops* et *Murphy* sont tous compatibles avec cette proposition de base, même s'ils ne l'explicitent pas. D'ailleurs, aucun de ces arrêts n'a confirmé la validité d'une loi visant, de par son essence et son objet, à entraver la circulation des biens d'une province à une autre.

[102] En outre, des juristes ont subséquentement retenu la description qu'a faite le juge Rand de la portée de l'art. 121. Le juge Laskin (plus tard juge en chef), en rédigeant ses motifs concordants dans l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689, p. 717, a souligné que l'art. 121 est censé viser des mesures entraînant « la fermeture (au sens figuré) [des] frontières ». En tant que juge en chef dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, p. 1268, il a adopté l'interprétation que le juge Rand a donnée à l'art. 121 et noté que cette disposition pose la question de savoir si, « en droit et en fait », la loi contestée a pour objet d'ériger des obstacles au commerce entre les provinces. Les juges majoritaires dans la première de ces décisions n'ont émis aucun commentaire sur l'art. 121. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, les juges majoritaires ont conclu que la loi n'enfreignait pas l'art. 121 et, bien qu'ils n'ont procédé eux-mêmes à aucune analyse de la question, ils n'ont pas exprimé de désaccord avec les propos du juge en chef Laskin.

[103] In *obiter* comments in two subsequent decisions, La Forest J., writing for the Court, similarly noted that the functional approach articulated by Rand J. stemmed from the view established in *Gold Seal: Black*, at p. 609; *Canadian Pacific Air Lines*, at p. 1153.

[104] Most recently in *Richardson*, Iacobucci and Bastarache JJ. for the majority and McLachlin J. (as she then was) in dissent, agreed (though, again, in *obiter*) that Rand J.'s interpretation of s. 121 was the operative authority for that provision: paras. 63-65, per Iacobucci and Bastarache JJ., paras. 123 and 171, per McLachlin J. In dissent but not on this point, McLachlin J. noted, at paras. 123 and 171:

In broad outline, s. 121 of the *Constitution Act, 1867* permits legislation which incidentally impinges on the flow of goods and services across provincial boundaries, but prohibits legislation that in “essence and purpose is related to a provincial boundary”: *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 642, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1268, per Laskin C.J. interpreting s. 121. . . .

...

. . . Provinces and the federal government are permitted to impose disadvantages on the basis of provincial boundaries so long as this effect is incidental to another purpose within their proper legislative sphere. They are not permitted, however, to create interprovincial barriers which are not incidental to such a higher purpose. The primary/incidental distinction in s. 6(3)(a) mirrors the jurisprudence under s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, which bars trade laws aimed primarily at impeding the flow of goods on the basis of provincial boundaries: *Murphy v. Canadian Pacific Railway*, *supra*; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*.

[103] Dans des remarques incidentelles formulées dans deux décisions subséquentes, le juge La Forest, au nom de la Cour, a lui aussi souligné que l'approche fonctionnelle formulée par le juge Rand tirait son origine du point de vue exprimé dans *Gold Seal: Black*, p. 609; *Lignes aériennes Canadien Pacifique*, p. 1153.

[104] Plus récemment, dans *Richardson*, les juges Iacobucci et Bastarache, au nom des juges majoritaires, et la juge McLachlin (maintenant juge en chef), dissidente, ont reconnu (bien que ce soit, encore une fois, dans des remarques incidentelles) que l'interprétation de l'art. 121 donnée par le juge Rand constituait l'autorité applicable pour cette disposition : par. 63-65, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 123 et 171, la juge McLachlin. Dissidente, mais non sur ce point, cette dernière a affirmé, aux par. 123 et 171 :

En gros, l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet d'adopter des mesures législatives qui touchent, de manière accessoire, à la circulation des biens et services d'une province à l'autre, mais il interdit celles [TRADUCTION] « reliée[s], en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales » : *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, à la p. 642, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, à la p. 1268, le juge en chef Laskin qui interprétait alors l'art. 121. . . .

...

. . . On permet aux provinces et au gouvernement fédéral de créer des désavantages fondés sur des frontières provinciales, pourvu qu'un tel effet découle accessoirement d'un autre objectif relevant de leur domaine de compétence législative légitime. Cependant, il ne leur est pas permis d'ériger des barrières interprovinciales qui ne soient pas une conséquence accessoire de cet objectif supérieur. La distinction de l'al. 6(3)a) entre principal et accessoire reflète la jurisprudence relative à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui interdit les lois commerciales qui visent principalement à entraver la circulation de biens en raison de frontières provinciales : *Murphy c. Canadian Pacific Railway* et *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précités.

[105] The comments of Justices of this Court on s. 121 in the post-*Gold Seal* jurisprudence have never acquired the status of binding law, being made without majoritarian status or in *obiter*. But they do not conflict with *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*; rather, they offer a principled and robust articulation of the holdings from those earlier decisions.

[106] We conclude that a purposive approach to s. 121 leads to the following conclusion: s. 121 prohibits laws that in essence and purpose restrict trade across provincial boundaries. Laws that only have the incidental effect of restricting trade across provincial boundaries because they are part of broader schemes not aimed at impeding trade do not offend s. 121 because the purpose of such laws is to support the relevant scheme, not to restrict interprovincial trade. While *Gold Seal* did not undertake a purposive analysis of s. 121 and hence did not describe the ambit of s. 121 precisely in these terms, it is entirely consistent with it. The earlier jurisprudence of this Court on s. 121 and the broader articulation adopted by Rand J. stand as different moments on a progressive jurisprudential continuum, all consistent with the text of s. 121, its historical and legislative contexts, and the principle of federalism.

[107] It follows that a party alleging that a law violates s. 121 must establish that the law in essence and purpose restricts trade across a provincial border. “[E]ssence” refers to the nature of the measure — “‘what a thing is’; . . . [its] character”: *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 400. “Purpose” focuses on the object, or primary purpose, of the measure.

[108] The first question is whether the essence or character of the law is to restrict or prohibit trade across a provincial border, like a tariff. Tariffs, broadly defined, are “customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation”: *General Agreement on Tariffs and Trade* (World Trade Organization), Can.

[105] Les commentaires formulés par des juges de la Cour sur l’art. 121 dans la jurisprudence postérieure à *Gold Seal* n’ont jamais obtenu le caractère de ceux qui font autorité, soit parce qu’ils ont été énoncés par les juges minoritaires soit parce qu’ils ont pris la forme de remarques incidentes. Ils ne sont toutefois pas incompatibles avec *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops*, et constituent plutôt une formulation forte et fondée sur des principes des conclusions tirées dans ces décisions antérieures.

[106] Ainsi, l’interprétation téléologique de l’art. 121 mène à la conclusion suivante : l’art. 121 proscriit les lois qui, de par leur essence et leur objet, entravent le commerce entre les provinces. Les lois qui n’ont que l’effet accessoire de restreindre le commerce interprovincial, parce qu’elles font partie de régimes plus larges n’ayant pas pour objet d’entraver le commerce, ne contreviennent pas à l’art. 121 parce qu’elles visent à soutenir le régime pertinent, et non pas à restreindre ce commerce. Bien que l’arrêt *Gold Seal* ne comprenait pas une analyse téléologique de l’art. 121 et qu’il ne décrivait donc pas la portée de ce dernier précisément de cette façon, il cadre parfaitement avec cette interprétation. La jurisprudence antérieure de la Cour sur l’art. 121 et le sens plus large adopté par le juge Rand marquent plutôt différents jalons sur le continuum progressif de la jurisprudence, des jalons tous compatibles avec le libellé de l’art. 121, ses contextes historique et législatif ainsi que le principe du fédéralisme.

[107] Une partie qui plaide qu’une loi enfreint l’art. 121 doit donc démontrer que cette loi, de par son essence et son objet, restreint le commerce interprovincial. Le terme « essence » renvoie à la nature de la mesure : « Ce qui fait qu’une chose est ce qu’elle est et ce sans quoi elle ne serait pas » : *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012), p. 932. Le terme « objet » vise l’objectif, ou l’objet principal, de la mesure.

[108] La première question est celle de savoir si, de par son essence, la loi vise à restreindre ou à interdire le commerce d’une province à une autre, comme le font les tarifs. Ces derniers, au sens large, sont « les droits de douane et les impositions de toute nature qui frappent les importations ou les exportations » : *Accord général sur les tarifs douaniers et*

T.S. 1948 No. 31, Part I, Article I. The claimant must therefore establish that the law imposes an additional cost on goods by virtue of them coming in from outside the province. Put another way, a claimant must establish that the law distinguishes goods in a manner “related to a provincial boundary” that subjects goods from outside the province to additional costs: *Murphy*, at p. 642, per Rand J. A prohibition on goods crossing the border is an extreme example of such a distinction.

[109] The additional cost need not be a charge physically levied at the border, nor must it take the form of an actual surcharge; all that is required is that the law impose a cost burden on goods crossing a provincial border. A law that provides that “rum produced in the Maritime provinces will be subject to a 50% surcharge upon entering Newfoundland” has the same effect, in principle, as a law that states that “any person who brings rum produced in the Maritime provinces into Newfoundland is guilty of an offence and liable to a fine”. Both laws impose a burden on the cost of goods that cross a provincial boundary.

[110] In some cases, evidence may be required to determine if an impugned law imposes a charge on the basis of a provincial border. Consider a fictional law that requires Alberta distillers to get a special licence to import rye. It is not plain on the face of the law whether the law (1) imposes any sort of charge on the movement of rye or (2) whether any such charge is linked to a distinction between goods related to a provincial boundary. If the cost of the licence is substantial or if it is very difficult to acquire, the measure may impede cross-border trade in rye. Similarly, if the only rye available to Alberta distillers is from Saskatchewan, the licence requirement may function like a tariff against a Saskatchewan good. On the other hand, if the licence is not burdensome to acquire or if the licensing requirement applies equally where Alberta enterprises have access to rye from within Alberta, the law may not impose

le commerce (Organisation mondiale du commerce), R.T. Can. 1948 n° 31, partie I, art. I. Le demandeur doit donc établir que la loi augmente le coût des biens du fait qu’ils proviennent de l’extérieur de la province. Autrement dit, le demandeur doit établir que la loi établit une distinction entre les biens [TRANSDUCTION] « reliée à l’existence des frontières provinciales » et à l’origine d’un coût supplémentaire pour ceux qui proviennent de l’extérieur de la province : *Murphy*, p. 642, le juge Rand. Interdire que des biens traversent la frontière constitue un exemple extrême de distinction de ce type.

[109] Le coût supplémentaire n’a pas à prendre la forme d’une charge prélevée physiquement à la frontière, ni d’ailleurs celle d’une suramende compensatoire véritable; il suffit que la loi impose un fardeau financier sur les biens qui traversent une frontière provinciale. Une loi selon laquelle « le rhum produit dans les provinces maritimes fera l’objet d’une surtaxe de 50 % au moment où il entre à Terre-Neuve » a le même effet, en principe, qu’une loi qui prévoit que « quiconque importe à Terre-Neuve du rhum produit dans une des provinces maritimes est coupable d’une infraction et passible d’une amende ». Les deux lois imposent un fardeau sur le coût des biens qui traversent une frontière provinciale.

[110] Dans certains cas, il pourrait être nécessaire de produire certains éléments de preuve pour qu’il soit possible de déterminer si la loi contestée impose une charge fondée sur une frontière provinciale. Envisageons le cas d’une loi fictive qui exigerait des distillateurs albertains qu’ils obtiennent un permis particulier pour importer du seigle. On ne peut dire de la loi, à sa face même, (1) si elle impose une quelconque charge sur la circulation du seigle ou (2) si une telle charge est liée à une distinction entre les biens fondée sur une frontière provinciale. Si le prix du permis est considérable et s’il est très difficile de s’en procurer un, il est possible que la mesure entrave le commerce interprovincial de seigle. De même, si le seul seigle que peuvent se procurer les distillateurs albertains provient de la Saskatchewan, l’exigence quant à la détention d’un permis peut agir comme un tarif à l’encontre d’un bien de la Saskatchewan. Par

a burden or charge based on a provincial border and s. 121 is not violated.

[111] If the law does not in essence restrict the trade of goods across a provincial border, the inquiry is over and s. 121 is not engaged. If it does, the claimant must also establish that the primary purpose of the law is to restrict trade. A law may have more than one purpose. But impeding trade must be its primary purpose to engage s. 121. The inquiry is objective, based on the wording of the law, the legislative context in which it was enacted (i.e. if it is one element of a broader regulatory scheme), and all of the law's discernable effects (which can include much more than its trade-impeding effect). If the purpose of the law aligns with purposes traditionally served by tariffs, such as exploiting the passage of goods across a border solely as a way to collect funds, protecting local industry or punishing another province, this may, depending on other factors, support the contention that the primary purpose of the law is to restrict trade: see, e.g., *Murphy*, at pp. 638-39, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1268, per Laskin C.J.; D. Hill, ed., *National Trade and Tariff Service* (loose-leaf), at §1.3; *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), at pp. 1593-94.

[112] Stand-alone laws that have the effect of restricting trade across provincial boundaries will not violate s. 121 if their primary purpose is not to impede trade, but some other purpose. Thus a law that prohibits liquor crossing a provincial boundary for the primary purpose of protecting the health and welfare of the people in the province would not violate s. 121. More commonly, however, the primary purpose requirement of s. 121 fails because the law's restriction on trade is merely an incidental effect of its role in a scheme with a different purpose. The primary purpose of such a law is not to restrict trade

contre, s'il est facile de se procurer le permis et si la détention d'un tel permis s'applique tout autant si les entreprises albertaines ont accès à du seigle produit en Alberta, il est possible que la loi n'impose pas un fardeau ou une charge fondés sur une frontière provinciale et qu'il n'y ait pas violation de l'art. 121.

[111] Si la loi, de par son essence, ne restreint pas le commerce des biens d'une province à une autre, l'examen est terminé et l'art. 121 n'est pas en cause. Si, au contraire, elle restreint ce commerce, le demandeur doit donc aussi établir que la loi vise principalement, de par son objet, une telle restriction. Une loi peut avoir plus d'un objet. Il faut toutefois que son objet principal soit d'entraver le commerce pour que l'art. 121 soit en jeu. L'examen est objectif, fondé sur le libellé de la loi, sur le contexte législatif dans lequel elle a été adoptée (c.-à-d. qu'il faut se demander si elle fait partie d'un régime réglementaire plus large) et sur tous ses effets discernables (qui peuvent inclure bien davantage que son effet d'entrave au commerce). Si l'objet de la loi est de même nature que les objets traditionnellement visés par les tarifs — comme exploiter le passage de biens à la frontière dans le seul but de collecter des fonds, protéger l'industrie locale ou sanctionner une autre province —, cela pourrait, dépendant d'autres facteurs, étayer la prétention que l'objet principal de la loi consiste à restreindre le commerce : voir, p. ex., *Murphy*, p. 638-639, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, p. 1268, le juge en chef Laskin; D. Hill, dir., *National Trade and Tariff Service* (feuilles mobiles), §1.3; *Black's Law Dictionary* (9^e éd. 2009), p. 1593-1594.

[112] Les lois qui, sans faire partie d'un régime plus large, ont pour effet de restreindre le commerce interprovincial n'enfreignent pas l'art. 121 si leur objet principal n'est pas d'entraver le commerce, mais un autre objet valide. Ainsi, une loi qui interdit la circulation de boissons alcooliques d'une province à une autre avec pour objectif principal de protéger la santé et le bien-être des personnes qui habitent dans la province n'enfreindrait pas l'art. 121. Cela dit, plus souvent, il n'est pas satisfait à l'exigence relative à l'objet principal applicable dans l'analyse d'une loi au regard de l'art. 121 parce que la

across a provincial boundary, but to achieve the goals of the regulatory scheme.

[113] However, a law that in essence and purpose impedes cross-border trade cannot be rendered constitutional under s. 121 solely by inserting it into a broader regulatory scheme. If the primary purpose of the broader scheme is to impede trade, or if the impugned law is not connected in a rational way to the scheme's objective, the law will violate s. 121. A rational connection between the impugned measure and the broader objective of the regulatory scheme exists where, as a matter of reason or logic, the former can be said to serve the latter: see, e.g., *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153, per McLachlin J. (as she then was), and at para. 184, per Iacobucci J. The scheme may be purely provincial, or a mixed federal-provincial scheme: *Gold Seal*; see also *Reference re Agricultural Products Marketing Act*.

[114] In summary, two things are required for s. 121 to be violated. The law must impact the inter-provincial movement of goods like a tariff, which, in the extreme, could be an outright prohibition. And, restriction of cross-border trade must be the primary purpose of the law, thereby excluding laws enacted for other purposes, such as laws that form rational parts of broader legislative schemes with purposes unrelated to impeding interprovincial trade.

[115] The decided cases, while not numerous, illustrate how the essence and purpose test works. In *Gold Seal*, a federal law aimed at assisting dry provinces in keeping liquor out of their territories was held not to infringe s. 121. The law did not impede the flow of goods across provincial boundaries as its primary purpose; rather, it was part of a larger federal-provincial scheme to facilitate provinces' decisions, as informed by local referendums, to impose

restriction au commerce qui découle de cette loi n'est qu'un effet accessoire de son rôle dans le contexte d'un régime valide dont l'objet est différent. L'objet principal d'une telle loi n'est pas la restriction du commerce d'une province à une autre, mais l'atteinte des objectifs du régime réglementaire.

[113] Toutefois, on ne peut valider sur le plan constitutionnel au regard de l'art. 121 une loi qui, de par son essence et son objet, entrave le commerce interprovincial uniquement en l'insérant dans un régime réglementaire plus large. Si l'objet principal du régime plus large est d'entraver le commerce, ou si la loi contestée n'est pas reliée logiquement à l'objet du régime, elle contrevient à l'art. 121. Il existe un lien rationnel entre la mesure contestée et l'objectif plus large du régime réglementaire lorsque, sur le plan de la raison ou de la logique, on peut dire de la première qu'elle sert le deuxième : voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153, la juge McLachlin (maintenant juge en chef), et au par. 184, le juge Iacobucci. Le régime peut être purement provincial ou il peut être à la fois provincial et fédéral : *Gold Seal*; voir également le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*.

[114] Bref, il ne sera enfreint à l'art. 121 qu'en présence de deux éléments. La loi doit avoir, comme un tarif, une incidence sur la circulation interprovinciale de biens, une incidence qui, à la limite, peut consister en une interdiction pure et simple. Il faut en outre que la restriction au commerce interprovincial constitue l'objet principal de la loi, de sorte que ne sont pas visées les lois adoptées pour l'atteinte d'autres objets, comme des lois qui font rationnellement partie de régimes législatifs plus larges dont les objets ne sont pas liés à l'entrave au commerce interprovincial.

[115] Les décisions rendues, bien que peu nombreuses, illustrent comment fonctionne le test fondé sur l'essence et l'objet de la loi. Dans *Gold Seal*, la Cour a conclu qu'une loi fédérale visant à aider les provinces prohibitionnistes à faire en sorte que des boissons alcooliques ne se retrouvent pas sur leur territoire n'était pas contraire à l'art. 121. La loi n'avait pas pour objet principal d'entraver la libre circulation des biens d'une province à une autre; elle faisait

temperance to avoid harms associated with alcohol consumption. Therefore, it did not violate s. 121. Similarly, in *Murphy*, a federal law prohibiting farmers from shipping grain across provincial boundaries was held not to violate s. 121 because it was part of a larger marketing scheme to enable the distribution of grain. The impugned tax in *Atlantic Smoke Shops* failed because it did not distinguish between local and extra-provincial tobacco. In other words, it was not in essence tariff-like.

[116] There is debate about whether s. 121 applies equally to provincial and federal laws. While this Court has in previous decisions proceeded on the basis that federal laws may engage s. 121 (see, e.g., *Gold Seal* and *Murphy*), no federal law is properly at issue in the present appeal and so the question need not be resolved here. We agree with Laskin C.J.'s statement in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1267, that “the application of s. 121 may be different according to whether it is provincial or federal legislation that is involved because what may amount to a tariff or customs duty under a provincial regulatory statute may not have that character at all under a federal regulatory statute”.

VI. Application

[117] Does s. 134(b) of the *Liquor Control Act* contravene s. 121? We conclude that it does not. To reiterate, s. 134(b) provides:

134 Except as provided by this Act or the regulations, no person, within the Province, by himself, his clerk, employee, servant or agent shall

...

plutôt partie d'un régime fédéral provincial plus large visant à faciliter la mise en œuvre des décisions des provinces, fondées sur des référendums locaux, d'interdire la consommation d'alcool pour éviter les préjudices découlant de cette pratique. Ainsi, elle n'enfreignait pas l'art. 121. De même, dans *Murphy*, il a été conclu qu'une loi fédérale interdisant aux fermiers d'expédier des céréales au-delà des frontières provinciales ne contrevenait pas à l'art. 121 parce qu'elle faisait partie d'un régime plus large de mise en marché pour la distribution de ces produits. La contestation de la loi dans *Atlantic Smoke Shops* a échoué parce que le texte législatif en cause n'établissait pas de distinction entre le tabac local et celui provenant d'une autre province. Autrement dit, elle n'établissait pas, de par son essence, une charge du type d'un tarif.

[116] La question de savoir si l'art. 121 s'applique autant aux lois provinciales qu'aux lois fédérales fait l'objet de débats. Certes, dans des décisions antérieures, la Cour a tranché les litiges en tenant pour acquis que les lois fédérales peuvent faire intervenir l'art. 121 (voir, p. ex., *Gold Seal* et *Murphy*); aucune loi fédérale n'est toutefois réellement en cause dans le présent appel, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de trancher ici la question. Nous souscrivons aux propos du juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, lorsqu'il affirme à la p. 1267 que « l'application de l'art. 121 peut être différente selon qu'il s'agit de législation fédérale ou provinciale, parce que ce qui peut équivaloir à un tarif ou à un droit de douane sous l'empire d'une réglementation provinciale peut ne pas avoir du tout ce caractère sous l'empire d'une réglementation fédérale ».

VI. Application

[117] L'alinéa 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient-il à l'art. 121? Nous concluons qu'il n'y a pas contravention. Il convient de reproduire l'al. 134b) :

134 Sauf dans les cas prévus par la présente loi et les règlements, nul ne doit, dans la province, soit personnellement, soit par l'entremise de son commis, employé, préposé ou représentant,

...

(b) have or keep liquor,

not purchased from the Corporation.

[118] Our task is to determine if the essence and purpose of s. 134(b) is to restrict trade in liquor across New Brunswick's border.

[119] The first question is whether s. 134(b), in its essence or character, functions like a tariff by impeding cross-border trade. Section 134(b), in conjunction with other provisions, makes it an offence to stock excessive amounts of liquor obtained from anywhere other than the New Brunswick Liquor Corporation. Liquor from the Corporation can be stocked for free, while liquor from elsewhere cannot, without running the risk of incurring a fine and having the alcohol confiscated. These penalties act to burden the cost of such liquor both directly and indirectly. First, the penalties imposed for stocking liquor purchased from outside the Corporation function to directly increase the cost of acquiring such liquor. Second, the risk of fine and confiscation indirectly acts as a general disincentive for New Brunswickers who would otherwise seek lower-priced liquor than that available through the Corporation, where it exists.

[120] By making people who stock liquor acquired from outside the provincial Corporation pay fines and thus more generally depriving them of cheaper goods, the law burdens the cost of the targeted liquor. If the authorities seize any liquor identified when a charge is laid under s. 134(b) — as occurred in Mr. Comeau's case — the law, in practical terms, prohibits, and therefore completely bars access to, non-Corporation liquor. This prohibition functions like a tariff at the extreme end of the spectrum. With respect to out-of-province liquor, the liquor is not just prevented from being “admitted free”; it cannot be admitted at all.

b) avoir ou garder des boissons alcooliques

achetées ailleurs qu'à la Société.

[118] Notre tâche consiste à déterminer si, de par son essence et son objet, l'al. 134b) vise à restreindre le commerce des boissons alcooliques entre le Nouveau-Brunswick et les autres provinces.

[119] Premièrement, nous devons déterminer si, de par son essence, l'al. 134b) agit comme un tarif de sorte qu'il entrave le commerce interprovincial. Considéré conjointement avec d'autres dispositions, l'al. 134b) érige en infraction le fait de faire des provisions de quantités excessives de boissons alcooliques obtenues ailleurs qu'à la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. Il est possible de faire, sans coût additionnel, provision de boissons alcooliques provenant de la Société; pour celles provenant d'ailleurs, cela n'est pas possible sans courir le risque de se voir infliger une amende et de se faire confisquer les produits en question. Ces sanctions augmentent le coût de ce type de boissons alcooliques à la fois directement et indirectement. D'abord, les sanctions infligées pour avoir fait provision de telles boissons provenant d'ailleurs que de la Société ont pour effet d'en augmenter directement le coût d'acquisition. Ensuite, le risque d'infliction d'une amende et de confiscation a indirectement un effet dissuasif général sur les Nouveaux-Brunswickois qui, autrement, pourraient chercher à se procurer des boissons alcooliques à meilleur prix qu'à la Société, là où il y en a.

[120] En forçant ceux qui font provision de boissons alcooliques achetées ailleurs qu'à la Société de la province à payer des amendes, et en les privant par le fait même de biens moins chers, la loi augmente le coût des boissons alcooliques visées. Si les autorités saisissent des boissons identifiées lorsqu'une accusation est portée en application de l'al. 134b) — comme cela s'est passé dans le cas de M. Comeau — la loi, sur le plan pratique, interdit et empêche totalement l'accès à des boissons alcooliques obtenues ailleurs qu'à la Société. Cette interdiction agit comme un tarif à l'extrême de l'éventail des possibilités. En ce qui a trait à l'alcool provenant d'une autre province, il n'est pas simplement empêché qu'il soit « admis en franchise » au Nouveau-Brunswick, il ne peut carrément pas y entrer.

[121] This restriction is related to a provincial boundary. Section 134(b) impedes liquor purchases originating outside of the provincial Corporation above a certain threshold. The law thus has two effects. The first effect is to restrict access to liquor from other provinces. The other effect is to restrict access to liquor within the province that is not controlled by the Corporation. But although the fine functions to restrict purchases of liquor from the black market within New Brunswick, this does not negate the fact that it also imposes a burden on bringing liquor across a provincial boundary. The presence of the first effect — restricting access to liquor from other provinces — is sufficient to establish that s. 134(b), in essence, functions like a tariff, even though it may have other purely internal effects.

[122] The next question is whether this restriction on trade is the *primary purpose* of s. 134(b). As discussed, the text, the effects and the legislative context assist in identifying the primary purpose of s. 134(b). Here, the text and effects are aligned and suggest the primary purpose of s. 134(b) is not to impede trade. Section 134(b) prohibits “hav[ing] or keep[ing]” liquor above a certain threshold “not purchased from the Corporation”. In effect, it restricts holding liquor obtained from non-Corporation sources within New Brunswick *and* restricts holding liquor from non-Corporation sources coming into New Brunswick. The text and effects of s. 134(b) indicate that its primary purpose is to restrict access to *any* non-Corporation liquor, not just liquor brought in from another province like Quebec. This is reinforced when one reads s. 134(b) in conjunction with s. 43(c), the provision that sets the maximum amount of allowable non-Corporation liquor that can be kept by someone within New Brunswick. The existence of a statutory threshold, as opposed to an absolute prohibition, suggests that the purpose of s. 134(b) is not to specifically target out-of-province liquor, but to more generally prevent defined quantities of non-Corporation liquor

[121] La restriction est liée à une frontière provinciale. L’alinéa 134b) entrave l’achat au-delà d’un certain seuil de boissons alcooliques provenant d’ailleurs que de la Société de la province. La loi a donc deux effets. D’abord, elle restreint l’accès à des boissons alcooliques provenant d’autres provinces. Ensuite, elle restreint dans la province l’accès aux boissons alcooliques qui ne sont pas sous le contrôle de la Société. S’il est vrai que les amendes sont conçues de telle sorte qu’elles restreignent l’achat de boissons alcooliques du marché noir au Nouveau-Brunswick, elles constituent néanmoins également une entrave à l’entrée de boissons alcooliques dans la province. L’existence du premier de ces effets — soit la restriction de l’accès aux boissons alcooliques provenant d’autres provinces — est suffisante pour établir que l’al. 134b), de par son essence, fonctionne comme un tarif, et ce, même s’il peut avoir d’autres effets strictement liés au commerce qui a cours dans la province.

[122] Nous devons ensuite déterminer si cette restriction au commerce constitue l’*objet principal* de l’al. 134b). Comme nous l’avons mentionné, le libellé, les effets et le contexte législatif aident à cerner quel est cet objet. En l’espèce, le libellé et les effets pointent dans la même direction et laissent croire que l’objet principal de l’al. 134b) n’est pas d’entraver le commerce. Cette disposition interdit « [d’]avoir ou [de] garder » plus qu’une certaine quantité de boissons alcooliques « achetées ailleurs qu’à la Société ». En fait, elle restreint le droit de détenir des boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société *et* restreint le droit de détenir des boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et importées au Nouveau-Brunswick. Le libellé et les effets de l’al. 134b) indiquent que l’objet principal de ce dernier consiste à restreindre l’accès à *toutes* les boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et non pas uniquement à celles qui proviennent d’une autre province comme le Québec. Ce point de vue est renforcé par une lecture conjointe des al. 134b) et 43c), ce dernier étant celui qui établit le seuil maximal de boissons alcooliques provenant d’ailleurs que de la Société que peut détenir une personne au Nouveau-Brunswick. En effet,

from entering the liquor supply within New Brunswick's borders.

[123] This conclusion is confirmed when one considers the broader scheme of which s. 134(b) forms part — a scheme that governs New Brunswick's capacity to regulate how liquor is managed within the province. The *Liquor Control Act* sets out diverse and extensive rules and prohibitions aimed at controlling access to liquor in New Brunswick. A companion statute, the *New Brunswick Liquor Corporation Act*, S.N.B. 1974, c. N-6.1 (now R.S.N.B. 2016, c. 105), establishes the province's public liquor supply management monopoly. Together, these statutes set out a comprehensive and technical scheme to ensure that the liquor trade within the province is monitored. Section 3 of the federal *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, endorses provinces' capacity to enact such schemes.

[124] The objective of the New Brunswick scheme is not to restrict trade across a provincial boundary, but to enable public supervision of the production, movement, sale, and use of alcohol within New Brunswick. It is common ground that provinces are able to enact schemes to manage the supply of and demand for liquor within their borders: *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, at para. 55, citing *R. v. Gautreau* (1978), 21 N.B.R. (2d) 701 (S.C. (App. Div.)). Governments manage liquor prices, storage and distribution with a view to diverse internal policy objectives. Although the Crown conceded that New Brunswick generates revenue from its legislative scheme, this is not the primary purpose of the scheme, but an offshoot of it. Finally, s. 134(b) is not divorced from the objective of the larger scheme. It plainly serves New

l'existence d'un seuil fixé par la loi, plutôt que d'une interdiction pure et simple, suggère que l'al. 134(b) ne vise pas spécifiquement les boissons alcooliques provenant de l'extérieur de la province, mais plus généralement l'interdiction d'intégrer aux réserves de boissons alcooliques du Nouveau-Brunswick une quantité définie de ces boissons provenant d'ailleurs que de la Société.

[123] L'examen du régime plus large dont l'al. 134(b) fait partie — un régime qui réglemente la capacité du Nouveau-Brunswick de régir la gestion de l'alcool dans la province — confirme cette conclusion. La *Loi sur la réglementation des alcools* énonce des règles diverses et détaillées ainsi que des interdictions visant le contrôle de l'accès à l'alcool au Nouveau-Brunswick. Une loi connexe, la *Loi sur la Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1974, c. N-6.1 (maintenant L.R.N.-B. 2016, c. 105), établit le monopole public de la gestion de l'approvisionnement d'alcool de la province. Considérées conjointement, ces lois mettent en place un régime complet et technique pour garantir la surveillance du commerce des boissons alcooliques dans la province. L'article 3 de la *Loi sur l'importation des boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, c. I-3, consacre le droit des provinces d'adopter de tels régimes.

[124] En effet, le régime du Nouveau-Brunswick ne vise pas à restreindre le commerce interprovincial. Il vise plutôt à permettre la supervision par des entités publiques de la production, de la circulation, de la vente et de l'utilisation de l'alcool au Nouveau-Brunswick. Il est bien connu que les provinces ont le pouvoir d'adopter des régimes de gestion de l'approvisionnement et de la demande des boissons alcooliques à l'intérieur de leurs frontières : *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, par. 55, citant *R. c. Gautreau* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 701 (C.S. (div. d'app.)). Les gouvernements gèrent le prix, l'entreposage et la distribution des boissons alcooliques afin d'atteindre divers objectifs de politique interne. Même si le ministère public a admis que ce régime permet au Nouveau-Brunswick de générer des revenus, là n'est pas l'objet principal du

Brunswick's choice to control the supply and use of liquor within the province.

[125] We conclude that the primary purpose of s. 134(b) is to prohibit holding excessive quantities of liquor from supplies not managed by the province. New Brunswick's ability to exercise oversight over liquor supplies in the province would be undermined if non-Corporation liquor could flow freely across borders and out of the garages of bootleggers and home brewers. The prohibition imposed in s. 134(b) addresses both. While one effect of s. 134(b) is to impede interprovincial trade, this effect is only incidental in light of the objective of the provincial scheme in general. Therefore, while s. 134(b) in essence impedes cross-border trade, this is not its primary purpose.

[126] Section 134(b) does not violate s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

VII. Conclusion

[127] For the foregoing reasons, the Crown's appeal is allowed. The Court answers the appellant's constitutional question as follows:

Does s. 121 of the *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, render unconstitutional s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, which along with s. 3 of the *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, establishes a federal-provincial regulatory scheme in respect of intoxicating liquor?

Answer: No.

[128] This Court has already ordered that the appellant will bear the costs of this appeal: leave to appeal judgment, [2017] S.C.C. Bull. 778.

régime, ce n'en est qu'une conséquence collatérale. Enfin, l'al. 134b) n'est pas dissocié de l'objet du régime plus large. Il contribue clairement au choix de la province de contrôler l'approvisionnement et l'utilisation des boissons alcooliques sur son territoire.

[125] Nous concluons que l'objet principal de l'al. 134b) consiste à interdire la garde de quantités excessives de boissons alcooliques provenant de réserves qui ne sont pas régies par la province. La capacité du Nouveau-Brunswick d'exercer un contrôle sur les réserves de boissons alcooliques dans la province serait minée si de telles boissons provenant d'ailleurs que de la Société pouvaient entrer librement dans la province ou provenir de garages de trafiquants et de brasseurs privés. L'interdiction prévue à l'al. 134b) s'attaque à ces deux cas de figure. Certes, cette disposition a notamment pour effet d'entraver le commerce interprovincial, mais cet effet n'est qu'accessoire compte tenu de l'objet du régime provincial pris dans son ensemble. Ainsi, bien que, de par son essence, l'al. 134b) entrave le commerce transfrontalier, il ne s'agit pas de son objet principal.

[126] L'alinéa 134b) ne contrevient pas à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

VII. Conclusion

[127] Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi du ministère public est accueilli. La Cour répond ainsi à la question constitutionnelle de l'appelante :

L'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, rend-il inconstitutionnel l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, qui, avec l'art. 3 de la *Loi sur l'importation de boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, c. I-3, établit un régime de réglementation fédéral-provincial à l'égard des boissons enivrantes?

Réponse : Non.

[128] La Cour a déjà condamné l'appelante aux dépens du présent pourvoi : jugement sur la demande d'autorisation d'appel, [2017] Bull. C.S.C. 778.

<i>Appeal allowed with costs to the respondent.</i>	<i>Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimé.</i>
<i>Solicitor for the appellant: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.</i>	<i>Procureur de l'appelante : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.</i>
<i>Solicitors for the respondent: Gardiner, Roberts, Toronto; Matchim Bernard Law Group, Campbellton, N.B.; Arnold Schwisberg, Markham, Ontario.</i>	<i>Procureurs de l'intimé : Gardiner, Roberts, Toronto; Matchim Bernard Law Group, Campbellton, N.-B.; Arnold Schwisberg, Markham, Ontario.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.</i>	<i>Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.</i>
<i>Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey, Charlottetown.</i>	<i>Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Stewart McKelvey, Charlottetown.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Attorney General of the Northwest Territories, Yellowknife.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice: Attorney General of Nunavut, Iqaluit.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice : Procureur général du Nunavut, Iqaluit.</i>

Solicitors for the interveners Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. and Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership: Coulson Litigation, Vancouver; Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitor for the intervener Artisan Ales Consulting Inc.: University of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Montreal Economic Institute: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener Federal Express Canada Corporation: McMillan, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Federation of Independent Business: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener Cannabis Culture: Tousaw Law Corporation, Abbotsford, B.C.

Solicitors for the intervener the Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada: Power Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener Canada's National Brewers: Gowling WLG (Canada), Toronto.

Solicitors for the interveners the Dairy Farmers of Canada, the Egg Farmers of Canada, the Chicken Farmers of Canada, the Turkey Farmers of Canada and the Canadian Hatching Egg Producers: Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Siskinds, London and Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Vintners Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta Small Brewers Association: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs des intervenantes Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. et Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership : Coulson Litigation, Vancouver; Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Artisan Ales Consulting Inc. : University of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant l'Institut économique de Montréal : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Federal Express Canada Corporation : McMillan, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Chambre de commerce du Canada et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Cannabis Culture : Tousaw Law Corporation, Abbotsford, C.-B.

Procureurs de l'intervenante l'Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada : Power Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Canada's National Brewers : Gowling WLG (Canada), Toronto.

Procureurs des intervenants les Producteurs laitiers du Canada, les Producteurs d'œufs du Canada, les Producteurs de poulet du Canada, les Éleveurs de dindon du Canada et les Producteurs d'œufs d'incubation du Canada : Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Siskinds, London et Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des vignerons du Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Alberta Small Brewers Association : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Office of the Children's Lawyer *Appellant*

v.

John Paul Balev and Catharine-Rose Baggott
Respondents

and

**Attorney General of Canada, Attorney
General of Ontario, Attorney General of
British Columbia, Defence for Children
International-Canada and Barbra Schlifer
Commemorative Clinic** *Interveners*

**INDEXED AS: OFFICE OF THE CHILDREN'S
LAWYER v. BALEV**

2018 SCC 16

File No.: 37250.

2017: November 9; 2018: April 20.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Family law — Custody — Wrongful removal or retention of child — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction — Mother of children living in Canada pursuant to a time-limited custody agreement failing to return children to father in Germany following expiry of consent period — Retention of children triggering operation of return mechanism under Hague Convention — Whether children were “habitually resident” in Germany at time of allegedly wrongful retention — How courts should consider child’s objections to return to jurisdiction of habitual residence — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, arts. 3, 13.

Legislation — Interpretation — Treaty implemented in domestic legislation — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction — Habitual residence — Different approaches to determination of “habitually resident” in Article 3 of Convention developing in

Bureau de l’avocat des enfants *Appelant*

c.

John Paul Balev et Catharine-Rose Baggott
Intimés

et

**Procureur général du Canada, procureur
général de l’Ontario, procureur général de la
Colombie-Britannique, Defence for Children
International-Canada et Barbra Schlifer
Commemorative Clinic** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BUREAU DE L’AVOCAT DES
ENFANTS c. BALEV**

2018 CSC 16

N° du greffe : 37250.

2017 : 9 novembre; 2018 : 20 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown
et Rowe.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE
L’ONTARIO**

Droit de la famille — Garde — Déplacement ou non-retour illicite d’enfant — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants — Omission d’une mère vivant au Canada avec ses enfants conformément à un accord d’une durée limitée sur la garde de renvoyer les enfants à leur père en Allemagne au terme du séjour convenu — Enclenchement par cette omission du mécanisme de la Convention de La Haye permettant d’obtenir une ordonnance de retour — Les enfants avaient-ils leur « résidence habituelle » en Allemagne au moment du non-retour illicite allégué? — Suivant quels paramètres les tribunaux doivent-ils se prononcer sur l’opposition de l’enfant à son retour dans le ressort de sa résidence habituelle? — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 13.

Législation — Interprétation — Traité mis en œuvre par des dispositions législatives nationales — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants — Résidence habituelle — Différentes approches se font jour dans la jurisprudence internationale quant

international jurisprudence — Canada signatory to this Convention and to Vienna Convention on Law of Treaties — Whether Canadian courts should adopt parental intention approach, child-centred approach or hybrid approach to consideration of habitual residence of child wrongfully removed or retained within meaning of Convention — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, art. 3.

The respondents were married in Ontario and moved to Germany in 2001 where their two children were born in 2002 and 2005. The children struggled with school in Germany so the father gave his time-limited consent for the children to move to Canada with the mother for the 2013-14 school year. The children attended school in Ontario where they resided with the mother and their grandparents. Because he suspected that the mother would not return the children to Germany at the end of the school year, the father purported to revoke his consent, resumed custody proceedings in Germany, and brought an action under the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (“*Hague Convention*”) for an order that the children be returned to Germany. After the consent agreement lapsed, and his applications in Germany were unsuccessful, the father requested that his *Hague Convention* application be set down for a hearing before the Ontario court.

The application judge requested that the Office of the Children’s Lawyer (“OCL”) be appointed to represent the interests of the children. She found the children to be habitually resident in Germany and ordered the return of the children. The Divisional Court allowed the mother’s appeal. The Court of Appeal allowed the father’s appeal, concluding that the children were habitually resident in Germany at the relevant time, and that there had been a wrongful retention pursuant to Article 3 of the *Hague Convention*. The OCL applied for leave to appeal to this Court. An application for a stay pending this appeal was dismissed. The children were ultimately returned to Germany on October 15, 2016, where the mother was awarded sole custody by the German courts. The children returned to Canada on April 5, 2017. Although the appeal is now moot, the issues raised are important, and the law on how cases such as this fall to be decided requires clarification.

à la détermination du lieu de la « résidence habituelle » pour l’application de l’article 3 de la Convention — Le Canada est signataire de cette Convention ainsi que de la Convention de Vienne sur le droit des traités — Les tribunaux canadiens devraient-ils adopter l’approche fondée sur l’intention des parents, l’approche axée sur l’enfant ou l’approche hybride pour déterminer, en application de la Convention, le lieu de la résidence habituelle d’un enfant déplacé ou retenu illicitement? — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3.

Après s’être mariés en Ontario, les intimés ont déménagé en Allemagne en 2001, où ils ont eu leurs deux enfants en 2002 et en 2005. Les enfants éprouvaient des difficultés à l’école en Allemagne, si bien que le père a consenti à ce qu’ils séjournent temporairement au Canada avec leur mère pendant l’année scolaire 2013-2014. Les enfants ont fréquenté l’école en Ontario, où ils habitaient avec leur mère et leurs grands-parents. Parce qu’il soupçonnait la mère de ne pas renvoyer les enfants en Allemagne à la fin de l’année scolaire, le père a signifié la révocation du consentement, a réactivé une instance de garde en Allemagne et a engagé une instance fondée sur la *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants* (« *Convention de La Haye* ») afin que soit ordonné le retour des enfants en Allemagne. Après que la période visée par son consentement eut expiré et qu’il eut été débouté de ses demandes en Allemagne, le père a fait inscrire au rôle sa demande ontarienne prenant appui sur la *Convention de La Haye*.

La juge des requêtes a demandé que le Bureau de l’avocat des enfants (« BAE ») soit désigné pour défendre les intérêts des enfants. Elle a conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne, puis elle a ordonné leur retour dans ce pays. La Cour divisionnaire a accueilli l’appel de la mère. La Cour d’appel a accueilli l’appel du père au motif que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment considéré et qu’il y avait eu non-retour illicite au sens de l’article 3 de la *Convention de La Haye*. Le BAE a présenté une demande d’autorisation d’appel devant la Cour. Une demande de sursis à l’exécution de la décision jusqu’à ce qu’il soit statué sur le pourvoi a été rejetée. Le 15 octobre 2016, les enfants ont finalement été renvoyés en Allemagne, où leur mère a obtenu leur garde exclusive. Les enfants sont rentrés au Canada le 5 avril 2017. Bien que le pourvoi soit désormais théorique, les questions soulevées sont importantes et le droit qui régit le processus décisionnel dans un dossier apparenté à la présente affaire doit être clarifié.

Held (Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting): The Court should adopt the hybrid approach to determining habitual residence under Article 3 of the *Hague Convention*, and a non-technical approach to considering a child's objection to removal under Article 13(2).

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: The *Hague Convention* is aimed at enforcing custody rights and securing the prompt return of wrongfully removed or retained children to their country of habitual residence. A return order is not a custody determination; it is simply an order designed to restore the *status quo* which existed before the wrongful removal or retention. The heart of the *Hague Convention's* prompt return mechanism is Article 3, which provides that the removal or retention of a child is wrongful (a) where it is in breach of custody rights under the law of the state in which the child was "habitually resident" immediately before the removal or retention and (b) those rights were actually being exercised or would have been exercised but for the wrongful removal or retention. If the requirements of Article 3 are established, Article 12 requires the judge in the requested state to order "the return of the child forthwith" unless certain exceptions apply.

Only one requirement of Article 3 is challenged in this case — whether the children were habitually resident in Germany at the time of the wrongful retention. And the only relevant exception is the children's alleged objection to being returned to Germany. The central question here is how an application judge should determine the question of a child's habitual residence. There are three possible approaches: the parental intention approach, the child-centred approach, and the hybrid approach. Currently, the parental intention approach dominates Canadian jurisprudence and determines the habitual residence of a child by the intention of the parents with the right to determine where the child lives. Under this approach, time-limited travel to which the parents agree does not change the child's habitual residence. The hybrid approach, however, holds that instead of focusing primarily on either parental intention or the child's acclimatization, the judge determining habitual residence must look to all relevant considerations arising from the facts of the case. The judge considers all relevant links and circumstances — the child's links to and circumstances in country A; the circumstances of the child's move from country A to country B; and the child's links to and circumstances in country B. Considerations include the duration, regularity, conditions,

Arrêt (les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents) : La Cour devrait recourir à l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle suivant l'article 3 de la *Convention de La Haye* et à une approche non technique pour se prononcer sur l'opposition de l'enfant au retour suivant l'article 13(2).

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : La *Convention de La Haye* vise à faire respecter le droit de garde et à assurer le retour immédiat de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle lorsqu'il a fait l'objet d'un déplacement ou d'un non-retour illicite. L'ordonnance de retour ne constitue pas une décision sur la garde. Elle vise seulement à rétablir la situation d'avant le déplacement ou le non-retour illicite. L'axe central du mécanisme de retour immédiat de la *Convention de La Haye* est l'article 3. Cette disposition prévoit que le déplacement ou le non-retour d'un enfant est illicite a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde selon le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa « résidence habituelle » immédiatement avant son déplacement ou son non-retour et b) lorsque ce droit était exercé de façon effective au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus. Lorsque les conditions de l'article 3 sont réunies, l'article 12 exige du tribunal de l'État requis qu'il « ordonne [le] retour immédiat [de l'enfant] », sauf application d'une exception.

Le respect d'une seule exigence de l'article 3 est contesté en l'espèce, à savoir que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment du non-retour illicite. Et la seule exception susceptible de s'appliquer est l'opposition alléguée des enfants à leur retour en Allemagne. La question qui se révèle centrale en l'espèce est de savoir suivant quels paramètres le juge des requêtes devrait déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Trois approches sont possibles : l'approche fondée sur l'intention des parents, celle axée sur l'enfant et l'approche hybride. Suivant l'approche fondée sur l'intention des parents, qui prédomine actuellement au Canada, le lieu de la résidence habituelle de l'enfant est déterminé à partir de l'intention des parents habilités à décider du lieu où vit l'enfant. Le séjour d'une durée limitée auquel les parents consentent ne modifie alors pas le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Pour sa part, l'approche hybride veut qu'au lieu de s'attacher surtout à l'intention des parents ou à l'acclimatation de l'enfant, le tribunal appelé à déterminer le lieu de la résidence habituelle se penche sur toutes les considérations pertinentes au vu des faits propres à l'affaire. Il tient compte de tous les liens et faits pertinents, à savoir les liens de l'enfant avec le pays A et sa situation dans ce pays, les circonstances du

and reasons for the child's stay in a member state and the child's nationality. No single factor dominates the analysis. The circumstances of the parents, including their intentions, may be important, particularly in the case of infants or young children. But, there is no rule that the actions of one parent cannot unilaterally change the habitual residence of a child. Imposing such a legal construct onto the determination of habitual residence detracts from the task of the finder of fact, namely to evaluate all of the relevant circumstances. The hybrid approach is fact-bound, practical, and unencumbered with rigid rules, formulas, or presumptions.

The clear trend of *Hague Convention* jurisprudence is to rejection of the parental intention approach and to adoption of the multi-factored hybrid approach. The hybrid approach should be adopted in Canada because (1) the principle of harmonization supports this approach; and (2) it best conforms to the text, structure and purpose of the *Hague Convention*. A clear purpose of multilateral treaties is to harmonize parties' domestic laws around agreed-upon rules, practices, and principles. The *Hague Convention* was intended to establish procedures common to all the contracting states that would ensure the prompt return of children. To avoid frustrating the harmonizing purpose behind the *Hague Convention*, domestic courts should give serious consideration to decisions by the courts of other contracting states on its meaning and application. In the end, the best assurance of certainty lies in following the developing international jurisprudence that supports a multi-factored hybrid approach. Furthermore, the hybrid approach best fulfills the goals of prompt return: (1) deterring parents from abducting the child in an attempt to establish links with a country that may award them custody, (2) encouraging the speedy adjudication of custody or access disputes in the forum of the child's habitual residence, and (3) protecting the child from the harmful effects of wrongful removal or retention.

Under the hybrid approach, a child's habitual residence can change while he or she is staying with one parent under the time-limited consent of the other. The application judge considers the intention of the parents that the move

déplacement de l'enfant du pays A au pays B, ainsi que les liens de l'enfant avec le pays B et sa situation dans ce pays. Au nombre des considérations pertinentes il y a la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour de l'enfant sur le territoire d'un État membre et la nationalité de l'enfant. Aucun élément ne prédomine. La situation des parents, y compris leurs intentions, peut se révéler importante, surtout dans le cas de nourrissons ou de jeunes enfants. Il n'existe cependant pas de règle selon laquelle les actes d'un parent ne peuvent emporter la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Assujettir à une telle construction juridique la détermination du lieu de la résidence habituelle rompt avec la tâche qui incombe au juge des faits, à savoir apprécier toutes circonstances pertinentes. L'approche hybride est axée sur les faits, pragmatique et affranchie de l'application rigide de règles, de formules ou de présomptions.

Une nette tendance se dégage de la jurisprudence relative à la *Convention de La Haye* à l'effet de rejeter l'approche fondée sur l'intention des parents au profit de l'approche hybride multifactorielle. Il convient de recourir à l'approche hybride au Canada parce que (1) le principe d'harmonisation milite en sa faveur et (2) qu'elle est celle qui se concilie le mieux avec le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*. L'une des raisons d'être manifestes d'un traité multilatéral est l'harmonisation du droit national de chacune des parties avec les règles, les pratiques et les principes dont il est convenu. L'objectif de la *Convention de La Haye* était l'établissement d'une procédure commune à tous les États contractants pour garantir le retour immédiat des enfants. Pour ne pas aller à l'encontre de la volonté d'harmonisation qui sous-tend la *Convention de La Haye*, les tribunaux nationaux doivent examiner de près les décisions des tribunaux des autres États contractants sur sa portée et sur son application. En fin de compte, la meilleure garantie de certitude réside dans l'adhésion à la jurisprudence internationale qui se fait jour et qui privilégie une approche hybride multifactorielle. Par ailleurs, l'approche hybride est celle qui respecte le plus les objectifs du retour immédiat, à savoir (1) dissuader les parents de recourir à l'enlèvement dans le but de créer des liens dans un pays où la garde de l'enfant pourrait leur être accordée, (2) favoriser le prononcé rapide d'une décision sur la garde ou le droit de visite dans le ressort où l'enfant a sa résidence habituelle et (3) protéger l'enfant des effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite.

Suivant l'approche hybride, le lieu de la résidence habituelle peut changer pendant que l'enfant habite avec l'un de ses parents pour une durée précise, avec le consentement de l'autre. Le juge des requêtes examine l'intention

would be temporary, and the reasons for that agreement but also considers all other evidence relevant to the child's habitual residence.

Article 13(2) is an exception to the general rule that a wrongfully removed or retained child must be returned to his or her country of habitual residence, but it should not be read so broadly that it erodes the general rule. The application judge's discretion to refuse to return the child to the country of habitual residence arises only if the party opposing return establishes that: (1) the child has reached an appropriate age and degree of maturity at which his or her views can be taken into account, and (2) the child objects to return. Determining sufficient age and maturity in most cases is simply a matter of inference from the child's demeanor, testimony and circumstances. The child's objection should also be assessed in a straightforward fashion — without the imposition of formal conditions or requirements not set out in the text of the *Hague Convention*. In most cases, the object of Article 13(2) can be achieved by a single process in which the judge decides if the child possesses sufficient age and maturity to make his or her evidence useful, decides if the child objects to return, and, if so, exercises judicial discretion as to whether to return the child.

Finally, the time it took to bring this *Hague Convention* application to hearing and resolve the ensuing appeals was unacceptably long. The hardship and anxiety that such delays impose on children are exactly what the *Hague Convention's* contracting parties sought to prevent by insisting on prompt return and expeditious procedures. It was up to the judicial authorities and court administrators in this case to ensure Canada lived up to its obligation under Article 11 to “act expeditiously in proceedings for the return of children”. *Hague Convention* proceedings should be judge-led, not party-driven, to ensure that they are determined expeditiously.

Per Moldaver, Côté and Rowe (dissenting): The clear purpose of the *Hague Convention* is the enforcement of custody rights across international borders, which supports an approach to habitual residence based on parental intention. In this case, the children were habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention in Canada because there was no shared parental intent for Canada to become the children's habitual residence.

des parents que le déplacement soit temporaire et les raisons de leur accord. Mais il tient également compte de tous les autres éléments de preuve pertinents pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

L'article 13(2) prévoit une exception à la règle générale selon laquelle l'enfant déplacé ou retenu illicitement doit être renvoyé dans le pays de sa résidence habituelle, mais il ne faut pas l'interpréter si largement que le caractère général de la règle en soit compromis. Le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge des requêtes de refuser d'ordonner le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ne naît que si la personne qui s'oppose au retour établit (1) que l'enfant a atteint un âge et une maturité où il peut être tenu compte de son opinion et (2) qu'il s'oppose au retour. Dans la plupart des cas, le caractère suffisant de l'âge et de la maturité s'infère simplement du comportement de l'enfant, de son témoignage et des circonstances qui lui sont propres. L'opposition de l'enfant doit être appréciée purement et simplement, sans exiger le respect de conditions ou d'exigences de forme qui ne figurent pas dans la *Convention de La Haye*. La plupart du temps, l'objectif de l'article 13(2) peut être atteint au moyen d'une seule mesure judiciaire qui consiste à décider si l'enfant a un âge et une maturité qui rendent son témoignage utile, à décider si l'enfant s'oppose au retour et, le cas échéant, à exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet d'ordonner ou non son retour.

Enfin, le temps qui s'est écoulé avant que l'on entende la demande fondée sur la *Convention de La Haye* et qu'il soit statué sur les appels interjetés subséquentement a été trop long. Ce sont précisément les difficultés et l'anxiété que peuvent causer de tels retards à un enfant que les États signataires de la *Convention de La Haye* ont voulu prévenir en privilégiant le retour immédiat et le recours à des procédures d'urgence. En l'espèce, il appartenait aux autorités judiciaires et aux administrateurs judiciaires de faire en sorte que le Canada s'acquitte de son obligation de « procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant » conformément à l'article 11. La conduite d'une instance fondée sur la *Convention de La Haye* devrait relever du juge et non des parties de manière à assurer la rapidité du déroulement.

Les juges Moldaver, Côté et Rowe (dissidents) : L'objectif manifeste de la *Convention de La Haye* est l'exécution du droit de garde dans tous les États signataires, ce qui milite en faveur de l'approche fondée sur l'intention des parents pour déterminer le lieu de la résidence habituelle. Dans la présente affaire, les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment où ils auraient été retenus illicitement au Canada, car il n'y avait pas d'intention commune des parents de faire du Canada le lieu de la résidence habituelle des enfants.

Under the provisions of the *Hague Convention*, courts presented with return applications under Article 12 must perform a two-step analysis. First, the court must determine whether the child was removed from his or her habitual residence or retained in another country by one parent in breach of the other parent's custody rights. Second, the court must determine whether an exception to the return order applies. The central dispute in this appeal is at the first step of the analysis: deciding where the children are habitually resident under Article 3. In most cases, the focus should be on the intentions of the parents as the key element in the analysis, not the strength of the relevant contacts between the child and the competing jurisdictions. In contrast, the hybrid approach dilutes the importance of parental intent as the primary variable in favor of a multi-factor test. The result is an unprincipled and open-ended approach — untethered from the text, structure, and purpose of the *Hague Convention* — that creates a recipe for litigation.

Where the parents have agreed in writing that a move to a new jurisdiction is meant to be temporary, then that agreement should be given decisive weight. Where shared parental intent is otherwise clear from the evidence before the application judge, it should be determinative of habitual residence, absent exceptional circumstances. Some courts have recognized a narrow exception for cases where the evidence unequivocally points to the conclusion that the child has acclimatized to the new location but this requires evidence of more than simply settling in to a new location in order for shared parental intent to be disregarded.

There are three strong indications that parental intent should be the decisive factor, as dictated by the text and structure of the *Hague Convention*. First, Article 12 contains two distinct provisions depending on when a *Hague Convention* proceeding is initiated. When proceedings have been commenced one year or more after the alleged wrongful removal or retention, a court need not order the child's return if "it is demonstrated that the child is now settled in its new environment". Alternatively, when proceedings are commenced within one year, the court is required to "order the return of the child forthwith". Given this structure, it would not be proper to consider evidence of settling in when a proceeding is initiated within one year. Second, the two-step analysis required by Article 12 differentiates the concept of habitual residence (at stage one) from evidence regarding the child's circumstances (at stage two). Article 13(2) provides for an exception to the return order that specifically focuses on whether a child objects to a return. Incorporating considerations of this nature into the preliminary determination of habitual

Suivant la *Convention de La Haye*, le tribunal saisi d'une demande de retour fondée sur l'article 12 doit se livrer à une analyse en deux étapes. À la première, il doit décider si l'enfant a été déplacé du lieu de sa résidence habituelle ou retenu dans un autre pays par l'un de ses parents en violation du droit de garde de l'autre. À la deuxième étape, il doit se demander si une exception s'applique à la règle du retour. Dans le présent pourvoi, la principale question en litige se pose à la première étape de l'analyse : où les enfants avaient-ils leur résidence habituelle pour les besoins de l'article 3? Dans la plupart des cas, l'intention des parents devrait importer davantage que la solidité des liens pertinents entre l'enfant et chacun des pays concurrents. À l'opposé, l'approche hybride fait de l'intention des parents un simple élément parmi d'autres. Il en résulte une approche non raisonnée et non balisée qui ne prend appui ni sur le texte de la *Convention de La Haye*, ni sur sa structure, ni sur son objet, ce qui constitue une recette parfaite pour entraîner des litiges.

Lorsque les parents ont convenu par écrit que le séjour dans le nouveau pays serait temporaire, cette entente doit se voir accorder un poids décisif. L'intention commune des parents qui ressort par ailleurs de la preuve dont dispose le juge des requêtes devrait être déterminante quant au lieu de la résidence habituelle, sauf circonstances exceptionnelles. Certains tribunaux reconnaissent une exception d'application restreinte lorsque la preuve mène de façon non équivoque à la conclusion que l'enfant s'est acclimaté au nouveau lieu, mais il faut prouver plus que la seule intégration dans un nouveau milieu pour que l'intention commune des parents soit écartée.

Trois indices sérieux permettent de conclure que l'intention des parents devrait constituer l'élément décisif, comme le commandent le texte et la structure de la *Convention de La Haye*. Premièrement, l'article 12 renferme deux dispositions distinctes dont l'application dépend du moment où est engagée la procédure fondée sur la *Convention de La Haye*. Lorsque la procédure est commencée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite allégué, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner le retour s'il est « établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ». Par contre, lorsque la procédure est engagée dans un délai inférieur à un an, le tribunal « ordonne [le] retour immédiat [de l'enfant] ». Partant, il serait inapproprié de prendre en compte une preuve d'intégration lorsque l'instance est engagée dans un délai inférieur à un an. Deuxièmement, l'analyse en deux étapes que commande l'article 12 distingue la notion de résidence habituelle (à la première étape) de la preuve relative à la situation de l'enfant (à la deuxième étape). L'article 13(2) prévoit une exception à l'ordonnance de

residence would inappropriately collapse the steps of the analysis. Third, Article 5 provides that custody rights include “the right to determine the child’s place of residence”, which suggests that parents, by virtue of their custody rights, must have some influence over where their child is deemed to be habitually resident.

The clear purpose of the *Hague Convention* also supports an approach based on parental intention. If respect for custody rights is the guiding purpose, it follows that parental intent should be a central focus in assessing habitual residence. Finally, policy reasons support the parental intention approach because it creates comparatively clear and certain law: absent shared parental intent, neither parent has anything to gain by abducting or retaining a child because the child’s habitual residence will remain the original country, absent exceptional circumstances. Therefore, the parental intent approach best aligns with the *Hague Convention*’s purposes by protecting custody rights and deterring abductions that may result from any approach that permits unilateral changes to habitual residence.

On the other hand, the hybrid approach, by incorporating other factors that could supplant parental intent into the determination of habitual residence — which effectively permits one parent to unilaterally change a child’s habitual residence without the other parent’s consent even in the face of an express agreement — blurs the distinction between custody adjudications and *Hague Convention* applications and undermines the Convention’s goals. Where there is unambiguous evidence of what the parents intended, the parental intent model offers a clear and predictable answer to the question of habitual residence.

Here, the relevant point in time for determining the children’s habitual residence is August 15, 2014 — the date on which the father’s period of consent expired. There is no question that the children were habitually resident in Germany prior to their trip to Canada by virtue of an express agreement indicating that the father only consented to a temporary stay in Canada. Article 13(2) should not be lightly invoked so as to systematically undermine custody

retour qui s’attache précisément à l’opposition de l’enfant à son retour. Tenir compte de tels éléments à l’étape préliminaire de la détermination du lieu de la résidence habituelle serait confondre à tort les deux étapes de l’analyse. Troisièmement, l’article 5 précise que le droit de garde comprend « le droit [...] de décider [du] lieu de résidence [de l’enfant] », ce qui permet de conclure que les parents, en raison de leur droit de garde, doivent avoir une certaine influence sur la détermination du lieu où leur enfant est réputé avoir sa résidence habituelle.

L’objet manifeste de la *Convention de La Haye* milite également en faveur de l’approche fondée sur l’intention des parents. Si l’objet premier de la *Convention de La Haye* est de faire respecter le droit de garde, l’intention des parents devrait être centrale dans la détermination du lieu de la résidence habituelle. Enfin, des considérations de principe militent en faveur de l’approche fondée sur l’intention des parents, car celle-ci crée un droit clair et certain comparativement aux autres approches. En l’absence d’une intention commune, aucun des parents n’a intérêt à enlever l’enfant ou à le retenir, car le lieu de la résidence habituelle de l’enfant demeure le pays d’origine, sauf circonstances exceptionnelles. Par conséquent, l’approche fondée sur l’intention des parents est celle qui se concilie le mieux avec les objectifs de la *Convention de La Haye* en ce qu’elle protège le droit de garde et décourage les enlèvements susceptibles de résulter d’une approche qui permet la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle.

Pour sa part, en tenant compte d’autres éléments susceptibles de supplanter l’intention des parents dans la détermination du lieu de la résidence habituelle — ce qui permet de fait à l’un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l’enfant sans le consentement de l’autre même en présence d’un accord exprès —, l’approche hybride brouille la distinction entre l’instance relative à la garde et celle fondée sur la *Convention de La Haye* et elle compromet la réalisation des objectifs de la Convention. En présence d’une preuve non équivoque de ce que les parents ont voulu, le modèle fondé sur l’intention des parents apporte une réponse claire et prévisible à la question du lieu de la résidence habituelle.

Dans la présente affaire, le moment en fonction duquel il convient de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants est le 15 août 2014, soit le jour où a pris fin le séjour auquel a consenti le père. Il ne fait aucun doute que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne avant leur départ pour le Canada étant donné l’entente expresse dans laquelle le père n’a consenti qu’à un séjour temporaire au Canada. L’article 13(2) ne devrait pas être

rights of left-behind parents. The application judge's decision that the children had not expressed objections with the requisite strength of feeling is entitled to deference. As a result, there is no basis to refuse a return order after concluding that Germany was the children's habitual residence. The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Considered: *O.L. v. P.Q.* (2017), C-111/17; *A. v. A. (Children: Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1; *Redmond v. Redmond*, 724 F.3d 729 (2013); *Punter v. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); **referred to:** *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249; *W. (V.) v. S. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 108; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; *Connaught Laboratories Ltd. v. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Stag Line, Limited v. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392 (1985); *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *R. v. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Chan v. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *S.K. v. J.Z.*, 2017 SKQB 136; *Monteiro v. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132; *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (1993); *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509; *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529; *Jackson v. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43; *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *In re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562; *Martinez v. Cahue*, 826 F.3d 983 (2016);

invoqué à la légère de manière à porter systématiquement atteinte au droit de garde du parent laissé derrière. La décision de la juge des requêtes selon laquelle les enfants ne se sont pas opposés au retour avec l'intensité requise commande la déférence. Dès lors, rien ne permettait de refuser d'ordonner le retour après avoir conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne. L'appel devrait être rejeté.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts examinés : *O.L. c. P.Q.* (2017), C-111/17; *A. c. A. (Children : Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1; *Redmond c. Redmond*, 724 F.3d 729 (2013); *Punter c. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); **arrêts mentionnés :** *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249; *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Connaught Laboratories Ltd. c. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Stag Line, Limited c. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328; *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Air France c. Saks*, 470 U.S. 392 (1985); *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Chan c. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222; *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *S.K. c. J.Z.*, 2017 SKQB 136; *Monteiro c. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132; *Friedrich c. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (1993); *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509; *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529; *Jackson c. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43; *Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *In re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562;

Karkkainen v. Kovalchuk, 445 F.3d 280 (2006); *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *Barzilay v. Barzilay*, 600 F.3d 912 (2010); *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *De Silva v. Pitts*, 2008 ONCA 9, 232 O.A.C. 180; *Thompson v. Thompson*, 2017 ABCA 299; *In re M. (Abduction: Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288; *England v. England*, 234 F.3d 268 (2000); *R.M. v. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

Koch v. Koch, 450 F.3d 703 (2006); *Delvoye v. Lee*, 329 F.3d 330 (2003); *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551; *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *Punter v. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (2006); *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mauvais v. Herisse*, 772 F.3d 6 (2014); *Guzzo v. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2013); *Larbie v. Larbie*, 690 F.3d 295 (2012); *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *R. v. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); *Baxter v. Baxter*, 423 F.3d 363 (2005); *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7.
Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12, s. 46(2).

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble, arts. 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12, 13, 16, 19, 20.
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, arts. 8, 11.
Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, arts. 27, 31.

Martinez c. Cahue, 826 F.3d 983 (2016); *Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (2006); *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *Barzilay c. Barzilay*, 600 F.3d 912 (2010); *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *De Silva c. Pitts*, 2008 ONCA 9, 232 O.A.C. 180; *Thompson c. Thompson*, 2017 ABCA 299; *In re M. (Abduction : Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288; *England c. England*, 234 F.3d 268 (2000); *R.M. c. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Fothergill c. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

Koch c. Koch, 450 F.3d 703 (2006); *Delvoye c. Lee*, 329 F.3d 330 (2003); *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (2001); *Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2005); *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (2014); *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551; *Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358; *Punter c. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40; *Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (2006); *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (1995); *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76; *Mauvais c. Herisse*, 772 F.3d 6 (2014); *Guzzo c. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2013); *Larbie c. Larbie*, 690 F.3d 295 (2012); *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (2004); *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246; *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (2003); *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (2007); *Baxter c. Baxter*, 423 F.3d 363 (2005); *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7.
Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1990, c. C.12, art. 46(2).

Traités et autres instruments internationaux

Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 27, 31.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 8, 11.
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, préambule, art. 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12, 13, 16, 19, 20.

Authors Cited

- Fernando, Michelle, and Nicola Ross. “Stifled Voices: Hearing Children’s Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia” (2018), 32 *Int’l J.L. Pol’y & Fam.* 93.
- Gallagher, Erin. “A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence” (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463.
- Gardiner, Richard K. *Treaty Interpretation*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Greene, Anastacia M. “Seen and Not Heard?: Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction” (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105.
- McEleavy, Peter. “Evaluating the views of abducted children: trends in appellate case-law” (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230.
- Pérez-Vera, Elisa. “Explanatory Report”, in *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, t. III, *Child Abduction*. Madrid: Hague Conference on Private International Law, 1981.
- Schuz, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.
- United Nations Children’s Fund. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, rev. 3rd ed. by Rachel Hodgkin and Peter Newell. Geneva: United Nations Publications, 2007.
- Winter, Stephen I. “Home is where the Heart is: Determining ‘Habitual Residence’ under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction” (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Sharpe and Miller JJ.A.), 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735, 405 D.L.R. (4th) 98, 84 R.F.L. (7th) 291, [2016] O.J. No. 4800 (QL), 2016 CarswellOnt 14331 (WL Can.), setting aside a decision of the Ontario Divisional Court (Marrocco, Sachs and Varpio JJ.), 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159, 70 R.F.L. (7th) 34, [2016] O.J. No. 5 (QL), 2016 CarswellOnt 7 (WL Can.), setting aside a decision of the Ontario Superior Court of Justice (MacPherson J.), 2015 ONSC 5383, [2015] O.J. No. 4490 (QL), 2015 CarswellOnt 13100 (WL Can.), granting the respondent father’s application for return of the children to Germany. Judgment accordingly, Moldaver, Côté and Rowe JJ. dissenting.

Doctrine et autres documents cités

- Fernando, Michelle, and Nicola Ross. « Stifled Voices : Hearing Children’s Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia » (2018), 32 *Int’l J.L. Pol’y & Fam.* 93.
- Gallagher, Erin. « A House Is Not (Necessarily) a Home : A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence » (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463.
- Gardiner, Richard K. *Treaty Interpretation*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Greene, Anastacia M. « Seen and Not Heard? : Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction » (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105.
- McEleavy, Peter. « Evaluating the views of abducted children : trends in appellate case-law » (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230.
- Pérez-Vera, Elisa. « Rapport explicatif », dans *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, t. III, *Enlèvement d’enfants*, Madrid, Conférence de La Haye de droit international privé, 1981.
- Schuz, Rhona. *The Hague Child Abduction Convention : A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- United Nations Children’s Fund. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, rev. 3rd ed. by Rachel Hodgkin and Peter Newell, Geneva, United Nations Publications, 2007.
- Winter, Stephen I. « Home is where the Heart is : Determining “Habitual Residence” under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction » (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Laskin, Sharpe et Miller), 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735, 405 D.L.R. (4th) 98, 84 R.F.L. (7th) 291, [2016] O.J. No. 4800 (QL), 2016 CarswellOnt 14331 (WL Can.), infirmant une décision de la Cour divisionnaire de l’Ontario (les juges Marrocco, Sachs et Varpio), 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159, 70 R.F.L. (7th) 34, [2016] O.J. No. 5 (QL), 2016 CarswellOnt 7 (WL Can.), infirmant une décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (la juge MacPherson), 2015 ONSC 5383, [2015] O.J. No. 4490 (QL), 2015 CarswellOnt 13100 (WL Can.), accueillant une demande présentée par le père intimé en vue d’obtenir le retour des enfants en Allemagne. Jugement en conséquence, les juges Moldaver, Côté et Rowe sont dissidents.

Caterina E. Tempesta, Sheena Scott, Katherine Kavassalis and James Stengel, for the appellant.

Steven M. Bookman, Chris Stankiewicz and Gillian Bookman, for the respondent John Paul Balev.

Patric Senson and Tammy Law, for the respondent Catharine-Rose Baggott.

Donnaree Nygard and Michael Taylor, for the intervener the Attorney General of Canada.

Caroline Brett and Rochelle S. Fox, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Freya Zaltz, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jeffery Wilson, Farrah Hudani and Jessica Braude, for the intervener Defence for Children International-Canada.

Deepa Mattoo and Tiffany Lau, for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (“*Hague Convention*”), sets out the rules that apply to the parental abduction of children across international borders. The question before us concerns the application of the *Hague Convention* concept of habitual residence — a concept not defined in the treaty, but much considered by the courts of subscribing states around the world.

[2] The story begins in Germany, where the family — a father, a mother, and two children, all citizens of Canada — were living. Because the children were struggling in school, the parents decided that the

Caterina E. Tempesta, Sheena Scott, Katherine Kavassalis et James Stengel, pour l’appelant.

Steven M. Bookman, Chris Stankiewicz et Gillian Bookman, pour l’intimé John Paul Balev.

Patric Senson et Tammy Law, pour l’intimée Catharine-Rose Baggott.

Donnaree Nygard et Michael Taylor, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Caroline Brett et Rochelle S. Fox, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Freya Zaltz, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jeffery Wilson, Farrah Hudani et Jessica Braude, pour l’intervenant Defence for Children International-Canada.

Deepa Mattoo et Tiffany Lau, pour l’intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

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

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La *Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (« *Convention de La Haye* »), énonce les règles qui s’appliquent à l’enlèvement international d’un enfant par l’un de ses parents. La question dont nous sommes saisis a trait à l’application de la notion de résidence habituelle propre à la *Convention de La Haye*, une notion que cette dernière ne définit pas, mais que les tribunaux des pays signataires abordent dans bon nombre de décisions.

[2] L’histoire débute en Allemagne, où habitait la famille — le père, la mère et leurs deux enfants, tous citoyens canadiens. Comme les enfants éprouvaient des difficultés à l’école, les parents ont décidé que

mother should take the children to Canada for 16 months to experience the Canadian school system. During that period, the father purported to revoke his consent and brought an action under the *Hague Convention* for an order that the children be returned. While he pursued remedies in the German courts — unsuccessfully — the period of consent expired and the mother remained in Canada with the children. After the father resumed the application, a judge of the Ontario Superior Court of Justice ordered that the children be returned to Germany. The Divisional Court reversed this decision. The Court of Appeal reinstated it. That decision was appealed to this Court.

[3] I note at the outset that events have rendered this appeal moot. The children were returned to Germany in accordance with the application judge's order. Custody proceedings ensued. The German courts granted the mother sole custody, and the children returned to Canada. However, the issues raised in this appeal are important, and the law on how cases such as this fall to be decided requires clarification. Hence these reasons.

[4] A finding that the children were habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention is a requirement for a return order under the *Hague Convention*. The parties and interveners put forward three approaches to determining the habitual residence of the children. The appellant, the Office of the Children's Lawyer ("OCL"), argues for a child-centred approach, which emphasizes the situation and perspective of the children at the time of the application for their return to the original country. The respondent father argues for an approach based on the intention of the parents at the time the children left their original country. The respondent mother, and a number of interveners, argue for a hybrid approach, which treats the circumstances of the children and the intentions of the parents as factors to be considered in achieving a just result which fulfills the objectives of the *Hague Convention*.

la mère les emmènerait au Canada pendant 16 mois pour qu'ils y poursuivent leurs études. Pendant cette période, le père a dit révoquer son consentement à ce séjour et présenté sur le fondement de la *Convention de La Haye* une demande d'ordonnance de retour. Tandis qu'il saisissait — en vain — les tribunaux allemands, la période visée par le consentement a pris fin et la mère est demeurée au Canada avec les enfants. Après que le père eut réactivé l'instance engagée en Ontario, une juge de la Cour supérieure de justice de la province a ordonné le retour des enfants en Allemagne. La Cour divisionnaire a infirmé sa décision, puis la Cour d'appel l'a rétablie. Cette dernière décision fait l'objet du pourvoi devant notre Cour.

[3] Signalons au départ que la suite des événements a rendu le pourvoi théorique. Les enfants sont rentrés en Allemagne conformément à l'ordonnance de la juge des requêtes. Une instance a ensuite été engagée concernant la garde des enfants. Les tribunaux allemands ont accordé la garde exclusive à la mère, et les enfants sont revenus au Canada. Or, les questions soulevées dans le pourvoi sont importantes, et le droit qui régit le processus décisionnel dans un dossier apparenté à la présente affaire doit être clarifié. D'où les présents motifs.

[4] Pour ordonner leur retour en Allemagne en application de la *Convention de La Haye*, le tribunal devait conclure que les enfants y avaient leur résidence habituelle au moment où ils auraient été retenus illicitement. Les parties et les intervenants proposent trois façons de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants. L'appellant, le Bureau de l'avocat des enfants (« BAE »), préconise une approche axée sur l'enfant qui met l'accent sur la situation et le point de vue de l'enfant au moment où son retour dans le pays d'origine est demandé. Le père, l'un des intimés, plaide en faveur d'une approche fondée sur l'intention qu'ont les parents au moment où l'enfant quitte son pays d'origine. L'autre partie intimée, la mère, et plusieurs intervenants, préconisent une approche hybride qui tient compte des éléments que sont la situation de l'enfant et l'intention des parents afin de parvenir à un résultat juste qui réponde aux objectifs de la *Convention de La Haye*.

[5] For the reasons that follow, I conclude that this Court should adopt the hybrid approach to determining habitual residence under Article 3 of the *Hague Convention*, and a non-technical approach to considering a child's objection to removal under Article 13(2).¹

[6] Because this appeal is moot, it is not necessary to decide whether the application judge erred in ordering the children returned to Germany.

II. Background

A. *Facts*

[7] The mother and father were married in Ontario in 2000. They moved to Germany in 2001 and acquired permanent resident status. They had two children, B. and M., who were born in Germany in 2002 and 2005.

[8] The family lived together in Dreieich, in a home that the parents purchased in 2008. The children attended school in Germany, apart from two visits to Ontario during which time the children attended school in St. Catharines. The parents separated in 2011, but reunited in 2012. During the period of separation, the father had custody of the children.

[9] The children struggled in school, and the parents agreed that the mother should take the children to Canada for the 2013-2014 school year. The father gave his consent for the children to stay in Canada until August 15, 2014, and he agreed to transfer physical custody of the children to the mother temporarily so that the children could be enrolled in school. The father's consent letter contemplated the possibility of extension, but not early termination, of the temporary stay.

[10] The children arrived in Canada on April 19, 2013, and began attending school in St. Catharines four days later. The mother and the children left the bulk of their belongings in Germany. The father

¹ Although this provision is not numbered in the *Hague Convention* (unlike Article 13(a) and Article 13(b)), it is generally referred to as Article 13(2).

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Cour devrait recourir à l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle suivant l'article 3 de la *Convention de La Haye* et à une approche non technique pour se prononcer sur l'opposition de l'enfant au retour suivant l'article 13(2).¹

[6] Le pourvoi étant théorique, il n'est pas nécessaire de décider si la juge des requêtes a eu tort d'ordonner le retour des enfants en Allemagne.

II. Contexte

A. *Les faits*

[7] La mère et le père des enfants se sont mariés en Ontario en 2000. Ils ont déménagé en Allemagne en 2001, où ils sont devenus résidents permanents. Ils y ont eu leurs deux enfants, B. et M., en 2002 et en 2005.

[8] Ils ont vécu ensemble à Dreieich, dans une maison que les parents ont achetée en 2008. Les enfants ont fréquenté l'école en Allemagne, sauf lors de deux séjours en Ontario au cours desquels ils ont fréquenté une école à St. Catharines. Les parents se sont séparés en 2011, mais ont repris la vie commune en 2012. Durant la séparation, le père avait la garde des enfants.

[9] Les enfants éprouvaient des difficultés à l'école, et les parents sont convenus que la mère les emmènerait au Canada pour l'année scolaire 2013-2014. Le père a consenti à ce que les enfants séjournent au Canada jusqu'au 15 août 2014; il a accepté de céder temporairement leur garde physique à la mère pour qu'elle puisse les inscrire à l'école. La lettre dans laquelle le père consent au séjour temporaire fait mention de la possibilité de prolonger le séjour, mais non d'y mettre fin avant la date convenue.

[10] Les enfants sont arrivés au Canada le 19 avril 2013 et ont commencé à fréquenter l'école à St. Catharines quatre jours plus tard. Leur mère et eux avaient laissé la plupart de leurs effets personnels

¹ Bien que cette disposition ne soit pas numérotée dans la *Convention de La Haye* (contrairement aux alinéas 13a) et b)), on considère généralement qu'il s'agit de l'article 13(2).

maintained weekly contact with the children through Skype and telephone calls, and he visited the children twice in Ontario. One of these visits took place during the alleged wrongful retention.

[11] Because he suspected that the mother would not return the children to Germany at the end of the school year, the father resumed custody proceedings in Germany and purported to revoke his consent to the mother's temporary custody in March 2014. He commenced an application seeking the return of the children to Germany pursuant to the *Hague Convention* on April 11, 2014, through the Central Authority in Germany; this application was received by the Ontario Central Authority on May 5, 2014. On June 26, 2014, he commenced the application before the courts in Ontario. Around the same time, in March of 2014, the father also pursued custody (and relief under the *Hague Convention*) before the German courts. Pursuant to a consent order from the Ontario court dated July 17, 2014, the mother remained in Ontario with the children. During this time, on August 15, 2014, the original consent agreement lapsed. This then became the alleged wrongful retention triggering return under the *Hague Convention*. The father was ultimately unsuccessful before the German courts, and on February 6, 2015, counsel for the father requested that the matter be set for a hearing before the Ontario court.

[12] On April 21, 2015, the application judge requested that the OCL become involved to represent the interests of the children.

[13] The children were ultimately returned to Germany on October 15, 2016. The mother initiated proceedings in the German courts for custody and access, and was awarded sole custody. The children returned to Canada on April 5, 2017.

B. *Judicial History*

(1) Superior Court of Justice, 2015 ONSC 5383

[14] The application judge, MacPherson J., found that the children had “become integrated into their

en Allemagne. Chaque semaine, le père communiquait avec les enfants grâce à Skype et par téléphone, et il les a visités deux fois en Ontario. L'une de ces visites a eu lieu pendant la rétention illicite alléguée.

[11] En mars 2014, parce qu'il soupçonnait la mère de ne pas renvoyer les enfants en Allemagne à la fin de l'année scolaire, le père a réactivé l'instance engagée en Allemagne pour obtenir la garde des enfants et signifié la révocation de son consentement à ce que la mère ait la garde temporaire des enfants. Le 11 avril 2014, il a demandé le retour des enfants en Allemagne sur le fondement de la *Convention de La Haye* en saisissant l'Autorité centrale allemande; le 5 mai 2014, sa demande parvenait à l'Autorité centrale ontarienne. Le 26 juin suivant, il présentait sa demande aux tribunaux de la province. Peu avant, en mars 2014, il avait également saisi les tribunaux allemands d'une demande de garde (et d'ordonnance fondée sur la *Convention de La Haye*). Conformément à une ordonnance rendue sur consentement par le tribunal ontarien le 17 juillet 2014, la mère est demeurée au Canada avec les enfants. Pendant ce temps, le 15 août 2014, la période visée par le consentement initial a pris fin. Le père a alors assimilé ce fait à un non-retour illicite afin d'obtenir une ordonnance de retour en application de la *Convention de La Haye*. Les tribunaux allemands l'ont finalement débouté et, le 6 février 2015, son avocat a sollicité l'inscription au rôle de la demande ontarienne.

[12] Le 21 avril 2015, la juge des requêtes a demandé que l'appelant, le BAE, soit désigné pour défendre les intérêts des enfants.

[13] Les enfants ont finalement été renvoyés en Allemagne le 15 octobre 2016. La mère a saisi les tribunaux allemands d'une demande de garde et de droit de visite, et elle s'est vu accorder la garde exclusive des enfants. Ces derniers sont rentrés au Canada le 5 avril 2017.

B. *Historique judiciaire*

(1) Cour supérieure de justice, 2015 ONSC 5383

[14] La juge des requêtes, la juge MacPherson, conclut que les enfants [TRADUCTION] « se sont

community” in Ontario. She nevertheless held that the children were habitually resident in Germany immediately prior to the alleged wrongful retention. She found that the parents did not have a “settled intention” that the children would stay in Canada, and that the father consented only to a temporary stay in Canada for an educational exchange.

[15] Having concluded that a case for return to Germany had been established, the application judge turned to the exceptions under the *Hague Convention*. She rejected the mother’s argument that the children had “settled in” under Article 12 because the father had commenced proceedings within a year of the wrongful retention, barring an Article 12 defence. Under Article 13(2), she found that the children were of an age (9 and 12) and degree of maturity at which she could consider their views. However, she concluded that the children had not expressed “substantial” objections with the requisite “strength of feeling”. The application judge ordered the return of the children to Germany.

(2) Superior Court of Justice — Divisional Court, 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159

[16] The Divisional Court allowed the mother’s appeal. In its view, the key question was whether the habitual residence of the children had changed from Germany to Ontario while they lived in Ontario with the father’s consent, precluding the father from claiming their return under the *Hague Convention*. The court found that the children’s habitual residence had changed because the parents had a “settled intention” that the children would live temporarily in Canada, and during this time the children became integrated into the community, speaking English, attending school, and living with their mother and their maternal grandparents.

intégrés à leur milieu » en Ontario. Elle décide néanmoins qu’ils avaient leur résidence habituelle en Allemagne immédiatement avant le non-retour illicite allégué. Elle estime que les parents n’avaient pas l’« intention arrêtée » que les enfants demeurent au Canada et que le père n’a consenti qu’à un séjour temporaire au Canada pour les besoins d’un échange scolaire.

[15] Après avoir statué que la preuve justifiait le retour en Allemagne, la juge des requêtes se penche sur les exceptions prévues par la *Convention de La Haye*. Elle rejette la prétention de la mère selon laquelle les enfants se sont « intégrés » au sens de l’article 12, car moins d’un an s’était écoulé depuis le non-retour illicite lorsque le père avait présenté sa demande, ce qui fait obstacle au moyen de défense prévu à l’article 12. Sur le fondement de l’article 13(2), elle conclut que les enfants ont atteint un âge (9 et 12 ans) et une maturité qui lui permettent de tenir compte de leur opinion. Elle décide toutefois que les enfants ne se sont pas opposés au retour pour des motifs [TRADUCTION] « sérieux », non plus qu’avec l’« intensité » requise. Elle ordonne le retour des enfants en Allemagne.

(2) Cour supérieure de justice — Cour divisionnaire, 2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159

[16] La Cour divisionnaire accueille l’appel de la mère. À son avis, la question principale consiste à savoir si les enfants ont cessé d’avoir leur résidence habituelle en Allemagne au profit de l’Ontario pendant qu’ils vivaient dans cette province avec le consentement de leur père, de sorte que ce dernier ne pouvait plus demander leur retour sur le fondement de la *Convention de La Haye*. Elle conclut que le lieu de la résidence habituelle des enfants a changé parce que les parents avaient l’[TRADUCTION] « intention arrêtée » que les enfants vivent temporairement au Canada et que, pendant ce séjour, les enfants se sont intégrés à la collectivité en parlant anglais, en fréquentant l’école et en vivant avec leur mère et leurs grands-parents maternels.

(3) Court of Appeal, 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735

[17] The Court of Appeal allowed the father's appeal and restored the order of the application judge. It held that where the parents have joint custody, one parent cannot unilaterally change the habitual residence of a child. Further, a child's habitual residence does not shift when one parent gives consent to a time-limited stay in another jurisdiction.

[18] While a child's acclimatization may be relevant to determining habitual residence in some circumstances, if an application is brought within one year of a wrongful removal or retention, evidence that a child has "settled in" is not relevant: Article 12. The Court of Appeal therefore concluded that the children were habitually resident in Germany at the relevant time, and that there had been a wrongful retention pursuant to Article 3 of the *Hague Convention*.

[19] With respect to Article 13(2), the Court of Appeal accorded deference to the application judge's findings that the children's objections to return were not substantial and did not exhibit the requisite strength of feeling. Therefore, the Court of Appeal ordered that the children be returned to Germany.

[20] Following the release of the Court of Appeal's decision, the OCL applied for leave to appeal to this Court. The Court of Appeal and this Court dismissed an application for a stay pending this appeal. The children were returned to Germany where the German courts awarded custody to the mother. The children are now back in Canada.

III. Analysis

[21] The parents in this case agreed that the mother would take the children from Germany to Canada for educational purposes. Subsequently, the father sued under the *Hague Convention* for return of the children to Germany. We are asked to determine what principles apply when a parent in another country

(3) Cour d'appel, 2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735

[17] La Cour d'appel accueille l'appel du père et rétablit l'ordonnance de la juge des requêtes. Elle conclut que, en cas de la garde partagée, un parent ne peut modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle d'un enfant. Elle ajoute que la résidence habituelle d'un enfant ne change pas du fait que l'un des parents consent à un séjour temporaire à l'étranger.

[18] L'acclimatation d'un enfant constitue parfois un élément pertinent pour déterminer le lieu de la résidence habituelle, mais lorsque la demande est présentée moins d'un an à compter du déplacement ou du non-retour illicite, le fait que l'enfant s'est « intégré » est sans pertinence (article 12). La Cour d'appel conclut donc que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment considéré et qu'il y a eu non-retour illicite au sens de l'article 3 de la *Convention de La Haye*.

[19] S'agissant de l'article 13(2), la Cour d'appel défère aux conclusions de la juge des requêtes selon lesquelles les motifs d'opposition des enfants à leur retour ne sont pas sérieux et n'ont pas été invoqués avec l'intensité requise. Elle ordonne donc le retour des enfants en Allemagne.

[20] Dans la foulée de la décision de la Cour d'appel, le BAE a présenté une demande d'autorisation d'appel devant notre Cour. La Cour d'appel et notre Cour ont rejeté la demande de sursis à l'exécution de la décision jusqu'à ce qu'il soit statué sur le présent pourvoi. Les enfants ont été renvoyés en Allemagne, où les tribunaux ont accordé la garde à la mère. Les enfants sont rentrés au Canada et y sont toujours.

III. Analyse

[21] Dans la présente affaire, les parents étaient convenus que la mère emmènerait les enfants au Canada pour qu'ils y poursuivent leurs études. Ultérieurement, le père a engagé une instance sur le fondement de la *Convention de La Haye* afin d'obtenir le retour des enfants en Allemagne. On nous

seeks to have children in Canada returned under the *Hague Convention*.

A. *The Hague Convention*

[22] The *Hague Convention* was concluded on October 25, 1980. With more than 90 contracting parties, it ranks as one of the most important and successful family law instruments completed under the auspices of the Hague Conference on Private International Law. Canada has been a party from the beginning. The *Hague Convention* is implemented by legislation in every province and territory.

[23] The harms the *Hague Convention* seeks to remedy are evident. International child abductions have serious consequences for the children abducted and the parents left behind. The children are removed from their home environments and often from contact with the other parents. They may be transplanted into a culture with which they have no prior ties, with different social structures, school systems, and sometimes languages. Dueling custody battles waged in different countries may follow, delaying resolution of custody issues. None of this is good for children or parents.

[24] The *Hague Convention* is aimed at enforcing custody rights and securing the prompt return of wrongfully removed or retained children to their country of habitual residence: see Article 1; *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at pp. 579-81. The return order is not a custody determination: Article 19. It is simply an order designed to restore the *status quo* which existed before the wrongful removal or retention, and to deprive the “wrongful” parent of any advantage that might otherwise be gained by the abduction. Its purpose is to return the child to the jurisdiction which is most appropriate for the determination of custody and access.

[25] Prompt return serves three related purposes. First, it protects against the harmful effects of wrongful removal or retention: see R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*

demande de dégager les principes qui s’appliquent lorsque, dans un pays étranger, l’un des parents demande le retour d’un enfant en application de la *Convention de La Haye*.

A. *La Convention de La Haye*

[22] La *Convention de La Haye* a vu le jour le 25 octobre 1980 et compte plus de 90 États contractants, ce qui en fait l’un des instruments du droit de la famille les plus importants et les plus fructueux établis sous l’égide de la Conférence de La Haye de droit international privé. Le Canada y a souscrit dès le début. Elle est mise en œuvre par voie législative dans chacune des provinces et chacun des territoires.

[23] Le préjudice auquel la *Convention de La Haye* vise à remédier est manifeste. L’enlèvement international a de graves conséquences sur l’enfant enlevé et sur le parent laissé derrière. L’enfant est retiré de son milieu familial et souvent privé de contacts avec l’autre parent. Il peut se retrouver dans une culture avec laquelle il n’a aucun lien préalable, dans un pays où les structures sociales, le système scolaire et, parfois, la langue sont différents. Des affrontements judiciaires pour l’obtention de sa garde peuvent avoir lieu dans différents pays, ce qui retarde le prononcé d’une décision. Rien de tout cela n’est bon pour l’enfant ou les parents.

[24] La *Convention de La Haye* vise à faire respecter le droit de garde et à assurer le retour immédiat de l’enfant dans le pays de sa résidence habituelle en cas de déplacement ou de non-retour illicite (voir article 1; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 579-581). L’ordonnance de retour ne constitue pas une décision sur la garde (article 19). Elle vise seulement à rétablir la situation d’avant le déplacement ou le non-retour illicite et à empêcher le parent qui a agi de façon « illicite » de tirer par ailleurs avantage de l’enlèvement. Elle a pour but le retour de l’enfant dans le ressort où il convient le plus que le tribunal décide de la garde et du droit de visite.

[25] Le retour immédiat a trois raisons d’être connexes. Premièrement, il protège les intérêts des effets nuisibles d’un déplacement ou d’un non-retour illicite (voir R. Schuz, *The Hague Child*

(2013), at p. 96; E. Gallagher, “A House Is Not (Necessarily) a Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence” (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463, at p. 465; Thomson, at p. 559; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249 (E.W.C.A.), at p. 260.

[26] Second, it deters parents from abducting the child in the hope that they will be able to establish links in a new country that might ultimately award them custody: see E. Pérez-Vera, “Explanatory Report”, in *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, t. III, *Child Abduction (1981)*,² at p. 429; see also *W. (V.) v. S. (D.)*, [1996] 2 S.C.R. 108, at para. 36; Gallagher, at p. 465; A. M. Greene, “Seen and Not Heard?: Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction” (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105, at pp. 111-12.

[27] Finally, prompt return is aimed at speedy adjudication of the merits of a custody or access dispute in the forum of a child’s habitual residence, eliminating disputes about the proper forum for resolution of custody and access issues: see Schuz, at p. 96; Gallagher, at p. 465.

[28] The heart of the *Hague Convention*’s prompt return mechanism is Article 3, which provides that the removal or retention of a child is wrongful (a) where it is in breach of custody rights under the law of the state in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention and (b) where those rights were actually being exercised or would have been exercised but for the wrongful removal or retention. Crucially for the purposes of this appeal, the concept of habitual residence is not defined in the treaty.

² The Explanatory Report was drawn up after the conclusion of the *Hague Convention* by E. Pérez-Vera, the Rapporteur of the Commission. It has been influential in the interpretation of the *Hague Convention* and has been cited in numerous cases internationally: see R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2nd ed. 2015), at p. 403.

Abduction Convention : A Critical Analysis (2013), p. 96; E. Gallagher, « A House Is Not (Necessarily) a Home : A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence » (2015), 47 *N.Y.U.J. Int’l L. & Pol.* 463, p. 465; Thomson, p. 559; *Re B. (A Minor) (Abduction)*, [1994] 2 F.L.R. 249 (E.W.C.A.), p. 260).

[26] Deuxièmement, il dissuade les parents de recourir à l’enlèvement dans le but de créer des liens dans un nouveau pays où la garde de l’enfant pourrait ultérieurement leur être accordée (voir E. Pérez-Vera, « Rapport explicatif », dans *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, t. III, *Enlèvement d’enfants (1981)*,² p. 429; voir également *W. (V.) c. S. (D.)*, [1996] 2 R.C.S. 108, par. 36; Gallagher, p. 465; A. M. Greene, « Seen and Not Heard? : Children’s Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction » (2005), 13 *U. Miami Int’l & Comp. L. Rev.* 105, p. 111-112).

[27] Enfin, le retour immédiat vise le prononcé rapide d’une décision au fond sur la garde ou le droit de visite dans le ressort où l’enfant a sa résidence habituelle, ce qui est de nature à éviter toute contestation de la compétence du tribunal saisi pour statuer sur la garde et le droit de visite (voir Schuz, p. 96; Gallagher, p. 465).

[28] L’axe central du mécanisme de retour immédiat de la *Convention de La Haye* est l’article 3. Cette disposition prévoit que le déplacement ou le non-retour d’un enfant est illicite a) lorsqu’il a lieu en violation d’un droit de garde selon le droit de l’État dans lequel l’enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour et b) lorsque ce droit était exercé de façon effective au moment du déplacement ou du non-retour, ou l’eût été si de tels événements n’étaient survenus. La notion de résidence habituelle n’est pas définie dans le traité, et cette omission se révèle déterminante pour l’issue du pourvoi.

² Le Rapport explicatif a été rédigé après la conclusion de la *Convention de La Haye* par la rapporteuse de la Commission, E. Pérez-Vera. Il a influé sur l’interprétation de la *Convention de La Haye* et a été cité dans nombre d’affaires à l’échelle internationale (voir R. K. Gardiner, *Treaty Interpretation* (2^e éd. 2015), p. 403).

[29] If the requirements of Article 3 are established, Article 12 requires the judge in the requested state to order “the return of the child forthwith” unless certain exceptions apply. These exceptions can be summarized as follows:

- (1) The parent seeking return was not exercising custody or consented to the removal or retention (Article 13(a));
- (2) There is grave risk that return would expose the child to physical or psychological harm or place the child in an intolerable situation (Article 13(b));
- (3) The child of sufficient age and maturity objects to being returned (Article 13(2));
- (4) The return of the child would not be permitted by fundamental human rights and fundamental freedoms of the requested state (Article 20); and,
- (5) The application was brought one year or more from the date of wrongful removal or retention, and the judge determines the child is settled in the new environment (Article 12).

[30] Only one requirement of Article 3 is challenged in this case — whether the children were habitually resident in Germany at the time of the wrongful retention. And only the third exception remains relevant — the children’s alleged objection to being returned to Germany.

B. *Principles of Treaty Interpretation*

[31] The *Hague Convention* is implemented in Ontario by s. 46(2) of the *Children’s Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C.12. Since the purpose of that section is to implement the underlying convention, this Court must adopt an interpretation consistent with Canada’s obligations under it: see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 51.

[32] Canada is a party to the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (“*Vienna*”

[29] Lorsque les conditions de l’article 3 sont réunies, l’article 12 exige du tribunal de l’État requis qu’il « ordonne [le] retour immédiat [de l’enfant] », sauf application d’une exception. Les exceptions prévues peuvent être résumées comme suit :

- (1) Le parent qui sollicite le retour n’exerçait pas le droit de garde ou avait consenti au déplacement ou au non-retour (article 13a));
- (2) Il existe un risque grave que le retour de l’enfant ne l’expose à un danger physique ou psychique ou ne le place dans une situation intolérable (article 13b));
- (3) L’enfant a atteint un âge et une maturité suffisants et s’oppose au retour (article 13(2));
- (4) Le retour de l’enfant ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l’État requis en matière de droits de l’homme et de libertés fondamentales (article 20);
- (5) La demande a été présentée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite, et le juge conclut que l’enfant s’est intégré dans son nouveau milieu (article 12).

[30] Le respect d’une seule exigence de l’article 3 est contesté en l’espèce, à savoir que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment du non-retour illicite. Et seule l’application de la troisième exception demeure possible, soit l’opposition alléguée des enfants à leur retour en Allemagne.

B. *Principes d’interprétation des traités*

[31] Le paragraphe 46(2) de la *Loi portant réforme du droit de l’enfance*, L.R.O. 1990, c. C.12, assure la mise en œuvre de la *Convention de La Haye* en Ontario. Comme l’objet de la disposition est la mise en œuvre du traité, la Cour doit adopter une interprétation qui se concilie avec les obligations que celui-ci confère au Canada (voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 51).

[32] Le Canada est partie à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37

Convention”), which provides that “[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”: Article 31(1); see also *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at para. 22. These international principles generally parallel the domestic approach to statutory interpretation: see R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at p. 279.

[33] A clear purpose of multilateral treaties is to harmonize parties’ domestic laws around agreed-upon rules, practices, and principles. The *Hague Convention* was intended to establish procedures common to all the contracting states that would ensure the prompt return of children: see preamble. The objective of multilateral treaty making “would be seriously weakened if the courts of every country interpreted [the treaty at issue] without any regard to how it was being interpreted and applied elsewhere”: *Connaught Laboratories Ltd. v. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204 (S.C.J.), at para. 46. To avoid frustrating the harmonizing purpose behind the *Hague Convention*, domestic courts should give serious consideration to decisions by the courts of other contracting states on its meaning and application: see *Vienna Convention*, Article 31(3)(b); *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 50; *Stag Line, Limited v. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328 (H.L.), at p. 350; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), at p. 471; *Air France v. Saks*, 470 U.S. 392 (1985), at pp. 403-4; *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, at para. 36.

[34] The parties before us raised two further interpretive issues. The first is whether the *Hague Convention* conflicts with the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3 (“*CRC*”). For present purposes, there is no conflict between the two conventions. Both conventions seek to protect the best interests of children — the one by deterring child abduction and promoting prompt resolution of custody disputes, and the other by ensuring that

(« *Convention de Vienne* »), qui prévoit qu’« [u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but » (article 31(1); voir également *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, par. 22). Ces principes internationaux s’apparentent généralement à l’approche canadienne en matière d’interprétation des lois (voir R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 279).

[33] L’une des raisons d’être manifestes d’un traité multilatéral est l’harmonisation du droit national de chacune des parties avec les règles, les pratiques et les principes dont il est convenu. L’objectif de la *Convention de La Haye* était l’établissement d’une procédure commune à tous les États contractants pour garantir le retour immédiat de l’enfant (voir le préambule). L’objectif d’un traité multilatéral [TRADUCTION] « serait sérieusement compromis si les tribunaux de chacun des pays interprétaient [le traité en cause] sans tenir compte de la façon dont on l’a interprété et appliqué ailleurs » (*Connaught Laboratories Ltd. c. British Airways* (2002), 61 O.R. (3d) 204 (C.S.J.), par. 46). Pour ne pas aller à l’encontre de la volonté d’harmonisation qui sous-tend la *Convention de La Haye*, les tribunaux nationaux doivent examiner de près les décisions des tribunaux des autres États contractants sur sa portée et sur son application (voir *Convention de Vienne*, article 31(3)(b); *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 50; *Stag Line, Limited c. Foscolo, Mango and Co.*, [1932] A.C. 328 (H.L.), p. 350; *Scruttons Ltd. c. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 (H.L.), p. 471; *Air France c. Saks*, 470 U.S. 392 (1985), p. 403-404; *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, par. 36).

[34] Les parties soulèvent en l’espèce deux autres points d’interprétation. Premièrement, la *Convention de La Haye* entre-t-elle en conflit avec la *Convention relative aux droits de l’enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3 (« *CDE* »)? Pour les besoins du présent pourvoi, je réponds par la négative. Les deux visent à protéger l’intérêt supérieur de l’enfant, l’une en décourageant l’enlèvement d’enfant et en favorisant le dénouement rapide des instances de garde, l’autre en faisant en

decision making focuses on the best interests of the child. Both conventions seek to protect the child's identity and family relations. The *Hague Convention* does this by mandating the return of a child to the place of his or her habitual residence (Article 3) so that a custody determination may be made in that place — a place normally central to a child's identity; Article 8 of the *CRC* rests on the same policy. Both conventions seek to prevent the illicit transfer and retention of children: see *CRC*, Article 11; United Nations Children's Fund, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (rev. 3rd ed. 2007), by R. Hodgkin and P. Newell, at pp. 143-47. And both conventions accept the principle that a child of sufficient maturity should have a say in where the child lives, as discussed below in connection with Article 13(2) of the *Hague Convention*.

[35] The second issue raised is whether the *Hague Convention* should be interpreted consistently with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in particular the s. 6 guarantee of right of return and the s. 7 guarantee of liberty and security of person. The answer is no. The *Charter* cannot be used to interpret the *Hague Convention* or any international agreement: see *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, at para. 64; *Vienna Convention*, Articles 27 and 31. In any event, when the *Hague Convention* is interpreted as set out in these reasons, no conflict with ss. 6 or 7 of the *Charter* is made out.

C. Approaches to Habitual Residence Under Article 3

[36] The father in this case applied under the *Hague Convention* for the return of the children. To establish a case for return under Article 3, the father had to show that at the time immediately before the alleged wrongful retention (i.e., upon the expiry of the father's consent on August 15, 2014) the children were habitually resident in Germany. Within the overall scheme of the *Hague Convention*, the purpose of habitual residence in Article 3 is to define the children to whom the *Hague Convention* applies. If the

sorte que la décision se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Toutes deux ont pour but de protéger l'identité et les liens familiaux de l'enfant. La *Convention de La Haye* y parvient en ordonnant le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle (article 3) — un lieu normalement déterminant quant à l'identité de l'enfant — afin qu'il y soit statué sur sa garde; l'article 8 de la *CDE* reprend le même principe. Les deux conventions visent à empêcher le déplacement et le non-retour illicite d'enfant (voir *CDE*, article 11; United Nations Children's Fund, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child* (3^e éd. rév. 2007), par R. Hodgkin et P. Newell, p. 143-147). De plus, les deux conventions reconnaissent le principe selon lequel l'enfant suffisamment mature devrait avoir son mot à dire sur le lieu où il sera appelé à vivre, ce sur quoi je reviendrai plus en détail dans l'examen de l'article 13(2) de la *Convention de La Haye*.

[35] Deuxièmement, la *Convention de La Haye* doit-elle recevoir une interprétation qui se concilie avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, avec le droit au retour que garantit son art. 6 et le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne que garantit son art. 7? Il faut répondre par la négative. La *Charte* ne saurait servir à interpréter ni la *Convention de La Haye*, ni quelque accord international (voir *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, par. 64; *Convention de Vienne*, articles 27 et 31). Quoiqu'il en soit, lorsque la *Convention de La Haye* est interprétée conformément aux présents motifs, il n'y a pas de conflit avec les art. 6 ou 7 de la *Charte*.

C. Approches de la résidence habituelle pour l'application de l'article 3

[36] En l'espèce, le père a sollicité le retour des enfants sur le fondement de la *Convention de La Haye*. Pour établir le respect des conditions auxquelles le retour peut être ordonné selon l'article 3, le père devait démontrer que, immédiatement avant le non-retour illicite allégué (c.-à-d. au terme de la période visée par son consentement, le 15 août 2014), les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne. Eu égard à l'économie générale de la *Convention de La Haye*, le renvoi à la résidence habituelle à

children were not habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention, the *Hague Convention* does not apply.

[37] The requirement that the child's habitual residence be in the state of the parent seeking return serves to ensure that the state to which the child is returned is the proper state to determine custody. In principle, custody should be determined in the state in which the child is habitually resident. This supports the goals of mitigating psychological trauma to the child, respecting the jurisdiction of the state of habitual residence to make decisions on custody and access, and deterring abductions and wrongful retentions.

[38] Under Canadian law, whether habitual residence is viewed as a question of fact or a question of mixed fact and law, appellate courts must defer to the application judge's decision on a child's habitual residence, absent palpable and overriding error: see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 25 and 36. The need for deference may be inferred from the intention of the original states parties (see Pérez-Vera, at p. 445) and the decision not to define habitual residence in the body of the *Hague Convention*. The goal was to avoid legal technicalities and to adopt a fact-based determination: see Pérez-Vera, at p. 445.

[39] This brings us to the central question in this case — how should an application judge approach the determination of habitual residence under Article 3? The parties and the interveners offer three different approaches for determining a child's habitual residence: the parental intention approach, the child-centred approach, and the hybrid approach.

[40] The parental intention approach determines the habitual residence of a child by the intention of the parents with the right to determine where the child lives: see *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), at pp. 1076-79; *Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd Cir. 2005), at pp. 131-33; *R. v. Barnett*

l'article 3 vise à préciser à quels enfants s'applique le traité. Si les enfants n'avaient pas leur résidence habituelle en Allemagne au moment du non-retour illicite allégué, la *Convention de La Haye* ne s'applique pas.

[37] L'exigence que l'enfant ait sa résidence habituelle dans l'État du parent qui sollicite son retour sert à garantir que l'État dans lequel l'enfant est renvoyé est celui dont les tribunaux peuvent statuer sur la garde. En principe, la garde devrait être attribuée dans l'État où l'enfant a sa résidence habituelle, et ce, afin d'atténuer le risque qu'un traumatisme psychologique soit infligé à l'enfant, de respecter la compétence des tribunaux de l'État de la résidence habituelle pour décider de la garde et du droit de visite, ainsi que de décourager l'enlèvement et le non-retour illicite.

[38] En droit canadien, que la détermination du lieu de la résidence habituelle de l'enfant constitue une question de fait ou une question mixte de fait et de droit, la cour d'appel doit déférer à la décision du juge des requêtes sur la résidence habituelle de l'enfant, sauf erreur manifeste et dominante (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 25 et 36). La déférence s'impose du fait de l'intention exprimée par les premiers États parties (voir Pérez-Vera, p. 445), ainsi que de l'absence de définition de la résidence habituelle dans la *Convention de La Haye* comme telle. L'objectif était d'éviter les subtilités juridiques et de privilégier un mode de décision axé sur les faits (voir Pérez-Vera, p. 445).

[39] D'où la question qui se révèle centrale en l'espèce : suivant quelle approche le juge des requêtes doit-il déterminer le lieu de résidence habituelle de l'enfant pour l'application de l'article 3? Les parties et les intervenants en proposent trois : l'approche fondée sur l'intention des parents, celle axée sur l'enfant et l'approche hybride.

[40] L'approche fondée sur l'intention des parents permet de déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant à partir de l'intention des parents habilités à décider du lieu où vit l'enfant (voir *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), p. 1076-1079; *Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd

London Borough Council, Ex parte Nilish Shah, [1983] 2 A.C. 309, at p. 343.³ Under this approach, time-limited travel to which the parents agree does not change the child's habitual residence. "Where the children are sent abroad to live with relatives or for educational purposes, their habitual residence will not change where the parents intend for them to return, but may change after a period of time where there is no such intention": Schuz, at p. 187, fn. 87. Where the parents have agreed that the child will stay outside the country of habitual residence for a limited time, that intent governs throughout the agreed period, and allows the parent in the original country to mount a claim for the child's return under the *Hague Convention* at the end of the agreed period. This approach currently dominates Canadian jurisprudence, where courts in a number of jurisdictions consider parental intent to be the primary consideration in determining a child's habitual residence: see, for example, *Chan v. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222, at paras. 30-34; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (Ont. C.A.), at para. 8; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, at para. 20; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, at para. 2; *S.K. v. J.Z.*, 2017 SKQB 136, at paras. 44-47 (CanLII); *Monteiro v. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132 (Prov. Ct.), at paras. 13-22.

[41] The child-centred approach determines a child's habitual residence under Article 3 by the child's acclimatization in a given country, rendering the intentions of the parents largely irrelevant. It is backward-focused, looking to the child's connections with the state, rather than the more forward-looking parental intention model: see *Friedrich v. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (6th Cir. 1993), at p. 1401; *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995), at p. 224. No Canadian jurisdiction currently follows the

³ *Shah* did not concern habitual residence, but rather the term "ordinary residence". Nonetheless, it was taken up for use in *Hague Convention* cases. *Shah* stated: "... a man's abode in a particular place or country which he has adopted voluntarily and for settled purposes as part of the regular order of his life for the time being, whether of short or of long duration" (p. 343, per Lord Scarman).

Cir. 2005), p. 131-133; *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309, p. 343³). Un séjour d'une durée limitée auquel les parents consentent ne modifie alors pas le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. [TRADUCTION] « Lorsque l'enfant est envoyé à l'étranger pour y habiter chez des membres de la famille ou pour y poursuivre ses études, le lieu de sa résidence habituelle ne change pas si les parents ont voulu qu'il revienne, mais il peut changer après un certain temps à défaut d'une telle intention » (Schuz, p. 187, note 87). Lorsque les parents sont convenus que l'enfant séjournera hors du pays de sa résidence habituelle pendant un certain temps, cette intention demeure tout au long de la période convenue et permet au parent resté dans le pays d'origine de demander le retour de l'enfant sur le fondement de la *Convention de La Haye* au terme de cette période. Telle est l'approche actuellement privilégiée au Canada. Les tribunaux d'un certain nombre de ressorts voient dans l'intention des parents la considération première pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant (voir p. ex. *Chan c. Chow*, 2001 BCCA 276, 90 B.C.L.R. (3d) 222, par. 30-34; *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (C.A. Ont.), par. 8; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, par. 20; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, par. 2; *S.K. c. J.Z.*, 2017 SKQB 136, par. 44-47 (CanLII); *Monteiro c. Locke* (2014), 354 Nfld. & P.E.I.R. 132 (C. prov.), par. 13-22).

[41] Suivant l'approche axée sur l'enfant, le lieu de la résidence habituelle est déterminé, pour l'application de l'article 3, en fonction de l'acclimatation de l'enfant dans le pays, de sorte que l'intention des parents n'importe pas vraiment. Elle s'attache rétrospectivement aux liens que l'enfant a établis avec l'État, contrairement à l'approche plus prospective fondée sur l'intention des parents (voir *Friedrich c. Friedrich*, 983 F.2d 1396 (6th Cir. 1993), p. 1401; *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995),

³ L'arrêt *Shah* ne porte pas sur la résidence habituelle, mais plutôt sur la [TRADUCTION] « résidence ordinaire ». On s'y reporte néanmoins dans les affaires relatives à la *Convention de La Haye*. En voici un passage : « ... une personne réside dans le lieu où le pays qu'elle a adopté, volontairement et dans un dessein arrêté, dans le cours normal de sa vie, que ce soit pour une courte période ou une longue » (p. 343, lord Scarman).

child-centred approach, although courts in Quebec followed this approach (see *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.)) until 2017, when it was abandoned in favour of the hybrid approach (see *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529, at paras. 20, 27 and 29-30 (CanLII)).

[42] Finally, the hybrid approach holds that instead of focusing primarily or exclusively on either parental intention or the child's acclimatization, the judge determining habitual residence under Article 3 must look to all relevant considerations arising from the facts of the case at hand. As noted above, in Canada, the hybrid approach has been adopted in Quebec: see *Droit de la famille — 17622*, at paras. 29-30.

[43] On the hybrid approach to habitual residence, the application judge determines the focal point of the child's life — “the family and social environment in which its life has developed” — immediately prior to the removal or retention: Pérez-Vera, at p. 428; see also *Jackson v. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43 (Ont. S.C.J.), at para. 33. The judge considers all relevant links and circumstances — the child's links to and circumstances in country A; the circumstances of the child's move from country A to country B; and the child's links to and circumstances in country B.

[44] Considerations include “the duration, regularity, conditions and reasons for the [child's] stay in the territory of [a] Member State” and the child's nationality: *Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358, at para. 56. No single factor dominates the analysis; rather, the application judge should consider the entirety of the circumstances: see *Droit de la famille — 17622*, at para. 30. Relevant considerations may vary according to the age of the child concerned; where the child is an infant, “the environment of a young child is essentially a family environment, determined by the reference person(s) with whom the child lives, by whom the child is in fact looked after and taken care of”: *O.L. v. P.Q.* (2017), C-111/17 (C.J.E.U.), at para. 45.

p. 224). Aucun ressort canadien ne l'applique actuellement, bien que des tribunaux québécois y aient adhéré jusqu'en 2017 (voir *Droit de la famille — 2454*, [1996] R.J.Q. 2509 (C.A.)) pour se tourner alors vers l'approche hybride (voir *Droit de la famille — 17622*, 2017 QCCA 529, par. 20, 27 et 29-30 (CanLII)).

[42] Enfin, l'approche hybride veut qu'au lieu de s'attacher surtout ou seulement à l'intention des parents ou à l'acclimatation de l'enfant, le tribunal appelé à déterminer le lieu de la résidence habituelle pour l'application de l'article 3 se penche sur toutes les considérations pertinentes au vu des faits propres à l'affaire. Rappelons que, au Canada, les tribunaux du Québec l'ont adoptée (voir *Droit de la famille — 17622*, par. 29-30).

[43] Suivant cette approche, le juge des requêtes détermine quel était le point de fuite de la vie de l'enfant, soit « l'environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait », immédiatement avant le déplacement ou le non-retour (Pérez-Vera, p. 428; voir également *Jackson c. Graczyk* (2006), 45 R.F.L. (6th) 43 (C.S.J. Ont.), par. 33). Il tient compte de tous les liens et faits pertinents, à savoir les liens de l'enfant avec le pays A et sa situation dans ce pays, les circonstances du déplacement de l'enfant du pays A au pays B, ainsi que les liens de l'enfant avec le pays B et sa situation dans ce pays.

[44] Au nombre des considérations pertinentes mentionnons « la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour [de l'enfant] sur le territoire [d'un] État membre » et la nationalité de l'enfant (*Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358, par. 56). Aucun élément ne prédomine, le juge des requêtes devant plutôt examiner la situation dans son ensemble (voir *Droit de la famille — 17622*, par. 30). Les considérations pertinentes peuvent varier en fonction de l'âge de l'enfant; lorsqu'il s'agit d'un nourrisson, « [l']environnement [d'un jeune enfant] est essentiellement familial, déterminé par la personne ou les personnes de référence avec lesquelles il vit, qui le gardent effectivement et prennent soin de lui » (*O.L. c. P.Q.* (2017), C-111/17 (C.J.U.E.), par. 45).

[45] The circumstances of the parents, including their intentions, may be important, particularly in the case of infants or young children: see *Mercredi*, at paras. 55-56; *A. v. A. (Children: Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1, at para. 54; *L.K.*, at paras. 20 and 26-27. However, recent cases caution against over-reliance on parental intention. The Court of Justice of the European Union stated in *O.L.* that parental intention “can also be taken into account, where that intention is manifested by certain tangible steps such as the purchase or lease of a residence”: para. 46. It “cannot as a general rule by itself be crucial to the determination of the habitual residence of a child . . . but constitutes an ‘indicator’ capable of complementing a body of other consistent evidence”: para. 47. The role of parental intention in the determination of habitual residence “depends on the circumstances specific to each individual case”: para. 48.

[46] It follows that there is no “rule” that the actions of one parent cannot unilaterally change the habitual residence of a child. Imposing such a legal construct onto the determination of habitual residence detracts from the task of the finder of fact, namely to evaluate all of the relevant circumstances in determining where the child was habitually resident at the date of wrongful retention or removal: see *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, at para. 17; see also *A. v. A.*, at paras. 39-40.

[47] The hybrid approach is “fact-bound, practical, and unencumbered with rigid rules, formulas, or presumptions”: *Redmond v. Redmond*, 724 F.3d 729 (7th Cir. 2013), at p. 746. It requires the application judge to look to the entirety of the child’s situation. While courts allude to factors or considerations that tend to recur, there is no legal test for habitual residence and the list of potentially relevant factors is not closed. The temptation “to overlay the factual concept of habitual residence with legal constructs” must be resisted: *A. v. A.*, at paras. 37-39.

[45] La situation des parents, y compris leurs intentions, peut se révéler importante, surtout dans le cas de nourrissons ou de jeunes enfants (voir *Mercredi*, par. 55-56; *A. c. A. (Children : Habitual Residence)*, [2013] UKSC 60, [2014] A.C. 1, par. 54; *L.K.*, par. 20 et 26-27). Cependant, on a récemment mis les tribunaux en garde contre une trop grande importance accordée à l’intention des parents. Dans l’arrêt *O.L.*, la Cour de justice de l’Union européenne dit que l’intention des parents « peut également être prise en compte, lorsqu’elle est exprimée par certaines mesures tangibles telles que l’acquisition ou la location d’un logement » (par. 46). Elle « ne saurait en principe être à elle seule décisive pour déterminer la résidence habituelle d’un enfant [. . .], mais constitue un “indice” de nature à compléter un faisceau d’autres éléments concordants » (par. 47). Sa fonction dans la détermination du lieu de la résidence habituelle « dépend des circonstances propres à chaque cas » (par. 48).

[46] Il n’existe donc pas de « règle » selon laquelle les actes d’un parent ne peuvent emporter la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle de l’enfant. Assujettir à une telle construction juridique la détermination du lieu de la résidence habituelle rompt avec la tâche qui incombe au juge des faits, à savoir apprécier toutes circonstances pertinentes pour déterminer le ressort dans lequel l’enfant avait sa résidence habituelle au moment du déplacement ou du non-retour illicite (voir *In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, par. 17; voir également *A. c. A.*, par. 39-40).

[47] L’approche hybride est [TRADUCTION] « axée sur les faits, pragmatique et affranchie de l’application rigide de règles, de formules ou de présomptions » (*Redmond c. Redmond*, 724 F.3d 729 (7th Cir. 2013), p. 746). Elle oblige le juge des requêtes à examiner la situation de l’enfant dans sa totalité. Les tribunaux renvoient certes à des éléments ou à des considérations qui se présentent souvent, mais aucun critère juridique ne permet de déterminer le lieu de la résidence habituelle, et la liste des éléments susceptibles d’être pertinents n’est pas exhaustive. Il faut résister à la tentation [TRADUCTION] « de superposer des constructions juridiques à la notion factuelle de résidence habituelle » (*A. c. A.*, par. 37-39).

D. *The Hybrid Approach Should Be Adopted in Canada*

[48] The hybrid approach should be adopted in Canada for the following reasons: (1) the principle of harmonization supports the hybrid approach; and (2) the hybrid approach best conforms to the text, structure, and purpose of the *Hague Convention*.

(1) The Principle of Harmonization Supports the Hybrid Approach

[49] As discussed above, a prime consideration in interpreting treaties is the principle of harmonization. The aim of treaties like the *Hague Convention* is to establish uniform practices in the adhering countries. This Court has faithfully followed this precept: see, for example, *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100, at paras. 82, 126 and 178; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678, at paras. 30 and 42. It follows that this Court should prefer the interpretation that has gained the most support in other courts and will therefore best ensure uniformity of state practice across *Hague Convention* jurisdictions, unless there are strong reasons not to do so.

[50] In recent years, many *Hague Convention* states have adopted a hybrid approach. Absolute consensus has not yet emerged. But the clear trend is to rejection of the parental intention approach and to adoption of the hybrid approach. Recent decisions from the European Union, the United Kingdom, Australia, New Zealand, and the United States endorse the hybrid approach.

[51] The Court of Justice of the European Union adopted the hybrid approach to determining habitual residence in *Mercredi*. It recently confirmed this approach in *O.L.*, holding that a child's habitual residence "corresponds to the place which reflects some degree of integration by the child in a social and family environment", and must be established "taking account of all the circumstances of fact specific to each individual case": para. 42. The court

D. *Le recours à l'approche hybride s'impose au Canada*

[48] Il convient de recourir à l'approche hybride au Canada pour les raisons suivantes : (1) le principe d'harmonisation milite en sa faveur et (2) elle est celle qui se concilie le mieux avec le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*.

(1) Le principe de l'harmonisation milite en faveur de l'approche hybride

[49] Rappelons que l'une des considérations premières lorsqu'il s'agit d'interpréter un traité est le principe d'harmonisation. Le but d'un traité comme la *Convention de La Haye* est l'établissement de pratiques uniformes dans les pays signataires. Notre Cour suit rigoureusement ce précepte (voir p. ex. *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100, par. 82, 126 et 178; *Ezokola c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678, par. 30 et 42). Elle devrait donc privilégier l'interprétation qui recueille le plus l'adhésion des autres juridictions et qui est de nature à assurer le mieux l'uniformité des pratiques de l'État dans les ressorts signataires de la *Convention de La Haye*, à moins que des motifs sérieux ne s'y opposent.

[50] Ces dernières années, bon nombre des États signataires de la *Convention de La Haye* ont opté pour une approche hybride. Nul consensus absolu ne se dégage encore, mais on tend nettement à écarter l'approche fondée sur l'intention des parents au profit de l'approche hybride. Dans des décisions récentes, des tribunaux de l'Union européenne, du Royaume-Uni, d'Australie, de Nouvelle-Zélande et des États-Unis adhèrent à l'approche hybride.

[51] Dans son arrêt *Mercredi*, la Cour de justice de l'Union européenne opte pour l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle. Elle confirmait récemment ce choix dans *O.L.*, où elle conclut que la résidence habituelle de l'enfant « correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de celui-ci dans un environnement social et familial » et que ce lieu doit être déterminé « au regard de l'ensemble des circonstances de fait particulières

held that while parental intention may be relevant in some cases, it must be approached with caution. The European Union comprises 28 countries. The decisions of its Court of Justice bring nearly one-third of the over 90 countries that subscribe to the *Hague Convention* under the umbrella of the hybrid approach to habitual residence.

[52] The Supreme Court of the United Kingdom followed suit in *A. v. A.*, abandoning the parental intention approach to habitual residence in favour of the hybrid approach. Baroness Hale of Richmond concluded that the European approach was preferable to that earlier adopted by the English courts, which had incorrectly shifted the focus of the habitual residence inquiry “from the actual situation of the child to the intentions of his parents”: para. 38. The purposes and intentions of the parents are “merely one of the relevant factors”: para. 54. The Supreme Court recently confirmed the hybrid approach in *In re R.*

[53] A similar movement away from parental intention and towards the hybrid approach can be seen in New Zealand and Australia. The New Zealand Court of Appeal, in *Punter v. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40, expressly rejected counsel’s submission that parental purpose should determine a child’s habitual residence: see paras. 91-108. Instead, the court described the considerations relevant to habitual residence in these terms (at para. 88):

. . . the inquiry into habitual residence [is] a broad factual inquiry. Such an inquiry should take into account all relevant factors, including settled purpose, the actual and intended length of stay in a state, the purpose of the stay, the strength of ties to the state and to any other state (both in the past and currently), the degree of assimilation into the state, including living and schooling arrangements, and cultural, social and economic integration. In this catalogue, . . . settled purpose (and with young children the settled purpose of the parents) is important but not necessarily decisive. It should not in itself override what McGrath J. called . . . the underlying reality of the connection between the child and the particular state . . .

à chaque cas d’espèce » (par. 42). Elle statue que même si l’intention des parents peut parfois importer, il faut faire preuve de prudence à cet égard. L’Union européenne regroupe 28 pays. Les décisions de sa Cour de justice font en sorte que près du tiers des quelque 90 pays qui souscrivent à la *Convention de La Haye* appliquent l’approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle.

[52] Dans *A. c. A.*, la Cour suprême du Royaume-Uni emboîte le pas en abandonnant l’approche fondée sur l’intention des parents au profit de l’approche hybride. La baronne Hale of Richmond conclut que la démarche européenne est préférable à celle que les tribunaux anglais appliquaient jusqu’alors et qui mettait à tort l’accent non pas [TRADUCTION] « sur la situation réelle de l’enfant, mais sur l’intention des parents » (par. 38). Le dessein et l’intention des parents constituent « seulement l’un des éléments à considérer » (par. 54). Récemment, dans *In re R.*, la Cour suprême du Royaume-Uni a confirmé l’application de l’approche hybride.

[53] On observe pareille mise à l’écart de l’approche fondée sur l’intention des parents au profit de l’approche hybride en Nouvelle-Zélande et en Australie. Dans l’arrêt *Punter c. Secretary for Justice*, [2007] N.Z.L.R. 40, la Cour d’appel de Nouvelle-Zélande rejette expressément la prétention de l’avocat selon laquelle le dessein des parents devrait déterminer le lieu de la résidence habituelle de l’enfant (voir par. 91-108). Elle énonce comme suit les considérations qui devraient plutôt présider à cette détermination (au par. 88) :

[TRADUCTION] . . . l’examen relatif à la résidence habituelle [est] largement factuel. Il doit tenir compte de tous les éléments pertinents, dont le dessein arrêté, la durée réelle du séjour dans l’État et la durée dont les parties étaient convenues, l’objet du séjour, la solidité des liens avec l’État en cause et tout autre État (tant dans le passé qu’actuellement), le degré d’intégration dans l’État, y compris les conditions d’habitation et de scolarisation, ainsi que l’intégration culturelle, sociale et économique. Parmi ces éléments, [. . .] le dessein arrêté (dans le cas de jeunes enfants, celui de leurs parents) est important mais pas forcément décisif. Il ne devrait pas à lui seul primer ce que le juge McGrath appelle [. . .] la réalité sous-jacente du lien entre l’enfant et l’État en cause . . .

[54] The High Court of Australia approved *Punter* in *L.K.* Notably, that court observed that while *Punter's* references to “settled purpose” directs attention to the intentions of the parents, the question of habitual residence must still be decided “by reference to *all* the circumstances of any particular case”: para. 44, quoting *In re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562 (H.L.), at p. 578 (emphasis added in *L.K.*).

[55] Finally, while courts in the United States disagree on the appropriate approach to determining habitual residence, there is strong support for the hybrid approach: see *Redmond*, at p. 746; *Martinez v. Cahue*, 826 F.3d 983 (7th Cir. 2016), at p. 990; *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), at pp. 898-99; *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd Cir. 2007), at pp. 271-72; *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), at p. 297. In *Silverman*, the Eighth Circuit Court of Appeals for the United States considered a number of factors relevant to that case: the degree of settled purpose from the perspective of the children, the change in geography (with possessions and pets), the abandonment of the prior residence (including sale of the family home), the passage of time, the parent’s application for benefits, the children’s enrolment in school, and, “to some degree”, the intentions of the parents at the time of the move: see pp. 898-99. In *Tsai-Yi Yang*, the Third Circuit Court of Appeals focused on the circumstances of the child in determining habitual residence, but also considered the intentions of the parents to be relevant: see pp. 271-72. And in *Redmond*, the Seventh Circuit Court of Appeals considered both the intentions of the parents and the circumstances of the child in determining habitual residence, commenting that “[i]n substance, all circuits — ours included — consider *both* parental intent *and* the child’s acclimatization, differing only in their emphasis”: p. 746 (emphasis in original).

[56] It is true that, at one time, many courts applied a parental intention approach to determining

[54] Dans *L.K.*, la Haute Cour d’Australie approuve *Punter*. Elle fait observer en particulier que même si, dans *Punter*, les renvois au « dessein arrêté » attirent l’attention sur l’intention des parents, la résidence habituelle doit toujours être déterminée [TRADUCTION] « en fonction de *toutes* les circonstances propres au dossier » (par. 44, citant *In re J. (A Minor) (Abduction : Custody Rights)*, [1990] 2 A.C. 562 (H.L.), p. 578 (italique ajouté dans *L.K.*)).

[55] Enfin, bien que les tribunaux américains ne s’entendent pas sur l’approche qui convient pour déterminer le lieu de la résidence habituelle, bon nombre d’entre eux appuient le recours à l’approche hybride (voir *Redmond*, p. 746; *Martinez c. Cahue*, 826 F.3d 983 (7th Cir. 2016), p. 990; *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), p. 898-899; *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd Cir. 2007), p. 271-272; *Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), p. 297). Dans l’arrêt *Silverman*, la cour d’appel du huitième circuit des États-Unis se penche sur un certain nombre d’éléments jugés pertinents dans cette affaire, à savoir la mesure dans laquelle le dessein était arrêté du point de vue des enfants, le déplacement géographique (avec effets personnels et animaux de compagnie), l’abandon de la résidence précédente (y compris la vente de la résidence familiale), l’écoulement du temps, la demande de prestations par le parent, l’inscription de l’enfant à l’école et, « jusqu’à un certain point », l’intention qu’avaient les parents au moment du déménagement (voir p. 898-899). Dans *Tsai-Yi Yang*, la cour d’appel du troisième circuit s’attache à la situation de l’enfant pour déterminer le lieu de sa résidence habituelle, mais elle tient aussi pour pertinente l’intention des parents (voir p. 271-272). Dans *Redmond*, la cour d’appel du septième circuit tient compte à la fois de l’intention des parents et de la situation de l’enfant pour déterminer le lieu de la résidence habituelle et fait remarquer que, [TRADUCTION] « essentiellement, tous les circuits, y compris le nôtre, tiennent compte à *la fois* de l’intention des parents *et* de l’acclimatation de l’enfant, seule l’importance accordée respectivement à l’une et à l’autre étant variable » (p. 746 (en italique dans l’original)).

[56] De nombreux tribunaux ont certes un temps eu recours à l’approche fondée sur l’intention des parents

habitual residence under the *Hague Convention*. But more recent cases indicate a clear shift from the parental intention approach to the hybrid approach. A large number of countries — among them countries with which Canada has close legal ties — now adopt a hybrid approach to determining habitual residence under the *Hague Convention*. Within Canada, Quebec courts have recently decided to join this international trend: see *Droit de la famille — 17622*, at paras. 29-30.

[57] The desirability of harmonization weighs heavily in favour of following the dominant thread of *Hague Convention* jurisprudence, unless there are strong reasons to the contrary. As discussed below, no such reasons have been shown. I conclude that this Court should follow the current trend of *Hague Convention* jurisprudence and reject the parental intention approach in favour of the hybrid approach.

(2) The Hybrid Approach Best Conforms to the Text, Structure, and Purpose of the *Hague Convention*

[58] There are good reasons why courts around the world are adopting the hybrid approach. The hybrid approach best adheres to the text, structure, and purpose of the *Hague Convention*.

[59] The hybrid approach best fulfills the goals of prompt return: (1) deterring parents from abducting the child in an attempt to establish links with a country that may award them custody, (2) encouraging the speedy adjudication of custody or access disputes in the forum of the child's habitual residence, and (3) protecting the child from the harmful effects of wrongful removal or retention.

[60] The hybrid approach deters parents from attempting to manipulate the *Hague Convention*. It discourages parents from attempting to alter a child's habitual residence by strengthening ties with a particular state (see my colleagues' reasons, at

pour déterminer le lieu de la résidence habituelle dans le cadre de l'application de la *Convention de La Haye*. Mais il appert nettement de la jurisprudence récente que l'on est passé de cette approche à celle qualifiée d'hybride. Un grand nombre de pays, dont certains avec lesquels le Canada entretient des liens juridiques étroits, se tournent désormais vers l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle dans le cadre de l'application de la *Convention de La Haye*. Au Canada, des tribunaux québécois ont récemment résolu de s'inscrire dans ce courant international (voir *Droit de la famille — 17622*, par. 29-30)

[57] Le caractère souhaitable de l'harmonisation milite fortement en faveur de l'adhésion au courant jurisprudentiel dominant en ce qui concerne l'application de la *Convention de La Haye*, sauf lorsque des motifs sérieux s'y opposent. Comme je l'indique ci-après, de tels motifs n'ont pas été établis. J'arrive à la conclusion que la Cour devrait suivre la tendance actuelle de la jurisprudence relative à la *Convention de La Haye* et abandonner l'approche fondée sur l'intention des parents au profit de l'approche hybride.

(2) L'approche hybride est celle qui se concilie le mieux avec le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*

[58] De bonnes raisons justifient les tribunaux du monde entier de s'en remettre à l'approche hybride. Cette dernière est celle qui respecte le plus le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*.

[59] L'approche hybride respecte le plus les objectifs du retour immédiat, à savoir (1) dissuader les parents de recourir à l'enlèvement dans le but de créer des liens dans un pays où la garde de l'enfant pourrait leur être accordée, (2) favoriser le prononcé rapide d'une décision sur la garde ou le droit de visite dans le ressort où l'enfant a sa résidence habituelle et (3) protéger l'enfant des effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicite.

[60] L'approche hybride est de nature à dissuader les parents de tenter d'exploiter la *Convention de La Haye*. Elle décourage toute tentative de faire en sorte que la résidence habituelle de l'enfant change du fait de la consolidation des liens avec un État en

paras. 134-35; *Mozes*, at p. 1079), for two reasons: (1) parental intent is a relevant consideration under the hybrid approach, and (2) parents who know that the judge will look at *all* of the circumstances will be deterred from creating “legal and jurisdictional links which are more or less artificial” (Pérez-Vera, at p. 429).

[61] By contrast, the parental intention approach facilitates manipulation of the *Hague Convention* scheme. It may lead parents to exercise intention in ways that artificially maintain the child’s habitual residence in the initial state: see Gallagher, at p. 480; S. I. Winter, “Home is where the Heart is: Determining ‘Habitual Residence’ under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction” (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351, at p. 377; *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), at p. 1254. The parental intention approach may also allow parents to create artificial jurisdictional links by way of an agreement stipulating the parents’ shared intent as to the child’s habitual residence: see *Barzilay v. Barzilay*, 600 F.3d 912 (8th Cir. 2010). The hybrid approach guards against these manipulations.

[62] The hybrid approach also promotes prompt custody and access decisions in the most appropriate forum, and thus offers the best hope of *prompt* return of the child. The parental intention and child-centred approaches may, on their face, seem less complex and hence more likely to lead to speedy determination of the habitual residence of the child. But the reality is different. The parental intention approach in practice often leads to detailed and conflicting evidence as to the intentions of the parents: see Schuz, at p. 211. When parents disagree as to their intentions, the application judge may be faced with a large volume of evidence, including oral evidence, on those intentions. The hybrid approach is not an “invitation to litigate”: my colleagues’ reasons, at para. 149. On the contrary, it is the best assurance of a prompt return of the child and resolution of custody.

particulier (voir motifs de mes collègues, par. 134-135; *Mozes*, p. 1079), et ce, pour deux raisons : (1) l’intention des parents demeure une considération pertinente et, (2) comme le tribunal examinera la situation de l’enfant *dans sa totalité*, la création « d[e] liens plus ou moins artificiels de compétence judiciaire » est découragée (Pérez-Vera, p. 429).

[61] À l’opposé, l’approche fondée sur l’intention des parents facilite l’exploitation du régime établi par la *Convention de La Haye*. Elle peut en effet amener les parents à exprimer leur intention de manière à faire en sorte que l’enfant conserve artificiellement sa résidence habituelle dans l’État d’origine (voir Gallagher, p. 480; S. I. Winter, « Home is where the Heart is : Determining “Habitual Residence” under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction » (2010), 33 *Wash. U.J.L. & Pol’y* 351, p. 377; *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), p. 1254). Cette approche peut aussi permettre aux parents de créer des liens artificiels avec un ressort au moyen d’un accord faisant état de leur intention commune quant au lieu de la résidence habituelle de l’enfant (voir *Barzilay c. Barzilay*, 600 F.3d 912 (8th Cir. 2010). L’approche hybride prémunit contre pareilles formes d’exploitation.

[62] L’approche hybride promet par ailleurs le prononcé rapide d’une décision sur la garde et le droit de visite dans le ressort qui convient le plus. Elle offre donc la meilleure chance d’obtenir le retour *immédiat* de l’enfant. L’approche fondée sur l’intention des parents et celle axée sur l’enfant peuvent, à première vue, paraître moins complexes et, de ce fait, plus susceptibles de mener à la détermination rapide du lieu de la résidence habituelle de l’enfant. Or, la réalité est tout autre. Dans les faits, l’approche fondée sur l’intention des parents ouvre souvent la voie à une preuve détaillée et contradictoire sur l’intention des parents (voir Schuz, p. 211). Lorsque ces derniers ne s’entendent pas sur leur intention, le juge des requêtes peut se trouver aux prises avec une preuve abondante sur ce point, y compris une preuve testimoniale. L’approche hybride n’« invit[e] [pas] les parties à saisir la justice » (motifs de mes collègues, par. 149). Au contraire, elle est la plus apte à assurer le retour immédiat de l’enfant et le prononcé rapide d’une décision sur la garde.

[63] This point was pivotal in the recent decision of the Court of Justice of the European Union in *O.L.* The court, employing a hybrid approach, stated that “to consider that the initial intention of the parents is a factor of crucial importance in determining the habitual residence of a child would be detrimental to the effectiveness of the return procedure and to legal certainty” (para. 56), and could “compel the national courts either to gather a substantial quantity of evidence and testimony in order to determine with certainty that intention, which would be difficult to reconcile with the requirement that a return procedure should be expeditious, or to issue their judgments while not in possession of all the relevant information, which would result in legal uncertainty” (para. 59). In a similar manner, the child-centred approach may lead to conflicting evidence, including expert evidence, on the child’s connection to country A and country B. The hybrid approach, by contrast, allows the judge to make an order on all the evidence. In particular, treating parental intention as one consideration among many means that the application judge “may not necessarily have to come to a definitive conclusion as to which parent’s version is more accurate”: Schuz, at p. 212.

[64] The hybrid approach also favours choice of the most appropriate forum. It focuses on the factual connections between the child and the countries in question, as well as the circumstances of the move — considerations that “mirror the closest connection test often used in determining the *forum conveniens*”: Schuz, at p. 210. This allows for custody and access disputes to be adjudicated in the most convenient forum with the best available evidence: see *Punter*, at para. 187. The hybrid approach thus avoids the problem that a child may be found to be habitually resident in a country with which the child has little or no connection: see Schuz, at pp. 209-10.

[65] Finally, by focusing on the actual circumstances of the child, the hybrid approach best protects children from the harmful effects of wrongful removal or retention. Unlike the parental intention approach and the child-centred approach, it allows

[63] Cet aspect s’est révélé décisif dans le récent arrêt *O.L.* de la Cour de justice de l’Union européenne. Sur le fondement d’une approche hybride, ce tribunal estime que « considérer l’intention initiale des parents comme étant un facteur prépondérant pour déterminer la résidence habituelle de l’enfant serait contraire à l’efficacité de la procédure de retour et à la sécurité juridique » (par. 56) et pourrait « contraindre les juridictions nationales soit à recueillir un grand nombre de preuves et de témoignages afin de déterminer avec certitude ladite intention, ce qui serait difficilement compatible avec le caractère expéditif de la procédure de retour, soit à rendre leurs décisions sans disposer de tous les éléments pertinents, ce qui serait source d’insécurité juridique » (par. 59). De même, l’approche axée sur l’enfant peut ouvrir la voie à une preuve contradictoire, y compris une preuve d’expert, concernant les liens de l’enfant avec le pays A et le pays B. À l’opposé, l’approche hybride permet au tribunal de rendre une ordonnance fondée sur la totalité de la preuve. Plus particulièrement, voir dans l’intention des parents une considération parmi bien d’autres fait en sorte que le juge des requêtes [TRADUCTION] « n’est pas nécessairement tenu de tirer une conclusion définitive quant à savoir la version de quel parent est la bonne » (Schuz, p. 212).

[64] L’approche hybride favorise également la désignation du for qui convient le plus. Elle met l’accent sur les liens factuels entre l’enfant et les pays en cause, ainsi que sur les circonstances du déménagement, des considérations qui [TRADUCTION] « correspondent au critère du lien le plus étroit souvent utilisé pour déterminer le *forum conveniens* » (Schuz, p. 210). Le tribunal peut ainsi statuer sur la garde et le droit de visite dans le ressort le plus approprié, à partir de la meilleure preuve possible (voir *Punter*, par. 187). L’approche hybride permet donc d’éviter que le tribunal décide que l’enfant a sa résidence habituelle dans un pays avec lequel il a peu de liens ou n’en a pas (voir Schuz, p. 209-210).

[65] Enfin, parce qu’elle met l’accent sur la situation réelle de l’enfant, l’approche hybride est la plus apte à protéger les enfants des effets nuisibles d’un déplacement ou d’un non-retour illicite. Contrairement à l’approche fondée sur l’intention

all relevant factors to be considered in a fact-based inquiry that does not rely on formulas or presumptions: see *Redmond*, at p. 746.

[66] There is no conflict between the hybrid approach and the “settled in” exception under Article 12: see my colleagues’ reasons, at paras. 120-21 and 131-32. Article 12 comes into play only after habitual residence is determined, and functions to provide a limited exception to the requirement that a child wrongfully removed or retained be returned to his or her habitual residence. It may be that on the hybrid approach habitual residence favours return of the child, but that the one-year period and settling in indicate that the child should not be uprooted and returned to his or her place of habitual residence.

[67] Nor does the hybrid approach “ignor[e] the fact that a child could develop genuine links to a new jurisdiction following a wrongful removal or retention”: my colleagues’ reasons, at para. 146; see also para. 149. Habitual residence is determined immediately prior to the wrongful removal or retention: see Articles 3 and 4. Subsequent links are relevant only to the exception under Article 12.

[68] In sum, the hybrid approach represents a principled advance on the parental intention and child-centred approaches. It recognizes that the child is the focus of the analysis, but acknowledges that it may be necessary to consider parental intention in order to properly assess the child’s connections to a country: see *Schuz*, at p. 192. It is an incremental response to the jurisprudence and the fact-based nature of the inquiry required by the *Hague Convention*.

[69] In doing these things, the hybrid approach faces the shortcomings of the parental intention approach directly and moves beyond them. The fact is that the parental intention approach is unable to

des parents et celle axée sur l’enfant, elle permet la prise en compte de tous les éléments pertinents dans le cadre d’un examen qui privilégie les données factuelles et ne s’en remet pas à l’application de formules ou de présomptions (voir *Redmond*, p. 746).

[66] Il n’y a pas de conflit entre l’approche hybride et l’exception que prévoit l’article 12 lorsque l’enfant « s’est intégré » dans son nouveau milieu (voir motifs de mes collègues, par. 120-121 et 131-132). L’article 12 n’entre en jeu qu’une fois déterminé le lieu de la résidence habituelle et prévoit une exception d’application restreinte à l’obligation d’ordonner le retour dans le pays de la résidence habituelle d’un enfant déplacé ou retenu illicitement. Il se peut que, suivant l’approche hybride, la résidence habituelle milite en faveur du retour de l’enfant, mais que l’écoulement d’une année ou plus et l’intégration justifient de ne pas déraciner l’enfant et de ne pas le renvoyer dans l’État de sa résidence habituelle.

[67] Il est également erroné d’affirmer que l’approche hybride « ne tient pas compte du fait que l’enfant pourrait établir des liens véritables avec le nouveau pays à la suite d’un déplacement ou d’un non-retour illicite » (motifs de mes collègues, par. 146; voir aussi par. 149). La résidence habituelle de l’enfant est celle qu’il avait immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite (voir articles 3 et 4). Les liens établis subséquentement ne sont pertinents que pour l’application de l’exception prévue à l’article 12.

[68] Somme toute, l’approche hybride résulte d’une amélioration raisonnée de l’approche fondée sur l’intention des parents et de celle axée sur l’enfant. Elle reconnaît que l’enfant est au centre de l’analyse, mais aussi qu’il peut être nécessaire de tenir compte de l’intention des parents afin de bien apprécier les liens de l’enfant avec un pays (voir *Schuz*, p. 192). Elle correspond à l’adaptation progressive à la jurisprudence et à la nature foncièrement factuelle de l’examen que commande la *Convention de La Haye*.

[69] Dès lors, l’approche hybride prend acte des failles de l’approche fondée sur l’intention des parents directement et développe plus avant la démarche qui s’impose. Le fait est que l’approche

provide answers in all cases. Courts using this approach have admitted that in some circumstances — such as where parental intent is ambiguous or inconclusive — parental intent is not determinative, and they have considered objective factors connecting the child to the jurisdiction: see my colleagues' reasons, at para. 116; *Gitter*, at p. 134; *Punter*, at para. 107; *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), at p. 1152; *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, at paras. 23 and 32-33. Similarly, courts using the child-centred approach have recognized that parental intention is a relevant factor: see *Redmond*, at p. 746; *Feder*, at p. 224. The hybrid approach simply acknowledges that absolute approaches to determining habitual residence under the *Hague Convention* do not work.

[70] The reality is that every case is unique. The application judge charged with determining the child's habitual residence should not be forced to make a blinkered decision that disregards considerations vital to the case under review. Nor should an approach that tolerates manipulation be adopted. The application judge is best placed to weigh the factors that will achieve the objects of the *Hague Convention* in the case at hand. In the end, the best assurance of certainty lies in following the developing international jurisprudence that supports a multi-factored hybrid approach.

[71] I conclude that the hybrid approach to habitual residence best conforms to the text, structure, and purpose of the *Hague Convention*. There is no reason to decline to follow the dominant trend in *Hague Convention* jurisprudence. The hybrid approach should be adopted in Canada.

[72] I come to the question of whether under the hybrid approach, a child's habitual residence can change while he or she is staying with one parent under the time-limited consent of the other.

[73] Applying the hybrid approach, the application judge considers the intention of the parents that the move would be temporary, and the reasons for that

fondée sur l'intention des parents ne permet pas de statuer dans tous les cas. Des tribunaux y ayant recours reconnaissent que, parfois, cette intention n'est pas décisive (p. ex. lorsqu'elle est équivoque ou incertaine), si bien qu'ils tiennent compte d'éléments objectifs qui rattachent l'enfant au ressort (voir motifs de mes collègues, par. 116; *Gitter*, p. 134; *Punter*, par. 107; *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), p. 1152; *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, par. 23 et 32-33). De même, des tribunaux ayant recours à l'approche axée sur l'enfant reconnaissent l'importance de l'intention des parents (voir *Redmond*, p. 746; *Feder*, p. 224). L'approche hybride reconnaît simplement que l'application d'une approche aux contours stricts pour déterminer le lieu de la résidence habituelle suivant la *Convention de La Haye* est vouée à l'échec.

[70] Dans les faits, chaque cas est unique. Le juge des requêtes appelé à déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant ne devrait pas avoir à rendre une décision qui fait abstraction de considérations essentielles, comme s'il portait des œillères. Il ne devrait pas non plus recourir à une approche qui admet l'exploitation de la *Convention de La Haye*. Il est le mieux placé pour soupeser les éléments qui permettront d'atteindre les objectifs de celle-ci dans le dossier. En fin de compte, la meilleure garantie de certitude réside dans l'adhésion à la jurisprudence internationale qui se fait jour et qui privilégie une approche hybride multifactorielle.

[71] Je conclus que l'approche hybride de la résidence habituelle respecte le mieux le texte, la structure et l'objet de la *Convention de La Haye*. Rien ne justifie le refus de suivre la jurisprudence dominante relative à l'application de celle-ci. L'approche hybride devrait être adoptée au Canada.

[72] Je passe à la question de savoir si, au regard de l'approche hybride, le lieu de la résidence habituelle peut changer pendant que l'enfant habite avec l'un de ses parents pour une durée précise, avec le consentement de l'autre.

[73] Suivant l'approche hybride, le juge des requêtes examine l'intention des parents que le déplacement soit temporaire et les raisons de leur accord.

agreement. But the judge also considers all other evidence relevant to the child's habitual residence. The court must do so mindful of the risk of overlaying the factual concept of habitual residence with legal constructs like the idea that one parent cannot unilaterally change a child's habitual residence, or that a parent's consent to a time-limited stay cannot shift the child's habitual residence. The court must also avoid treating a time-limited consent agreement as a contract to be enforced by the court. Such an agreement may be valuable as evidence of the parents' intention, and parental intention may be relevant to determining habitual residence. But parents cannot contract out of the court's duty, under Canadian laws implementing the *Hague Convention*, to make factual determinations of the habitual residence of children at the time of their alleged wrongful retention or removal.

[74] As this appeal is moot, it is unnecessary to decide whether the application judge's decision that the children were habitually resident in Germany was properly upheld by the Court of Appeal. For the purposes of the next issue, I proceed on the assumption that the father established the requirements of Article 3.

E. *The Child's Objection Under Article 13(2) of the Hague Convention*

[75] The *Hague Convention* provides exceptions to the general rule that the child must be returned forthwith to the country of habitual residence if he or she has been wrongfully removed or retained and the application has been commenced within one year. One of these exceptions is Article 13(2), which provides:

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

Mais il tient également compte de tous les autres éléments de preuve pertinents pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Il doit le faire en demeurant conscient du risque que comporte la superposition à la notion factuelle de résidence habituelle de constructions juridiques comme l'idée qu'un parent ne peut changer unilatéralement le lieu de la résidence habituelle d'un enfant ou que le consentement d'un parent à un séjour d'une durée limitée ne peut modifier ce lieu. Il doit en outre se garder de considérer pareil consentement comme un contrat dont le tribunal doit assurer l'exécution. Un tel accord peut servir à prouver l'intention des parents, et celle-ci peut être pertinente pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Or, les parents ne peuvent convenir d'écarter l'obligation du tribunal, suivant les dispositions canadiennes de mise en vigueur de la *Convention de La Haye*, de tirer des conclusions de fait sur la résidence habituelle de l'enfant au moment du déplacement ou du non-retour illicite allégué.

[74] Le pourvoi étant désormais théorique, point n'est besoin de décider si la Cour d'appel confirme à bon droit la décision de la juge des requêtes selon laquelle les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne. Pour les besoins de la question examinée ci-après, je tiens pour acquis que le père a établi le respect des exigences prévues à l'article 3.

E. *L'opposition de l'enfant suivant l'article 13(2) de la Convention de La Haye*

[75] La *Convention de La Haye* prévoit des exceptions à la règle générale voulant que l'enfant doive être renvoyé immédiatement dans le pays de sa résidence habituelle s'il a fait l'objet d'un déplacement ou d'un non-retour illicite et que la demande a été introduite dans un délai inférieur à un an. L'une de ces exceptions est prévue à l'article 13(2), qui dispose :

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

[76] The exceptions to the rule that the child should be returned to the country of the child's habitual residence are just that — exceptions. Their elements must be established, and they do not confer a general discretion on the application judge to refuse to return the child. Article 13(2) is an exception to the general rule that a wrongfully removed or retained child must be returned to her country of habitual residence, and it should not be read so broadly that it erodes the general rule: see Pérez-Vera, at p. 434. This, however, does not preclude a fact-based, common-sense approach to determining whether the elements of Article 13(2) are established, as discussed below.

[77] The application judge's discretion to refuse to return the child to the country of habitual residence arises only if the party opposing return establishes that: (1) the child has reached an appropriate age and degree of maturity at which his or her views can be taken into account, and (2) the child objects to return: see Pérez-Vera, at pp. 433 and 450; Schuz, at p. 319; P. McEleavy, "Evaluating the views of abducted children: trends in appellate case-law" (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230, at p. 232; *De Silva v. Pitts*, 2008 ONCA 9, 232 O.A.C. 180, at para. 42; *Thompson v. Thompson*, 2017 ABCA 299, at para. 16 (CanLII); *In re M. (Abduction: Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288, at para. 46.

[78] Although much ink has been spilled on precisely what must be shown, it is telling that the *Hague Convention* does not specify particular requirements or procedures to establish sufficient age and maturity and an objection. Basically, it is for the application judge to determine, as a matter of fact, whether those elements are established. In most cases, the object of Article 13(2) can be achieved by a single process in which the judge decides if the child possesses sufficient age and maturity to make her evidence useful, decides if the child objects to return, and, if so, exercises his or her judicial discretion as to whether to return the child.

[76] Les exceptions à la règle générale voulant que doive être ordonné le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ne sont précisément que cela, des exceptions. Les conditions de leur application doivent être réunies, et elles ne confèrent pas au juge des requêtes un pouvoir discrétionnaire général qui lui permet de refuser d'ordonner le retour de l'enfant. L'article 13(2) prévoit une exception à la règle générale selon laquelle l'enfant déplacé ou retenu illicitement doit être renvoyé dans le pays de sa résidence habituelle, et il ne faut pas l'interpréter si largement que le caractère général de la règle en soit compromis (voir Pérez-Vera, p. 434). Il demeure toutefois possible de recourir à une méthode axée sur les faits et sur le sens commun pour décider si les conditions énoncées à l'article 13(2) sont réunies. J'y reviendrai.

[77] Le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge des requêtes de refuser d'ordonner le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle ne naît que si la personne qui s'oppose au retour établit (1) que l'enfant a atteint un âge et une maturité où il peut être tenu compte de son opinion et (2) qu'il s'oppose au retour (voir Pérez-Vera, p. 433 et 450; Schuz, p. 319; P. McEleavy, « Evaluating the views of abducted children : trends in appellate case-law » (2008), 20 *C.F.L.Q.* 230, p. 232; *De Silva c. Pitts*, 2008 ONCA 9, 252 O.A.C. 180, par. 42; *Thompson c. Thompson*, 2017 ABCA 299, par. 16 (CanLII); *In re M. (Abduction : Rights of Custody)*, [2007] UKHL 55, [2008] 1 A.C. 1288, par. 46).

[78] Les éléments précis qu'il faut prouver ont certes fait couler beaucoup d'encre, mais il est révélateur que la *Convention de La Haye* ne prévoit pas d'exigences ou de démarches particulières pour établir l'âge et la maturité voulus et l'opposition. Il appartient foncièrement au juge des requêtes de décider à partir des faits si ces éléments sont établis. La plupart du temps, l'objectif de l'article 13(2) peut être atteint au moyen d'une seule mesure judiciaire qui consiste à décider s'il a un âge et une maturité qui rendent son témoignage utile, à décider s'il s'oppose au retour et, le cas échéant, à exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet d'ordonner ou non son retour.

[79] Determining sufficient age and maturity in most cases is simply a matter of inference from the child's demeanor, testimony, and circumstances: see *Thompson*, at para. 17; *England v. England*, 234 F.3d 268 (5th Cir. 2000), at pp. 273-74, per DeMoss J., dissenting; M. Fernando and N. Ross, "Stifled Voices: Hearing Children's Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia" (2018), 32 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.* 93, at pp. 102-3. In some cases, it may be appropriate to call expert evidence or have the child professionally examined: see *R.M. v. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230, at paras. 25-26; Greene, at pp. 127-28. However, this should not be allowed to delay the proceedings.

[80] As in the case of age and maturity, the child's objection should be assessed in a straight-forward fashion — without the imposition of formal conditions or requirements not set out in the text of the *Hague Convention*.

[81] If the elements of (1) age and maturity and (2) objection are established, the application judge has a discretion as to whether to order the child returned, having regard to the "nature and strength of the child's objections, the extent to which they are 'authentically her own' or the product of the influence of the abducting parent, the extent to which they coincide or are at odds with other considerations which are relevant to her welfare, as well as the general Convention considerations": *In re M.*, at para. 46.

F. Delay

[82] The time it took to bring this *Hague Convention* application to hearing and resolve the ensuing appeals was unacceptably long. In another context, this Court has recently decried a culture of complacency towards delay within the justice system: see *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631, at para. 4. Complacency towards judicial delay is objectionable in all contexts, but some disputes can better tolerate it. *Hague Convention* cases cannot.

[79] Dans la plupart des cas, le caractère suffisant de l'âge et de la maturité s'infère simplement du comportement de l'enfant, de son témoignage et des circonstances qui lui sont propres (voir *Thompson*, par. 17; *England c. England*, 234 F.3d 268 (5th Cir. 2000), p. 273-274, le juge DeMoss, dissident; M. Fernando et N. Ross, « Stifled Voices : Hearing Children's Objections in Hague Child Abduction Convention Cases in Australia » (2018), 32 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.* 93, p. 102-103). Dans certains cas, le témoignage d'un expert ou l'examen de l'enfant par un spécialiste peut être indiqué (voir *R.M. c. J.S.*, 2013 ABCA 441, 566 A.R. 230, par. 25-26; Greene, p. 127-128). Cependant, de telles démarches ne doivent pas retarder le déroulement de l'instance.

[80] Comme pour l'âge et la maturité, le tribunal doit apprécier l'opposition purement et simplement, sans exiger le respect de conditions ou d'exigences de forme qui ne figurent pas dans la *Convention de La Haye*.

[81] Lorsque les éléments que sont (1) l'âge et la maturité et (2) l'opposition sont établis, le juge des requêtes jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'ordonner ou non le retour de l'enfant eu égard à ce qui suit : [TRADUCTION] « les motifs pour lesquels l'enfant s'oppose au retour et la vigueur de cette opposition, si ces motifs sont "vraiment les siens" ou sont invoqués sous l'influence du parent ravisseur, s'ils coïncident ou non avec d'autres considérations liées au bien-être de l'enfant, et les considérations générales qui sous-tendent la Convention » (*In re M.*, par. 46).

F. Lenteur du système de justice

[82] En l'espèce, le temps qui s'est écoulé avant que l'on entende la demande fondée sur la *Convention de La Haye* et qu'il soit statué sur les appels interjetés subséquentement a été trop long. Dans un autre contexte, la Cour a récemment déploré une culture de complaisance à l'égard de la lenteur du système de justice (voir *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 4). Pareille complaisance est toujours condamnable, mais certaines instances en souffrent moins que d'autres. Ce n'est pas le cas de l'instance engagée sur le fondement de la *Convention de La Haye*.

[83] The first object of the *Hague Convention* is the prompt return of children: see Article 1(a). For this reason, contracting states are required, by Article 2, to “use the most expeditious procedures available” to secure within their territories the implementation of the *Hague Convention*'s objects.

[84] Article 11 specifically requires the contracting states' judicial authorities to “act expeditiously in proceedings for the return of children”. Responsibility for performing Canada's Article 11 obligation falls to judges and court administrators. This is unusual, but it is not unheard of. Canada is a party to other treaties that depend, in part, on judicial action to ensure performance.

[85] When international agreements come before the courts, performance of Canada's obligation to apply and interpret them according to the rules of treaty interpretation falls to Canada's judges. Lord Diplock made this point, in respect of United Kingdom courts, in *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251 (H.L.), at p. 283:

By ratifying the Convention, Her Majesty's Government has undertaken an international obligation on behalf of the United Kingdom to interpret future treaties in this manner and since under our constitution the function of interpreting the written law is an exercise of judicial power and rests with the courts of justice, that obligation assumed by the United Kingdom falls to be performed by those courts.

[86] *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, is another example. The central question was whether the Court should make an evidentiary order in favour of Swiss investigators acting under a Swiss-British extradition treaty binding on Canada. Justice Dickson (as he then was), at p. 409, noted that by granting the order the Court would ensure Canada's performance of its treaty obligation to Switzerland:

The argument in favour of granting the order in the case at bar does not rest merely on the notion of “comity”. It rests on treaty. In responding affirmatively to the request which has been made the Court will be recognizing and giving

[83] Le premier objectif de la *Convention de La Haye* est le retour immédiat de l'enfant (voir article 1a)). C'est pourquoi, à l'article 2, les États contractants sont tenus de « recourir à leurs procédures d'urgence » pour assurer, dans les limites de leur territoire, la réalisation des objectifs de la *Convention de La Haye*.

[84] L'article 11 oblige expressément les autorités judiciaires des États contractants à « procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant ». Il appartient aux juges et aux administrateurs judiciaires de s'acquitter de l'obligation que l'article 11 fait au Canada, ce qui est inhabituel, mais non sans précédent. Le Canada est signataire d'autres traités dont l'application repose en partie sur l'action judiciaire.

[85] Lorsqu'un tribunal canadien est saisi d'un litige sur l'application d'un accord international, il lui incombe de s'acquitter de l'obligation du Canada d'appliquer et d'interpréter cet accord conformément aux règles d'interprétation des traités. Dans l'arrêt *Fothergill c. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] A.C. 251 (H.L.), p. 283, lord Diplock fait la remarque suivante au sujet des tribunaux du Royaume-Uni :

[TRADUCTION] En ratifiant la Convention, le gouvernement de Sa Majesté a contracté, au nom du Royaume-Uni, l'obligation internationale d'interpréter ainsi les traités futurs, et puisque, selon notre Constitution, l'interprétation du droit écrit constitue un exercice du pouvoir judiciaire et relève des cours de justice, celles-ci doivent s'acquitter de cette obligation du Royaume-Uni.

[86] L'arrêt *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, offre un autre exemple. Dans cette affaire, il s'agissait principalement de décider si la Cour devait rendre une ordonnance en matière de preuve au bénéfice d'enquêteurs suisses qui se réclamaient d'un traité d'extradition anglo-suisse liant le Canada. Le juge Dickson (plus tard juge en chef) souligne à la p. 409 que, en rendant l'ordonnance, la Cour ferait en sorte que le Canada s'acquitte de son obligation envers la Suisse suivant le traité :

L'argument en faveur de l'octroi de l'ordonnance en l'espèce ne repose pas seulement sur la notion de la « courtoisie ». Il se fonde sur un traité. En répondant par l'affirmative à la demande, la Cour reconnaîtra et

effect to a duty to which Canada is subject, by treaty, under international law. [Emphasis added.]

[87] So it was up to the judicial authorities in this case to ensure Canada lived up to its obligation to act expeditiously. I am doubtful that we did so. While each of the three Ontario courts involved in the process gave their judgments quickly, the proceeding still moved too slowly. The key steps in this proceeding, and ensuing delays, were as follows:

- (1) 26 June 2014: The father commences his *Hague Convention* proceeding by application in the Ontario Superior Court of Justice at St. Catharines. This was about six weeks before August 15, 2014, when the father's time-limited consent ended.
- (2) 9 March 2015: The application comes on for hearing before MacPherson J., *a delay of nearly seven months after the expiry of the consent agreement*. The application judge attributes this delay to the father's decision to proceed in Germany despite having commenced (and not discontinued) in Ontario.
- (3) 21 April 2015: The application is heard for a second day to consider submissions on whether the court should order the appointment of the Office of the Children's Lawyer. The court did so, requiring that the OCL act on an expedited basis to provide evidence as to the children's objections to returning to Germany.
- (4) 7 August 2015: The OCL files evidence in the proceeding, now *nearly one year after the expiry of the consent period*.
- (5) 27 August 2015: Three days after the third and final day of the hearing, MacPherson J. orders the children's return to Germany with reasons for judgment.
- (6) 30 November 2015: The Divisional Court hears the mother's appeal, *three months after MacPherson J.'s order*.

appliquera une obligation qui incombe au Canada en droit international, en vertu d'un traité. [Je souligne.]

[87] Ainsi, en l'espèce, il appartenait aux autorités judiciaires de faire en sorte que le Canada s'acquitte de son obligation d'agir sans tarder. Je doute qu'elles l'aient fait. Les trois tribunaux ontariens saisis ont certes rendu jugement rapidement, mais les instances se sont déroulées encore trop lentement. Voici les principales étapes de l'instance et le temps écoulé correspondant :

- (1) 26 juin 2014 : Le père saisit de sa demande fondée sur la *Convention de La Haye* la Cour supérieure de justice de l'Ontario, à St. Catharines, soit environ six semaines avant le 15 août, date à laquelle prenait fin la période visée par son consentement.
- (2) 9 mars 2015 : La demande est entendue par la juge MacPherson, *soit presque sept mois après l'expiration de la période visée par le consentement*. La juge des requêtes attribue ce retard à la décision du père de saisir les tribunaux allemands même s'il avait engagé une instance (dont il ne s'était pas désisté) en Ontario.
- (3) 21 avril 2015 : Le tribunal siège une deuxième journée pour entendre les parties sur l'opportunité de désigner le BAE pour défendre les intérêts des enfants. Le tribunal juge la mesure opportune et exige du BAE qu'il présente sans tarder ses éléments de preuve concernant l'opposition des enfants à leur retour en Allemagne.
- (4) 7 août 2015 : Le BAE dépose sa preuve, soit alors *presque un an après l'expiration de la période visée par le consentement*.
- (5) 27 août 2015 : Trois jours après le troisième et dernier jour de l'audience, la juge MacPherson ordonne le retour des enfants en Allemagne, motifs à l'appui.
- (6) 30 novembre 2015 : La Cour divisionnaire entend l'appel de la mère, *soit presque trois mois après l'ordonnance de la juge MacPherson*.

- | | |
|---|---|
| (7) 5 January 2016: The Divisional Court allows the appeal from MacPherson J.'s order. | (7) 5 janvier 2016 : La Cour divisionnaire accueille l'appel visant l'ordonnance de la juge MacPherson. |
| (8) 31 August 2016: The Court of Appeal for Ontario hears the father's appeal from the decision of the Divisional Court. <i>Over two years have now passed since the expiry of the father's time-limited consent.</i> | (8) 31 août 2016 : La Cour d'appel de l'Ontario entend l'appel du père à l'encontre de la décision de la Cour divisionnaire, <i>soit plus de deux ans après l'expiration de la période visée par le consentement.</i> |
| (9) 13 September 2016: The Court of Appeal allows the appeal and restores MacPherson J.'s order. The Court of Appeal notes (at para. 82) that <i>by this time the children have already been in Ontario for more than three years</i> and "moving them back to Germany is likely to be difficult". | (9) 13 septembre 2016 : La Cour d'appel accueille l'appel et rétablit l'ordonnance de la juge MacPherson. Elle souligne (au par. 82 de ses motifs) que <i>les enfants se trouvent alors déjà en Ontario, depuis plus de trois ans</i> , et que [TRADUCTION] « les renvoyer en Allemagne risque d'être difficile ». |
| (10) 14 October 2016: The OCL files a notice of application for leave to appeal to this Court and a stay of execution of the Court of Appeal's order. The OCL also applies to the Court of Appeal for a stay. Benotto J.A. of the Court of Appeal dismisses the application in that court. Justice Moldaver dismisses the stay application in this Court. | (10) 14 octobre 2016 : Le BAE dépose à la Cour un avis de demande d'autorisation d'appel accompagnée d'une demande de sursis à l'exécution de l'ordonnance de la Cour d'appel. Il demande également un sursis à la Cour d'appel, qui le déboute par la voix du juge Benotto. Le juge Moldaver rejette la demande de sursis au nom de la Cour. |
| (11) 15 October 2016: The children return to Germany, <i>26 months after the expiry of the father's time-limited consent.</i> | (11) 15 octobre 2016 : Les enfants rentrent en Allemagne, <i>soit 26 mois après l'expiration de la période visée par le consentement.</i> |
| (12) 27 April 2017: This Court grants the OCL's application for leave to appeal, <i>over six months after it was filed.</i> | (12) 27 avril 2017 : La Cour accueille la demande d'autorisation d'appel du BAE, <i>soit plus de six mois après son dépôt.</i> |
| (13) 1 May 2017: Having learned the appeal may be moot, the Court seeks submission from the parties. | (13) 1 ^{er} mai 2017 : Après avoir appris que le pourvoi risquait d'être théorique, la Cour demande aux parties de formuler des observations. |
| (14) 9 November 2017: At the hearing of the appeal in this Court, all parties acknowledged, by this point, that the appeal would have no bearing on the residence of the children. | (14) 9 novembre 2017 : À l'audition du pourvoi par la Cour, toutes les parties reconnaissent que l'issue du pourvoi n'aura aucune incidence sur la résidence des enfants. |

[88] Despite the quick work of all the judges below in deciding the case before them and releasing reasons for their decisions, this proceeding was unacceptably delayed. The hardship and anxiety that such delays impose on children are exactly what the *Hague Convention's* contracting parties sought to

[88] Même si les juges de toutes les juridictions inférieures se sont efforcés de statuer et de rendre leurs motifs rapidement, le dénouement de l'instance a été retardé de manière inacceptable. Ce sont précisément les difficultés et l'anxiété que peuvent causer de tels retards à un enfant que les États signataires

prevent by insisting on prompt return and expeditious procedures.

[89] In light of this appeal, this Court has taken steps to ensure that *Hague Convention* cases are flagged internally and expedited by our registry. I hope other Canadian courts will consider what further steps they can take to ensure that *Hague Convention* proceedings are determined using the most expeditious procedures available. Judges seized of *Hague Convention* applications should not hesitate to use their authority to expedite proceedings in the interest of the children involved. Unlike much civil litigation in Canada, *Hague Convention* proceedings should be judge-led, not party-driven, to ensure they are determined expeditiously.

IV. Conclusion

[90] This Court adopts the hybrid approach to determining habitual residence under Article 3 of the *Hague Convention*, and a non-technical approach to considering the child's objection under Article 13(2).

[91] The children were returned to Germany, and the German courts granted the mother custody. The children are now living with their mother in Canada, and there are no outstanding legal issues. There will be no award of costs.

The reasons of Moldaver, Côté and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Overview

[92] The *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 (“*Hague Convention*” or “*Convention*”), establishes an international legal framework that aims to deter the abduction of children across state borders. In

de la *Convention de La Haye* ont voulu prévenir en privilégiant le retour immédiat et le recours à des procédures d'urgence.

[89] Dans la foulée du présent pourvoi, la Cour a pris des mesures afin que les dossiers relatifs à la *Convention de La Haye* soient repérés rapidement et traités sans tarder par son greffe. J'ose espérer que les autres cours de justice du pays examineront les mesures qu'elles pourraient prendre par ailleurs pour faire en sorte que les instances fondées sur la *Convention de La Haye* soient tranchées en application de leurs procédures d'urgence. Le juge saisi d'une demande fondée sur la *Convention de La Haye* ne devrait pas hésiter à exercer son pouvoir pour accélérer le déroulement de l'instance dans l'intérêt de l'enfant en cause. Contrairement à la conduite de bien des instances civiles au Canada, celle d'une instance fondée sur la *Convention de La Haye* devrait relever du juge et non des parties de manière à assurer la rapidité du déroulement.

IV. Conclusion

[90] La Cour adopte l'approche hybride pour déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant suivant l'article 3 de la *Convention de La Haye* et une approche non technique pour se prononcer sur l'opposition de l'enfant suivant l'article 13(2).

[91] Les enfants sont rentrés en Allemagne, et les tribunaux allemands ont accordé leur garde à la mère, si bien qu'ils vivent désormais avec elle au Canada et qu'il n'y a plus de litige à trancher. Aucuns dépens ne sont adjugés.

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents) —

I. Aperçu

[92] La *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (« *Convention de La Haye* » ou « *Convention* »), établit un cadre juridique international pour prévenir l'enlèvement transfrontière d'enfants. Dans certaines

certain circumstances, it requires courts to order the return of a child to another country, if the child was “wrongfully removed or retained” in a different jurisdiction. This analysis turns, in part, on where the child was “habitually resident” at the time of the alleged removal or retention. The meaning of habitual residence in Article 3 of the *Convention* is the central issue in this appeal.

[93] The father, one of the respondents, filed an application under the *Convention* seeking to have his two children returned from Canada to Germany. In his view, their mother wrongfully retained the children in Canada by refusing to return them to Germany after the expiry of the father’s letter of consent, which permitted the children to travel to and live in Canada with their mother for a period of roughly 16 months.

[94] The application judge found that the children were habitually resident in Germany at the time of their retention in Canada and ordered their return to Germany (2015 ONSC 5383). The Divisional Court allowed the mother’s appeal, concluding that the children’s habitual residence had changed to Canada during their stay (2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159). The Court of Appeal for Ontario restored the order of the application judge, finding that the children’s habitual residence did not change from Germany during their stay in Canada pursuant to the father’s time-limited consent (2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735).

[95] We agree with the Court of Appeal. In our view, the children were habitually resident in Germany at the time of the alleged wrongful retention in Canada because there was no shared parental intent for Canada to become the children’s habitual residence. To the contrary, the father’s consent permitting the children to travel to and live in Canada was expressly time limited. Therefore, we would dismiss the appeal.

circonstances, elle impose au tribunal d’ordonner le retour d’un enfant dans son pays lorsque ce dernier a été « déplacé ou retenu illicitement » dans un pays différent. L’issue de l’analyse repose en partie sur le lieu où l’enfant « avait sa résidence habituelle » au moment où il aurait été déplacé ou retenu. La signification de la résidence habituelle dont fait mention l’article 3 de la *Convention* est au cœur du présent pourvoi.

[93] L’un des intimés, le père, a demandé le retour de ses deux enfants du Canada vers l’Allemagne en application de la *Convention*. Il a fait valoir que leur mère les avait retenus illicitement au Canada en refusant de les renvoyer en Allemagne à l’expiration du consentement du père attesté par lettre, lequel permettait aux enfants de se rendre et de vivre au Canada avec leur mère pour une période d’environ 16 mois.

[94] La juge des requêtes a conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment de leur rétention au Canada et a ordonné leur retour en Allemagne (2015 ONSC 5383). La Cour divisionnaire a accueilli l’appel de la mère et conclu que la résidence habituelle des enfants avait changé pour le Canada durant leur séjour (2016 ONSC 55, 344 O.A.C. 159). La Cour d’appel de l’Ontario a rétabli l’ordonnance de la juge des requêtes au motif que la résidence habituelle des enfants en Allemagne n’avait pas changé pendant le séjour d’une durée limitée au Canada auquel avait consenti le père (2016 ONCA 680, 133 O.R. (3d) 735).

[95] Nous sommes d’accord avec la Cour d’appel. Selon nous, les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne au moment où ils auraient été retenus illicitement au Canada, car il n’y avait pas d’intention commune des parents de faire du Canada le lieu de la résidence habituelle des enfants. Au contraire, le consentement du père à ce que les enfants séjournent au Canada visait une période expressément limitée. Nous sommes donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Facts

[96] The mother and father were married in Ontario in 2000 and moved to Germany in 2001. Their two children were both born in Germany — in 2002 and 2005, respectively. In 2011, the parents separated and the father was granted interim custody of the children.

[97] By September 2012, the parents had reunited, and the family once again lived together until April 2013. At that point, the children were experiencing difficulties in school. These academic troubles were, at least in part, what prompted the move to Canada. The father, who remained in Germany, signed a letter of consent permitting the children to travel to and live in Canada with their mother until August 15, 2014. He also signed a notarized letter temporarily transferring custody to the mother, so that the children could be enrolled in school. The father characterized the move as an “educational exchange” opportunity that would allow the children to spend the 2013-2014 school year in Canada. Both children moved to Canada with their mother in April 2013 pursuant to this mutually agreed-upon arrangement.

[98] The father revoked his consent in March 2014, five months before it was set to expire. He subsequently commenced a *Hague Convention* proceeding in Ontario. The Ontario proceedings were delayed for approximately 10 months while he sought relief in Germany — in particular, a custody application (which was dismissed on the basis that the German courts lacked jurisdiction while the children were living in Canada) and a *Hague Convention* petition (which he eventually withdrew at the suggestion of the German court).

[99] After the Ontario proceedings and subsequent appeals concluded — with the Court of Appeal reinstating the application judge’s return order — the children returned to Germany in October 2016. Custody proceedings then took place in Germany, where the family court granted the mother sole custody in December 2016. The children returned to Canada to

II. Faits

[96] La mère et le père se sont mariés en Ontario en 2000 et ont déménagé en Allemagne en 2001. Leurs deux enfants sont nés en Allemagne en 2002 et en 2005, respectivement. En 2011, les époux se sont séparés et le père a obtenu la garde intérimaire des enfants.

[97] En septembre 2012, les parents ont repris la vie commune et la famille a de nouveau vécu ensemble jusqu’en avril 2013. Les enfants éprouvaient alors des difficultés à l’école, ce qui est à l’origine, du moins en partie, de leur séjour au Canada. Comme il allait demeurer en Allemagne, le père a signé une lettre dans laquelle il consentait à ce que les enfants se rendent au Canada et y vivent avec leur mère jusqu’au 15 août 2014. Il a également signé une lettre devant notaire dans laquelle il transférait temporairement la garde à la mère afin que les enfants puissent être inscrits à l’école. Le père voyait le séjour comme un [TRADUCTION] « échange étudiant » qui permettrait aux enfants de passer l’année scolaire 2013-2014 au Canada. Les deux enfants ont quitté l’Allemagne à destination du Canada avec leur mère en avril 2013, conformément à l’entente intervenue entre leurs parents.

[98] Le père a révoqué son consentement en mars 2014, soit cinq mois avant l’expiration de la période convenue. Il a ensuite engagé en Ontario une instance fondée sur la *Convention de La Haye*. Le déroulement de l’instance ontarienne a été retardé d’environ 10 mois tandis qu’il saisissait les tribunaux d’Allemagne, notamment d’une demande de garde (qui a été rejetée au motif que les tribunaux allemands n’avaient pas compétence pendant que les enfants vivaient au Canada), et d’une demande fondée sur la *Convention de La Haye* (dont il s’est finalement désisté à l’instigation des tribunaux allemands).

[99] Après le dénouement des procédures ontariennes, y compris les appels interjetés — la Cour d’appel ayant rétabli l’ordonnance de retour de la juge des requêtes —, les enfants sont rentrés en Allemagne en octobre 2016. Une procédure relative à la garde des enfants a été entreprise en Allemagne devant le tribunal de la famille, lequel a accordé la

live with their mother in April 2017. As the children now live in Canada under the exclusive custody of their mother, this appeal is moot. The Court agreed to hear this case to resolve the important question of how habitual residence should be determined in subsequent *Hague Convention* proceedings.

III. The Hague Convention

[100] The *Hague Convention* was adopted in response to the problem of international parental child abduction, which became a growing concern by the mid-1970s. It provides a mechanism for courts in one country to order the return of a child to another country where it finds that the child was wrongfully removed or retained. The concept of habitual residence is central to this framework.

[101] Article 12 of the *Convention* contains the return provision that authorizes a court to issue a return order. It states:

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preceding paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child.

[102] Article 3 of the *Convention* defines the circumstances in which a removal or retention is

garde exclusive à la mère en décembre 2016. Les enfants sont revenus au Canada pour y vivre avec leur mère en avril 2017. Étant donné que les enfants vivent désormais au Canada et que leur mère s'est vu accorder leur garde exclusive, le présent pourvoi est théorique. La Cour a cependant accepté d'entendre l'affaire afin de statuer sur l'importante question concernant la démarche à suivre pour déterminer le lieu de la résidence habituelle dans une instance fondée sur la *Convention de La Haye*.

III. La Convention de La Haye

[100] La *Convention de La Haye* a été adoptée afin de contrer le problème de l'enlèvement international d'enfant par l'un des parents, un problème qui a pris de l'ampleur au milieu des années 1970. Elle prévoit un mécanisme qui permet au tribunal d'un pays d'ordonner le retour d'un enfant dans un autre pays lorsqu'il estime que l'enfant a été déplacé ou retenu illicitement. La notion de résidence habituelle est au cœur de ce cadre d'analyse.

[101] L'article 12 de la *Convention*, qui porte sur le retour, autorise le tribunal à ordonner cette mesure. En voici le libellé :

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre État, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant.

[102] L'article 3 de la *Convention* précise les circonstances dans lesquelles le déplacement ou le

wrongful, thereby triggering the return mechanism in Article 12:

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

- (a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
- (b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph (a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

[103] Under these provisions, courts presented with return applications pursuant to Article 12 must perform a two-step analysis. The first step is to determine the child's habitual residence immediately before the wrongful removal or retention. If the child was removed from his or her habitual residence or retained in another country by one parent in breach of the other parent's custody rights, then that removal or retention is deemed to be wrongful under Article 3. This triggers the return provision in Article 12.

[104] The second step is to determine whether an exception to the return order applies, such that the child should not be returned to his or her habitual residence. Three articles of the *Convention* contain exceptions. First, Article 12 provides that if one year or more has passed since the date of the wrongful removal or retention, the court can consider whether the child "is now settled in its new environment", in which case the court has discretion to refuse to make the order. There is no dispute that this exception does not apply here because the father brought his application within one year of the alleged wrongful

non-retour est illicite, enclenchant ainsi le mécanisme de retour prévu à l'article 12 :

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite :

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État.

[103] Suivant ces dispositions, le tribunal saisi d'une demande de retour fondée sur l'article 12 doit se livrer à une analyse en deux étapes. La première consiste à déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant son déplacement ou son non-retour illicite. Si l'enfant a été déplacé du lieu de sa résidence habituelle ou retenu dans un autre pays par l'un des parents en violation du droit de garde de l'autre, ce déplacement ou ce non-retour est réputé illicite suivant l'article 3, ce qui enclenche le mécanisme de retour prévu à l'article 12.

[104] À la deuxième étape, le tribunal se demande si une exception s'applique, de sorte que l'enfant ne devrait pas être renvoyé dans le lieu de sa résidence habituelle. Trois articles de la *Convention* prévoient des exceptions. Premièrement, l'article 12 dispose que lorsqu'un an ou plus s'est écoulé depuis le déplacement ou le non-retour illicite, le tribunal peut examiner si l'enfant « s'est intégré dans son nouveau milieu », auquel cas il a discrétion pour refuser d'ordonner le retour. Il n'est pas contesté que cette exception ne s'applique pas en l'espèce, car le père a présenté sa demande moins d'une année après le

retention — namely, following the expiration of his time-limited consent on August 15, 2014.

[105] Second, Article 13 provides that, notwithstanding Article 12, certain other exceptions may warrant a refusal of a return order. These exceptions are: where the parent left behind has consented to, or acquiesced in, the child's removal or retention; where there is a grave risk that return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation; or where the child objects to return and is of an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of his or her views.

[106] Finally, Article 20 provides a further exception where the child's return would not be permitted by the fundamental principles of the requested state relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.

[107] Any of these exceptions could apply only after a court has made an initial determination as to where the child was habitually resident at the time of the removal or retention. This approach is sensible: if the child was not habitually resident in the country to which the petitioner is seeking a return order, there is no need to consider whether any exception applies as no return order will be made.

[108] The central dispute in this appeal is at the first step of the analysis: deciding where the children are habitually resident under Article 3 (for purposes of determining whether to issue a return order under Article 12).

IV. Habitual Residence Under Article 3

[109] Three approaches have emerged in international jurisprudence for determining habitual residence, which the majority defines as follows: the *parental intention approach*, which “determines the habitual residence of a child by the intention of the parents with the right to determine where the child lives” (para. 40); the *child-centred approach*, which “determines a child's habitual residence

non-retour illicite allégué, soit après l'expiration de la durée de son consentement limité (le 15 août 2014).

[105] Deuxièmement, l'article 13 prévoit que, notwithstanding l'article 12, d'autres exceptions peuvent justifier le refus d'ordonner le retour. Ces exceptions sont les suivantes : le parent laissé derrière a consenti ou acquiescé au déplacement ou au non-retour de l'enfant; il existe un risque grave que le retour de l'enfant l'expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière le place dans une situation intolérable; l'enfant s'oppose à son retour et a atteint un âge et une maturité où il est approprié de tenir compte de son opinion.

[106] Enfin, l'article 20 prévoit une exception dans le cas où le retour de l'enfant ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis relativement à la sauvegarde des droits de l'homme et aux libertés fondamentales.

[107] Chacune de ces exceptions peut seulement s'appliquer après qu'une cour de justice a d'abord décidé où l'enfant avait sa résidence habituelle au moment du déplacement ou du non-retour. Cette démarche tombe sous le sens : si l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle dans le pays visé par la demande d'ordonnance de retour, point n'est besoin de se prononcer sur l'application d'une exception, car aucune ordonnance de retour ne sera rendue.

[108] Dans la présente affaire, la principale question en litige se pose à la première étape de l'analyse : où les enfants avaient-ils leur résidence habituelle pour les besoins de l'article 3 (afin de décider s'il y a lieu ou non d'ordonner le retour en vertu de l'article 12)?

IV. La résidence habituelle suivant l'article 3

[109] Trois approches se dégagent de la jurisprudence internationale quant à la détermination du lieu de la résidence habituelle, et les juges majoritaires les définissent comme suit : l'*approche fondée sur l'intention des parents*, qui « permet de déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant à partir de l'intention des parents habilités à décider du lieu où vit l'enfant » (par. 40); l'*approche axée sur l'enfant*,

under Article 3 by the child's acclimatization in a given country, rendering the intentions of the parents largely irrelevant" (para. 41); and the *hybrid approach*, in which the application judge "must look to all relevant considerations" in order to "determin[e] the focal point of the child's life — 'the family and social environment in which its life has developed' — immediately prior to the removal or retention" (paras. 42-43).

[110] In our view, habitual residence should be ascertained via the parental intention approach. In applying this approach to most cases, the determination of habitual residence will turn on a straightforward question: where did the parents last mutually intend for the child to be habitually resident?⁴ Where the evidence allows the court to answer this question, the determination of habitual residence ends there. This approach focuses on the intentions of the parents as the key element in the analysis, not the strength of the relevant contacts between the child and the competing jurisdictions.

[111] The majority agrees that parental intent must play some role in the habitual residence analysis, at least in some subset of cases. By adopting the hybrid approach, however, the majority dilutes the importance of parental intent as the primary variable in favor of a multi-factor test. The result, in our respectful view, is an unprincipled and open-ended approach — untethered from the text, structure, and purpose of the *Convention* — that creates a recipe for litigation. In what follows, we set out the merits of the parental intention approach, assess the risks and weaknesses inherent in the hybrid approach, and apply the correct approach based on parental intention to determine habitual residence in this case.

⁴ Although we use the term "parents" as shorthand in the context of this case, the relevant inquiry focuses on the intentions of the persons with "the right to determine the child's place of residence" (*Hague Convention*, Article 5) — which may be, for example, a child's legal guardians rather than biological parents.

suivant laquelle « le lieu de la résidence habituelle est déterminé, pour l'application de l'article 3, en fonction de l'acclimatation de l'enfant dans le pays, de sorte que l'intention des parents n'importe pas vraiment » (par. 41); l'*approche hybride*, suivant laquelle le juge des requêtes doit « se penche[r] sur toutes les considérations pertinentes » afin de « détermine[r] quel était le point de fuite de la vie de l'enfant, soit 'l'environnement familial et social dans lequel sa vie se déroulait', immédiatement avant le déplacement ou le non-retour » (par. 42-43).

[110] À notre avis, c'est l'approche fondée sur l'intention des parents qui doit présider à la détermination du lieu de la résidence habituelle. Lorsque l'on applique cette approche dans la plupart des cas, la détermination du lieu de la résidence habituelle commande une question simple : quelle a été la dernière intention commune des parents quant au lieu où l'enfant aurait sa résidence habituelle⁴? Lorsque la preuve permet au tribunal de répondre à cette question, la détermination du lieu de la résidence habituelle s'arrête là. Suivant cette approche, l'intention des parents importe davantage que la solidité des liens pertinents entre l'enfant et chacun des pays concurrents.

[111] Les juges majoritaires conviennent que l'intention des parents doit jouer un certain rôle dans la détermination du lieu de la résidence habituelle, du moins dans certains cas. Cependant, en optant pour l'approche hybride, ils font de l'intention des parents un simple élément parmi d'autres. En tout respect, il en résulte une approche non raisonnée et non balisée qui ne prend appui ni sur le texte de la *Convention*, ni sur sa structure, ni sur son objet. À notre avis, cette approche constitue une recette parfaite pour entraîner des litiges. Ci-après, nous examinons les avantages de l'approche fondée sur l'intention des parents, nous examinons les risques et les faiblesses de l'approche hybride et nous appliquons la bonne approche, celle fondée sur l'intention des parents, pour déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants en l'espèce.

⁴ Même si, pour simplifier, nous employons le terme « parents » dans les présents motifs, l'analyse doit porter sur l'intention des personnes qui ont « le droit [...] de décider [du] lieu de résidence [de l'enfant] » (*Convention de La Haye*, article 5). Il peut par exemple s'agir des tuteurs légaux au lieu des parents biologiques.

A. *The Parental Intention Approach*

[112] The parental intention approach determines habitual residence with reference to the intentions of the child's custodial parents. The central focus of this inquiry, in most cases, will be the last mutually shared intent of the parents (or of the persons entitled to fix the child's residence) as to where the child was to be habitually resident. In the most common scenario, where a child has spent most of his or her life in one jurisdiction and then moves to another, a court must ascertain whether both parents intended for the new jurisdiction to become the child's habitual residence, or whether the intent was for the stay to be temporary. If only one parent intends for the move to be permanent, the prior jurisdiction remains the child's habitual residence. If both parents intend for the move to be permanent, and the child does subsequently move to the new jurisdiction, the child's habitual residence has changed.

[113] In looking to objective evidence of shared parental intent, courts should consider the expressed intentions of both parents. If the parents have agreed in writing that the move to the new jurisdiction is meant to be temporary, then that agreement should be given decisive weight. Beyond expressed intentions, however, courts may "look at actions as well as declarations" (*Koch v. Koch*, 450 F.3d 703 (7th Cir. 2006), at p. 715). For example, if a mother travels with her child to a new country, holding only a temporary visitor's visa and taking few of her belongings with her, such evidence would be probative of a lack of intent for the new jurisdiction to become child's habitual residence (see, e.g., *Delvoye v. Lee*, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003), at p. 334). Conversely, if a family takes all of their belongings with them and sells their home in the first jurisdiction, such evidence would tend to support the opposite conclusion. Evidence of this nature can offer insight where the parties' statements or expressed intentions do not point to a clear answer.

A. *L'approche fondée sur l'intention des parents*

[112] Suivant l'approche fondée sur l'intention des parents, le lieu de la résidence habituelle de l'enfant est déterminé en fonction de l'intention des parents qui en ont la garde. Dans la plupart des cas, le point central de l'analyse sera la dernière intention commune des parents (ou des personnes habilitées à décider du lieu de résidence de l'enfant) pour savoir où résidait habituellement l'enfant. Le plus souvent, lorsque l'enfant a passé la plus grande partie de sa vie dans un pays pour ensuite déménager dans un autre, le tribunal doit examiner si les deux parents ont voulu que le nouveau pays devienne le lieu de la résidence habituelle de l'enfant ou que le séjour soit temporaire. Si un seul des parents a voulu que le séjour soit permanent, le pays initial demeure le lieu de la résidence habituelle de l'enfant. Lorsque les deux parents ont voulu que le séjour soit permanent et que l'enfant a ensuite déménagé dans le nouveau pays, ce dernier est devenu le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

[113] Dans son examen de la preuve objective de l'intention commune des parents, le tribunal doit tenir compte de l'intention exprimée par les deux parents. Lorsque ces derniers ont convenu par écrit que le séjour dans le nouveau pays serait temporaire, cette entente doit se voir accorder un poids décisif. Cependant, au-delà des intentions exprimées, le tribunal peut [TRADUCTION] « examiner tant les actes que les déclarations » (*Koch c. Koch*, 450 F.3d 703 (7th Cir. 2006), p. 715). Par exemple, la preuve selon laquelle une mère s'est rendue à l'étranger avec son enfant munie d'un visa de visiteur temporaire en emportant seulement quelques effets personnels établirait l'absence d'intention que le nouveau pays devienne le lieu de la résidence habituelle de l'enfant (voir p. ex. *Delvoye c. Lee*, 329 F.3d 330 (3rd Cir. 2003), p. 334). À l'inverse, la preuve selon laquelle une famille a emporté tous ses effets personnels et vendu sa maison dans le premier pays tendrait à étayer la conclusion contraire. De tels éléments de preuve peuvent se révéler éclairants lorsque les déclarations des parties ou les intentions qu'elles ont exprimées n'apportent pas de réponse claire.

[114] Where shared parental intent is made explicit in an agreement, or is otherwise clear from the evidence before the application judge, it should be determinative of habitual residence, absent exceptional circumstances. One such circumstance was raised by Sharpe J.A. in the court below: “. . . where a consensual time-limited stay is so long that it becomes time-limited in name only and the child’s habitual residence has changed” (C.A. reasons, at para. 49). In such cases, where a purportedly time-limited stay in a foreign jurisdiction has stretched on for many years, it may not be realistic to say that the parents still intend for the child to be habitually resident in the first jurisdiction (see *Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), at pp. 1075-76).

[115] This accords with the approach of some American courts, which recognize a narrow exception for where the evidence “unequivocally points to the conclusion that the child has acclimatized to the new location” (*Gitter v. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd Cir. 2005), at p. 134; see also *Mozes*, at p. 1081). Such cases are rare and require evidence of more than simply “settling in” to a new location in order for shared parental intent to be disregarded (see R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis* (2013), at p. 189, fn. 104).

[116] In most cases, evidence of parental intent — such as an explicit agreement between both custodial parents — will be sufficient to establish habitual residence. However, where evidence of shared parental intent is inconclusive, courts may then look to other objective evidence to determine the habitual residence of the child. This aligns with how other courts have applied the parental intention approach (see, e.g., *Murphy v. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), at p. 1152; *Rey v. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, at para. 33). In *Murphy*, for example, the Ninth Circuit Court of Appeals found that where parental intent was not dispositive, “[c]ertain circumstances related to a child’s residence and socialization in another country . . . may change the calculus” (p. 1152). The point, however, is that courts may only look to additional evidence pertaining to the

[114] Lorsque l’intention commune des parents est formulée expressément dans un accord ou qu’elle ressort par ailleurs de la preuve dont dispose le juge des requêtes, cela devrait être déterminant quant au lieu de la résidence habituelle, sauf circonstances exceptionnelles. Le juge Sharpe de la Cour d’appel signale une telle circonstance : [TRADUCTION] « . . . lorsque le séjour consensuel d’une durée limitée est si long que sa durée n’est limitée que sur papier, le lieu de la résidence habituelle de l’enfant a changé » (motifs de la C.A., par. 49). En pareil cas, lorsque le séjour dans le pays étranger censé avoir une durée limitée s’est prolongé pendant de nombreuses années, il serait irréaliste de dire que les parents ont encore l’intention que l’enfant ait sa résidence habituelle dans le premier pays (voir *Mozes c. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001), p. 1075-76).

[115] Telle est l’approche de certains tribunaux américains, qui reconnaissent une exception d’application restreinte lorsque la preuve [TRADUCTION] « mène de façon non équivoque à la conclusion que l’enfant s’est acclimaté au nouveau lieu » (*Gitter c. Gitter*, 396 F.3d 124 (2nd Cir. 2005), p. 134; voir aussi *Mozes*, p. 1081). Ces cas sont rares, et il faut prouver plus que le seul fait de « s’être intégré » dans un nouveau milieu pour que l’intention commune des parents soit écartée (voir R. Schuz, *The Hague Child Abduction Convention : A Critical Analysis* (2013), p. 189, note 104).

[116] Le plus souvent, une preuve de l’intention des parents — tel un accord exprès entre les deux parents ayant la garde de l’enfant — suffira pour déterminer le lieu de la résidence habituelle. Toutefois, lorsque cette preuve n’est pas concluante, le tribunal peut examiner d’autres éléments de preuve objectifs pour déterminer ce lieu. Cette démarche s’accorde avec la manière dont d’autres tribunaux appliquent l’approche fondée sur l’intention des parents (voir p. ex. *Murphy c. Sloan*, 764 F.3d 1144 (9th Cir. 2014), p. 1152; *Rey c. Getta*, 2013 BCCA 369, 342 B.C.A.C. 30, par. 33). Par exemple, dans *Murphy*, la cour d’appel du neuvième circuit conclut que lorsque l’intention des parents n’est pas concluante, [TRADUCTION] « [c]ertaines circonstances liées à la résidence de l’enfant et à sa socialisation dans un autre pays [. . .] peuvent changer la donne » (p. 1152).

child's contacts in each jurisdiction where evidence of parental intent is inconclusive. In other words, if the court can make a finding regarding the last shared intent of both custodial parents — which, as we have stated, will be the case in most situations — that shared intent must be the decisive variable in the habitual residence analysis.

[117] As the majority notes, “Canada is a party to the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (*‘Vienna Convention’*), which provides that ‘[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose’” (para. 32).

[118] We agree. In our view, the parental intention approach is mandated by (1) the ordinary meaning of the text and the structure of the *Convention*, (2) the object and purpose of the *Convention*, and finally (3) policy concerns. We consider each in turn.

(1) Text and Structure

[119] A focus on shared parental intent is dictated by the text and structure of the *Convention*. There are three strong indications that parental intent should be the decisive factor.

[120] First, Article 12 contains two distinct provisions depending on when a *Convention* proceeding is initiated. When proceedings have been commenced one year or more after the alleged wrongful removal or retention, a court need not order the child's return if “it is demonstrated that the child is now settled in its new environment”. Alternatively, when proceedings are commenced within one year, there is no such exception. In such cases, the *Convention* is clear: the court “shall order the return of the child forthwith”. The fact that Article 12 does not include a “settling in” provision for when a proceeding is initiated within one year is a strong indication that

Cependant, le tribunal examinera des éléments de preuve supplémentaires sur les liens de l'enfant dans chacun des pays seulement lorsque la preuve de l'intention des parents ne sera pas concluante. Autrement dit, si le tribunal peut tirer une conclusion quant à la dernière intention commune des deux parents ayant la garde de l'enfant — ce qui, rappelons-le, sera le cas la plupart du temps —, cette intention commune doit être la variable décisive dans l'analyse que commande la détermination de la résidence habituelle.

[117] Comme le font remarquer les juges majoritaires, « [l]e Canada est partie à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (*“Convention de Vienne”*), qui prévoit qu’“[u]n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but” » (par. 32).

[118] Nous sommes d'accord. À notre avis, le recours à l'approche fondée sur l'intention des parents est dicté par (1) le sens ordinaire du texte et la structure de la *Convention*, (2) l'objet et la raison d'être de la *Convention* et, enfin, (3) des considérations de principe. Nous examinons ces éléments tour à tour.

(1) Texte et structure

[119] Le texte et la structure de la *Convention* commandent que l'on mette l'accent sur l'intention commune des parents. Trois indices sérieux permettent de conclure que l'intention des parents devrait constituer l'élément décisif.

[120] Premièrement, l'article 12 renferme deux dispositions distinctes dont l'application dépend du moment où est engagée la procédure fondée sur la *Convention*. Lorsque la procédure est commencée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite allégué, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner le retour s'il est « établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu ». Par contre, lorsque la procédure est engagée dans un délai inférieur à un an, aucune exception de cette nature ne peut s'appliquer. Dans ce cas, la *Convention* est claire : le tribunal « ordonne [le] retour immédiat [de l'enfant] ». Le fait que l'article 12 ne contient aucune référence à

evidence of settling in should not play any role in the analysis of habitual residence.

[121] For this reason, the range of facts that may support a habitual residence determination under the parental intent approach is not completely open ended. In most cases, only evidence that is germane to the question of parental intent will be relevant. Given the structure of the *Convention*, it would not be proper to consider evidence that speaks to the strength or quality of the child's connections to each jurisdiction where evidence of shared parental intent is clear. Indeed, other objective evidence — including evidence of social or cultural integration — may be relevant to a determination of whether a child has “settled in” to his or her new environment. But as Article 12 makes clear, that analysis is only permitted where the proceeding is commenced one year or more after the alleged wrongful removal or retention. And, even then, it occurs only *after* the court reaches a determination as to the child's habitual residence.

[122] Second, the two-step analysis required by the *Convention* differentiates the concept of habitual residence (at stage one) from evidence regarding the child's circumstances (which pertain to some of the discretionary exceptions to a return order at stage two). Article 13 contains two exceptions that specifically focus on the circumstances of the child: whether there is a grave risk of harm if the child is returned, and whether a child objects to a return. Incorporating considerations of this nature into the preliminary determination of habitual residence would inappropriately collapse the steps of the analysis, as the intervenor the Attorney General of Canada observed in its submissions to the Court.

[123] Third, Article 5 provides that custody rights include “the right to determine the child's place of residence”. Thus, although the *Convention* does not

quelque « intégration » dans le cas où l'instance est engagée dans un délai inférieur à un an est une forte indication que la preuve de l'intégration ne devrait pas jouer dans l'analyse relative à la résidence habituelle.

[121] C'est pourquoi les faits susceptibles d'étayer la détermination du lieu de la résidence habituelle selon l'approche fondée sur l'intention des parents ne sont pas n'importe lesquels. Dans la plupart des cas, seuls les éléments de preuve relatifs à l'intention des parents seront pertinents. Étant donné la structure de la *Convention*, il serait inapproprié de prendre en compte des éléments de preuve se rapportant à la solidité ou à la qualité des liens de l'enfant avec chacun des pays lorsque la preuve établit clairement l'intention commune des parents. En effet, d'autres éléments de preuve objectifs, dont la preuve de l'intégration sociale ou culturelle, peuvent être pertinents pour décider si l'enfant « s'est intégré » dans son nouveau milieu. Mais comme l'indique clairement l'article 12, cette analyse ne peut avoir lieu que lorsque l'instance est engagée un an ou plus après le déplacement ou le non-retour illicite allégué. Et même alors, elle intervient seulement *après* que le tribunal a déterminé le lieu de la résidence habituelle de l'enfant.

[122] Deuxièmement, l'analyse en deux étapes que commande la *Convention* distingue la notion de résidence habituelle (qui fait l'objet de la première étape) de la preuve relative à la situation de l'enfant (qui est pertinente pour l'application de certaines des exceptions de nature discrétionnaire à la règle voulant que le retour soit ordonné, à la deuxième étape). L'article 13 prévoit deux exceptions qui intéressent précisément la situation de l'enfant : l'existence d'un risque grave que le retour de l'enfant l'expose à un danger et l'opposition de l'enfant à son retour. Tenir compte de tels éléments à l'étape préliminaire de la détermination du lieu de la résidence habituelle serait confondre à tort les deux étapes de l'analyse, comme le fait observer l'intervenant le procureur général du Canada dans ses observations à la Cour.

[123] Troisièmement, l'article 5 précise que le droit de garde comprend « le droit [. . .] de décider [du] lieu de résidence [de l'enfant] ». Ainsi, bien

directly define habitual residence, it at least envisions that parents, by virtue of their custody rights, must have some influence over where their child is deemed to be habitually resident. The majority's approach minimizes the rights provided for in Article 5 by equivocating as to the role that parental intent should play in determining habitual residence.

(2) Purpose

[124] The clear purpose of the *Convention* also supports an approach based on parental intention. This Court identified the purpose of the *Convention* in *Thomson v. Thomson*, [1994] 3 S.C.R. 551, at p. 579: “It is clear . . . that the primary object of the Convention is the enforcement of custody rights” (emphasis in original). This is evident from the *Convention* itself. Article 1 states that its objects are “to secure the prompt return of children” who are wrongfully removed or retained, and “to ensure that rights of custody and of access” are respected across international borders. These objects operate harmoniously: ensuring the prompt return of children who are wrongfully removed is the essential means by which rights of custody and access are respected and protected.

[125] The object of a legal proceeding under the *Convention* is not to determine whether an order returning the child to another country, or residing with a particular parent, is in the child's best interests. This follows from Article 16, which states that a court “shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention”. Subject to the specific exceptions to return in Article 13, custody proceedings, not *Convention* proceedings, are the appropriate forum for this analysis. The *Hague Convention* can be seen as addressing a more preliminary question: in which jurisdiction should a custody determination be made? In the context of this case, for example, custody proceedings took place in Germany after it was determined that the children should be returned to their habitual residence. This is how the system is intended to work. It is in those

que la *Convention* ne définit pas directement la résidence habituelle, elle prévoit à tout le moins que les parents, en raison de leur droit de garde, doivent avoir une certaine influence sur la détermination du lieu où leur enfant est réputé avoir sa résidence habituelle. Les juges majoritaires minimisent l'importance des droits reconnus à l'article 5 en traitant de façon équivoque le rôle de l'intention des parents dans la détermination du lieu de la résidence habituelle.

(2) Objet

[124] L'objet manifeste de la *Convention* milite également en faveur de l'approche fondée sur l'intention des parents. Dans l'arrêt *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551, p. 579, la Cour précise cet objet : « Il ressort [. . .] que l'objectif principal de la Convention est l'exécution du droit de garde » (souligné dans l'original). Cet objectif ressort du texte de la *Convention* comme tel. L'article 1 dit que la raison d'être de celle-ci est « d'assurer le retour immédiat des enfants » déplacés ou retenus illicitement et « de faire respecter [. . .] les droits de garde et de visite » dans tous les États signataires. Ces objets ont un lien étroit entre eux : assurer le retour immédiat des enfants qui sont déplacés illicitement est essentiel au respect et à la protection des droits de garde et de visite.

[125] L'objet d'une procédure judiciaire engagée en vertu de la *Convention* n'est pas de décider s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'ordonner son retour dans un autre pays ou d'ordonner qu'il réside avec l'un ou l'autre parent. Cela découle de l'article 16, qui énonce que le tribunal « ne pourr[a] statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies ». Sous réserve des exceptions au retour prévues à l'article 13, c'est dans le cadre de l'instance sur la garde, et non de celle fondée sur la *Convention*, qu'il convient de se pencher sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant. On peut considérer que la *Convention de La Haye* s'intéresse à une question plus préliminaire : dans quel pays devrait-on statuer sur la garde? Dans la présente affaire, par exemple, une procédure relative à la garde a été engagée en

subsequent proceedings, not in the initial *Hague Convention* application, that a court is entitled (and in the best position) to assess the individual child's best interests with respect to custody.

[126] This is not to suggest that the interests of children are irrelevant to the *Convention*. Rather, as La Forest J. discussed in *Thomson*, the *Convention* is concerned with the interests of children generally, “not the interest of the particular child before the court” (p. 578). It advances the interests of children generally by ensuring their prompt return in cases where they are removed from their habitual residence, thus discouraging parental abductions in the first instance. The concept of habitual residence must be interpreted in light of these principles.

[127] If respect for custody rights is the guiding purpose of the *Convention*, as the majority at least partially acknowledges (at para. 24), it follows that parental intent should be a central focus — if not the presumptively determinative focus — in assessing habitual residence. This case, in which the father granted a time-limited consent for his children to live in another country, offers a prime example of why this must be so. If the children's habitual residence changed to Canada notwithstanding the fact that the father did not consent to them living here on a permanent basis, his custody rights would be effectively disregarded. Examining habitual residence from the perspective of the parents' last shared mutual intent protects rights of custody and access because it prevents one parent from unilaterally changing a child's habitual residence and thereby preventing the child's return to the left-behind parent.

(3) Policy

[128] Finally, policy reasons support the parental intention approach as well. This approach to habitual

Allemagne après qu'il eut été décidé que les enfants devaient être renvoyés dans le pays où ils avaient leur résidence habituelle. C'est ainsi que le système est censé fonctionner. C'est dans le cadre de cette procédure subséquente, et non dans celui de la demande initiale fondée sur la *Convention de La Haye*, que le tribunal peut se pencher (et qu'il est le mieux placé pour le faire) sur l'intérêt supérieur de l'enfant en vue de statuer sur sa garde.

[126] Il ne s'en suit pas pour autant que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a aucune pertinence dans l'application de la *Convention*. Au contraire, comme l'explique le juge La Forest dans *Thomson*, la *Convention* se soucie de l'intérêt supérieur de l'enfant *en général*, « et non de [celui] de l'enfant qui est devant le tribunal » (p. 578). Elle défend cet intérêt de façon générale en assurant le retour immédiat de l'enfant qui a été déplacé du lieu où il a sa résidence habituelle, décourageant ainsi dès le départ l'enlèvement de l'enfant par l'un de ses parents. La notion de résidence habituelle doit être interprétée à la lumière de ces principes.

[127] Si, comme le reconnaissent les juges majoritaires, du moins en partie (par. 24), l'objet premier de la *Convention* est de faire respecter le droit de garde, l'intention des parents devrait être centrale, voire tenue pour décisive, dans la détermination du lieu de la résidence habituelle. La présente affaire, où le père a consenti à un séjour d'une durée limitée des enfants dans un autre pays, démontre parfaitement qu'il doit en être ainsi. Si le lieu de la résidence habituelle des enfants devait changer pour devenir le Canada même si le père n'a pas consenti à ce qu'ils y vivent de façon permanente, son droit de garde serait de fait bafoué. Se prononcer sur la résidence habituelle en fonction de la dernière intention commune des parents protège les droits de garde et de visite, car cela empêche l'un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l'enfant et de faire ainsi obstacle au retour de l'enfant chez le parent laissé derrière.

(3) Considérations de principe

[128] Enfin, des considérations de principe militent également en faveur de l'approche fondée sur

residence creates comparatively clear and certain law: absent shared parental intent, neither parent has anything to gain by abducting a child (or retaining a child after the expiration of a time-limited consent) because the child's habitual residence will remain the original country, absent exceptional circumstances. Nor does an abducting parent have anything to gain by drawing out the legal proceedings in the hopes that the child will develop deeper connections to the second jurisdiction. Therefore, the parental intent approach best aligns with the *Convention's* purposes by protecting custody rights and deterring abductions that may result from any approach that permits, or even facilitates, unilateral changes to habitual residence.

[129] Moreover, by making evidence of shared intentions presumptively determinative (especially where there is a written agreement), the parental intent approach creates a strong incentive for parties to create a record of their intentions, which would reduce subsequent litigation and needless appellate review. In this case, for example, the Divisional Court — had it adopted the approach we propose — would have been bound by the written agreement and would have quickly upheld the return order without the delay of relitigating and reweighing the evidence. The case would have been resolved expeditiously and the children would have been returned to Germany more quickly — an outcome that would have benefitted all parties.

B. *The Hybrid Approach*

[130] According to the majority, the hybrid approach requires judges to look “to all relevant considerations arising from the facts of the case at hand”, and therefore “the list of potentially relevant factors is not closed” (paras. 42 and 47). By incorporating other factors that could supplant parental intent into the determination of habitual residence — which effectively permits one parent to unilaterally change a child's habitual residence without the other parent's consent *even in the face of an express agreement* — the majority's hybrid approach blurs the

l'intention des parents. Adopter cette approche pour déterminer le lieu de la résidence habituelle crée un droit clair et certain comparativement aux autres approches. En l'absence d'une intention commune, aucun des parents n'a intérêt à enlever l'enfant (ou à le retenir au terme du séjour d'une durée limitée auquel l'autre a consenti) parce que le lieu de la résidence habituelle de l'enfant demeure le pays d'origine, sauf circonstances exceptionnelles. Le parent ravisseur n'a pas intérêt non plus à faire traîner le débat judiciaire dans l'espoir que l'enfant consolide ses liens avec le second pays. Par conséquent, l'approche fondée sur l'intention des parents est celle qui se concilie le mieux avec les objectifs de la *Convention* en ce qu'elle protège le droit de garde et décourage les enlèvements susceptibles de résulter d'une approche qui permet ou, encore, facilite la modification unilatérale du lieu de la résidence habituelle.

[129] En outre, en supposant que la preuve de l'intention commune est décisive (surtout lorsqu'il y a accord écrit), l'approche fondée sur l'intention des parents incite fortement les parties à consigner leurs intentions par écrit afin de réduire le risque de litiges subséquents et d'appels inutiles. Dans la présente affaire, par exemple, si elle avait adopté l'approche que nous préconisons, la Cour divisionnaire aurait été liée par l'accord écrit et aurait rapidement confirmé l'ordonnance de retour sans que la réouverture du débat et le réexamen de la preuve ne viennent retarder sa décision. Le dossier aurait été réglé rapidement, et les enfants seraient rentrés en Allemagne plus rapidement, ce qui aurait bénéficié à toutes les parties.

B. *L'approche hybride*

[130] Selon les juges majoritaires, l'approche hybride veut que le tribunal se penche sur « toutes les considérations pertinentes au vu des faits propres à l'affaire », de sorte que « la liste des éléments susceptibles d'être pertinents n'est pas exhaustive » (par. 42 et 47). En tenant compte d'autres éléments susceptibles de supplanter l'intention des parents dans la détermination du lieu de la résidence habituelle — ce qui permet de fait à l'un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l'enfant sans le consentement de l'autre *même en*

distinction between custody adjudications and *Hague Convention* applications and undermines the *Convention's* goals. We cannot escape the conclusion that the majority's approach is, in substance, a determination of who should be awarded custody.

[131] Assessing this approach in light of (1) the text and structure of the *Convention*, (2) the purpose of the *Convention*, and (3) policy concerns, we conclude that the majority's reasons bring about unnecessary confusion in the determination of habitual residence and undermine the certainty that the *Convention* seeks to create.

(1) Text and Structure

[132] First, the hybrid approach is inconsistent with the text of the *Convention*. By inviting courts to consider an open list of unspecified factors that any individual judge deems to be relevant, the majority ignores the explicit distinction made by Article 12 of the *Convention*. As we have discussed, that provision clearly distinguishes the evidence that may be considered for applications brought within one year of the wrongful removal or retention, from that which may be considered for applications brought on or after that time. The hybrid approach renders this express textual distinction meaningless by encouraging courts in *all cases* to consider evidence of “settling in”.

[133] For example, any assessment of the child's family and social connections in each country undoubtedly requires courts to look to whether a child has settled in to the new country, irrespective of whether the proceedings were initiated within one year of the removal or retention. So too is the case with other factors the majority alludes to and that are typically considered by other courts applying the hybrid approach — conditions of the stay (*Mercredi v. Chaffe*, C-497/10, [2010] E.C.R. I-14358, at para. 56), the location of friends and social networks (*Punter v.*

présence d'un accord exprès —, l'approche hybride proposée par les juges majoritaires brouille la distinction entre l'instance relative à la garde et celle fondée sur la *Convention de La Haye* et elle compromet la réalisation des objectifs de la *Convention*. Force est de conclure que l'approche des juges majoritaires revient essentiellement à décider lequel des parents devrait se voir attribuer la garde.

[131] Après examen de cette approche à la lumière (1) du texte et de la structure de la *Convention*, (2) de l'objet de la *Convention* et (3) des considérations de principe qui la sous-tendent, nous concluons que l'opinion des juges majoritaires sème inutilement la confusion lorsqu'il s'agit de déterminer le lieu de la résidence habituelle et nuit à la certitude voulue par la *Convention*.

(1) Texte et structure

[132] Premièrement, l'approche hybride est incompatible avec le texte de la *Convention*. En invitant les cours de justice à prendre en considération une liste non exhaustive de facteurs non précisés, selon ce que chaque juge trouve pertinent, les juges majoritaires ignorent la distinction établie explicitement à l'article 12 de la *Convention*. Tel que mentionné précédemment, cette disposition établit une distinction nette entre la preuve qui peut être examinée dans le cadre d'une demande présentée moins d'un an après le déplacement ou le non-retour illicite et celle qui peut être examinée dans le cadre d'une demande présentée après ce délai. L'approche hybride enlève tout sens à cette distinction textuelle expresse en encourageant les tribunaux à tenir compte dans *tous les cas* de la preuve de quelque « intégration ».

[133] Par exemple, l'évaluation des liens familiaux et sociaux de l'enfant dans chacun des pays oblige indubitablement le tribunal à se demander si l'enfant s'est intégré dans le nouveau pays, indépendamment de la question de savoir si l'instance a été engagée moins d'un an après le déplacement ou le non-retour. Il en va de même pour les autres facteurs auxquels les juges majoritaires font allusion et dont tiennent habituellement compte les autres tribunaux qui appliquent l'approche hybride, à savoir les conditions du séjour (*Mercredi c. Chaffe*, C-497/10, [2010]

Secretary for Justice, [2007] 1 N.Z.L.R. 40 (C.A.), at para. 192), the child's living and schooling arrangements (*Punter*, at para. 88), and the geographic and family origins of the parents and the child (*Punter*, at para. 88; *Mercredi*, at para. 56). These factors may all require evidence of whether and to what extent a child is settled into his or her new environment. This development is not faithful to the text of the *Convention*.

[134] For these same reasons, the hybrid approach blurs the distinction between habitual residence and the exceptions to a return order. It does so by incorporating aspects of the child's circumstances into the first stage of the analysis rather than respecting the disjunctive two-step process established by the *Convention's* structure. It also creates a significant risk that *Convention* proceedings will functionally devolve into custody proceedings by focusing the analysis on the child's individual connections to each jurisdiction — in effect, by asking the court to consider whether the child would be better off in one country rather than the other. This belies the notion that the *Convention* is concerned with the best interests of children generally rather than the interests of the specific child before the court (*Thomson*, at p. 578), and that *Convention* proceedings should not be concerned with the merits of custody disputes (Article 16).

(2) Purpose

[135] Second, the hybrid approach undermines the primary purpose of the *Convention*: deterring abductions by enforcing parental rights of custody and access. It does so by effectively stripping the *Convention* of its deterrent effect. Given that parental intent can be outweighed or undercut by the connections a child develops to the new jurisdiction, an abducting parent — in the most common case, a parent who refuses to return a child after a period of consent expires — stands to benefit by quickly establishing roots in a new home (*Mozes*, at p. 1079). In other words, the uncertainty generated by this

E.C.R. I-14358, par. 56), [TRANSLATION] l'endroit où se trouvent les amis et les membres du réseau social (*Punter c. Secretary for Justice*, [2007] 1 N.Z.L.R. 40 (C.A.), par. 192), les modalités relatives au logement de l'enfant et à son éducation (*Punter*, par. 88) et les origines géographiques et familiales des parents et de l'enfant (*Punter*, par. 88; *Mercredi*, par. 56). Ces facteurs peuvent tous requérir une preuve quant à savoir si et, le cas échéant, dans quelle mesure, l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu. Cette tournure n'est pas fidèle au texte de la *Convention*.

[134] Pour les mêmes motifs, l'approche hybride brouille la distinction entre la résidence habituelle et les exceptions à la règle selon laquelle le retour doit être ordonné. Elle produit ce résultat parce qu'elle tient compte de certains aspects de la situation de l'enfant à la première étape de l'analyse au lieu de respecter le caractère disjonctif de la démarche en deux étapes que commande la structure de la *Convention*. Cette approche crée également un risque important que l'instance fondée sur la *Convention* se transforme *de facto* en instance sur la garde du fait qu'elle s'attache aux liens de l'enfant avec chacun des pays et se trouve ainsi à demander au tribunal de se pencher sur la question de savoir si l'enfant serait mieux dans un pays que dans l'autre. Cela contredit le principe que la *Convention* se soucie de l'intérêt supérieur de l'enfant en général, et non de l'intérêt supérieur de l'enfant qui est devant le tribunal (*Thomson*, p. 578), et que le tribunal saisi d'une instance fondée sur la *Convention* ne devrait pas s'intéresser au fond d'un litige sur la garde (article 16).

(2) Objet

[135] Deuxièmement, l'approche hybride mine la réalisation de l'objet principal de la *Convention*, soit décourager l'enlèvement d'enfants en veillant à l'exécution du droit de garde et du droit de visite des parents. Elle prive en effet la *Convention* de son effet dissuasif. Étant donné que l'intention des parents peut être évincée ou voir son importance réduite en raison des liens de l'enfant dans le nouveau pays, un parent ravisseur — la plupart du temps, celui qui refuse de rendre l'enfant au terme d'une période convenue — a tout à gagner de l'acclimatation rapide dans un nouveau lieu (*Mozes*, p. 1079). Autrement

ad hoc approach benefits would-be abductors. This unhappy consequence is most glaring when one considers that, by marshalling sufficient evidence “of all relevant factors”, an abducting parent can now effectively vitiate an express agreement regarding the time-limited nature of the child’s stay in the foreign jurisdiction.

[136] In light of this concern, even courts that apply the hybrid or child-centred approaches have recognized the need to “ensure that neither parent is acting unilaterally to alter a joint understanding reached by the parents” (*Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), at p. 292; see also *Punter*, at para. 173; *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995), at p. 221). Thus, courts applying the hybrid approach often afford considerable weight to parental intent — suggesting, for example, that a child’s new residence must exhibit the “necessary quality of stability” before shared intent can be set aside (*In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, at para. 21).

[137] Unfortunately, the majority disregards the weight of this international jurisprudence (a factor it otherwise finds dispositive in adopting the hybrid approach) by rejecting any concerns about unilateral changes to habitual residence and declining to express a view on the relative importance of parental intent (paras. 44-46). The fact that the hybrid approach is “unencumbered with rigid rules” is cold comfort for left-behind parents whose custody rights can now be disregarded by a judge-made doctrine that permits an abducting parent to unilaterally alter mutually agreed-upon living arrangements.

(3) Policy

[138] Finally, the majority advances three principal policy arguments in favor of its position. With respect, we are of the view that the majority overstates

dit, l’incertitude engendrée par cette approche *ad hoc* profite au ravisseur en puissance. Cette fâcheuse conséquence est encore plus évidente lorsque l’on considère qu’un parent ravisseur, en rassemblant suffisamment d’éléments de preuve à l’égard de « tous les éléments pertinents », peut alors réduire à néant une entente expresse quant à la durée limitée du séjour de l’enfant dans le pays étranger.

[136] À la lumière de cette préoccupation, même les tribunaux qui appliquent l’approche hybride ou l’approche axée sur l’enfant reconnaissent la nécessité de [TRADUCTION] « veiller à ce qu’aucun des parents ne modifie unilatéralement l’accord mutuel intervenu » (*Karkkainen c. Kovalchuk*, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006), p. 292; voir aussi *Punter*, par. 173; *Feder c. Evans-Feder*, 63 F.3d 217 (3rd Cir. 1995), p. 221). Les tribunaux qui appliquent l’approche hybride accordent donc souvent un poids considérable à l’intention des parents, suggérant par exemple que la nouvelle résidence habituelle d’un enfant doit présenter le [TRADUCTION] « degré voulu de stabilité » pour que l’intention des parents puisse être écartée (*In re R. (Children)*, [2015] UKSC 35, [2016] A.C. 76, par. 21).

[137] Malheureusement, les juges majoritaires ignorent le poids de cette jurisprudence internationale (un facteur qu’ils jugent par ailleurs décisif en adoptant l’approche hybride) par leur rejet de toute préoccupation liée à la modification unilatérale de la résidence habituelle et par leur refus de se prononcer sur l’importance relative de l’intention des parents (par. 44-46). Le fait que l’approche hybride est « affranchie de l’application rigide de règles » est bien peu rassurant pour le parent laissé derrière dont le droit de garde peut dès lors être écarté par une doctrine jurisprudentielle qui permet au parent ravisseur de modifier unilatéralement l’accord conclu avec l’autre parent quant aux modalités du séjour de l’enfant.

(3) Considérations de principe

[138] Enfin, les juges majoritaires avancent principalement trois arguments de principe à l’appui de leur thèse. En tout respect, nous estimons qu’ils

these arguments, and that a focus on shared parental intent is preferable on policy grounds as well.

[139] The first policy argument proposed by the majority is that the hybrid approach has been adopted by other courts, which points to an emerging international consensus (para. 50). In our view, this factor should not be afforded significant weight since, as we have described, the hybrid approach stems from an improper analysis of the *Convention's* text, structure, and purpose.

[140] There is also strong jurisprudential support for the parental intent model. As the majority acknowledges, a number of leading courts — including nearly every appellate court in this country to have considered the issue — have adopted and reaffirmed approaches to habitual residence that emphasize the primacy of parental intent to varying degrees (see, e.g., *Murphy*, at p. 1150; *Mozes*, at pp. 1073-80; *Gitter*, at p. 134; *Mauvais v. Herisse*, 772 F.3d 6 (1st Cir. 2014), at pp. 11-12; *Guzzo v. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2nd Cir. 2013), at pp. 107-9; *Larbie v. Larbie*, 690 F.3d 295 (5th Cir. 2012), at p. 310; *Koch*, at p. 717; *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), at pp. 1253-54; *R. v. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309; *Korutowska-Wooff v. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (Ont. C.A.), at para. 8; *Rifkin v. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, at para. 2; *A.E.S. v. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, at paras. 20 and 23). This is especially true in the United States, where relatively few (if any) jurisdictions have adopted a hybrid model in which no guidance is offered to lower courts as to how the various factors should be weighed or analyzed. Indeed, some of the American cases that the majority cite apply an approach that is entirely different than the one the majority adopts in its own reasons (see, e.g., *Silverman v. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), at p. 898 (“The [lower] court should have determined the degree of settled purpose from the children’s perspective . . .”); *Tsai-Yi Yang v. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd Cir. 2007), at p. 271 (“We have defined habitual residence as ‘[focusing on the] degree of settled purpose from the child’s perspective’”), quoting

surestiment ces arguments et qu’il est préférable, également pour des raisons de principe, de s’attacher à l’intention commune des parents.

[139] Le premier argument de principe invoqué par les juges majoritaires veut que d’autres tribunaux souscrivent à l’approche hybride, ce qui permettrait de conclure qu’un consensus se dessine à l’échelle internationale (par. 50). À notre avis, on ne saurait accorder beaucoup de poids à ce facteur car, rappelons-le, l’approche hybride découle d’une analyse erronée du texte, de la structure et de l’objet de la *Convention*.

[140] Un fort courant jurisprudentiel appuie par ailleurs le modèle fondé sur l’intention des parents. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, un certain nombre de tribunaux principaux, y compris la quasi-totalité des cours d’appel du pays qui ont été saisies de la question, ont opté et optent encore pour une approche de la résidence habituelle qui met l’accent à différents degrés sur l’intention des parents (voir p. ex. *Murphy*, p. 1150; *Mozes*, p. 1073-1080; *Gitter*, p. 134; *Mauvais c. Herisse*, 772 F.3d 6 (1st Cir. 2014), p. 11-12; *Guzzo c. Cristofano*, 719 F.3d 100 (2nd Cir. 2013), p. 107-109; *Larbie c. Larbie*, 690 F.3d 295 (5th Cir. 2012), p. 310; *Koch*, p. 717; *Ruiz c. Tenorio*, 392 F.3d 1247 (11th Cir. 2004), p. 1253-1254; *R. c. Barnet London Borough Council, Ex parte Nilish Shah*, [1983] 2 A.C. 309 (H.L.); *Korutowska-Wooff c. Wooff* (2004), 242 D.L.R. (4th) 385 (C.A. Ont.), par. 8; *Rifkin c. Peled-Rifkin*, 2017 NBCA 3, 89 R.F.L. (7th) 194, par. 2; *A.E.S. c. A.M.W.*, 2013 ABCA 133, 544 A.R. 246, par. 20 et 23). Tel est spécialement le cas aux États-Unis, où relativement peu de tribunaux (s’il en est) ont adopté un modèle hybride qui n’offre aux juridictions inférieures aucune indication quant à la manière de soupeser ou d’analyser les différents facteurs. En fait, certaines des décisions américaines invoquées par les juges majoritaires appliquent une approche totalement différente de celle que ces derniers invoquent à l’appui de leur thèse (voir p. ex. *Silverman c. Silverman*, 338 F.3d 886 (8th Cir. 2003), p. 898 : [TRADUCTION] « Le tribunal [inférieur] aurait dû déterminer la mesure dans laquelle le dessein était arrêté du point de vue des enfants . . . »; *Tsai-Yi Yang c. Fu-Chiang Tsui*, 499 F.3d 259 (3rd

Baxter v. Baxter, 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005), at p. 368).

[141] Furthermore, much of the international jurisprudence cited by the majority does not speak to situations where *evidence of parental intent was clear*. Rather, the cases cited involve situations where, *faced with inconclusive or ambiguous evidence about parental intent*, the court was required to consider other objective evidence in the determination of habitual residence.

[142] In *Punter*, for example, the parents agreed to a shuttle agreement, where the children were to spend two years in New Zealand, followed by two years in Australia. The ongoing nature of a shuttle agreement made the intent of the parents as to the habitual residence of the children more difficult to ascertain (para. 169). This lack of clarity is what led the court to consider other factors.

[143] Similarly, in *L.K. v. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, evidence of parental intent was found to be “ambiguous” (para. 29). In fact, the court’s principal rationale for not giving the parents’ intention controlling weight in their analytical framework was that intention is often ambiguous (paras. 28 and 32). The case is silent on what role the parents’ intent should play where the application judge finds that it is clear.

[144] In *Mercredi*, I-14358, the mother had sole custody of the child when she moved the child from England to Réunion (para. 23). Unlike the present case, the father had no rights of custody. That case therefore offers no guidance on how to approach a case where the shared and settled intention of the parents, both of whom have some parental rights, is clear.

Cir. 2007), p. 271 : [TRADUCTION] « Nous avons défini la résidence habituelle en “[fonction de] la mesure dans laquelle le dessein était arrêté du point de vue de l’enfant” », citant *Baxter c. Baxter*, 423 F.3d 363 (3rd Cir. 2005), p. 368).

[141] En outre, la plus grande partie de la jurisprudence internationale invoquée par les juges majoritaires ne se rapporte aucunement à une situation où *la preuve établit clairement l’intention des parents*. Cette jurisprudence vise plutôt des situations où, *saisi d’une preuve non concluante ou équivoque de l’intention des parents*, le tribunal a dû examiner des éléments de preuve objectifs pour établir le lieu de la résidence habituelle.

[142] Dans *Punter*, par exemple, les parents avaient conclu un accord d’alternance selon lequel les enfants habiteraient deux ans en Nouvelle-Zélande, puis deux ans en Australie. Vu le caractère continu de l’application d’un accord d’alternance, il était plus difficile de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants (par. 169), de sorte que l’incertitude du tribunal l’a amené à considérer d’autres facteurs.

[143] De même, dans *L.K. c. Director-General, Department of Community Services*, [2009] HCA 9, 237 C.L.R. 582, la preuve de l’intention des parents est jugée [TRADUCTION] « équivoque » (par. 29). En fait, la principale raison pour laquelle la cour juge l’intention des parents non décisive est que celle-ci est souvent équivoque (par. 28 et 32). Il n’est pas précisé dans cet arrêt l’importance que devrait revêtir cette intention lorsque le juge des requêtes conclut qu’elle est claire.

[144] Dans l’affaire *Mercredi*, I-14358, la mère avait la garde exclusive de l’enfant lorsqu’elle a quitté l’Angleterre en sa compagnie à destination de l’île de la Réunion (par. 23). Contrairement aux faits de la présente espèce, le père n’avait pas de droit de garde. Par conséquent, cette décision n’offre aucune indication utile pour statuer lorsque l’intention commune et arrêtée des parents, qui ont tous deux un droit de garde, est claire.

[145] Thus, the international jurisprudence cited by the majority does not foreclose the possibility of assigning controlling weight to parental intent where the court finds that evidence of shared parental intent is clear.

[146] The second policy argument is that the hybrid approach comports with the *Convention's* purposes (majority reasons, at paras. 59-61). With respect, we disagree. As we have explained, the hybrid approach permits one parent to unilaterally change a child's habitual residence, which undercuts custody rights and encourages parents to remove or retain children if they are able to quickly develop ties to the new jurisdiction. The suggestion that parents will be deterred from creating "legal and jurisdictional links which are more or less artificial" (para. 60) begs the question of what constitutes an "artificial" link and how a judge would distinguish such links from genuine connections. More importantly, it ignores the fact that a child could develop genuine links to a new jurisdiction following a wrongful removal or retention. The very fact that such connections would, under the majority's approach, counsel in favor of a change in habitual residence is what encourages (or at minimum, rewards) abductions and retentions — all at the expense of the left-behind parent's custodial rights. It is rather the certainty generated by the parental intent approach that prevents such manipulation and best advances the *Convention's* goals.

[147] The third argument is that the hybrid approach "offers the best hope of *prompt* return of the child" (majority reasons, at para. 62 (emphasis in original)). Again, with respect, this hope is deeply misguided, as concerns about practical efficacy cut strongly in favor of adopting the parental intent approach.

[148] It is important to recognize that *any* approach to habitual residence will involve some difficult cases where judges are called upon to make tough

[145] Ainsi, la jurisprudence internationale citée par les juges majoritaires n'exclut pas la possibilité d'attribuer un poids décisif à l'intention des parents lorsque le tribunal conclut que la preuve de l'intention commune des parents est claire.

[146] Le deuxième argument de principe avancé est que l'approche hybride se concilie avec les objectifs de la *Convention* (opinion majoritaire, par. 59-61). En tout respect, nous ne sommes pas d'accord. Comme nous l'expliquons précédemment, l'approche hybride permet à l'un des parents de modifier unilatéralement le lieu de la résidence habituelle de l'enfant, ce qui sape le droit de garde et incite le parent à déplacer ou à retenir l'enfant dans la mesure où ce dernier peut établir rapidement des liens avec le nouveau pays. La suggestion selon laquelle un parent sera dissuadé de créer « des liens plus ou moins artificiels de compétence judiciaire » (par. 60) soulève la question de savoir ce qui constitue un lien « artificiel » et comment le tribunal pourrait le distinguer d'un lien véritable. Mais surtout, elle ne tient pas compte du fait que l'enfant pourrait établir des liens véritables avec le nouveau pays à la suite d'un déplacement ou d'un non-retour illicite. Le fait même que ces liens pourront, suivant l'approche adoptée par les juges majoritaires, militer en faveur de la modification du lieu de la résidence habituelle encourage (ou, à tout le moins, récompense) l'enlèvement et le non-retour, et ce, au détriment du droit de garde du parent laissé derrière. C'est plutôt la certitude assurée par l'approche fondée sur l'intention des parents qui est de nature à empêcher pareille manipulation de la *Convention* et qui favorise le plus la réalisation de ses objectifs.

[147] Selon le troisième argument, l'approche hybride « offre [. . .] la meilleure chance d'obtenir le retour *immédiat* de l'enfant » (opinion majoritaire, par. 62 (en italique dans l'original)). Encore une fois, avec respect, cet argument est foncièrement non fondé, car les considérations liées à l'efficacité de facto militent fermement en faveur de l'approche fondée sur l'intention des parents.

[148] Il importe de reconnaître que *toute* approche adoptée pour déterminer le lieu de la résidence habituelle se heurtera à certaines situations épineuses où

decisions. But under the parental intent approach, there are many cases that are straightforward. Where there is unambiguous evidence of what the parents intended, the parental intent model offers a clear and predictable answer to the question of habitual residence. This is one such case: the father executed a short, time-limited consent, and there was no dispute that the last mutually shared intention was that the children were habitually resident in Germany. Moreover, if the parental intent approach was to be adopted moving forward, there would be even stronger incentives for parties to expressly specify their intentions upfront (as the father did here) because those intentions would be afforded presumptively determinative weight.

[149] By adopting the hybrid model, the majority offers parties an invitation to litigate even in clear cases like this one — because even in the face of unambiguous and binding agreements, there is always the possibility that evidence of other factors can outweigh parental intent. (It is not entirely clear when or how, under the majority's analysis; but all the more reason to try.) The scope of this litigation will be broad: the majority instructs judges to look at “all relevant factors” because “the list . . . is not closed” (paras. 65 and 47). The end result will be expensive and prolonged litigation in which parties are encouraged to seek discovery into everything from school and medical records to tax returns and credit card statements. All the while, the child continues to develop connections to the new jurisdiction that might, on some accounts, bolster the argument that his or her habitual residence has changed. This is a far cry from the prompt and fair decisions that the majority envisions.

[150] Even in the subset of cases where shared parental intent is not immediately apparent, it is far from clear that the hybrid approach is superior. This is because there are still strong incentives for the parties to litigate the issue of intent (as well as

le tribunal saisi devra rendre une décision difficile. Mais si l'on recourt à l'approche fondée sur l'intention des parents, de nombreuses affaires se révèlent simples. En présence d'une preuve non équivoque de ce que les parents ont voulu, le modèle fondé sur l'intention des parents apporte une réponse claire et prévisible à la question du lieu de la résidence habituelle. C'est le cas en l'espèce. Le père a signé une courte lettre dans laquelle il consent à un séjour d'une durée limitée, et nul ne conteste que la dernière intention commune des parents était que les enfants aient leur résidence habituelle en Allemagne. De plus, si l'approche fondée sur l'intention des parents devait désormais s'appliquer, les parties seraient encore plus incitées à consigner leurs intentions par écrit dès le départ (comme l'a fait le père en l'espèce), car l'importance de ces intentions serait tenue pour décisive.

[149] En optant pour l'approche hybride, les juges majoritaires invitent les parties à saisir la justice même dans des cas clairs comme celui visé en l'espèce, car malgré la présence d'un accord non équivoque ayant force obligatoire, il sera toujours possible que la preuve d'autres facteurs l'emporte sur celle de l'intention des parents (l'opinion majoritaire ne précise pas à quelles conditions ni selon quelles modalités, mais raison de plus pour tenter sa chance). La portée du débat sera grande, les juges majoritaires enjoignant au tribunal de prendre en compte « tous les éléments pertinents » parce que « la liste [. . .] n'est pas exhaustive » (par. 65 et 47). Il en résultera de longs et coûteux litiges où les parties seront incitées à demander la communication de toutes sortes de documents, allant des dossiers scolaires et médicaux aux déclarations de revenus et aux relevés de carte de crédit. Pendant tout ce temps, l'enfant continuera d'établir avec le nouveau pays des liens susceptibles d'étayer, sous certains rapports, la prétention voulant que sa résidence habituelle ait changé. Nous sommes loin de la décision rapide et juste évoquée par les juges majoritaires.

[150] Même pour les dossiers où l'intention commune des parents ne ressort pas d'emblée, la supériorité de l'approche hybride est loin d'être claire. En effet, les parties demeurent fortement incitées à s'adresser au tribunal relativement à la question de

any other factors that may be considered under the hybrid approach), and to devote significant time and resources to doing so. These incentives are particularly strong where resource asymmetries between the parties may encourage one side to leverage litigation threats as a pressure tactic in the context of negotiations. Thus, it is beside the point that the judge may not need to definitely resolve the issue — the hybrid model will still lead to protracted and expensive proceedings. And even if the judge need not resolve the question of parental intent, the hybrid approach simply replaces that form of indeterminacy with another: balancing incommensurate variables with little to no guidance as to how much weight they should be afforded in the final analysis.

[151] As this discussion suggests, the essential problem with the hybrid approach, at the level of policy, is its indeterminacy. It is easy for this Court to make broad proclamations instructing judges to “look to all relevant considerations” and to determine the relative weight assigned to each as they see fit (majority reasons, at para. 42) — but what does that actually mean for judges who are required to carry out that instruction in the context of specific cases? And what evidence would the parties need to put forward for a judge to make this type of determination? These concerns multiply as more factors (and additional facts providing context for those factors) are put forward by litigants.

[152] The result of this approach, we fear, is to grant judges unbridled discretion to consider or to disregard whatever they deem to be appropriate, leading to outcomes that may be as inconsistent as they are unpredictable. The effects will be felt most acutely by parents and potential litigants who will lack any discernable guidance as to how they should order their family affairs. This is particularly important in the context of educational exchanges, family visits, or other forms of international travel, where the majority’s approach effectively vitiates the purpose of time-limited consents. If one parent can override such an agreement by presenting

l’intention (ainsi que relativement à tout autre facteur pertinent suivant l’approche hybride) et à consacrer beaucoup de temps et de ressources à pareille démarche. Les incitations sont encore plus grandes lorsque l’asymétrie des ressources respectives des parties peut inciter l’une d’elles à brandir la menace d’un procès pour faire pression sur l’autre dans le cadre de négociations. Que le tribunal n’ait pas à trancher définitivement la question importe donc peu, le modèle hybride entraînera toujours des procédures longues et coûteuses. Et même si le tribunal n’est pas tenu de se prononcer sur l’intention des parents, l’approche hybride remplace simplement cette forme d’incertitude par une autre : la mise en balance d’innombrables variables sans indications utiles ou presque quant à l’importance qu’il convient de leur accorder en dernière analyse.

[151] Comme le suggère la présente analyse, le problème fondamental de l’approche hybride sur le plan des principes est l’incertitude qui en résulte. Il est aisé pour la Cour de faire des déclarations générales enjoignant aux tribunaux de « se penche[r] sur toutes les considérations pertinentes » et de décider quelle importance relative il convient d’attribuer à chacune selon ce qu’ils jugent indiqué (opinion majoritaire, par. 42), mais qu’est-ce que cela signifie concrètement pour le juge appelé à suivre cette directive dans une affaire donnée? Et quels éléments de preuve les parties doivent-elles présenter pour que le juge puisse rendre une décision sur ce point? Plus les parties au litige invoquent de facteurs (et de faits supplémentaires offrant un contexte à ces facteurs), plus ces interrogations se multiplient.

[152] Nous craignons que cette approche ne confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire illimité lui permettant de tenir compte ou non d’éléments à son gré et n’entraîne ainsi des résultats aussi incohérents qu’imprévisibles. Ceux qui en subiront le plus grand impact seront les parents et les plaideurs éventuels, car ils ne disposeront d’aucun repère pour organiser leur vie familiale. Cela est particulièrement important dans le contexte d’échanges étudiants, de visites familiales ou de tout autre voyage international, l’approche des juges majoritaires ayant pour effet de réduire à néant la raison d’être du consentement à un séjour d’une durée limitée. Si l’un des parents

competing evidence based on “all relevant factors”, then the certainty provided for by time-limited consent agreements is only ever illusory. Other courts have discussed this problem at length:

Without intelligibility and consistency in [how the Convention is applied], parents are deprived of crucial information they need to make decisions, and children are more likely to suffer the harms the Convention seeks to prevent. Imagine, for example, a parent trying to decide whether to travel with a child to attempt reconciliation with an estranged spouse in another country, or whether to consent to a child’s trip abroad to stay with in-laws. Such parents would be vitally interested in knowing under what circumstances a child’s habitual residence is likely to be altered, and it is cold comfort to be told only that this is “a question of fact to be decided by reference to all the circumstances of any particular case.” Parents faced with this response would likely regard the introduction of a few judicial “presuppositions and presumptions,” . . . with more relief than alarm. [Footnotes omitted; citations omitted.]

(*Mozes*, at pp. 1072-73)

[153] In summary, we view the majority’s approach as embedding indeterminacy in a context that simply cannot tolerate it. Multi-factor balancing tests can play a helpful role in certain contexts. Unfortunately, this is not one of them: the *Convention* requires swift and predictable decisions, and the hybrid model provides neither. As we turn to below, this case convincingly illustrates the comparative advantages of the parental intention approach.

C. Application

[154] The relevant point in time for determining the children’s habitual residence in this case is August 15, 2014 — the date on which the father’s

peut passer outre à pareille entente en présentant une preuve contraire reposant sur « tous éléments pertinents », la certitude assurée par le consentement à un séjour d’une durée limitée ne sera qu’illusoire. D’autres tribunaux ont examiné ce problème avec moult détails :

[TRADUCTION] Ne pas rendre [l’application de la Convention] intelligible et cohérente c’est priver les parents des données cruciales dont ils ont besoin pour prendre des décisions et faire en sorte que les enfants soient plus susceptibles de subir le préjudice auquel la Convention vise à les soustraire. Prenons l’exemple du parent qui se demande s’il devrait entreprendre un voyage avec son enfant pour tenter de se réconcilier avec son ex-conjoint, ou s’il devrait consentir à ce que son enfant se rende à l’étranger pour y séjourner dans la belle-famille. Ce parent aurait vraiment intérêt à connaître les conditions auxquelles la résidence habituelle de l’enfant pourrait être modifiée, et il est peu rassurant de se faire dire seulement que c’est [TRADUCTION] « une question de fait qui doit être tranchée eu égard à l’ensemble des faits propres à une affaire donnée ». Le parent auquel pareille réponse est faite accueillera avec plus de soulagement que d’inquiétude l’application de quelques « presuppositions et présomptions » judiciaires. [Notes en bas de page omises; références omises.]

(*Mozes*, p. 1072-1073)

[153] En résumé, nous sommes d’avis que l’approche des juges majoritaires consacre une incertitude dans un domaine qui ne s’y prête tout simplement pas. Un test multifactoriel peut se révéler utile dans certains contextes. Mais ce n’est malheureusement pas le cas en l’espèce. La *Convention* requiert des décisions rapides et prévisibles, et le modèle hybride n’offre ni les unes ni les autres. La présente affaire illustre de façon convaincante les avantages comparatifs de l’approche fondée sur l’intention des parents. Voici pourquoi.

C. Application

[154] En l’espèce, le moment en fonction duquel il convient de déterminer le lieu de la résidence habituelle des enfants est le 15 août 2014, soit le jour

period of consent expired.⁵ There is no question that the children were habitually resident in Germany prior to their trip to Canada in April 2013. The only issue is whether their habitual residence changed from Germany to Canada during the roughly 16 months that they lived here.

[155] In our view, Germany remained the children's habitual residence. There is an express agreement indicating that the father only consented to a temporary stay in Canada. The validity of this agreement is not disputed. Thus, there was no shared intent for Canada to displace Germany as the children's habitual residence. Even if a prolonged period in another jurisdiction can, in some extreme cases, become "time-limited in name only" (C.A. reasons, at para. 49), a period of just 16 months in another country falls well short of that standard. With respect, the majority's reluctance to apply their new framework to the facts of this case is indicative of the extent to which its open-ended analysis will prove unhelpful to judges who must apply this approach moving forward.

[156] That said, we agree with the majority that this case involved unacceptably long delays (see majority reasons, at paras. 82-89). Regardless of how courts approach the question of habitual residence, the *Convention* requires that return applications are litigated and decided expeditiously. In our view, a clear statement by this Court that delay will not affect the determination of habitual residence would encourage the efficient and expeditious resolution of disputes. This underscores why we believe that a focus on shared parental intent is preferable to the majority's approach.

où a pris fin le séjour auquel avait consenti le père⁵. Il ne fait aucun doute que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne avant leur départ pour le Canada en avril 2013. La seule question qui se pose est de savoir si le lieu de leur résidence habituelle est devenu le Canada au cours de la période d'environ 16 mois où ils ont habité au pays.

[155] Selon nous, les enfants ont continué d'avoir leur résidence habituelle en Allemagne. Il y a une entente expresse dans laquelle le père n'a consenti qu'à un séjour temporaire au Canada. La validité de cette entente n'est pas contestée. Il n'y avait donc pas d'intention commune que le Canada remplace l'Allemagne comme lieu de la résidence habituelle des enfants. Même si la durée d'un séjour prolongé dans un autre pays peut, dans certains cas extrêmes, n'être « limitée que sur papier » (motifs de la C.A., par. 49), c'est loin d'être le cas d'un séjour de tout juste 16 mois dans un autre pays. Avec respect, la réticence des juges majoritaires à appliquer leur nouveau cadre d'analyse aux faits de la présente espèce montre à quel point leur démarche sans limites se révélera peu utile aux tribunaux qui devront désormais appliquer leur approche.

[156] Cela dit, nous convenons avec les juges majoritaires que, dans la présente affaire, la longueur du débat judiciaire a été inacceptable (voir opinion majoritaire, par. 82-89). Peu importe l'angle sous lequel les tribunaux abordent la question de la résidence habituelle, la *Convention* exige que la demande de retour fasse l'objet d'une audition et d'une décision rapides. Selon nous, une déclaration claire de la Cour portant que le temps écoulé n'aura pas d'incidence sur la détermination du lieu de la résidence habituelle favoriserait le règlement efficace et expéditif des litiges. Raison de plus pour laquelle nous croyons qu'une approche axée sur l'intention commune des parents est préférable à celle que préconisent les juges majoritaires.

⁵ There is no dispute that the mother's *removal* of the children to Canada was not wrongful because the father consented to the move. At issue is whether the mother's *retention* of the children in Canada after the father's time-limited consent expired was wrongful.

⁵ Nul ne conteste que le *déplacement* des enfants par la mère vers le Canada n'était pas illicite, car le père y avait consenti. La question est de savoir si le *non-retour* des enfants en Allemagne au terme du séjour d'une durée limitée auquel avait consenti le père était illicite.

V. Objections Under Article 13(2)

[157] After a court has determined that a child has been wrongfully removed from his or her country of habitual residence, Article 13(2) of the *Convention* provides judges with discretion to refuse to issue a return order on the basis of the child's objections. Article 13(2) states:

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

If both criteria are satisfied (the child objects, and the child has attained a sufficient age and degree of maturity), the judge *may* decline to issue a return order, but is not required to do so. We offer some guidance on how that discretion should be exercised under the majority's framework.

[158] The majority adopts "fact-based, common-sense approach" (para. 76) that invites judges to consider the totality of the circumstances. Several aspects of the majority's analysis warrant elaboration. First, a child's objection should not be determinative, or even presumptively determinative, of whether a court should exercise its discretion to refuse a return order. Second, the policy objectives of the *Hague Convention* must be considered in determining whether to refuse a return order. In our view, this must include the express objective of protecting rights of custody and access. Third, the issue is not solely what the child wants, and the analysis is not to be treated as an application for custody. Each of these points are consistent with the majority's admonition that Article 13(2) should not be read broadly such that it would erode the general rule of habitual residence (para. 76).

[159] In light of these considerations, we are of the view that Article 13(2) should not be lightly invoked so as to systematically undermine custody rights of

V. Opposition prévue à l'article 13(2)

[157] Une fois établi que l'enfant a été déplacé illicitement du lieu de sa résidence habituelle, l'article 13(2) de la *Convention* confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser d'ordonner le retour au motif que l'enfant s'y oppose. L'article 13(2) est libellé comme suit :

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Si les deux conditions sont remplies (l'enfant s'oppose et il a atteint un âge et une maturité suffisants), le tribunal *peut* refuser d'ordonner le retour, mais il n'est pas requis de le faire. Voici quelques indications quant à la façon dont ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé selon le cadre d'analyse des juges majoritaires.

[158] Leur « méthode axée sur les faits et sur le sens commun » (par. 76) invite le tribunal à tenir compte de toutes les circonstances. Des précisions s'imposent quant à plusieurs aspects de leur analyse. Premièrement, l'opposition de l'enfant ne devrait pas nécessairement, ni même de manière présomptive, être décisive quant à l'opportunité que le tribunal exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de refuser d'ordonner le retour. Deuxièmement, les objectifs de politique générale de la *Convention de La Haye* doivent être considérés pour décider s'il y a lieu ou non de refuser d'ordonner le retour. À notre avis, ces objectifs doivent englober l'objectif exprès de protéger les droits de garde et de visite. Troisièmement, il ne s'agit pas seulement de savoir ce que veut l'enfant, et l'analyse ne doit pas être celle que commande une demande de garde. Chacun de ces points se concilie avec l'exhortation des juges majoritaires à ne pas interpréter l'article 13(2) trop largement de sorte que le caractère général de la règle de la résidence habituelle soit compromis (par. 76).

[159] À la lumière de ces considérations, nous estimons que l'article 13(2) ne devrait pas être invoqué à la légère de manière à porter systématiquement

left-behind parents. Judges should therefore apply this exception in a manner that does not routinely override shared parental intent. Indeed, to allow a child's objections to routinely trump evidence of shared parental intent would render the determination of habitual residence entirely superfluous. Thus, as the majority notes, the exceptions in Article 13(2) "are just that — exceptions", and they "do not confer a general discretion on the application judge to refuse to return the child" (para. 76). In our view, courts should pay careful attention to ensure that a child's objections are not the result of the undue influence of one parent. Similarly, when assessing the nature and strength of the child's objections, courts should be cognizant of the fact that the effect of refusing a return order is that a child will not be returned to his or her habitual residence, and the *status quo* prior to the removal or retention will not be restored. That reality must factor into the analysis.

[160] The assessment of evidence relative to the objections of children under Article 13(2) and the subsequent decision as to whether those objections justify refusing to issue a return order are both discretionary decisions. Consequently, the application judge's decision relative to Article 13(2) is entitled to deference (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10, 25 and 36). In this case, the application judge concluded that the children had not expressed objections with the requisite strength of feeling. We do not find any reversible error in this analysis, nor does the majority point to any such error. As a result, there is no basis to refuse a return order after concluding that Germany was the children's habitual residence.

VI. Conclusion

[161] Although the appeal is factually moot, we would nonetheless dismiss the appeal based on our finding that the application judge correctly determined that the children were habitually resident in

atteinte au droit de garde du parent laissé derrière. Les juges devraient donc appliquer cette exception de façon que l'intention commune des parents ne soit pas occultée. En effet, permettre que l'opposition de l'enfant écarte automatiquement la preuve de l'intention commune des parents rendrait la détermination du lieu de la résidence habituelle totalement superflue. Ainsi, comme le soulignent nos collègues, les exceptions prévues à l'article 13(2) « ne sont précisément que cela, des exceptions », et elles « ne confèrent pas au juge des requêtes un pouvoir discrétionnaire général qui lui permet de refuser d'ordonner le retour » (par. 76). Selon nous, les tribunaux devraient bien s'assurer que l'opposition de l'enfant n'est pas le fruit de l'influence indue de l'un des parents. De même, lorsqu'il s'agit d'apprécier la nature et la solidité des motifs d'opposition de l'enfant, les tribunaux ne doivent pas oublier que le refus d'ordonner le retour empêchera le retour de l'enfant dans le lieu de sa résidence habituelle et le rétablissement de la situation d'avant le déplacement ou le non-retour. Cette réalité doit être prise en compte dans l'analyse.

[160] L'appréciation de la preuve relative à l'opposition de l'enfant pour l'application de l'article 13(2) et la décision subséquente quant à savoir si les motifs de cette opposition justifient le refus d'ordonner le retour sont toutes deux de nature discrétionnaire. Par conséquent, la décision de la juge des requêtes relativement à l'application de l'article 13(2) commande la déférence (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10, 25 et 36). En l'espèce, la juge des requêtes a conclu que les enfants ne se sont pas opposés au retour avec l'intensité requise. Nous ne voyons dans son analyse aucune erreur justifiant l'annulation de sa décision, et les juges majoritaires ne relèvent pas une telle erreur non plus. Dès lors, rien ne permettait de refuser d'ordonner le retour après avoir conclu que les enfants avaient leur résidence habituelle en Allemagne.

VI. Conclusion

[161] Malgré le caractère théorique du pourvoi, nous sommes d'avis de le rejeter en raison de notre conclusion selon laquelle la juge des requêtes était justifiée de décider que les enfants avaient leur

Germany at the expiry of the time-limited consent granted by their father, and there was no basis to decline to issue a return order under Article 13(2).

Judgment accordingly, MOLDAVER, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Office of the Children's Lawyer, Toronto; Houghton, Slonowski, Stengel, Welland (Ontario).

Solicitors for the respondent John Paul Balev: Bookman Law Professional Corporation Barristers, Toronto.

Solicitors for the respondent Catharine-Rose Baggott: Senson Law, Toronto; Tammy Law, Barrister and Solicitor, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener Defence for Children International-Canada: Wilson Christen, Toronto.

Solicitor for the intervener the Barbra Schlifer Commemorative Clinic: Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.

résidence habituelle en Allemagne au terme du séjour d'une durée limitée auquel avait consenti le père, et que rien ne lui permettait de refuser d'ordonner le retour sur le fondement de l'article 13(2).

Jugement en conséquence, les juges MOLDAVER, CÔTÉ et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Bureau de l'avocat des enfants, Toronto; Houghton, Slonowski, Stengel, Welland (Ontario).

Procureurs de l'intimé John Paul Balev : Bookman Law Professional Corporation Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intimée Catharine-Rose Baggott : Senson Law, Toronto; Tammy Law, Barrister and Solicitor, Toronto.

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

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

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

Procureurs de l'intervenant Defence for Children International-Canada : Wilson Christen, Toronto.

Procureur de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic : Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Toronto.

Attorney General of Quebec *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque, Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc., Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau, Nancy Bédard, Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet and Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ) *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, Conseil du trésor, Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (formerly known as Commission

Procureure générale du Québec *Appelante/
Intimée au pourvoi incident*

c.

Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque, Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc., Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau, Nancy Bédard, Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet et Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ) *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, Conseil du trésor, Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (anciennement connue sous le nom de

de l'équité salariale), Equal Pay Coalition, New Brunswick Coalition for Pay Equity, Women's Legal Education and Action Fund, Public Service Alliance of Canada, Centrale des syndicats du Québec, The Professional Institute of the Public Service of Canada, The Canadian Association of Professional Employees, The Association of Canadian Financial Officers and The Professional Association of Foreign Service Officers
Interveniers

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. ALLIANCE DU PERSONNEL PROFESSIONNEL ET TECHNIQUE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX

2018 SCC 17

File No.: 37347.

2017: October 31; 2018: May 10.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on sex — Pay equity — Amendments to legislative scheme addressing systemic wage discrimination, suffered essentially by women, by replacing continuous obligation to maintain pay equity with obligation to conduct audits every five years without retroactive adjustment to date of emergence of pay inequity — Whether s. 76.5 of Pay Equity Act, under which compensation adjustment is payable only from date of posting of results of audit process, and s. 103.1 para. 2, which bars Pay Equity Commission from assessing adjustment payments prior to posting, violate s. 15 of Charter — Whether s. 76.3, which does not require inclusion of precise date of emergence of pay inequity in audit posting, violates s. 15 of Charter — If so, whether infringement justifiable — Pay Equity Act, CQLR, c. E-12.001, ss. 76.3, 76.5, 103.1 para. 2 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.

Commission de l'équité salariale), Equal Pay Coalition, La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Alliance de la fonction publique du Canada, Centrale des syndicats du Québec, L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, L'Association canadienne des employés professionnels, L'Association canadienne des agents financiers et L'Association professionnelle des agents du Service extérieur *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE) c. ALLIANCE DU PERSONNEL PROFESSIONNEL ET TECHNIQUE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX

2018 CSC 17

N° du greffe : 37347.

2017 : 31 octobre; 2018 : 10 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Modifications à un régime législatif visant à remédier à la discrimination salariale systémique dont sont essentiellement victimes les femmes, modifications consistant à remplacer l'obligation continue de maintenir l'équité salariale par celle d'évaluer tous les cinq ans ce maintien sans versement d'ajustements rétroactifs à la date de l'apparition d'une iniquité salariale — L'article 76.5 de la Loi sur l'équité salariale, selon lequel les ajustements salariaux ne sont payables qu'à compter de la date de l'affichage des résultats du processus d'évaluation, et l'art. 103.1 al. 2, qui empêche la Commission de l'équité salariale de déterminer des ajustements salariaux antérieurs à cette date, violent-ils l'art. 15 de la Charte? — L'article 76.3, qui n'exige pas d'inclure la date précise de l'apparition d'une iniquité salariale dans l'évaluation affichée, viole-t-il l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001, art. 76.3, 76.5, 103.1 al. 2 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.

In 1996, Quebec adopted a legislative scheme to address systemic wage discrimination against women. The *Pay Equity Act* set out a process aimed at ensuring that employers provided equal pay for work of equal value. Under ss. 40 to 43, which have now been repealed, employers had a continuous obligation to maintain pay equity and adjust compensation accordingly. After 10 years, the compliance with the *Act* had not met expectations.

In 2009, the *Act to amend the Pay Equity Act* replaced the ongoing obligation to maintain pay equity with a system of mandatory audits every five years in which the employer is only required to rectify the wages going forward. Under s. 76.5 of the *Pay Equity Act*, adjustments in compensation apply from the date of the posting of the results of the audit process. Section 76.3 provides no requirement that the audit posting include the date on which any pay inequity emerged. Under s. 103.1 para. 2, no compensation adjustments can be assessed by the Pay Equity Commission prior to the date of the audit posting. If, however, an employer acts “in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner”, adjustments in compensation and interest apply from the date of that conduct pursuant to s. 76.9 and the Pay Equity Commission may make a determination to that effect under s. 101 para. 3. The respondents brought proceedings seeking a declaration that these amendments violated the equality rights in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The trial judge held that ss. 76.3 and 76.5 breached s. 15. The declaration of invalidity was suspended for one year. The Court of Appeal upheld the trial judge’s finding that ss. 76.3 and 76.5 breached s. 15 of the *Charter*. In addition, it concluded that s. 103.1 para. 2 violated s. 15. Regarding the cross-appeal, both the trial judge and the Court of Appeal held that the unions did not meet their onus of proving the unconstitutionality of the provisions in the 2009 *Act to Amend the Pay Equity Act* that repealed ss. 40 to 43 of the *Pay Equity Act*.

Held (Côté, Brown and Rowe JJ. dissenting on the appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed. Sections 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 of the *Pay Equity Act* are unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Sections 76.3, 76.5 and 103.1

En 1996, le Québec a adopté un régime législatif pour remédier à la discrimination salariale systémique à l’égard des femmes. La *Loi sur l’équité salariale* établit un processus visant à faire en sorte que les employeurs versent un salaire égal pour un travail de valeur égale. En vertu des art. 40 à 43, maintenant abrogés, les employeurs avaient l’obligation continue de maintenir l’équité salariale et de faire les ajustements salariaux nécessaires. Au bout de 10 années, les attentes en matière de respect de la *Loi* n’étaient pas satisfaites.

En 2009, la *Loi modifiant la Loi sur l’équité salariale* a remplacé l’obligation continue de maintenir l’équité salariale par un système d’évaluations obligatoires tous les cinq ans, système où l’employeur est tenu de rectifier les salaires pour l’avenir seulement. Suivant l’art. 76.5 de la *Loi sur l’équité salariale*, les ajustements salariaux s’appliquent à compter de la date de l’affichage des résultats du processus d’évaluation. L’article 76.3 n’exige pas que l’évaluation affichée indique la date à laquelle l’iniquité salariale est apparue. En vertu de l’art. 103.1 al. 2, la Commission de l’équité salariale ne peut déterminer des ajustements salariaux antérieurs à la date de l’affichage de l’évaluation. Si, toutefois, un employeur agit « de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire », les ajustements salariaux et l’intérêt s’appliquent à compter de la date de cette conduite suivant l’art. 76.9, et la Commission de l’équité salariale peut tirer une conclusion en ce sens suivant l’art. 101 al. 3. Les intimés ont intenté une action en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que ces modifications violaient les droits à l’égalité garantis à l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le juge de première instance a estimé que les art. 76.3 et 76.5 portaient atteinte à l’art. 15. La déclaration d’invalidité a été suspendue pour une période d’un an. La Cour d’appel a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les art. 76.3 et 76.5 violaient l’art. 15 de la *Charte*. Elle a en outre conclu que l’art. 103.1 al. 2 violait l’art. 15. Pour ce qui est de l’appel incident, tant le juge de première instance que la Cour d’appel ont conclu que les syndicats ne s’étaient pas acquittés de leur fardeau de prouver l’inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi modifiant la Loi sur l’équité salariale* de 2009 qui ont abrogé les art. 40 à 43 de la *Loi sur l’équité salariale*.

Arrêt (les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents quant au pourvoi principal) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. Les articles 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 de la *Loi sur l’équité salariale* sont inconstitutionnels.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Les articles 76.3, 76.5 et

para. 2 of the *Pay Equity Act* violate s. 15(1) of the *Charter*. The purpose of the *Act* is to provide “equal pay for work of equal value”, a strategy that recognizes that since “women’s work” is valued less than “men’s work”, the pay and status are lower and the result is systemic wage discrimination. Leaving wage inequities in place makes women “the economy’s ordained shock absorbers”. Pay equity legislation, such as the *Act* at issue here, accordingly targets women in redressing the pay discrimination they have suffered. The provisions at issue, which alter the way in which the legislation identifies and redresses differences in men’s and women’s pay, therefore draw distinctions based on sex.

Assessed on their own, and regardless of the prior legislative scheme, ss. 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 have a discriminatory impact. Any pay inequities emerging during the five year period between audits go uncorrected until the next audit. Even when an audit reveals the emergence of pay inequity during the previous five years, only adjustment payments going forward are payable. This effectively gives an amnesty to the employer for discrimination between audits. Employers are required to post the results of the audit, but not the date on which pay inequity emerged, thus obscuring when adjustment payments ought to have been made. Employees are thus deprived of the evidentiary foundation for showing bad faith by the employer, which is the only route to obtaining retroactive compensation. Further, retroactive compensation is only available to sanction deliberate and improper behaviour in the conduct of mandatory audits, not the discrimination that may otherwise be revealed by the process. Inequities that subsequently emerge before the next audit will therefore be immune from remedial redress except where the claimants can prove intentional discrimination, an approach to discrimination long rejected by this Court and at odds with the purpose of pay equity legislation, namely, to remedy systemic discrimination.

Although the scheme purports to address systemic discrimination, it in fact codifies the denial to women of benefits routinely enjoyed by men — namely, compensation tied to the value of their work. Men receive this

103.1 al. 2 de la *Loi sur l’équité salariale* portent atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. La *Loi* a pour objet de faire en sorte que soit versé un « salaire égal pour un travail de valeur égale », une stratégie qui reconnaît que, comme le « travail des femmes » est moins bien considéré que le « travail des hommes », le salaire et le statut des femmes sont moindres que ceux des hommes, et il en résulte une discrimination salariale systémique. En maintenant les iniquités salariales, on se sert des femmes « pour amortir les avatars de l’économie ». Les mesures législatives en matière d’équité salariale, telle la *Loi* en l’espèce, visent donc les femmes lorsqu’il s’agit de corriger la discrimination salariale qu’elles ont subie. Les modifications en cause, qui changent la façon dont la loi permet de repérer et de corriger les écarts salariaux entre les hommes et les femmes, établissent donc des distinctions fondées sur le sexe.

Examinés individuellement, et indépendamment du régime législatif antérieur, les art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 ont un effet discriminatoire. Les iniquités salariales qui apparaissent au cours de la période de cinq ans comprise entre les évaluations restent non corrigées jusqu’à la prochaine évaluation. Même lorsqu’une évaluation révèle l’apparition d’une iniquité salariale au cours des cinq années précédentes, les ajustements salariaux sont payables pour l’avenir seulement. L’employeur se voit ainsi effectivement accorder une amnistie pour la discrimination entre les évaluations. Les employeurs doivent afficher les résultats de l’évaluation, mais pas la date à laquelle est apparue l’iniquité, ce qui occulte le moment où les ajustements salariaux auraient dû être faits. Les salariés sont donc privés des éléments de preuve permettant d’établir la mauvaise foi de l’employeur, ce qui constitue la seule façon d’obtenir le versement rétroactif d’ajustements salariaux. De plus, le versement rétroactif de tels ajustements n’est possible que pour sanctionner un comportement inapproprié et délibéré manifesté au cours des évaluations obligatoires, et non pas la discrimination qu’est par ailleurs susceptible de révéler le processus. Les iniquités subséquentes qui apparaissent avant l’évaluation suivante ne seront donc pas susceptibles de correction de nature réparatrice, sauf lorsque les demandeurs peuvent prouver qu’il y a eu discrimination intentionnelle, une conception de la discrimination que la Cour a rejetée depuis longtemps et qui va à l’encontre de l’objet des mesures législatives en matière d’équité salariale, à savoir remédier à la discrimination systémique.

Bien qu’il soit censé remédier à la discrimination systémique, le régime codifie en fait le refus d’accorder aux femmes des avantages dont jouissent habituellement les hommes — à savoir une rémunération liée à la valeur

compensation as a matter of course; women, under this scheme, are expected to endure five year periods of pay inequity, and to receive equal compensation only where their employer voluntarily acts in a non-discriminatory manner, or where they can meet the heavy burden of proving the employer engaged in deliberate or improper conduct. The scheme thus places barriers along the path to equal pay for women. And it correspondingly tolerates undervaluation of women's work whenever women cannot clear the specific hurdle of proving that they should be paid equally because their employer acted improperly. Absent such behaviour, working women are told that they must simply live with the reality that they have not been paid fairly, even where a statutorily mandated audit has made that fact clear.

Section 15(2) has no application in cases such as this one. It protects ameliorative programs for disadvantaged groups from claims by those the program was not intended to benefit that the ameliorative program discriminates against them. Section 15(2) cannot bar s. 15(1) claims by the very group the legislation seeks to protect.

None of the impugned provisions can be justified under s. 1. Encouraging increased employer compliance by lightening the burden through denial of retroactive payments can, in some circumstances, constitute a pressing and substantial objective. Although there is no empirical or other evidence to show how denying retroactive compensation has advanced this objective, reducing the employer's obligations can be seen, at a theoretical level, to be rationally connected to increased employer compliance. At the minimal impairment stage, however, there is virtually no evidence that other means of encouraging employer compliance — such as stricter enforcement of the *Pay Equity Act's* requirements through the offence provisions contained within it — would be ineffective. Therefore, eliminating pay equity obligations except for adjustments every five years does not impair female employees' equality rights as little as reasonably possible, it suspends their rights to be free from pay discrimination for five year intervals.

de leur travail. Les hommes reçoivent cette rémunération comme si cela allait de soi; les femmes, suivant ce régime, sont quant à elles censées endurer des périodes de cinq ans d'iniquité salariale et recevoir une rémunération égale uniquement lorsque leur employeur agit volontairement de manière non discriminatoire, ou encore lorsqu'elles peuvent s'acquitter du lourd fardeau de prouver que celui-ci a eu une conduite délibérée ou inappropriée. Le régime fait donc obstacle à l'accès des femmes à l'équité salariale. De plus, corollairement, il tolère la sous-évaluation du travail des femmes chaque fois que celles-ci ne peuvent s'acquitter du fardeau particulier leur incombant de prouver qu'elles devraient être payées de façon égale parce que leur employeur a agi de façon inappropriée. En l'absence d'un tel comportement, on dit aux femmes sur le marché du travail qu'elles doivent tout simplement vivre avec le fait qu'elles ne sont pas payées équitablement, même lorsqu'une évaluation exigée par la loi a fait ressortir ce fait clairement.

Le paragraphe 15(2) ne s'applique pas dans des cas comme celui-ci. Il met les programmes améliorateurs destinés aux groupes défavorisés à l'abri d'allégations selon lesquelles un programme améliorateur donné est discriminatoire à l'égard de personnes n'étant pas censées bénéficier de celui-ci. Le paragraphe 15(2) ne saurait faire obstacle aux demandes fondées sur le par. 15(1) formulées par le groupe même que la loi vise à protéger.

Aucune des dispositions contestées ne peut être justifiée au regard de l'article premier. Encourager un respect accru de la loi par les employeurs en allégeant leur fardeau par le refus des paiements rétroactifs peut, dans certaines circonstances, constituer un objectif urgent et réel. Bien qu'il n'y ait aucune preuve empirique ou autre pour établir la façon dont le refus des ajustements salariaux rétroactifs a favorisé la réalisation de cet objectif, le fait de réduire les obligations de l'employeur peut être considéré, sur le plan théorique, comme étant rationnellement lié à un respect accru de la loi par l'employeur. Toutefois, à l'étape de l'atteinte minimale, il n'y a virtuellement aucune preuve indiquant que d'autres façons d'encourager les employeurs à respecter la loi — comme une application plus rigoureuse des exigences prévues par la *Loi sur l'équité salariale* au moyen de ses dispositions qui créent des infractions — seraient inefficaces. En conséquence, l'élimination des obligations en matière d'équité salariale, sauf pour ce qui est des ajustements tous les cinq ans, ne restreint pas aussi peu que cela est raisonnablement possible les droits à l'égalité des salariées, mais suspend leurs droits à la protection contre la discrimination salariale pour des intervalles de cinq ans.

Quebec has failed to demonstrate that the law satisfies the overall balancing requirement of the s. 1 analysis. The harmful effects are to create barriers to access for equitable pay for the very people whom this pay equity scheme was designed to help; the benefits are, at the moment, indiscernible and speculative given the absence of evidence. Reducing employers' obligations in the hopes of encouraging compliance subordinates the substantive constitutional entitlement of women to be free from discrimination in compensation, to the willingness of employers to comply with the law. As for the information in the audit posting, the justifications analysis fails at every step. Quebec has not provided any explanation for the exclusion of the date when pay inequities re-emerged other than to say that it is not relevant information under the new scheme. Since the five year gap between remedial compensation has been found to be unconstitutional, the date on which pay inequities re-emerge is plainly relevant information.

As for the cross-appeal, the onus of proving the unconstitutionality of the provisions in the 2009 *Act to Amend the Pay Equity Act* that repealed ss. 40 to 43 of the *Pay Equity Act* was not met.

Per Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. Sections 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 of the *Pay Equity Act* do not create a discriminatory distinction that infringes s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At the first step of the analysis under s. 15(1) of the *Charter*, the claimant must show not only the mere existence of a distinction in the *Act*, but also a form of disadvantage flowing from that distinction. Because the *Act* entails distinctions that may affect a group consisting essentially of women, it would be absurd if an approach whose focus was on discriminatory effects did not deal first with the issue of the disadvantage resulting from one or more of those distinctions, at least on a *prima facie* basis. Pay equity for private sector enterprises is a creation of the Quebec legislature and does not have constitutional status. It is not appropriate to compare the amendments to the *Act* with the previous version of the *Act*. Such an approach would have the effect of constitutionally entrenching one mechanism that confers benefits on a group to which an enumerated or analogous ground applies, to the detriment

Le Québec n'a pas démontré que les mesures législatives satisfont à l'obligation de mise en balance globale de l'analyse fondée sur l'article premier. Leurs effets préjudiciables consistent en la création d'obstacles à l'accès à un salaire équitable aux personnes mêmes que le régime d'équité salariale vise à aider, alors que leurs effets bénéfiques sont, pour le moment, non discernables et hypothétiques, étant donné l'absence de preuve à cet égard. Réduire les obligations des employeurs dans l'espoir d'encourager ceux-ci à respecter la loi subordonne le droit substantiel d'ordre constitutionnel des femmes de ne pas faire l'objet de discrimination salariale à la volonté des employeurs de respecter la loi. Pour ce qui est des renseignements devant figurer dans l'évaluation affichée, aucune des étapes de l'analyse relative à la justification n'est franchie. Le Québec n'a pas expliqué l'exclusion de la date de la réapparition des iniquités salariales, sauf pour dire que ce renseignement n'est pas pertinent suivant le nouveau régime. Étant donné que l'intervalle de cinq ans entre le versement des ajustements salariaux réparateurs a été jugé inconstitutionnel, la date à laquelle les iniquités salariales réapparaissent constitue un renseignement manifestement pertinent.

Pour ce qui est de l'appel incident, on ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver l'inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009 qui ont abrogé les art. 40 à 43 de la *Loi sur l'équité salariale*.

Les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents quant au pourvoi principal) : Le pourvoi devrait être accueilli et l'appel incident devrait être rejeté. Les articles 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 de la *Loi sur l'équité salariale* ne créent aucune distinction discriminatoire violant l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au premier volet de l'analyse que commande le par. 15(1) de la *Charte*, le demandeur ne doit pas seulement démontrer l'existence d'une simple distinction dans la *Loi*, mais également d'une forme de désavantage en découlant. Puisque la *Loi* se compose de distinctions qui peuvent affecter un groupe formé essentiellement de femmes, il serait absurde qu'une démarche axée sur les effets discriminatoires ne traite pas d'emblée de la question du désavantage engendré par une ou plusieurs de ces distinctions, à tout le moins *prima facie*. L'équité salariale applicable aux entreprises privées est une création du législateur québécois et ne jouit d'aucun statut constitutionnel. Il n'y a pas lieu de comparer les modifications de la *Loi* à sa version antérieure. Adopter cette démarche aurait pour effet de constitutionnaliser un mécanisme procurant des avantages à un groupe visé par un motif

of other, equally valid, mechanisms. It would then no longer be open to the legislature to explore other avenues.

The employees in question have enjoyed a significant benefit. The *Act*, as a whole, creates a complete hybrid scheme that allows for a periodic review of compensation and provides a retroactive remedy in case of abuse. It thus addresses the problem of systemic discrimination in addition to, among others, that of intentional discrimination. The *Act's* ameliorative effect becomes clear when the situation is considered through the lens of the comparator group. Thus, employees in an enterprise that has fewer than 10 employees are excluded from the scope of the *Act* and do not benefit from a periodic audit of their compensation. They cannot use a complaint mechanism comparable to the one provided for in the *Act* should their employer modify their duties without taking into account the insidious factors at the root of the systemic discrimination from the standpoint of a correlative audit of their remuneration.

At the second step of the s. 15(1) analysis, it is necessary to determine whether the amendments are discriminatory by considering whether they respond to the actual capacities and needs of the members of the group or instead impose a burden or deny a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage. In this case, it has not been established that the measure has a discriminatory effect on the group. The state conduct does not widen — rather than narrowing — the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society. Contextual factors like the ones set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 — (1) a pre-existing disadvantage, (2) a correspondence with actual characteristics, (3) the impact on other groups and (4) the nature of the affected interest — are helpful in determining whether a particular distinction is discriminatory.

Although women face systemic discrimination in matters of compensation, the impugned sections do not perpetuate or reinforce the idea that women can be paid less simply because they are women. The *Act's* objective is to permanently eradicate pay inequities by establishing a maintenance mechanism in ss. 76.1 to 76.9. This new mechanism responds to the needs of the women concerned by effectively preventing abuse by employers and also by providing them with a periodic audit of their remuneration. The scheme established by the *Act* deals with only one ground of discrimination, namely sex, and applies to only a small portion of female employees in Quebec, those who hold positions in predominantly female job classes in

énuméré ou analogue au détriment d'autres mécanismes tout aussi valables. Il ne serait alors plus loisible au législateur d'explorer d'autres avenues.

Les salariées visées bénéficient d'un avantage considérable. Dans son ensemble, la *Loi* crée un régime complet hybride qui permet une révision périodique des salaires en plus d'offrir un recours en réparation rétroactive en cas d'abus. La *Loi* répond donc au problème de la discrimination systémique en plus de, notamment, répondre à celui de la discrimination intentionnelle. L'effet améliorateur de la *Loi* devient évident lorsque la situation est analysée sous le prisme du groupe comparateur. En effet, les salariées d'une entreprise comptant moins de 10 salariées sont exclues de l'application de la *Loi* et ne bénéficient pas d'une évaluation périodique de leur rémunération. Elles ne peuvent pas utiliser un mécanisme de plainte comparable à celui prévu à la *Loi* advenant que leur employeur modifie leurs tâches sans tenir compte des facteurs insidieux qui sont à l'origine de la discrimination systémique d'un point de vue de l'évaluation correlative de leur rémunération.

Dans le cadre du deuxième volet de l'analyse fondée sur le par. 15(1), il faut déterminer si les modifications sont discriminatoires en évaluant si elles répondent aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe ou si elles leur imposent plutôt un fardeau ou leur refusent un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes. En l'espèce, l'effet discriminatoire de la mesure sur le groupe n'a pas été établi. Les actes de l'État n'ont pas pour effet d'élargir — au lieu de le rétrécir — l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société. Les facteurs contextuels comme ceux établis dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, à savoir : (1) un désavantage préexistant, (2) la correspondance de la mesure avec les caractéristiques réelles, (3) l'effet sur d'autres groupes et (4) la nature du droit touché, sont utiles pour déterminer si une distinction particulière est discriminatoire.

Bien que les femmes font l'objet de discrimination systémique au chapitre de la rémunération, les articles contestés ne perpétuent pas, ni ne renforcent, l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes. La *Loi* a pour but d'éradiquer de façon permanente les iniquités salariales en mettant sur pied un mécanisme de maintien aux art. 76.1 à 76.9. Ce nouveau mécanisme répond aux besoins des femmes visées en ce qu'il empêche efficacement les abus de la part des employeurs, en plus d'offrir une évaluation périodique de leur rémunération. Le régime créé par la *Loi* ne vise qu'un seul motif de discrimination, soit celui fondé sur le sexe, et ne touche qu'une partie réduite des salariées

enterprises with 10 or more employees. There is no doubt that work is an important aspect of life and that, for many people, it is a large part of their identity. In enacting the *Act*, the Quebec legislature has recognized the nature of pay equity and its importance for women. However, the adopted measures have not constitutionally entrenched pay equity such that they would be impossible to modify.

Because it is the group to which an enumerated ground applies that is raising the discriminatory nature of the effects of a law whose specific object is the amelioration of conditions of the group's members, the s. 15(2) analysis must be deferred until after the entire s. 15(1) analysis has been completed. If a court were to follow the approach proposed in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, according to which it must be determined whether s. 15(2) applies before turning to the second step of the s. 15(1) analysis so as to make it unnecessary to conclude that the equality guarantee has been violated before saving the impugned measure, the effect would be to terminate the analysis prematurely. The order set out in *Kapp* should be followed in any situation in which the claimant is not a member of the group to which the law applies. In the instant case, even if it were to be held that the specific mechanism created by the statutory amendments can be considered discriminatory, the *Act* as a whole should be protected under s. 15(2). There is no doubt that the *Act* genuinely has the promotion and achievement of substantive equality as its object, as it provides for measures to combat systemic discrimination.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721;

au Québec, à savoir les femmes occupant des emplois dans des catégories d'emploi à prédominance féminine dans une entreprise comprenant 10 salariés ou plus. Il ne fait pas de doute que le travail est un aspect important de la vie et il représente pour bien des gens une grande partie de leur identité. Par le biais de la *Loi*, le législateur québécois reconnaît la nature de l'équité salariale et son importance pour les femmes. Toutefois, les mesures mises en place n'ont pas constitutionnalisées l'équité salariale au risque de rendre les mesures impossibles à modifier.

Puisque c'est le groupe visé par un motif énuméré qui soulève le caractère discriminatoire des effets d'une loi visant spécifiquement à améliorer la situation de ses membres, il faut déplacer l'analyse relative au par. 15(2), à la suite de l'analyse complète fondée sur le par. 15(1). Appliquer la méthode proposée dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, qui consiste à se pencher sur l'application du par. 15(2) avant de passer au second volet de l'analyse que commande le par. 15(1) afin d'éviter de conclure à une violation du droit à l'égalité avant de valider la mesure contestée, aurait pour effet de mettre fin prématurément à l'analyse. L'ordre de priorité établi dans l'arrêt *Kapp* doit être suivi dans toutes les autres situations où le demandeur ne fait pas partie du groupe visé par la loi. En l'espèce, même s'il fallait conclure que le mécanisme spécifique prévu dans les modifications législatives peut être qualifié de discriminatoire, l'ensemble de la *Loi* devrait être protégé par application du par. 15(2). En effet, il ne fait pas de doute que la *Loi* a pour objet véritable la promotion et l'atteinte de l'égalité réelle car elle met en place des mesures visant à combattre la discrimination systémique.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Québec (Procureur Général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Toronto Star*

RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906.

By Côté, Brown and Rowe JJ. (dissenting on the appeal)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657; *Québec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Pay Equity Act, S.Q. 2009, c. 9, ss. 14, 23, 40.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 11.
Charter of Human Rights and Freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 10, 19, 49.1.
Charter of human rights and freedoms, S.Q. 1975, c. 6, s. 19.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.
Interpretation Act, CQLR, c. I-16, s. 41.
Labour Code, CQLR, c. C-27, s. 47.2.
Pay Equity Act, CQLR, c. E-12.001, ss. 1, 4, 16, 31, 34, 50, 76.1 to 76.9, 76.1, 76.3, 76.4, 76.5, 76.9, 101, 103.1 para. 2, 115 to 118.
Pay Equity Act, S.Q. 1996, c. 43, ss. 1, 4, 16, 31, 34, 40 [am. 2006, c. 6, s. 7; rep. 2009, c. 9, s. 14], 41

Newspapers Ltd. c. Canada, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. K.R.J.*, 2016 CSC 31, [2016] 1 R.C.S. 906.

Citée par les juges Côté, Brown et Rowe (dissidents quant au pourvoi principal)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1975, c. 6, art. 19.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 10, 19, 49.1.
Code du travail, RLRQ, c. C-27, art. 47.2.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 11.
Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16, art. 41.
Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale, L.Q. 2009, c. 9, art. 14, 23, 40.
Loi sur l'équité salariale, L.Q. 1996, c. 43, art. 1, 4, 16, 31, 34, 40 [mod. 2006, c. 6, art. 7; abr. 2009, c. 9, art. 14], 41 [abr. *idem*], 42 [abr. *idem*], 43 [abr. *idem*],

[rep. *idem*], 42 [rep. *idem*], 43 [rep. *idem*], 50, 76.1 to 76.11 [ad. 2009, c. 9, s. 23], 76.1 [ad. *idem*], 76.3 [ad. *idem*], 76.4 [ad. *idem*], 76.5 [ad. *idem*], 76.9 [ad. *idem*], 100 [am. 2009, c. 9, s. 36], 101 para. 3 [ad. 2009, c. 9, s. 37], 103.1 para. 2 [ad. 2009, c. 9, s. 40], 115 [am. 2009, c. 9, s. 44] to 118.

Treaties and Other International Instruments

Canada's declaration in respect of Article 11(1)(d) made upon ratification of the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Annex A, No. 20378, January 9, 1982, 1257 U.N.T.S. 496 [declaration withdrawn May 28, 1992, 1676 U.N.T.S. 554]. *Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value (No. 100)*, Can. T.S. 1973 No. 37.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1249 U.N.T.S. 13, art. 11(1)(d).

Authors Cited

Anker, Richard. "Theories of occupational segregation by sex: An Overview" (1997), 136 *Int'l Lab. Rev.* 315.

Bilson, Beth. "The Ravages of Time: The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act*" (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525.

Canada. Pay Equity Task Force. *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right*, Final Report. Ottawa, 2004.

Canada. Royal Commission on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.

Canada. Royal Commission on the Status of Women in Canada. *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. Ottawa, 1970.

Cornish, Mary. "Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women's Work" (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 219.

McGill, Jena. "Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review" (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521.

Sharpe, Robert J. and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*. Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 2010.

50, 76.1 à 76.11 [aj. 2009, c. 9, art. 23], 76.1 [aj. *idem*], 76.3 [aj. *idem*], 76.4 [aj. *idem*], 76.5 [aj. *idem*], 76.9 [aj. *idem*], 100 [mod. 2009, c. 9, art. 36], 101 al. 3 [aj. 2009, c. 9, art. 37], 103.1 al. 2 [aj. 2009, c. 9, art. 40], 115 [mod. 2009, c. 9, art. 44] à 118.

Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001, art. 1, 4, 16, 31, 34, 50, 76.1 à 76.9, 76.1, 76.3, 76.4, 76.5, 76.9, 101, 103.1 al. 2, 115 à 118.

Table des traités et autres instruments internationaux

Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (N° 100), R.T. Can. 1973 n° 37.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1249 R.T.N.U. 24, art. 11(1)(d).

Déclaration du Canada au sujet de l'al. 11(1)(d) formulée lors de la ratification de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, annexe A, n° 20378, 9 janvier 1982, 1257 R.T.N.U. 496 [retrait de la déclaration le 28 mai 1992, 1676 R.T.N.U. 554].

Doctrine et autres documents cités

Anker, Richard. « Theories of occupational segregation by sex : An Overview » (1997), 136 *Int'l Lab. Rev.* 315.

Bilson, Beth. « The Ravages of Time : The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act* » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525.

Canada. Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la situation de la femme au Canada*, Ottawa, 1970.

Canada. Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Canada. Groupe de travail sur l'équité salariale. *L'équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental*, rapport final, Ottawa, 2004.

Cornish, Mary. « Closing the Global Gender Pay Gap : Securing Justice for Women's Work » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 219.

McGill, Jena. « Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521.

Sharpe, Robert J. and Kent Roach. *The Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Sheppard, Colleen. *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada*,

Smith, Lynn, and William Black. “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Doyon and Gagnon J.J.A.), 2016 QCCA 1659, [2016] AZ-51331102, [2016] J.Q. n° 13251 (QL), 2016 CarswellQue 9477 (WL Can.), affirming in part a decision of Martin J., 2014 QCCS 149, [2014] AZ-51037193, [2014] J.Q. n° 319 (QL), 2014 CarswellQue 362 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté, Brown and Rowe J.J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

Louis P. Bernier and Marc-André Boucher, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Denis Bradet, for the respondents/appellants on cross-appeal Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque and Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc.

Pierre Brun and Johanne Drolet, for the respondents/appellants on cross-appeal Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau and Nancy Bédard.

Annick Desjardins, for the respondents/appellants on cross-appeal Syndicat des employé(e)s de l’Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d’intervention pour l’accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des

Montreal & Kingston, McGill-Queen’s University Press, 2010.

Smith, Lynn, and William Black. « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Rochette, Doyon et Gagnon), 2016 QCCA 1659, [2016] AZ-51331102, [2016] J.Q. n° 13251 (QL), 2016 CarswellQue 9477 (WL Can.), qui a confirmé en partie la décision du juge Martin, 2014 QCCS 149, [2014] AZ-51037193, [2014] J.Q. n° 319 (QL), 2014 CarswellQue 362 (WL Can.). Pourvoi principal rejeté, les juges Côté, Brown et Rowe sont dissidents. Pourvoi incident rejeté.

Louis P. Bernier et Marc-André Boucher, pour l’appelante/intimée au pourvoi incident.

Denis Bradet, pour les intimés/appelants au pourvoi incident l’Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque et le Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc.

Pierre Brun et Johanne Drolet, pour les intimés/appelants au pourvoi incident la Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau et Nancy Bédard.

Annick Desjardins, pour les intimés/appelants au pourvoi incident le Syndicat des employé(e)s de l’Université de Montréal, Sylvie Goyer, le Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, le Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, le Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, le Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, la Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, la Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, le Conseil d’intervention pour l’accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., l’Association des

psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet and Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ).

S. Zachary Green and Courtney Harris, for the intervener the Attorney General of Ontario.

No one appeared for the interveners Conseil du trésor and Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (formerly known as Commission de l'équité salariale).

Fay Faraday and Janet E. Borowy, for the interveners the Equal Pay Coalition, the New Brunswick Coalition for Pay Equity and the Women's Legal Education and Action Fund.

Andrew Raven, Andrew Astritis and Morgan Rowe, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

Matthew Gapmann and Nathalie Léger, for the intervener Centrale des syndicats du Québec.

Colleen Bauman and Erin Moores, for the interveners The Professional Institute of the Public Service of Canada, The Canadian Association of Professional Employees, The Association of Canadian Financial Officers and The Professional Association of Foreign Service Officers.

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

[1] ABELLA J. — In 1996, Quebec adopted a legislative scheme to address systemic wage discrimination against women. The *Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43 (now CQLR, c. E-12.001), set out a process of reporting, planning, comparison, evaluation and adjustment payments aimed at ensuring that employers provided equal pay for work of equal value. Once that goal — pay equity — had been achieved, the *Act* imposed a continuing obligation on employers to maintain it. And whenever employers failed to

psychologues du Québec, le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet et le Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ).

S. Zachary Green et Courtney Harris, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Personne n'a comparu pour les intervenants le Conseil du trésor et la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (anciennement connue sous le nom de Commission de l'équité salariale).

Fay Faraday et Janet E. Borowy, pour les intervenants Equal Pay Coalition, La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Andrew Raven, Andrew Astritis et Morgan Rowe, pour l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada.

Matthew Gapmann et Nathalie Léger, pour l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec.

Colleen Bauman et Erin Moores, pour les intervenants L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, L'Association canadienne des employés professionnels, L'Association canadienne des agents financiers et L'Association professionnelle des agents du Service extérieur.

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

[1] LA JUGE ABELLA — En 1996, le Québec a adopté un régime législatif pour remédier à la discrimination salariale systémique à l'égard des femmes. La *Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43 (maintenant RLRQ, c. E-12.001), établissait un processus de signalement, de planification, de comparaison, d'évaluation et de versement d'ajustements salariaux pour faire en sorte que les employeurs versent un salaire égal pour un travail de valeur égale. Une fois cet objectif atteint — l'équité salariale —, la *Loi* imposait

maintain pay equity, the *Act* gave employees the right to challenge the failure and have it fully remedied immediately.

[2] After 10 years, the Government of Quebec found that compliance with the *Act* had not met expectations. In 2009, it adopted the *Act to amend the Pay Equity Act*, S.Q. 2009, c. 9, which replaced the ongoing obligation to maintain pay equity with a system of mandatory audits every five years. When an audit revealed the failure to maintain pay equity, the employer was only required to rectify the wages going forward. Unless the employer acted arbitrarily or in bad faith, he or she was not required to compensate for wage inequities that emerged between audits.

[3] Several unions challenged the amendments on the basis that they violated the equality rights in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Quebec courts agreed, and parts of the legislative provisions amending the *Pay Equity Act* were struck down. The declaration of invalidity was suspended for one year.

[4] This is an appeal by Quebec, arguing that there is no breach of s. 15 of the *Charter*, and, if there is, it can be justified under s. 1. There was a cross-appeal by the unions seeking to have additional provisions declared unconstitutional.

[5] I agree with the Quebec courts and would dismiss both the appeal and the cross-appeal.

I. Background

[6] The first Canadian efforts to close the gap between men and women's wages in the 1950s were called "equal pay for equal work" and focused on wage gaps between men and women in the same job. Because this approach failed to capture the systemic

aux employeurs l'obligation continue de maintenir cette équité. Elle conférerait aussi aux salariés le droit de contester toute omission des employeurs de maintenir l'équité salariale et d'obtenir qu'il soit sans délai remédié entièrement à la situation.

[2] Au bout de 10 années, le gouvernement du Québec a jugé que les attentes en matière de respect de la loi n'étaient pas satisfaites. En 2009, il a adopté la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 2009, c. 9, qui a remplacé l'obligation continue de maintenir l'équité salariale par un système d'évaluations obligatoires tous les cinq ans. Lorsqu'une évaluation révèle une omission de maintenir l'équité salariale, l'employeur est tenu de rectifier les salaires pour l'avenir seulement. À moins qu'il n'ait agi de façon arbitraire ou de mauvaise foi, celui-ci n'est pas tenu de verser des ajustements salariaux pour les iniquités salariales apparues entre les évaluations.

[3] Plusieurs syndicats ont contesté les modifications au motif qu'elles violaient les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les tribunaux du Québec ont accepté cet argument et ont invalidé certaines parties des dispositions législatives modifiant la *Loi sur l'équité salariale*. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période d'un an.

[4] Il s'agit d'un pourvoi interjeté par le Québec, qui soutient qu'il n'y a aucune violation de l'art. 15 de la *Charte*, et que, s'il y a effectivement une telle violation, celle-ci est justifiable au regard de l'article premier. Les syndicats ont formé un pourvoi incident dans lequel ils demandent que d'autres dispositions soient déclarées inconstitutionnelles.

[5] Je souscris aux conclusions des tribunaux du Québec et je suis d'avis de rejeter tant le pourvoi que le pourvoi incident.

I. Contexte

[6] Les premiers efforts déployés par le Canada dans les années 1950 en vue de supprimer l'écart entre les salaires des hommes et des femmes — le principe dit du « salaire égal pour un travail égal » — portaient plus particulièrement sur les écarts salariaux entre

aspect of wage discrimination, it was replaced by the concept of “equal pay for work of equal value”, a wider and more nuanced strategy that recognized that since “women’s work” is valued less than “men’s work”, the pay and status are lower and the result is systemic wage discrimination (Beth Bilson, “The Ravages of Time: The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act*” (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525, at p. 526; Richard Anker, “Theories of occupational segregation by sex: An Overview” (1997), 136 *Int’l Lab. Rev.* 315; Mary Cornish, “Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women’s Work” (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 219, at pp. 223-25).

[7] Two Royal Commissions contributed to the revised approach which replaced “equal work” with “equivalent” work or work of “equal value”. The first, in 1970, was the ground-breaking *Report of the Royal Commission on the Status of Women in Canada*. It noted the persistence of occupational segregation and systemic wage discrimination notwithstanding that there had been laws requiring equal pay for equal work since the 1950s (paras. 236-37). It recommended that “the concept of skill, effort and responsibility be used as objective factors in determining what is equal work” (para. 239 (emphasis deleted)), a recommendation that was ultimately reflected in s. 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6.¹

¹ Section 11 states, in part:

11 (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

les hommes et les femmes exerçant les mêmes fonctions. Comme cette approche ne rendait pas compte de l’aspect systémique de la discrimination salariale, le concept de « salaire égal pour un travail égal » a été remplacé par celui de « salaire égal pour un travail de valeur égale », une stratégie plus large et plus nuancée qui reconnaît que, comme le « travail des femmes » est moins bien considéré que le « travail des hommes », le salaire et le statut des femmes sont moindres que ceux des hommes, et il en résulte une discrimination salariale systémique (Beth Bilson, « The Ravages of Time : The Work of the Federal Pay Equity Task Force and Section 11 of the *Canadian Human Rights Act* » (2004), 67 *Sask. L. Rev.* 525, p. 526; Richard Anker, « Theories of occupational segregation by sex : An Overview » (1997), 136 *Int’l Lab. Rev.* 315; Mary Cornish, « Closing the Global Gender Pay Gap : Securing Justice for Women’s Work » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 219, p. 223-225).

[7] Deux commissions royales d’enquête ont contribué à l’adoption de la nouvelle approche, soit celle ayant remplacé le concept de « travail égal » par celui de travail « équivalent » ou « de valeur égale ». La première a publié, en 1970, l’innovant *Rapport de la Commission royale d’enquête sur la situation de la femme au Canada*, dans lequel elle a souligné la persistance d’une ségrégation professionnelle et d’une discrimination salariale systémique malgré l’existence, depuis les années 1950, de lois exigeant un salaire égal pour un travail égal (par. 236-237). Elle y a recommandé que « l’on se serve des concepts de compétence, d’efforts et de responsabilités comme critères objectifs pour déterminer ce qu’est un travail égal » (par. 239 (caractères gras omis)), recommandation s’étant reflétée en fin compte à l’art. 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6¹.

¹ L’article 11 prévoit notamment ce qui suit :

11 (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l’employeur d’instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

(2) Le critère permettant d’établir l’équivalence des fonctions exécutées par des salariés dans le même établissement est le dosage de qualifications, d’efforts et de responsabilités nécessaires pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail.

[8] In 1984, the *Report of the Commission on Equality in Employment* concluded that “equal pay for work of equal value should be part of all employment equity programs” (p. 261). That meant adopting policies “looking at those jobs in which women predominate and comparing their wage rates with those . . . jobs at a comparable level in which men predominate. If a wage difference is found, it then becomes a question of trying to determine whether it is a legitimate or fair one” (p. 244). Leaving wage inequities in place makes women “the economy’s ordained shock absorbers” (p. 234).

[9] These recommendations reflected approaches found in international instruments. The International Labour Organization (ILO), for example, adopted its *Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value* (No. 100), Can. T.S. 1973 No. 37, in 1951, which imposed an obligation on ratifying states to apply the principle of “equal remuneration for men and women workers for work of equal value” (ratified by Canada in 1972). The same principle is embodied in Art. 11(1)(d) of the 1979 United Nations *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, 1249 U.N.T.S. 13 (ratified by Canada in 1981).²

[10] In 1975, Quebec adopted s. 19 of its *Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1975, c. 6 (now CQLR, c. C-12), which states that “[e]very employer must, without discrimination, grant equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place.” The regime for

² At the time of ratification, Canada issued a declaration relating to Art. 11(1)(d) (see 1257 U.N.T.S. 496). That declaration was withdrawn in 1992 (see 1676 U.N.T.S. 554), but it stated that Canadian legislators “have addressed the concept of equal pay referred to in article 11(1)(d) by legislation which requires the establishment of rates of remuneration without discrimination on the basis of sex. The competent legislative authorities within Canada will continue to implement the object and purpose of article 11(1)(d) and to that end have developed, and where appropriate will continue to develop, additional legislative and other measures.”

[8] En 1984, dans le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, il a été recommandé que « l'égalité de salaire pour un travail de valeur égale soit prévue par tous les programmes d'équité en matière d'emploi » (p. 290). Cela signifiait qu'il fallait adopter des politiques permettant de « comparer les salaires dans les professions où les femmes prédominent, avec les salaires dans les professions de niveau comparable où les hommes sont majoritaires. Si l'on constate un écart de salaire, il faut alors déterminer s'il est justifié ou non » (p. 271). En maintenant les iniquités salariales, on se sert des femmes « pour amortir les avatars de l'économie » (p. 260).

[9] Ces recommandations reflétaient les approches utilisées dans certains instruments internationaux. L'Organisation internationale du Travail (OIT), par exemple, a, en 1951, adopté sa *Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale* (N° 100), R.T. Can. 1973 n° 37, laquelle imposait aux États l'ayant ratifiée l'obligation d'appliquer le principe de « l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale » (convention ratifiée par le Canada en 1972). Le même principe est consacré à l'al. 11(1)d) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* des Nations Unies de 1979, 1249 R.T.N.U. 24 (convention ratifiée par le Canada en 1981)².

[10] En 1975, le Québec a adopté l'art. 19 de sa *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6 (maintenant RLRQ, c. C-12), qui prévoit que « [t]out employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un

² Lors de la ratification, le Canada a formulé une déclaration au sujet de l'al. 11(1)d) (voir 1257 R.T.N.U. 496). Cette déclaration a été retirée en 1992 (voir 1676 R.T.N.U. 554), mais elle indiquait que les législateurs canadiens « ont mis en pratique le concept de l'égalité de rémunération tel qu'il est envisagé à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 11 en adoptant une législation qui prévoit la fixation des taux de rémunération sans discrimination fondée sur le sexe. Les autorités compétentes du Canada continueront à faire droit à l'objectif visé par l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 11, et à cette fin, elles ont mis au point et le cas échéant continueront à mettre au point de nouvelles mesures, législatives et autres. »

ensuring compliance with s. 19 relied on employee complaints to the Commission des droits de la personne. It proved to be ineffective.

[11] Quebec adopted a more proactive scheme in its 1996 *Pay Equity Act*. Section 1 of the *Act* sets out its purpose as being “to redress differences in compensation due to the systemic gender discrimination suffered by persons who occupy positions in predominantly female job classes”. Rather than relying on individual complaints, the *Act* imposed ongoing legal obligations on employers to measure and correct pay inequity, and set out processes for ensuring compliance with those obligations.

[12] The *Act* applies to all employers — public and private — with 10 or more employees.³ Regardless of the number of employees, all employers must submit a report on the implementation of the *Act* in their enterprises (s. 4). Employers with between 10 and 49 employees are responsible for determining and making adjustments to “afford the same remuneration, for work of equal value” (s. 34). All employers with between 50 and 99 employees must create a pay equity plan (s. 31), which is required to contain, among other features, the identification of predominately female job classes, the methodology for comparison and valuation, and the terms and conditions for adjustment payments (s. 50). The largest employers (those with 100 or more employees) have to establish a pay equity committee with representation from their employees (s. 16).

[13] Under ss. 40 to 43, which have now been repealed, employers had a continuous obligation to

³ Employees of employers with fewer than 10 employees who seek to redress pay inequities must still resort to complaints under s. 19 of the Quebec *Charter*. Conversely, employees covered by the *Pay Equity Act* are barred from pursuing complaints under the Quebec *Charter* and may only seek recourse under the processes set out in the *Pay Equity Act*.

travail *équivalent* au même endroit. » Le régime mis en place pour assurer le respect de cette disposition reposait sur les plaintes que les salariés pouvaient déposer devant la Commission des droits de la personne du Québec. Or, celui-ci s’est révélé inefficace.

[11] Le Québec a adopté un régime plus proactif dans sa *Loi sur l’équité salariale* de 1996. Suivant son article premier, cette loi a pour objet « de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l’égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d’emplois à prédominance féminine ». Plutôt que de s’en remettre aux plaintes individuelles, la *Loi* imposait aux employeurs des obligations légales continues pour ce qui est de mesurer et de corriger les iniquités salariales, et prévoyait des mécanismes pour assurer le respect de ces obligations.

[12] La *Loi* s’applique à tout employeur — du secteur public et du secteur privé — qui compte 10 salariés ou plus³. Quel que soit le nombre de salariés de l’entreprise, tout employeur doit produire une déclaration relative à l’application de la *Loi* dans son entreprise (art. 4). Les employeurs qui ont entre 10 et 49 salariés à leur service doivent déterminer et faire les ajustements salariaux nécessaires afin d’« accorder, pour un travail équivalent, la même rémunération » (art. 34). Tous les employeurs ayant entre 50 et 99 salariés à leur service doivent créer un programme d’équité salariale (art. 31), lequel doit comprendre notamment l’identification des catégories d’emplois à prédominance féminine, la méthode de comparaison et d’évaluation utilisée et les modalités de versement des ajustements salariaux (art. 50). Les plus importants employeurs (ceux de 100 salariés ou plus) doivent instituer un comité d’équité salariale au sein duquel leurs salariés sont représentés (art. 16).

[13] En vertu des art. 40 à 43, maintenant abrogés, les employeurs avaient l’obligation continue de

³ Les salariés d’une entreprise de moins de 10 employés qui veulent faire corriger des iniquités salariales doivent encore recourir au processus de plainte fondé sur l’art. 19 de la *Charte* québécoise. À l’inverse, les salariés visés par la *Loi sur l’équité salariale* ne peuvent déposer de plainte en vertu de la *Charte* québécoise et peuvent uniquement demander réparation en recourant aux mécanismes prévus par la *Loi sur l’équité salariale*.

maintain pay equity and adjust compensation accordingly:

40. The employer shall, after adjustments in compensation have been determined or a pay equity plan has been completed, maintain pay equity in his enterprise.

In particular, the employer shall ensure maintenance of pay equity upon the creation of new positions or new job classes, the modification of existing positions or of the conditions applicable to existing positions and the negotiation or renewal of a collective agreement. When a collective agreement is being negotiated or renewed, the certified association concerned or, if applicable, the bargaining agent appointed under the Act respecting the process of negotiation of the collective agreements in the public and parapublic sectors (chapter R-8.2) shall also ensure that pay equity is maintained. [As amended by 2006, c. 6, s. 7.]

...⁴

43. Where, because of changed circumstances in the enterprise, the compensation adjustments or the pay equity plan are no longer appropriate to maintain pay equity, the employer shall make the modifications necessary to maintain pay equity.

[14] Section 40 confirmed that the obligation to maintain pay equity was triggered by certain changes in the circumstances of the enterprise, such as “the creation of new positions or new job classes, the

⁴ Sections 41 and 42 set out specific situations in which the employer’s obligations continue notwithstanding changing circumstances. They stated, in part:

41. If, before the completion of a pay equity plan, an association is certified under the Labour Code to represent employees in the enterprise, obligations relative to the establishment of the plan remain unchanged.

...

42. The alienation of the enterprise or the modification of its juridical structure shall have no effect upon obligations relative to adjustments in compensation or to a pay equity plan, which shall be binding on the new employer.

Where two or more enterprises are affected by a modification of juridical structure by amalgamation or otherwise, the provisions of this Act which apply according to the size of the enterprise shall, in respect of the enterprise resulting from the modification, be determined to be those applicable to the enterprise which employed the greatest number of employees.

maintenir l’équité salariale et de faire les ajustements salariaux nécessaires :

40. L’employeur doit, après que des ajustements salariaux ont été déterminés ou qu’un programme d’équité salariale a été complété, maintenir l’équité salariale dans son entreprise.

Il doit notamment s’assurer de ce maintien lors de la création de nouveaux emplois ou de nouvelles catégories d’emplois, lors de modifications aux emplois existants ou aux conditions qui leur sont applicables ou lors de la négociation ou du renouvellement d’une convention collective. Lors de cette négociation ou de ce renouvellement, l’association accréditée en cause ou, le cas échéant, l’agent négociateur nommé en vertu de la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic (chapitre R-8.2) doit aussi s’assurer du maintien de l’équité salariale. [Modifié par 2006, c. 6, art. 7.]

...⁴

43. Lorsque, à la suite de changements survenus dans l’entreprise, les ajustements salariaux ou le programme d’équité salariale ne permettent plus d’assurer le maintien de l’équité salariale, l’employeur doit apporter les modifications nécessaires pour maintenir l’équité salariale.

[14] L’article 40 confirmait que l’obligation de maintenir l’équité salariale était déclenchée par certains changements dans l’entreprise, comme « lors de la création de nouveaux emplois ou de nouvelles

⁴ Les articles 41 et 42 exposent des situations particulières dans lesquelles les obligations de l’employeur demeurent malgré des changements de circonstances. En voici un extrait :

41. Si, avant qu’un programme d’équité salariale ait été complété, une association est accréditée en vertu du Code du travail pour représenter des salariés de l’entreprise, les obligations relatives à l’établissement de ce programme demeurent inchangées.

...

42. L’aliénation de l’entreprise ou la modification de sa structure juridique n’a aucun effet sur les obligations relatives aux ajustements salariaux ou à un programme d’équité salariale. Le nouvel employeur est lié par ces ajustements ou ce programme.

Lorsque plusieurs entreprises sont affectées par une modification de structure juridique par fusion ou autrement, les modalités d’application de la présente loi qui tiennent compte de la taille de l’entreprise sont, pour l’entreprise qui résulte de cette modification, déterminées en fonction de l’entreprise qui comptait le plus grand nombre de salariés.

modification of existing positions or of the conditions applicable to existing positions and the negotiation or renewal of a collective agreement”. If such events occurred, an employer had to adjust compensation accordingly — and prospectively. The employer’s failure to maintain pay equity under ss. 40 to 43 was to be remedied based on a complaints process:

100. Upon receiving a complaint from an employee or a certified association representing employees in an enterprise alleging that pay equity is not being maintained in the enterprise, the Commission shall investigate the matter and determine, where applicable, the measures to be taken to correct the situation, including the establishment of a pay equity plan. Any required adjustments in compensation shall bear interest at the legal rate as of the time they should have been paid.

[15] As a result, the Pay Equity Commission had the duty to investigate complaints regarding employers’ failure to maintain pay equity. Where it found that the obligation to maintain pay equity had been breached, it had the power to order adjustments in compensation retroactive to the date on which pay inequity re-emerged.

[16] Despite specific deadlines set out in the *Act*, in the 10 years following its enactment, only 47 percent of employers had established a pay equity plan. Of the remainder, 38 percent had not initiated the process to establish such a plan. Faced with this widespread non-compliance, Quebec decided to reduce the employers’ obligation to maintain pay equity, in the hope that doing so would lead to better compliance. The result was the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*. There is no evidence before this Court about whether compliance has improved as a result of the amendments.

[17] The amendments at issue in this appeal are the following:

catégories d’emplois, lors de modifications aux emplois existants ou aux conditions qui leur sont applicables ou lors de la négociation ou du renouvellement d’une convention collective ». Lorsque de tels changements se produisaient, l’employeur était tenu de faire les ajustements salariaux nécessaires de façon prospective. Pour remédier à l’omission de l’employeur de maintenir l’équité salariale conformément aux art. 40 à 43, il fallait recourir au processus de plainte :

100. Sur réception d’une plainte d’un salarié ou d’une association accréditée représentant des salariés d’une entreprise alléguant que l’équité salariale n’est pas maintenue dans une entreprise, la Commission doit faire enquête et, le cas échéant, déterminer toute mesure qui doit être prise, y compris l’établissement d’un programme d’équité salariale, pour remédier au défaut. Les ajustements salariaux requis, le cas échéant, portent intérêt au taux légal à compter du moment où ils auraient dû être versés.

[15] La Commission de l’équité salariale avait donc le devoir d’enquêter sur les plaintes concernant l’omission de l’employeur de maintenir l’équité salariale. Si elle concluait qu’il y avait eu manquement à l’obligation de maintenir l’équité salariale, la Commission avait le pouvoir d’ordonner des ajustements salariaux rétroactivement à la date à laquelle l’iniquité salariale était réapparue.

[16] Malgré les échéances précises prévues par la *Loi*, 10 ans après l’adoption de celle-ci, seulement 47 p. 100 des employeurs avaient établi un programme d’équité salariale. Parmi ceux qui ne l’avaient pas fait, 38 p. 100 n’avaient pas entamé le processus visant à établir un tel programme. Devant l’ampleur du non-respect de la *Loi*, le Québec a décidé de réduire l’obligation des employeurs de maintenir l’équité salariale dans l’espoir qu’il les inciterait ainsi à respecter celle-ci davantage. Il a donc adopté en 2009 la *Loi modifiant la Loi sur l’équité salariale*. Notre Cour ne dispose d’aucune preuve sur la question de savoir si les modifications ont mené à un respect accru de la *Loi*.

[17] Les modifications en cause dans le présent pourvoi sont les suivantes :

- Sections 40 to 43 were repealed, abolishing the employers' continuous obligation to maintain pay equity;⁵
- Sections 76.1 to 76.11 were added, requiring pay equity audits every five years and setting out a process for audits;⁶ and
- Section 103.1 para. 2 was added, preventing retroactive remedies for the period between audits.⁷
- Abrogation des art. 40 à 43, ayant pour effet d'abolir l'obligation continue des employeurs de maintenir l'équité salariale⁵;
- Ajout des art. 76.1 à 76.11, qui exigent des évaluations tous les cinq ans du maintien de l'équité salariale et établissent un processus d'évaluation⁶;
- Ajout de l'art. 103.1 al. 2, qui empêche l'octroi de réparations rétroactives pour la période comprise entre les évaluations⁷.

[18] Section 76.1 stipulates that once a pay equity plan is established, employers must conduct a pay equity audit in their enterprise every five years. After conducting the pay equity audit, the results must be posted for 60 days. The posting must include a summary of the audit process as well as a list of events leading to compensation adjustments. There is, however, no requirement that the audit posting include the date on which any pay inequity emerged (s. 76.3). Employees can request additional information within 60 days of the posting (s. 76.4).

[18] L'article 76.1 dispose que les employeurs doivent, après qu'un programme d'équité salariale a été établi, évaluer tous les cinq ans le maintien de l'équité salariale dans leur entreprise. Les résultats de cette évaluation doivent être affichés pendant 60 jours. L'affichage doit inclure un sommaire de la démarche retenue pour l'évaluation ainsi que la liste des événements ayant généré des ajustements. Il n'est cependant pas nécessaire que l'évaluation affichée indique la date à laquelle l'iniquité salariale est apparue (art. 76.3). Les salariés peuvent demander des renseignements additionnels dans les 60 jours qui suivent l'affichage (art. 76.4).

[19] Adjustments in compensation — plus interest — apply from the date of the posting (s. 76.5). No compensation adjustments can be assessed by the Pay Equity Commission *prior to* the date of the audit posting (s. 103.1 para. 2). If, however, an employer acts in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner, adjustments in compensation and interest apply from the date of that conduct (s. 76.9) and the Pay Equity Commission may make a determination to that effect (s. 101 para. 3).

[19] Les ajustements salariaux — majorés de l'intérêt — s'appliquent à compter de la date de l'affichage (art. 76.5). La Commission de l'équité salariale ne peut déterminer des ajustements salariaux *antérieurs* à la date de l'affichage de l'évaluation (art. 103.1 al. 2). Si, toutefois, un employeur agit de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, les ajustements salariaux et l'intérêt s'appliquent à compter de la date de cette conduite (art. 76.9) et la Commission de l'équité salariale peut tirer une conclusion en ce sens (art. 101 al. 3).

[20] The unions brought proceedings in the Quebec Superior Court seeking a declaration that these amendments violated s. 15 of the *Charter*.

[20] Les syndicats ont intenté une action devant la Cour supérieure du Québec en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que ces modifications violaient l'art. 15 de la *Charte*.

⁵ By s. 14 of the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*.

⁶ By s. 23 of the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*.

⁷ By s. 40 of the 2009 *Act to amend the Pay Equity Act*.

⁵ Par l'art. 14 de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009.

⁶ Par l'art. 23 de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009.

⁷ Par l'art. 40 de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009.

[21] The trial judge held that there was no inherent constitutional problem with Quebec's decision to repeal ss. 40 to 43 and impose in their place a system of periodic mandatory audits (2014 QCCS 149). But he agreed with the unions that the addition of s. 76.5 breached s. 15 of the *Charter* because the denial of retroactive payments for pay inequities that emerged in the period between audits led to significant financial losses for women and unduly perpetuated pay inequity. He also found s. 76.3 breached s. 15 because employers were not required to include the date of the changes in the audit posting, and therefore employees could not know when adjustments in compensation should start. The declaration of invalidity was suspended for one year.

[22] The Court of Appeal upheld the trial judge's finding that ss. 76.3 and 76.5 perpetuate disadvantage for women by preserving the pay inequity *status quo* and providing for up to five years of amnesty for employers (2016 QCCA 1659). In addition, it concluded that s. 103.1 para. 2, the provision precluding the Pay Equity Commission from ordering retroactive compensation, violated s. 15. It accepted for the sake of argument that the objective of the 2009 amendments was [TRANSLATION] "improving and strengthening a former scheme that had been ineffective, particularly where the maintenance of pay equity was concerned" (para. 85 (CanLII)), but held that ss. 76.3, 76.5 and, by implication, 103.1 para. 2 were neither rationally connected, minimally impairing, nor proportionate to that objective.

[23] I agree with the Court of Appeal that ss. 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 are unconstitutional.

II. Analysis

[24] Section 15(1) of the *Charter* states:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of

[21] Selon le juge de première instance, il n'existait aucun problème inhérent de nature constitutionnelle dans la décision du Québec d'abroger les art. 40 à 43 et d'imposer à la place un système d'évaluations périodiques obligatoires (2014 QCCS 149). Il a toutefois convenu avec les syndicats que l'ajout de l'art. 76.5 portait atteinte à l'art. 15 de la *Charte* parce que le refus des paiements rétroactifs dans le cas des iniquités salariales apparues au cours de la période comprise entre les évaluations entraînait des pertes financières importantes pour les femmes et perpétuait indûment l'iniquité salariale. Il a aussi conclu que l'art. 76.3 violait l'art. 15 parce que les employeurs n'étaient pas tenus d'indiquer la date des changements dans les évaluations affichées et que les salariés ne pouvaient donc pas savoir quand les ajustements salariaux devaient commencer. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période d'un an.

[22] La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle les art. 76.3 et 76.5 perpétuent un désavantage pour les femmes en préservant le statu quo concernant une iniquité salariale et en accordant aux employeurs une amnistie pouvant aller jusqu'à cinq ans (2016 QCCA 1659). Elle a en outre conclu que l'art. 103.1 al. 2 — la disposition qui empêche la Commission de l'équité salariale d'ordonner le versement rétroactif d'ajustements salariaux — violait l'art. 15. Pour les besoins de la discussion, elle a convenu que les modifications de 2009 avaient comme objectif « d'améliorer et de renforcer un régime antérieur inefficace, particulièrement en ce qui concerne le maintien de l'équité salariale » (par. 85 (CanLII)), mais elle a jugé que les art. 76.3 et 76.5 et, par voie de conséquence, l'art. 103.1 al. 2, n'étaient pas rationnellement liés à cet objectif, ne constituaient pas une atteinte minimale et n'étaient pas proportionnés à celui-ci.

[23] Je conviens avec la Cour d'appel que les art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 sont inconstitutionnels.

II. Analyse

[24] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est libellé comme suit :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au

the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[25] Since *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court has emphasized substantive equality as the engine for the s. 15 analysis (*R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483; *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, [2015] 2 S.C.R. 548). The test for a *prima facie* violation of s. 15 proceeds in two stages: Does the impugned law, on its face or in its impact, create a distinction based on enumerated or analogous grounds? If so, does the law impose “burdens or den[y] a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating . . . disadvantage” (*Taypotat*, at paras. 19-20).

[26] The first step of the s. 15(1) analysis is not a preliminary merits screen, nor an onerous hurdle designed to weed out claims on technical bases. Rather, its purpose is to ensure that s. 15(1) of the *Charter* is accessible to those whom it was designed to protect. The “distinction” stage of the analysis should only bar claims that are not “intended to be prohibited by the *Charter*” because they are not based on enumerated or analogous grounds — which are “constant markers of suspect decision making or potential discrimination” (*Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 33; *Taypotat*, at para. 19, quoting *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8). The purpose, in other words, is to exclude claims that have “nothing to do with substantive equality” (*Taypotat*, at para. 19, quoting Lynn Smith and William Black, “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 336). For that reason it is not appropriate, at the first step, to require consideration of other factors — including discriminatory impact, which should be addressed squarely at the second stage of the analysis. The focus must remain on the *grounds* of the distinction.

même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[25] Depuis l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a insisté sur l’égalité réelle comme moteur de l’analyse fondée sur l’art. 15 (*R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483; *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548). Le critère pour savoir s’il y a violation *prima facie* de l’art. 15 comporte deux étapes : la loi contestée crée-t-elle, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, la loi impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accroître le désavantage » (*Taypotat*, par. 19-20)?

[26] La première étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* ne constitue ni une étape de filtrage initial sur le fond, ni un lourd obstacle visant à écarter certaines demandes pour des motifs techniques. Son objectif consiste plutôt à faire en sorte que les personnes que cette disposition est censée protéger puissent avoir accès à celle-ci. L’étape de la « distinction » ne devrait faire obstacle qu’aux demandes alléguant une distinction que la « *Charte* [ne] visait [pas] à interdire » parce que de telles demandes ne sont pas fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui sont « des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » (*Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 33; *Taypotat*, par. 19, citant *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8). Autrement dit, l’objectif consiste à exclure les demandes qui « n’ont rien à voir avec l’égalité réelle » (*Taypotat*, par. 19, citant Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 336). Pour ce motif, il ne convient pas, à la première étape de l’analyse, d’exiger la prise en compte d’autres facteurs — notamment l’effet discriminatoire, lequel devrait être examiné directement à la deuxième étape de l’analyse. L’analyse doit demeurer axée sur les *motifs* de la distinction.

[27] And when identifying the distinction and the grounds for it, this Court in *Withler* rejected a search for “mirror comparator” groups:

. . . a formal analysis based on comparison between the claimant group and a “similarly situated” group, does not assure a result that captures the wrong to which s. 15(1) is directed . . . What is required is not formal comparison with a selected mirror comparator group, but an approach that looks at the full context . . . [para. 40]

A mirror comparator group analysis “may fail to capture substantive inequality, may become a search for sameness, [and] may shortcut the second stage of the substantive equality analysis” (para. 60).

[28] At the second step of the s. 15(1) test, as this Court said in *Kapp* (at paras. 23-24) and *Withler* (at para. 66), it is not necessary or desirable to apply a step-by-step consideration of the factors set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, and no case since *Kapp* has applied one. The focus is not on “whether a discriminatory attitude exists”, or on whether a distinction “perpetuates negative attitudes” about a disadvantaged group, but rather on the discriminatory *impact* of the distinction (*Quebec v. A*, at paras. 327 and 330 (emphasis deleted)).

[29] As previously noted, the purpose of the *Pay Equity Act* is “to redress differences in compensation due to the systemic gender discrimination suffered by persons who occupy positions in predominantly female job classes”. The very premise underlying pay equity legislation is that women have suffered discrimination in the way they are compensated in the workforce. Pay equity legislation, such as the *Act* at issue here, accordingly targets women in redressing the pay discrimination they have suffered. And the impugned provisions target women, in more specific ways, to that end. They set out how deficiencies

[27] De plus, en établissant la distinction et les motifs sur lesquels elle repose, la Cour a, dans l’arrêt *Withler*, rejeté la recherche de groupes « de comparaison aux caractéristiques identiques » :

. . . une analyse formelle fondée sur une comparaison du groupe de demandeurs à un groupe « se trouvant dans une situation semblable » ne garantit pas la suppression du mal auquel le par. 15(1) vise à remédier [. . .] L’exercice requis n’est pas une comparaison formelle avec un groupe de comparaison donné aux caractéristiques identiques, mais une démarche qui tient compte du contexte dans son ensemble . . . [par. 40]

Une analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques « ne permet pas toujours de détecter l’inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude [et] de court-circuiter le deuxième volet de l’analyse de l’égalité réelle » (par. 60).

[28] Comme l’a affirmé la Cour dans les arrêts *Kapp* (par. 23-24) et *Withler* (par. 66), il n’est pas nécessaire ni souhaitable, à la deuxième étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), d’examiner point par point les facteurs énoncés dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et, dans aucune affaire depuis l’arrêt *Kapp*, on ne l’a fait. L’accent est mis non pas sur la question de « savoir s’il existe une attitude [. . .] discriminatoire » ou si une distinction « perpétue une attitude négative » à l’endroit d’un groupe défavorisé, mais plutôt sur l’*effet* discriminatoire de la distinction (*Québec c. A*, par. 327 et 330 (italiques omis)).

[29] Comme nous l’avons vu, la *Loi sur l’équité salariale* a pour objet « de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l’égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d’emplois à prédominance féminine ». Le fondement même des mesures législatives en matière d’équité salariale est que les femmes ont été victimes de discrimination dans la façon dont elles sont rémunérées au travail. Les mesures législatives en matière d’équité salariale, telle la *Loi* en l’espèce, visent donc les femmes lorsqu’il s’agit de corriger la discrimination salariale qu’elles

in *women's* pay, in comparison to men, will be identified. They set out when *women* will — and will not — receive compensation for those inequities. And they set out the information that will — and will not — be made available about when those inequities emerge to the *women* who may need to challenge them. The impugned provisions therefore draw distinctions based on sex, both on their face and in their impact.

[30] Before turning to discriminatory impact, a brief word on s. 15(2). It has no application in cases such as this one. It states:

Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[31] Its purpose “is to save ameliorative programs from the charge of ‘reverse discrimination’” (*Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 41; *Kapp*). It protects ameliorative programs for disadvantaged groups from claims by those the program was not intended to benefit that the ameliorative program discriminates against them.

[32] In the case before us, on the other hand, the argument is that parts of an ameliorative scheme violate s. 15(1) because they have a discriminatory impact on women, the disadvantaged group the scheme was intended to benefit. Section 15(2) cannot bar s. 15(1) claims by the very group the legislation seeks to protect and there is no jurisprudential support for the view that it could do so.

ont subie. Et les dispositions contestées visent les femmes, de manières plus précises, à cette fin. Elles indiquent comment les lacunes du salaire versé aux *femmes*, par rapport à celui que touchent les hommes, seront identifiées. Elles prévoient quand les *femmes* recevront — et ne recevront pas — des ajustements salariaux pour ces iniquités. Elles énoncent aussi les renseignements auxquels pourront — et ne pourront pas — avoir accès les *femmes* susceptibles d’avoir besoin de contester les iniquités en question en ce qui a trait au moment où celles-ci sont apparues. Les dispositions contestées établissent donc des distinctions fondées sur le sexe tant à première vue que de par leur effet.

[30] Avant de me pencher sur l’effet discriminatoire, je me permets de brèves remarques sur le par. 15(2). Cette disposition ne s’applique pas dans des cas comme celui-ci. Elle se lit comme suit :

Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

[31] Elle a pour objet de « prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de “discrimination à rebours” » (*Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 41; *Kapp*). Elle met les programmes améliorateurs destinés aux groupes défavorisés à l’abri d’allégations selon lesquelles un programme améliorateur donné est discriminatoire à l’égard de personnes n’étant pas censées bénéficier de celui-ci.

[32] Dans l’affaire qui nous occupe, par contre, on prétend que certaines parties d’un régime améliorateur violent le par. 15(1) parce qu’elles ont un effet discriminatoire sur les femmes, le groupe défavorisé censé bénéficier du régime en question. Le paragraphe 15(2) ne saurait faire obstacle aux demandes fondées sur le par. 15(1) formulées par le groupe même que la loi vise à protéger, et rien dans la jurisprudence ne permet d’affirmer le contraire.

[33] And there can be no doubt that ss. 76.3, 76.5, and 103.1 para. 2 have a discriminatory impact, but not because these provisions differ from the previous legislation. I do not share the unions' view that once Quebec adopted ss. 40 to 43, it was constitutionally required to keep them on the books, so that any modification in the type or extent of protection afforded by those provisions would amount to a constitutional violation. To accept that submission in these circumstances would constitutionalize the policy choice embodied in the first version of the *Act*, improperly shifting the focus of the analysis to the *form* of the law, rather than its effects. Instead, there is a discriminatory impact because, assessed on their own and regardless of the prior legislative scheme, the impugned provisions perpetuate the pre-existing disadvantage of women. Section 76.5 stipulates that absent a showing of bad faith on the part of the employer pursuant to s. 76.9, adjustment payments are payable only from the date of the audit posting every five years. This has the effect of making the employer's pay equity obligation an episodic, partial obligation. Any pay inequities emerging during the five year period between audits go uncorrected until the next audit. Even when an audit reveals the emergence of pay inequity during the previous five years, s. 76.5 stipulates that only adjustment payments going forward are payable. As the trial judge and Court of Appeal found, this effectively gives an amnesty to the employer for discrimination between audits. And that amnesty is cemented by the addition of s. 103.1 para. 2 barring the Pay Equity Commission from assessing adjustment payments prior to the date of the posting.

[34] Further exacerbating the disadvantage created by s. 76.5 is the addition of s. 76.3, which, as the trial judge found, denies employees and unions the information they need to challenge decisions employers make as a result of pay equity audits. Section 76.3 requires employers to post the results of the audit, but not the date on which pay inequity emerged, thus

[33] De plus, il ne fait aucun doute que les art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 ont un effet discriminatoire, mais non pas parce que ces dispositions diffèrent des dispositions antérieures. Je ne partage pas le point de vue des syndicats selon lequel, après avoir adopté les art. 40 à 43, le Québec avait l'obligation constitutionnelle de les garder en vigueur, de sorte que toute modification du type ou de l'étendue de la protection offerte par ces dispositions équivaudrait à une violation constitutionnelle. Accepter cet argument dans les circonstances reviendrait à constitutionnaliser la décision de politique générale consacrée dans la première version de la *Loi* et, par le fait même, à axer indûment l'analyse sur la *forme* de la loi, plutôt que sur ses effets. Les dispositions législatives contestées ont plutôt un effet discriminatoire parce que, évaluées en elles-mêmes et sans égard au régime législatif antérieur, elles perpétuent le désavantage préexistant des femmes. L'article 76.5 prévoit qu'en l'absence d'une démonstration de mauvaise foi de l'employeur conformément à l'art. 76.9, les ajustements salariaux ne sont payables qu'à compter de la date de l'affichage de l'évaluation tous les cinq ans. Cela a pour effet de rendre épisodique et partielle l'obligation incombant à l'employeur en matière d'équité salariale. Les iniquités salariales qui apparaissent au cours de la période de cinq ans comprise entre les évaluations restent non corrigées jusqu'à la prochaine évaluation. Même lorsqu'une évaluation révèle l'apparition d'une iniquité salariale au cours des cinq années précédentes, l'art. 76.5 prévoit que les ajustements salariaux sont payables pour l'avenir seulement. Comme l'ont conclu le juge de première instance et la Cour d'appel, l'employeur se voit ainsi effectivement accorder une amnistie pour la discrimination entre les évaluations, amnistie cimentée par l'adjonction de l'art. 103.1 al. 2, qui interdit à la Commission de l'équité salariale de déterminer des ajustements salariaux antérieurs à la date de l'affichage.

[34] L'adjonction de l'art. 76.3 — disposition qui, comme l'a conclu le juge de première instance, prive les salariés et les syndicats de l'information dont ils ont besoin pour contester les décisions prises par les employeurs à la suite des évaluations du maintien de l'équité salariale — accentue davantage le désavantage créé par l'art. 76.5. L'article 76.3 exige que les

obscuring when adjustment payments ought to have been made and stripping the posting requirement of much of its meaning. Without information about when pay inequities emerge, employees are deprived of the evidentiary foundation for showing bad faith by the employer, which is the only route to obtaining retroactive compensation for inequities emerging between audits. And the absence of that information, in turn, puts the onus on employees or unions to make requests for information under s. 76.4, contradicting Quebec's stated purpose of making the scheme more proactive and effective. It is not at all clear that that process would guarantee complete and timely disclosure of the necessary information. There is, in other words, not only no right to challenge inequities in the period between audits, there is also, through s. 76.3, a provision that makes challenging audit results an opaque and difficult to access process.

[35] Sections 76.5 and 103.1 para. 2 of the *Act* permit compensatory adjustment payments for the years between audits only if the employer or the pay equity committee acted in bad faith. "Bad faith" is well understood in Quebec's labour and employment legislation. The wording used in s. 76.9 of the *Act* — the employer cannot "act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or exhibit gross negligence" — is the same as that in s. 47.2 of the Quebec *Labour Code*, CQLR, c. C-27. And this wording has been interpreted, notably by this Court in *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, very narrowly to mean only conduct involving "malicious intent" or that "exceed[s] the limits of discretion reasonably exercised" (para. 52). Applied here, it means that retroactive compensation is only available to sanction deliberate and improper behaviour in the conduct of mandatory audits, not the discrimination that may otherwise be revealed by the process. That means that once pay equity is achieved, any inequities that subsequently emerge before the next audit will be immune from remedial redress except where the claimants can prove *intentional*

employeurs affichent les résultats de l'évaluation, mais pas la date à laquelle est apparue l'iniquité, ce qui occulte le moment où les ajustements salariaux auraient dû être faits et dépouille en grande partie de son sens l'exigence de l'affichage. En l'absence de renseignements sur le moment où les iniquités salariales apparaissent, les salariés sont privés des éléments de preuve permettant d'établir la mauvaise foi de l'employeur, ce qui constitue la seule façon d'obtenir le versement rétroactif d'ajustements salariaux pour les iniquités apparues entre les évaluations. De plus, l'absence de tels renseignements impose quant à elle aux salariés ou aux syndicats le fardeau de faire des demandes de renseignements en application de l'art. 76.4, ce qui contredit l'objectif déclaré du Québec de rendre le régime plus proactif et plus efficace. Il n'est pas du tout clair que ce processus garantirait la communication en temps utile de tous les renseignements nécessaires. Autrement dit, non seulement il n'existe aucun droit de contester des iniquités pour la période comprise entre les évaluations, mais en plus, il y a, à l'art. 76.3, une disposition qui rend difficile d'accès et opaque le processus de contestation des résultats des évaluations.

[35] Les articles 76.5 et 103.1 al. 2 de la *Loi* permettent des ajustements salariaux pour les années comprises entre les évaluations uniquement si l'employeur ou le comité d'équité salariale a agi de mauvaise foi. La « mauvaise foi » est un concept bien connu dans les lois québécoises en matière de travail et d'emploi. Les termes utilisés à l'art. 76.9 de la *Loi* — selon lesquels l'employeur ne peut « agir de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave » — sont les mêmes que ceux employés à l'art. 47.2 du *Code du travail* du Québec, RLRQ, c. C-27. Et ceux-ci ont été interprétés, notamment par la Cour dans *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, de façon très étroite comme signifiant uniquement une conduite comportant une « intention malicieuse » ou qui « dépass[e] les limites de la discrétion raisonnablement exercée » (par. 52). Appliqué en l'espèce, cet énoncé signifie que le versement rétroactif d'ajustements salariaux n'est possible que pour sanctionner un comportement inapproprié et délibéré manifesté au cours des évaluations obligatoires, et non pas la discrimination

discrimination (that is, bad faith), an approach to discrimination long rejected by this Court and at odds with the purpose of pay equity legislation, namely, to remedy *systemic* discrimination. Further, s. 76.3 denies employees and unions the information they need to assess in a timely way — and possibly challenge — decisions employers make as a result of pay equity audits.

[36] I agree with the trial judge and the Court of Appeal that Quebec was entitled to change its approach to pay equity, but whatever legislation it enacted had to be constitutionally compliant. If, to point out just one example, s. 76.5 had required that adjustment payments be made from the date the pay inequity re-emerged, rather than from the date that the audit results were posted, then employers would not have a pay equity amnesty for the period between audits. And there would be no discriminatory impact.

[37] But the provisions at issue in this appeal have a discriminatory impact on the legislation's intended beneficiaries, resulting in a *prima facie* infringement of s. 15 of the *Charter*. The infringement occurs because when an audit reveals pay inequity, women are denied retroactive compensation and denied information required to assess and potentially challenge employer decisions.

[38] Although the scheme purports to address systemic discrimination, it in fact codifies the denial to women of benefits routinely enjoyed by men — namely, compensation tied to the value of their work. Men receive this compensation as a matter of course; women, under this scheme, are expected to endure five-year periods of pay inequity, and to receive equal

qu'est par ailleurs susceptible de révéler le processus. Par conséquent, une fois que l'équité salariale est atteinte, les iniquités subséquentes qui apparaissent avant l'évaluation suivante ne seront pas susceptibles de correction de nature réparatrice, sauf lorsque les demandeurs peuvent prouver qu'il y a eu discrimination *intentionnelle* (c'est-à-dire mauvaise foi), une conception de la discrimination que la Cour a rejetée depuis longtemps et qui va à l'encontre de l'objet des mesures législatives en matière d'équité salariale, à savoir remédier à la discrimination *systémique*. L'article 76.3 prive en outre les salariés et les syndicats des renseignements dont ils ont besoin pour évaluer en temps utile — et peut-être contester — des décisions que prennent les employeurs par suite des évaluations du maintien de l'équité salariale.

[36] Je souscris à l'opinion du juge de première instance et de la Cour d'appel voulant que le Québec pouvait modifier son approche en matière d'équité salariale, mais que toute mesure législative adoptée par celui-ci devait être conforme à la Constitution. Si, par exemple, l'art. 76.5 avait exigé que les ajustements salariaux s'appliquent à compter de la date de la réapparition de l'iniquité salariale, plutôt que de celle de l'affichage des résultats de l'évaluation, les employeurs n'auraient pas bénéficié d'une amnistie en matière d'équité salariale pour la période comprise entre les évaluations, et il n'y aurait pas eu d'effet discriminatoire.

[37] Cependant, les dispositions en cause dans le présent pourvoi ont un effet discriminatoire sur les personnes censées bénéficier de la loi, ce qui entraîne une violation *prima facie* de l'art. 15 de la *Charte*. Il y a violation parce que, lorsqu'une évaluation révèle l'existence d'une iniquité salariale, les femmes se voient refuser des ajustements salariaux rétroactifs et priver des renseignements nécessaires pour évaluer et peut-être contester les décisions de l'employeur.

[38] Bien qu'il soit censé remédier à la discrimination systémique, le régime codifie en fait le refus d'accorder aux femmes des avantages dont jouissent habituellement les hommes — à savoir une rémunération liée à la valeur de leur travail. Les hommes reçoivent cette rémunération comme si cela allait de soi; les femmes, suivant ce régime, sont quant à elles

compensation only where their employer voluntarily acts in a non-discriminatory manner, or where they can meet the heavy burden of proving the employer engaged in deliberate or improper conduct. The scheme thus places barriers along the path to equal pay for women. And it correspondingly tolerates undervaluation of women's work whenever women cannot clear the specific hurdle of proving that they should be paid equally not merely because they *are* equal, but because their employer acted improperly. Absent such behaviour, working women are told that they must simply live with the reality that they have not been paid fairly, even where a statutorily mandated audit has made that fact clear. In this way, the scheme, by privileging employers, reinforces one of the key drivers of pay inequity: the power imbalance between employers and female workers. By tolerating employer decision-making that results in unfair pay for women, the legislature sends a message condoning that very power imbalance, further perpetuating disadvantage.

[39] The impugned provisions, moreover, interfere with access to anti-discrimination law under s. 19 of the Quebec *Charter*, which guarantees the right to equal pay for work of equal value, and s. 10, which guarantees the right to gender equality more generally. The impugned provisions interfere with access to these rights because complaints covered by the *Pay Equity Act* must be dealt with exclusively in accordance with the provisions of that statute (see Quebec *Charter*, s. 49.1). The impugned provisions of the *Pay Equity Act* cut off access to any remedy for pay discrimination based on sex, except where there is evidence of bad faith. That means that, for women covered by the *Pay Equity Act*, s. 19's promise of pay equity is a right without a remedy, except for forward-looking adjustments every five years.

censées endurer des périodes de cinq ans d'iniquité salariale et recevoir une rémunération égale uniquement lorsque leur employeur agit volontairement de manière non discriminatoire, ou encore lorsqu'elles peuvent s'acquitter du lourd fardeau de prouver que celui-ci a eu une conduite délibérée ou inappropriée. Le régime fait donc obstacle à l'accès des femmes à l'équité salariale. De plus, corollairement, il tolère la sous-évaluation du travail des femmes chaque fois que celles-ci ne peuvent s'acquitter du fardeau particulier leur incombant de prouver qu'elles devraient être payées de façon égale non pas simplement en raison de *leur* égalité, mais parce que leur employeur a agi de façon inappropriée. En l'absence d'un tel comportement, on dit aux femmes sur le marché du travail qu'elles doivent tout simplement vivre avec le fait qu'elles ne sont pas payées équitablement, même lorsqu'une évaluation exigée par la loi a fait ressortir celui-ci clairement. De cette façon, le régime, en privilégiant les employeurs, renforce l'un des facteurs-clés de l'iniquité salariale : l'inégalité du rapport de force entre les employeurs et les travailleuses. En tolérant les décisions des employeurs qui entraînent des iniquités salariales pour les femmes, le législateur envoie le message selon lequel il ferme les yeux sur cette inégalité du rapport de force, perpétuant ainsi davantage le désavantage.

[39] De plus, les dispositions contestées entravent l'accès aux mesures antidiscrimination prévues à l'art. 19 de la *Charte* québécoise, qui garantit le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale, et à l'art. 10, qui garantit le droit à l'égalité des sexes plus généralement. Les dispositions contestées entravent l'accès à ces droits parce que les plaintes visées par la *Loi sur l'équité salariale* doivent être réglées exclusivement suivant cette loi (voir l'art. 49.1 de la *Charte* québécoise). Les dispositions contestées de la *Loi sur l'équité salariale* empêchent l'accès à toute réparation pour la discrimination salariale fondée sur le sexe, sauf s'il y a preuve de mauvaise foi. En conséquence, pour les femmes visées par la *Loi sur l'équité salariale*, la promesse formulée à l'art. 19 concernant l'équité salariale est un droit non assorti d'une réparation, sauf en ce qui a trait aux ajustements prospectifs tous les cinq ans.

[40] In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, this Court found a breach of s. 15 based on the “denial of access to remedial procedures for discrimination” (para. 97). The same analysis applies here, despite the fact that the legislated denial of access takes the form of a periodic suspension of existing equality rights, rather than an outright exclusion from the statutory scheme. In both cases the discriminatory impact is obvious and significant. To provide no recourse for pay discrimination based on sex, denies substantive equality to working women, entrenching and perpetuating their pre-existing disadvantage (*Andrews*, at p. 183).

[41] Nonetheless, my colleagues imply that there is no breach of s. 15(1) of the *Charter* because the Quebec legislature did not *create* pay discrimination against women. No one has suggested that it did. But when the government passes legislation in a way that perpetuates historic disadvantage for protected groups, regardless of who caused their disadvantage, the legislation is subject to review for s. 15 compliance (*Vriend*, at para. 66).

[42] The result of finding that Quebec’s amendments breach s. 15 in this case is not, as Quebec suggests, to impose a freestanding positive obligation on the state to enact benefit schemes to redress social inequalities. Nor does it undermine the state’s ability to act incrementally in addressing systemic inequality. But s. 15 does require the state to ensure that whatever actions it *does* take do not have a discriminatory impact (*Vriend*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paras. 72-80). And there is no evidence to support the *in terrorem* view advanced by my colleagues that finding a breach would have a “chilling effect” on legislatures. That amounts to an argument that requiring legislatures to comply with *Charter* standards would have such an effect. Speculative concerns about the potential for inducing statutory timidity on the part of legislatures has never, to date, been an accepted analytic tool for deciding whether the Constitution has been breached. Legislatures understand that they are bound by the *Charter* and that the

[40] Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour a conclu à une violation de l’art. 15 en raison du « non-accès [. . .] aux recours » permettant d’obtenir réparation pour une discrimination (par. 97). La même analyse s’applique en l’espèce, malgré le fait que le non-accès prévu par la loi prend la forme d’une suspension périodique de droits à l’égalité existants plutôt que d’une exclusion totale du régime législatif. Dans les deux cas, l’effet discriminatoire est manifeste et important. Le fait de ne prévoir aucun recours pour la discrimination salariale fondée sur le sexe nie aux femmes sur le marché du travail le droit à l’égalité réelle, consacrant et perpétuant par le fait même leur désavantage préexistant (*Andrews*, p. 183).

[41] Mes collègues laissent néanmoins entendre qu’il n’y a aucune violation du par. 15(1) de la *Charte* parce que le législateur québécois n’a pas *créé* de discrimination salariale à l’endroit des femmes. Personne n’a dit qu’il l’avait fait. Toutefois, quand le gouvernement adopte une loi de manière à perpétuer un désavantage historique pour des groupes protégés, cette loi est assujettie à un examen de la conformité à l’art. 15, quel que soit l’auteur du désavantage (*Vriend*, par. 66).

[42] Contrairement à ce que fait valoir le Québec, conclure en l’espèce que les modifications apportées par cette province violent l’art. 15 n’a pas pour effet d’imposer à l’État une obligation positive distincte d’adopter des régimes de prestations visant à corriger des inégalités sociales. Une telle conclusion ne mine pas non plus la capacité de l’État à agir de manière graduelle pour s’attaquer aux inégalités systémiques. L’article 15 exige cependant que l’État veille à ce que toutes les mesures qu’il prend *effectivement* n’aient pas d’effet discriminatoire (*Vriend*; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 72-80). De plus, aucun élément de preuve n’étaye le point de vue *in terrorem* de mes collègues portant que le fait de conclure à une violation aurait un « effet paralysant » sur les législateurs. Cela équivaut à un argument selon lequel le fait d’exiger de ces derniers qu’ils se conforment aux normes établies dans la *Charte* aurait un tel effet. Des préoccupations de nature conjecturale quant à la possibilité d’inciter les législateurs à faire montre de timidité en matière

public expects them to comply with it. The courts are facilitators in that enterprise, not bystanders.

[43] This brings us to s. 1. To establish that the *prima facie* infringement of s. 15 is justified, Quebec has the burden of showing that the impugned changes have a pressing and substantial objective, and that the means chosen to achieve that objective are proportionate to it.

[44] I agree with the Court of Appeal that none of the impugned provisions can be justified under s. 1, but would approach the analysis somewhat differently, starting with ss. 76.5 and 103.1 para. 2.

[45] The first step is to identify the objective of the impugned changes and, in turn, to determine whether it is pressing and substantial. This Court has emphasized that “all steps of the *Oakes* test are premised on a proper identification of the objective of the impugned measure” (*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20, per Deschamps J.). Where a court finds that a specific legislative provision infringes a *Charter* right, the state’s burden is to justify *that limitation*, not the whole legislative scheme. Thus, the “objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144; *R. v. K.R.J.*, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 62).

[46] The objective of the measure to be considered in this case is therefore not the overall purpose of the 2009 changes, but rather the objective of the specific limitations in ss. 76.5 and 103.1 para. 2 preventing female employees from getting compensation for wage inequities that emerge during the period between five-year pay equity audits.

législative n’a jamais, jusqu’à maintenant, constitué un outil d’analyse reconnu pour décider s’il y a eu violation de la Constitution. Les législateurs comprennent qu’ils sont liés par la *Charte* et que la population s’attend à ce qu’ils se conforment à celle-ci. Les tribunaux sont des agents de facilitation, et non pas de simples spectateurs, dans cette entreprise.

[43] Cela nous amène à l’article premier. Pour établir que la violation *prima facie* de l’art. 15 est justifiée, le Québec a le fardeau de démontrer que les modifications contestées ont un objectif urgent et réel et que les moyens choisis pour réaliser cet objectif sont proportionnés à celui-ci.

[44] Je conviens avec la Cour d’appel qu’aucune des dispositions contestées ne peut être justifiée au regard de l’article premier, mais j’aborderais l’analyse un peu différemment en examinant tout d’abord l’art. 76.5 et l’art. 103.1 al. 2.

[45] La première étape consiste à déterminer l’objectif des modifications contestées, puis à décider si celui-ci est urgent et réel. Notre Cour a insisté sur le fait que « tous les volets du test établi dans *Oakes* reposent sur une détermination appropriée de l’objectif de la mesure contestée » (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20, la juge Deschamps). Lorsqu’un tribunal conclut qu’une disposition législative donnée viole un droit garanti par la *Charte*, il incombe à l’État de justifier *cette restriction*, et non l’ensemble du régime législatif. Par conséquent, « [a]ux fins d’une analyse fondée sur l’article premier, l’objectif pertinent est l’objectif de la mesure attentatoire puisque c’est cette dernière et rien d’autre que l’on cherche à justifier » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144; *R. c. K.R.J.*, [2016] 1 R.C.S. 906, par. 62).

[46] L’objectif de la mesure qui doit être examiné en l’espèce n’est donc pas l’objectif général des modifications de 2009, mais plutôt l’objectif des restrictions précises prévues à l’art. 76.5 et à l’art. 103.1 al. 2, qui empêchent les salariées d’obtenir des ajustements salariaux pour les iniquités salariales qui apparaissent au cours de la période de cinq ans comprise entre les évaluations du maintien de l’équité salariale.

[47] Quebec says the objective for the denial of compensation between the audits was to improve compliance by making the scheme more “realistic”. Its approach, it says, takes into account the difficulties inherent in the ongoing obligation to maintain pay equity, putting in place a scheme that is easier to administer and more effective. Quebec accordingly argues that one of the benefits of the 2009 changes is that it will be easier to identify pay inequities as a result of the mandatory audits. The constitutional challenge, however, is not to the periodic nature of audits, but to the fact that whatever inequity is revealed by them cannot be retroactively remedied. If Quebec’s s. 1 justification rises and falls on this contention, there is no rational connection between the infringement — the denial of retroactive compensation — and its stated objective.

[48] For the sake of completeness, however, I would address a somewhat more specific framing of Quebec’s objective for which it has not explicitly argued. Citing one of the unions’ experts, the Court of Appeal identified one possible reading of the purpose of the scheme as being to establish a [TRANSLATION] “compromise designed to avoid the financial and administrative burdens that retroactivity would represent for enterprises” (para. 84). By implication, lightening the burden through denial of retroactive payments would encourage more employers to voluntarily comply. I am prepared to accept that encouraging increased employer compliance can, in some circumstances, constitute a pressing and substantial objective.

[49] Turning to rational connection, the legislation was amended in 2009. Yet there is no empirical or other evidence to show how these amendments have advanced the goal of ensuring employer compliance or why denying retroactivity makes compliance easier. This makes the connection tenuous at best. Nonetheless, I am also prepared to accept that reducing the employer’s obligations can be seen, at a theoretical level, to be rationally connected to increased employer compliance.

[47] Le Québec affirme que l’objectif justifiant le refus des ajustements salariaux pour la période comprise entre les évaluations était d’accroître le respect de la loi en rendant le régime plus « réaliste ». Il a adopté une approche qui, affirme-t-il, tient compte des difficultés inhérentes à l’obligation continue de maintenir l’équité salariale et a mis en place un régime qui est plus facile à administrer et plus efficace. Le Québec soutient donc que l’un des avantages des modifications de 2009 est qu’il sera plus facile de repérer les iniquités salariales en raison des évaluations obligatoires. Cependant, la question constitutionnelle ne porte pas sur la nature périodique des évaluations, mais sur le fait que, quelle que soit l’iniquité que révèlent ces évaluations, on ne peut la corriger rétroactivement. Si la justification du Québec au regard de l’article premier repose sur cet argument, il n’y a aucun lien rationnel entre la violation — le refus des ajustements salariaux rétroactifs — et son objectif déclaré.

[48] Par souci d’exhaustivité, toutefois, j’examinerais une formulation un peu plus précise de l’objectif du Québec en faveur de laquelle il n’a pas explicitement plaidé. Citant l’un des experts des syndicats, la Cour d’appel a considéré que l’une des interprétations possibles de l’objectif du régime était d’établir un « compromis visant à éviter les lourdeurs financières et administratives que représenterait la rétroactivité pour les entreprises » (par. 84). Par voie de conséquence, le fait d’alléger ces lourdeurs en refusant les paiements rétroactifs encouragerait davantage d’employeurs à respecter volontairement la loi. Je suis disposée à reconnaître qu’encourager un respect accru de la loi par les employeurs peut, dans certaines circonstances, constituer un objectif urgent et réel.

[49] Pour ce qui est du lien rationnel, la loi a été modifiée en 2009. Il n’y a toutefois aucune preuve empirique ou autre pour établir la façon dont ces modifications ont favorisé la réalisation de l’objectif visant à assurer son respect par l’employeur, ou la raison pour laquelle le fait de refuser la rétroactivité facilite ce respect. Le lien est donc tout au plus ténu. Je suis néanmoins disposée à admettre que le fait de réduire les obligations de l’employeur peut être considéré, sur le plan théorique, comme étant rationnellement lié à un respect accru de la loi par l’employeur.

[50] But the justification starts to melt away at the minimal impairment stage. Quebec has not demonstrated in any way how the means it has chosen “impair the right . . . as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective” (*RJR-MacDonald*, at para. 160) or, put differently, the absence of “some other reasonable way for the legislature to satisfy the objective that would not impair the right or freedom at issue, or that would have less impact on the right or freedom” (Robert J. Sharpe and Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), at p. 75).

[51] There is, in fact, virtually no evidence that other means of encouraging employer compliance — such as stricter enforcement of the *Pay Equity Act*’s requirements through the offence provisions contained within it — would be ineffective, if indeed Quebec’s objective was to improve compliance. The *Act*’s penalty provisions empower the relevant enforcement bodies to charge employers with offenses for failing to comply with their obligations, and to impose fines upon conviction (ss. 115 to 118). Yet there is *no* evidence that Quebec has engaged in any meaningful effort to enforce compliance by the employers who have not adopted pay equity plans or taken the steps towards achieving and maintaining pay equity required by the former provisions. Nor has Quebec provided any explanation for why there is no such evidence. All it has said, in effect, is that it had tried a scheme creating ongoing obligations to generate equitable pay for women, but since the scheme did not live up to the province’s expectations, a new scheme eliminating those obligations would be tried.

[52] Eliminating pay equity obligations except for adjustments every five years does not impair female employees’ equality rights as little as reasonably possible, it *suspends* their rights to be free from pay discrimination for five year intervals.

[50] Toutefois, la justification commence à se dissiper à l’étape de l’atteinte minimale. Le Québec n’a d’aucune façon démontré comment les moyens qu’il a choisis « restreignent le droit [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » (*RJR-MacDonald*, par. 160) ou, autrement dit, l’absence d’[TRADUCTION] « une autre manière raisonnable pour le législateur de répondre à l’objectif qui ne porterait pas atteinte au droit ou à la liberté en cause, ou qui aurait une conséquence moindre sur ce droit ou cette liberté » (Robert J. Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms* (5^e éd. 2013), p. 75).

[51] En fait, si l’objectif du Québec était bel et bien d’accroître le respect de la loi, il n’y a virtuellement aucune preuve indiquant que d’autres façons d’encourager les employeurs à respecter la loi — comme une application plus rigoureuse des exigences prévues par la *Loi sur l’équité salariale* au moyen de ses dispositions qui créent des infractions — seraient inefficaces. Les dispositions pénales de la *Loi* habilent les organismes d’application de la loi concernés à accuser les employeurs d’infractions de non-respect de leurs obligations et à leur imposer des amendes en cas de déclaration de culpabilité (art. 115 à 118). Or, *aucune* preuve n’indique que le Québec a déployé un effort véritable pour veiller au respect de la loi par les employeurs qui n’ont pas adopté un programme d’équité salariale ou pris des mesures pour atteindre et maintenir l’équité salariale requise par les anciennes dispositions. Le Québec n’a pas non plus expliqué pourquoi une telle preuve n’avait pas été présentée. En fait, il s’est contenté de dire qu’il avait essayé un régime qui créait des obligations continues pour que les femmes obtiennent un salaire équitable, mais que, comme celui-ci n’avait pas répondu aux attentes de la province, il essaierait un nouveau régime qui élimine ces obligations.

[52] L’élimination des obligations en matière d’équité salariale, sauf pour ce qui est des ajustements tous les cinq ans, ne restreint pas aussi peu que cela est raisonnablement possible les droits à l’égalité des salariées, mais *suspend* leurs droits à la protection contre la discrimination salariale pour des intervalles de cinq ans.

[53] Moreover, if ensuring improved compliance is the objective, Quebec has failed to demonstrate that the law satisfies the “overall” balancing requirement of the s. 1 analysis. Lowering the bar for compliance may or may not mean that more employers will make the effort to comply, but not only is this “enticement” not minimally impairing of the right to be free from discriminatory compensation, its harms far outweigh its benefits. The harmful effects are to create barriers to access for equitable pay; the benefits are, at the moment, indiscernible and speculative given the absence of evidence.

[54] Lowering the bar in the hopes of compliance strikes me, in any event, as being inconsistent with respect for substantive equality. It is, to me, not unlike suggesting that if not enough employers comply with a duty to build ramps for employees with disabilities, the requirement of barrier-free workplaces will be replaced by an occasional duty to retrofit. In the meantime, access will be denied to many in the hopes that it will become available for some. This, aside from being disproportionately harmful to equality seekers, means that it is constitutionally permissible to suspend the equality rights of employees from time to time in order to encourage employers to fulfill their legal anti-discrimination obligations.

[55] Section 15 protects women from discrimination. Pay equity is a strategy that protects them from *compensation* discrimination. It is not an episodic right or an occasional right. The speculative suggestion that sacrificing that right in the hope of encouraging the possibility of better compliance, does not outweigh the harm caused by the limitation.

[56] Reducing employers’ obligations in the hopes of encouraging compliance subordinates the substantive constitutional entitlement of women to be

[53] De plus, si l’objectif est d’accroître le respect de la loi, le Québec n’a pas démontré que les mesures législatives satisfont à l’obligation de mise en balance « globale » de l’analyse fondée sur l’article premier. Baisser la barre pour encourager les employeurs à respecter la loi ne signifie pas nécessairement que davantage d’employeurs déploieront les efforts nécessaires pour respecter celle-ci; non seulement cette « incitation » ne porte pas atteinte de façon minimale au droit à la protection contre une rémunération discriminatoire, mais ses effets préjudiciables l’emportent largement sur ses effets bénéfiques. Ses effets préjudiciables consistent en la création d’obstacles à l’accès à un salaire équitable, alors que ses effets bénéfiques sont, pour le moment, non discernables et hypothétiques, étant donné l’absence de preuve à cet égard.

[54] Quoi qu’il en soit, baisser la barre dans l’espoir d’obtenir le respect de la loi me semble incompatible avec le respect de l’égalité réelle. C’est un peu, selon moi, comme affirmer que, si un nombre insuffisant d’employeurs respectent l’obligation de construire des rampes d’accès pour des employés handicapés, l’obligation de fournir des milieux de travail sans obstacles sera remplacée par une obligation occasionnelle de remise à niveau. Dans l’intervalle, on privera d’accès de nombreuses personnes dans l’espoir que cet accès deviendra possible pour certaines d’entre elles. En plus de causer un préjudice disproportionné aux personnes qui revendiquent l’égalité, cela signifie qu’il est permis sur le plan constitutionnel de suspendre à l’occasion les droits à l’égalité des salariés pour encourager les employeurs à remplir leurs obligations légales antidiscrimination.

[55] L’article 15 protège les femmes contre la discrimination. L’équité salariale est une stratégie qui leur assure une protection contre la discrimination *salariale*. Il ne s’agit pas d’un droit épisodique ou occasionnel. La proposition conjecturale selon laquelle le fait de sacrifier ce droit dans l’espoir d’encourager un respect accru possible de la loi ne l’emporte pas sur le préjudice causé par la restriction.

[56] Réduire les obligations des employeurs dans l’espoir d’encourager ceux-ci à respecter la loi subordonne le droit substantiel d’ordre constitutionnel des

free from discrimination in compensation to the willingness of employers to comply with the law. It sends the policy message to employers that defiance of their legal obligations under the *Act* will be rewarded with a watering-down of those obligations. And it sends the message to female workers that it is they who must bear the financial burdens of employer reluctance. Any benefits of that approach are outweighed by its harmful impact on the very people whom this pay equity scheme was designed to help. This overall disproportionate harm means the infringement caused by ss. 76.5 and 103.1 para. 2 cannot be justified under s. 1.

[57] As for s. 76.3, which excludes from the information required in the audit posting the date when pay inequities re-emerged, the justifications analysis fails at every step. Quebec has not offered any specific pressing and substantial objective. Nor, in fact, has it provided any explanation for the exclusion of this information other than to say that it is not relevant information under the new scheme, which only requires adjustments to be made every five years. Since the five year gap between remedial compensation has been found to be unconstitutional earlier in these reasons, the date on which pay inequities re-emerge is plainly relevant information.

[58] I would therefore dismiss Quebec's appeal with costs.

[59] As for the cross-appeal, both the trial judge and the Court of Appeal held that the unions did not meet their onus of proving the unconstitutionality of the provisions in the 2009 *Act to Amend the Pay Equity Act* that repealed ss. 40 to 43 of the *Pay Equity Act* (the continuing obligation to maintain pay equity). I agree. As previously noted, it was open to Quebec to opt for a regime establishing periodic review of the maintenance of pay equity. The s. 15 infringement occurs because of the suspension of women's equality rights during the five-year period

femmes de ne pas faire l'objet de discrimination salariale à la volonté des employeurs de respecter la loi. Cela envoie aux employeurs un message de politique générale selon lequel le non-respect des obligations légales qui leur incombent en application de la *Loi* sera récompensé par une diminution de celles-ci. Les travailleuses pour leur part reçoivent comme message que c'est à elles de supporter le fardeau financier du manque d'empressement de l'employeur. Les effets préjudiciables de cette approche sur les personnes mêmes que le régime d'équité salariale vise à aider l'emportent sur ses effets bénéfiques. En raison de ce préjudice général disproportionné, la violation causée par l'art. 76.5 et l'art. 103.1 al. 2 ne saurait être justifiée au regard de l'article premier.

[57] Pour ce qui est de l'art. 76.3 — qui exclut des renseignements devant figurer dans l'évaluation affichée la date de la réapparition des iniquités salariales—, aucune des étapes de l'analyse relative à la justification n'est franchie. Le Québec n'a invoqué aucun objectif urgent et réel en particulier. En fait, il n'a pas non plus expliqué l'exclusion de ce renseignement, sauf pour dire que celui-ci n'est pas pertinent suivant le nouveau régime, lequel exige uniquement que des ajustements soient effectués tous les cinq ans. Étant donné la conclusion que j'ai tirée plus tôt dans les présents motifs selon laquelle l'intervalle de cinq ans entre le versement des ajustements salariaux réparateurs est inconstitutionnel, la date à laquelle les iniquités salariales réapparaissent constitue un renseignement manifestement pertinent.

[58] Je rejeterais donc le pourvoi du Québec avec dépens.

[59] Pour ce qui est de l'appel incident, tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont conclu que les syndicats ne s'étaient pas acquittés de leur fardeau de prouver l'inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi modifiant la Loi sur l'équité salariale* de 2009 qui ont abrogé les art. 40 à 43 de la *Loi sur l'équité salariale* (l'obligation continue de maintenir l'équité salariale). Je suis d'accord. Comme nous l'avons vu précédemment, il était loisible au Québec d'opter pour un régime d'évaluation périodique du maintien de l'équité salariale. Il y a

between audits, not because the maintenance review is periodic.

[60] The unions further argued in their cross-appeal that the scheme breached s. 15 because employees are not involved in the pay equity maintenance process. The unions have not, in my view, discharged their onus of proving that the lack of employee participation has a discriminatory impact in the circumstances of this case. After a careful review of the expert evidence, the trial judge concluded that what matters is the information available regarding maintenance, and not employee participation. The unions have not shown that the trial judge made a reviewable error in that assessment. As the Court of Appeal rightly stressed, the *Charter* does not constitutionalize a single model of pay equity regime. The focus must remain on discriminatory impact.

[61] The cross-appeal is therefore dismissed with costs.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ, BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[62] Since the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force, the case law on the guarantee of equality provided for in s. 15 has undergone constant change owing to the fact that the conceptual boundaries of the guarantee are not clearly defined. In 1989, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. noted how delicate the task before the Court — defining the scope of the equality guarantee and proposing an effective approach to protecting it — would be. He characterized equality as “an elusive concept [that], more than any of the other rights and freedoms

violation de l’art. 15 en raison de la suspension des droits à l’égalité des femmes pendant la période de cinq ans comprise entre les évaluations, et non pas en raison du caractère périodique de l’évaluation de ce maintien.

[60] Les syndicats soutiennent également dans leur appel incident que le régime en cause porte atteinte à l’art. 15 du fait de la non-participation des salariés au processus relatif au maintien de l’équité salariale. Les syndicats ne se sont pas, à mon avis, acquittés de leur fardeau de prouver que cette non-participation avait un effet discriminatoire dans les circonstances de l’espèce. Après avoir examiné attentivement la preuve d’expert, le juge de première instance a conclu que ce qui compte ce sont les renseignements disponibles en ce qui a trait au maintien de l’équité salariale, et non pas la participation des salariés. Les syndicats n’ont pas démontré que le juge de première instance avait commis une erreur susceptible de contrôle dans cette appréciation. Comme la Cour d’appel l’a souligné à bon droit, la *Charte* ne constitutionnalise pas un modèle unique de régime d’équité salariale. L’analyse doit demeurer axée sur l’effet discriminatoire.

[61] Le pourvoi incident est donc rejeté avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LES JUGES CÔTÉ, BROWN ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[62] Depuis l’entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la jurisprudence relative au droit à l’égalité prévu à l’art. 15 a été en constante mouvance en raison de ses limites conceptuelles peu définies. En 1989, dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre a pris conscience de la délicatesse de la tâche qui incombait à la Cour, à savoir délimiter la portée du droit à l’égalité et proposer une méthode efficace pour protéger ce droit. Le juge McIntyre qualifiait alors le droit à l’égalité de « concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et

guaranteed in the *Charter* . . . lacks precise definition” (p. 164).

[63] Ten years later, in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, Iacobucci J. spoke of an almost inherent difficulty in the interpretation of s. 15 of the *Charter*. He stated that “[t]he quest for equality expresses some of humanity’s highest ideals and aspirations, which are by their nature abstract and subject to differing articulations. The challenge for the judiciary in interpreting and applying s. 15(1) of the *Charter* is to transform these ideals and aspirations into practice in a manner which is meaningful to Canadians and which accords with the purpose of the provision” (para. 2).

[64] In our opinion, the reasons of Abella J. do not reflect this quest for equality that has been required since *Andrews*. As is clear from the companion case of *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, Quebec has been a pioneer in the struggle against pay inequities in private sector enterprises in Canada. The amendments to the *Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43 (now CQLR, c. E-12.001) (“Act”), are one part of its efforts in that regard. From this perspective, it is profoundly unfair to Quebec society to claim that these amendments are unconstitutional given that what the province’s National Assembly has done is to replace an ineffective mechanism in order to ensure *real* maintenance of pay equity by means of a process of audits of an enterprise’s pay equity plan that are to be conducted every five years. The choice to adopt this measure, which in any event ameliorates the conditions of the employees in question in comparison with the former scheme, belongs to the elected representatives of Quebecers and not to this Court.

[65] At issue in this appeal is the nature of *Charter* rights. *Charter* rights are fundamentally *negative* in that they preclude the state from acting in ways that would impair them. They do not place the government under an obligation to act in order to obtain specific societal results such as the total and definitive eradication of gender-based pay inequities in private

libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise » (p. 164).

[63] Dix ans plus tard, dans l’affaire *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le juge Iacobucci évoquait la difficulté quasi inhérente qui réside dans l’interprétation de l’art. 15 de la *Charte*. Il soutenait que « [l]a recherche de l’égalité symbolise certains des idéaux et certaines des aspirations les plus élevés de l’humanité, lesquels sont par nature abstraits et soumis à différents modes d’expression. Le défi auquel fait face l’appareil judiciaire à l’égard de l’interprétation et de l’application du par. 15(1) de la *Charte* est de mettre en œuvre ces idéaux et ces aspirations d’une manière qui ait un sens pour les Canadiens et qui soit conforme à l’objet de cette disposition » (par. 2).

[64] Selon nous, les motifs de la juge Abella ne reflètent pas cette recherche de l’égalité qui s’impose depuis *Andrews*. Comme il appert du dossier connexe *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, le Québec a été un précurseur dans la lutte contre les iniquités salariales dans les entreprises privées au Canada. Les modifications à la *Loi sur l’équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43 (maintenant RLRQ, c. E-12.001) (« Loi »), s’inscrivent dans ces efforts. Dans un tel contexte, il est profondément inique vis-à-vis de la société québécoise de qualifier ces modifications d’inconstitutionnelles dans la mesure où l’Assemblée nationale du Québec a remplacé un mécanisme inefficace pour assurer le maintien *réel* de l’équité salariale par un processus d’évaluation quinquennal du programme d’équité salariale implanté dans les entreprises. Le choix d’adopter cette mesure qui, de toute façon, améliore la situation des personnes salariées visées par rapport à l’ancien régime, appartient aux élus québécois et non à notre Cour.

[65] Le présent pourvoi porte sur la question relative à la nature des droits conférés par la *Charte*. Fondamentalement, ces droits sont *négatifs* en ce qu’ils empêchent l’État d’agir d’une façon qui y porterait atteinte. Ils n’imposent aucune obligation au gouvernement d’agir de façon à obtenir certains résultats dans la société, comme l’éradication complète

sector enterprises. An interpretation of the *Charter* that imposed a *positive* obligation such as that would change its nature and confer on the courts the unusual responsibility of overseeing compliance with it. Yet that is the consequence of our colleague's interpretation. Although government policies or legislation respecting human rights may be designed to eliminate pay inequities in private sector enterprises, there is no constitutional obligation to that effect: *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, at para. 41.

[66] What the *Charter* is really intended to do is to protect substantive equality by, among other things, ensuring that government actions do not prevent members of enumerated or analogous groups from benefiting from measures that are available to the general public: *Andrews*, at p. 174; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 322-23. However, it does not create an obligation of result that applies when the legislature adopts measures that are specifically intended to narrow the gap between a group and the rest of society. The *Charter* does not compel the state to achieve equality in areas outside the government's sphere of activity, such as in private sector enterprises. Logically, if a measure intended to reduce inequality does not have the effect of exacerbating a pre-existing disadvantage faced by the group in the situation that would prevail without state intervention, it is constitutional. *A fortiori*, a measure that ameliorates the group's conditions is also consistent with the letter and the spirit of the *Charter*. As this Court has held, such a measure will in fact be *protected* under s. 15(2).

[67] There are a variety of socio-economic theories that advocate different visions of the appropriate way to redistribute economic benefits and the implementation of mechanisms to promote social justice. This Court's role is not to dictate the best way to achieve a social ideal or to comment on the appropriateness of policies underlying legislative enactments: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 496; see

et définitive des iniquités salariales fondées sur le sexe dans les entreprises privées. Donner à la *Charte* une interprétation qui impose une telle obligation *positive* transformerait sa nature et conférerait aux tribunaux la responsabilité inusitée d'en superviser le degré de conformité. C'est pourtant la conséquence qui découle de l'interprétation de notre collègue. Même si des politiques gouvernementales ou des lois visant la protection des droits de la personne peuvent avoir pour objet l'élimination des iniquités salariales dans les entreprises privées, il ne s'agit pas d'une obligation constitutionnelle : *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, par. 41.

[66] En réalité, la *Charte* vise à protéger l'égalité réelle, notamment en faisant en sorte que les actions gouvernementales n'empêchent pas les membres des groupes énumérés ou analogues d'avoir accès à des mesures qui bénéficient à la population en général : *Andrews*, p. 174; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 322-323. Cependant, elle n'impose pas une obligation de résultat lorsque le législateur met en place des mesures visant précisément à rétrécir l'écart entre le groupe et le reste de la société. La *Charte* n'a pas pour effet de contraindre l'État à atteindre l'égalité dans les secteurs qui ne relèvent pas du domaine d'activité du gouvernement, par exemple dans les entreprises privées. En toute logique, si la mesure visant à réduire l'inégalité n'a pas pour effet d'accentuer le désavantage préexistant dont le groupe fait l'objet, par rapport à la situation qui existerait en l'absence de l'intervention de l'État, la mesure est constitutionnelle. À plus forte raison, la mesure améliorant la situation du groupe respecte également la lettre et l'esprit de la *Charte*. Selon les enseignements de notre Cour, cette mesure sera d'ailleurs *protégée* par l'application du par. 15(2).

[67] Diverses théories socio-économiques prônent des visions différentes quant à la méthode appropriée de redistribution des avantages économiques et la mise en place de mécanismes ayant pour but de promouvoir la justice sociale. Notre Cour n'a pas le mandat de dicter le meilleur moyen d'atteindre un idéal social, ni celui de se prononcer sur la pertinence des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois : *Renvoi*

also the reasons of Rothstein and Wagner JJ., dissenting in part, in *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245, at paras. 116-18.

[68] In sum, we cannot subscribe to the reasoning proposed by Abella J., since we do not find that the gap between the employees to whom the Act applies and the rest of society has widened as a result of the enactment of the statutory amendments at issue. In this regard, she errs in adopting a strict interpretation of ss. 76.9 and 101 of the Act that limits their true scope. Correlatively, the Act does not *perpetuate* pre-existing disadvantages.

II. Analysis

A. *Analytical Framework for Section 15(1)*

[69] The most recent pronouncement on the proper analytical approach under s. 15(1) of the *Charter* was in *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548. The analysis has two steps.

[70] At the first step, it must be determined whether a law, on its face or in its impact, creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground: *Taypotat*, at para. 19. To establish this, the claimant must show that the law at issue has a disproportionate effect on him or her based on membership in an enumerated or analogous group: *Taypotat*, at para. 21. In terms of proof, it will generally suffice to show that the law has “a disproportionately negative impact on a group or individual that can be identified by factors relating to enumerated or analogous grounds”: *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 64. In this regard, we agree with LeBel J., who, in *Quebec v. A*, correctly explained the approach to take at the first step:

Thus, the claimant can show that the impugned law creates a distinction directly by imposing limitations or disadvantages on the basis of an enumerated or analogous ground: see, *inter alia*, *Miron*, at para. 131; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769, at para. 52;

sur la Motor Vehicle Act (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486, p. 496; voir aussi les motifs des juges Rothstein et Wagner, dissidents en partie, dans *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 116-118.

[68] En somme, nous ne pouvons souscrire à l'analyse proposée par la juge Abella puisque nous considérons que l'écart entre les salariées visées par la Loi et le reste de la société ne s'est pas agrandi suivant l'adoption des modifications législatives à l'étude. À cet égard, elle fait erreur en adoptant une interprétation stricte des art. 76.9 et 101 de la Loi qui limite leur portée réelle. Corrélativement, la Loi ne *perpétue* pas de désavantages préexistants.

II. Analyse

A. *Cadre analytique du par. 15(1)*

[69] L'énoncé le plus récent quant à l'analyse que commande le par. 15(1) de la *Charte* figure dans l'arrêt *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548. L'analyse comporte deux volets.

[70] Au premier volet, il faut examiner si, à première vue ou par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue : *Taypotat*, par. 19. Pour l'établir, le demandeur doit démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue : *Taypotat*, par. 21. Au niveau de la preuve, il suffit généralement de démontrer que la loi produit « un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues » : *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 64. À ce sujet, nous partageons l'opinion du juge LeBel dans *Québec c. A*, qui énonce adéquatement la marche à suivre à la première étape :

Ainsi, le demandeur peut démontrer que la mesure contestée crée directement une distinction en imposant des restrictions ou des désavantages sur la base d'un motif énuméré ou analogue : voir notamment *Miron*, par. 131; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769,

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

[71] In our view, in the case at bar, the disadvantageous or prejudicial nature of the law, which is as a general rule considered at the second step of the s. 15(1) analysis, must instead be examined at the first step. At the first step, the Court is invited to engage in a comparative exercise. As McLachlin C.J. and Abella J. stressed, “[i]nherent in the word ‘distinction’ is the idea that the claimant is treated differently than others. Comparison is thus engaged, in that the claimant asserts that he or she is denied a benefit that others are granted or carries a burden that others do not, by reason of a personal characteristic that falls within the enumerated or analogous grounds of s. 15(1)”: *Withler*, at para. 62.

[72] By its nature, the Act entails distinctions that may affect a group consisting essentially of women. It would be absurd if an approach whose focus was on discriminatory *effects* did not deal first with the issue of the disadvantage resulting from one or more of those distinctions, at least on a *prima facie* basis.

[73] The second step is more onerous, as it requires proof that the disadvantage is *discriminatory* in that the law “fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage”: *Taypotat*, at para. 20.

par. 52; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, par. 10. Il est de même lorsque la mesure restreint l'accès à une institution sociale fondamentale (*Law*, par. 74), ou impose des obligations qui ne s'appliquent pas à d'autres (*Withler*, par. 62). Le demandeur peut également faire état d'une distinction par effet indirect lorsque la mesure, « bien qu'elle prévoie un traitement égal pour tous, [...] a un effet négatif disproportionné sur un groupe ou une personne identifiable par des facteurs liés à des motifs énumérés ou analogues » : *Withler*, par. 64. Les comparaisons, s'il en est, peuvent contribuer, à cette étape, à démontrer l'existence d'une distinction désavantageuse. [par. 189]

[71] Selon nous, en l'espèce l'aspect désavantageux ou préjudiciable généralement traité au second volet doit être considéré au premier volet de l'analyse que commande le par. 15(1). Le premier volet invite la Cour à procéder à un exercice comparatif. Comme le soulignaient la juge en chef McLachlin et la juge Abella, « [i] ressort du mot “distinction” l'idée que le demandeur est traité différemment d'autrui. La comparaison entre donc en jeu, en ce sens que le demandeur prétend qu'il s'est vu refuser un avantage accordé à d'autres ou imposer un fardeau que d'autres n'ont pas, en raison d'une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré ou analogue visé par le par. 15(1) » : *Withler*, par. 62.

[72] De par sa nature, la Loi se compose de distinctions qui peuvent affecter un groupe formé essentiellement de femmes. Il serait absurde qu'une démarche axée sur les *effets* discriminatoires ne traite pas d'emblée de la question du désavantage engendré par une ou plusieurs de ces distinctions, à tout le moins *prima facie*.

[73] Le second volet est plus onéreux puisqu'il exige la démonstration que le désavantage est *discriminatoire* parce que la loi « ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur [refuse] un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes » : *Taypotat*, par. 20.

B. *Review of Kapp and Cunningham*

[74] According to the principles that were laid down in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, and reaffirmed in *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 44, whether s. 15(2) applies should generally be determined before turning to the second step of the s. 15(1) analysis. In *Kapp*, the Court found that the advantage of dividing the analysis in this way was to make it unnecessary to conclude that the equality guarantee had been violated before saving the measure under s. 15(2):

In other words, once the s. 15 claimant has shown a distinction made on an enumerated or analogous ground, it is open to the government to show that the impugned law, program or activity is ameliorative and, thus, constitutional. This approach has the advantage of avoiding the symbolic problem of finding a program discriminatory before “saving” it as ameliorative, while also giving independent force to a provision that has been written as distinct and separate from s. 15(1). Should the government fail to demonstrate that its program falls under s. 15(2), the program must then receive full scrutiny under s. 15(1) to determine whether its impact is discriminatory.

(*Kapp*, at para. 40)

[75] In *Kapp*, the claimants, who were commercial fishers and mainly non-Aboriginal, were not members of the group to which an enumerated or analogous ground applied that benefited from the program’s advantages. The claimants were pleading reverse discrimination, arguing that the benefit resulting from a communal fishing licence granted to three Aboriginal bands violated s. 15 of the *Charter* (para. 1). It is true that in such circumstances, there is a certain advantage to not explicitly acknowledging that a measure has discriminatory effects on one or more groups to which it does not apply before concluding that those effects are justified by the objective of achieving substantive equality for another

B. *Discussion au sujet des arrêts Kapp et Cunningham*

[74] Suivant les enseignements de l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, réaffirmé dans *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 44, c’est avant de passer au second volet de l’analyse que commande le par. 15(1) que l’on devrait généralement se pencher sur l’application du par. 15(2). Dans cette affaire, il a été déterminé que la fragmentation de l’analyse avait l’avantage d’éviter de conclure à une violation du droit à l’égalité avant de valider cette mesure en application du par. 15(2) :

En d’autres termes, une fois que l’auteur d’une demande présentée en vertu de l’art. 15 a établi l’existence d’une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement peut démontrer que la loi, le programme ou l’activité contesté apporte une amélioration et est donc conforme à la Constitution. L’avantage que présente cette approche est qu’elle permet d’éviter la difficulté symbolique d’avoir à juger un programme discriminatoire avant de le « valider » comme étant améliorateur, tout en permettant d’appliquer de façon indépendante une disposition qui a été formulée de façon séparée et distincte du par. 15(1). Si le gouvernement ne démontre pas que son programme relève du par. 15(2), ce programme doit alors faire l’objet d’un examen approfondi au regard du par. 15(1) afin de déterminer s’il a un effet discriminatoire.

(*Kapp*, par. 40)

[75] Dans *Kapp*, les demandeurs, des pêcheurs commerciaux pour la plupart non autochtones, ne faisaient pas partie du groupe visé par un motif énuméré ou analogue qui bénéficiait des avantages que procurait le programme. Les demandeurs plaident la discrimination à rebours et prétendaient que l’avantage procuré par le permis de pêche communautaire alloué à trois bandes autochtones violait l’art. 15 de la *Charte* (par. 1). Dans ce contexte, il est vrai qu’il existe un certain avantage à ne pas reconnaître explicitement que la mesure a des effets discriminatoires sur un ou plusieurs groupes non visés par cette dernière, mais que ces effets sont justifiés par l’objectif qu’un autre groupe défavorisé obtienne

group that is disadvantaged. In that situation, the proposed approach is not really problematic.

[76] In the case at bar, it is the group to which an enumerated ground applies that raises the discriminatory nature of the effects of a law whose specific object is the amelioration of conditions of the group's members. If the approach proposed in *Kapp* were applied, it would have the effect of terminating the analysis prematurely. It is not impossible or unimaginable that even though a law genuinely has the amelioration of a group's conditions as its object, its *effect* might be to widen the prejudicial and discriminatory gap in relation to the rest of society: J. McGill, "Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review" (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521. The group to which the measure or law applies would then find itself in a constitutional cul-de-sac: even though the effects of a government action would ultimately exacerbate the discrimination against the group, the courts would have to defer to the government because its intentions were benevolent. But such a situation would be contrary to the approach favoured by this Court in the equality context: *Andrews*, at p. 182; *Quebec v. A*, at para. 333.

[77] It is our opinion that such circumstances require us to defer the s. 15(2) analysis until after the entire s. 15(1) analysis has been completed. First of all, that will make it possible to determine whether the government action creates or perpetuates a discriminatory disadvantage. It is, obviously, not necessary to "save" a measure that does not violate s. 15. In addition, the second step of the s. 15(1) analysis will help in identifying the law's real object. Thus, if a law establishes mechanisms that create *no* benefit for the group, it probably does not genuinely have the amelioration of the group's conditions as its object. It will be more difficult to rule on this point if the law creates both benefits and disadvantages. Although the test remains objective, and deferential to the legislature's preferences, there is no question that the true effect of the measures the legislature adopts can be taken into account: *Kapp*, at para. 49.

l'égalité réelle. Dans un tel scénario, la démarche proposée ne pose pas de réel problème.

[76] Dans le dossier qui nous occupe, c'est le groupe visé par un motif énuméré qui soulève le caractère discriminatoire des effets d'une loi visant spécifiquement à améliorer la situation de ses membres. Appliquer la méthode proposée dans *Kapp* aurait pour effet de mettre fin prématurément à l'analyse. Il n'est pas impossible ou unimaginable qu'une loi ait pour objet véritable l'amélioration de la situation d'un groupe tout en ayant pour *effet* d'accroître l'écart préjudiciable et discriminatoire avec le reste de la société : J. McGill, « Section 15(2), Ameliorative Programs and Proportionality Review » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 521. Le groupe visé par la mesure ou la loi se retrouverait alors dans un cul-de-sac constitutionnel. Ainsi, bien que les effets d'une action gouvernementale auraient pour conséquence d'exacerber la discrimination à laquelle un groupe fait face, les tribunaux devraient néanmoins faire preuve de déférence envers le gouvernement étant donné les bonnes intentions de ce dernier. Or, une telle situation irait à l'encontre de l'approche favorisée par notre Cour en matière d'égalité : *Andrews*, p. 182; *Québec c. A*, par. 333.

[77] Selon nous, un tel contexte nous force à déplacer l'analyse relative au par. 15(2), à la suite de l'analyse complète fondée sur le par. 15(1). D'une part, cela permet de déterminer si l'action gouvernementale crée ou perpétue le désavantage discriminatoire. De toute évidence, il n'y a pas lieu de « sauvegarder » une mesure qui ne viole pas l'art. 15. D'autre part, le second volet de l'analyse que commande le par. 15(1) permet d'enrichir la recherche de l'objet véritable d'une loi. En effet, une loi mettant sur pied des mécanismes qui ne créent *aucun* avantage pour le groupe n'a probablement pas comme objet véritable l'amélioration de sa situation. Il est plus difficile de se prononcer lorsque la loi crée à la fois des avantages et des désavantages. Bien que le critère demeure objectif et empreint de déférence à l'endroit des mesures législatives préférées par le législateur, il ne fait pas de doute que l'effet réel de celles-ci peut être considéré : *Kapp*, par. 49.

[78] Finally, the approach we recommend in this case is consistent with the combined effect of s. 15(1) and s. 15(2), namely to promote substantive equality: *Kapp*, at para. 16. It should be borne in mind that the Court acknowledged in *Kapp* that the test it was proposing at that time was only at an early stage in the development of the case law on s. 15(2) and that “future cases may demand some adjustment to the framework” (para. 41).

[79] In *Cunningham*, the Court was right to decline to alter the analytical framework for a group that was arguing that its exclusion from a program conferring a benefit on another group with characteristics similar to its own to which an enumerated ground applied was unconstitutional (para. 53). In that case, the claimants, who were members of the Peavine Métis settlement as well as being status Indians, were challenging the constitutional validity of certain provisions of the *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, that excluded status Indians from membership in any Métis settlement. They alleged, among other things, that they were deprived of the benefits of the program on the basis of race. We are of the view that in such cases in which a group or subset of a group is included under one of the enumerated or analogous groups but is otherwise excluded from the group to which the measure specifically applies, it will always be appropriate to follow the approach from *Kapp*, because the advantage of doing so will remain relevant.

[80] In sum, it is only where the claimant is a member of the group to which the law specifically applies that the s. 15(2) analysis should be deferred until after that of s. 15(1). In any situation in which the claimant is not a member of the group, the order set out in *Kapp* should be followed.

C. First Step of the Section 15(1) Analysis

[81] In her reasons, Abella J. makes it seem a simple matter to determine whether the group is affected by an adverse distinction based on sex. In her opinion, this distinction is obvious, given that the purpose of the Act is to attempt to redress pay inequities that exist between men and women in the

[78] Finalement, la méthode que nous préconisons en l’espèce respecte l’effet combiné des par. 15(1) et (2), qui est de promouvoir l’égalité réelle : *Kapp*, par. 16. Il faut rappeler que, dans *Kapp*, la Cour a reconnu que le test alors mis de l’avant ne constituait qu’une étape embryonnaire dans le développement de la jurisprudence relative au par. 15(2) et qu’il pourrait se « révéler nécessaire, dans des affaires ultérieures, d’ajuster ce cadre d’analyse » (par. 41).

[79] Dans *Cunningham*, c’est à bon droit que notre Cour a refusé de modifier le cadre d’analyse dans le cas d’un groupe qui alléguait l’inconstitutionnalité de son exclusion d’un programme procurant un avantage à un autre groupe visé par un motif énuméré ayant des caractéristiques similaires (par. 53). Dans cette affaire, les demandeurs, qui étaient à la fois membres de l’établissement métis de Peavine et des Indiens inscrits, contestaient la constitutionnalité de certaines dispositions du *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, qui empêchaient les Indiens inscrits de devenir membres officiels de quelque établissement métis que ce soit. Ils alléguaient entre autres qu’ils étaient privés des avantages du programme en raison de leur race. Dans de tels cas de sous-inclusion d’un groupe ou d’un sous-groupe à un des groupes énumérés ou analogues mais autrement exclus du groupe visé spécifiquement par la mesure, nous sommes d’avis qu’il y a toujours lieu de suivre la démarche préconisée dans l’arrêt *Kapp* puisque l’avantage qu’elle procure demeure pertinent.

[80] En somme, c’est seulement lorsque le demandeur fait partie du groupe que la loi vise spécifiquement qu’il y a lieu de déplacer l’analyse que commande le par. 15(2) à la suite du par. 15(1). Dans toutes les autres situations où le demandeur ne fait pas partie du groupe, il faut suivre l’ordre de priorité établi dans l’arrêt *Kapp*.

C. Premier volet du par. 15(1)

[81] À la lecture des motifs de la juge Abella, il peut sembler aisé de déterminer si le groupe subit une distinction désavantageuse fondée sur le sexe. Selon elle, cette distinction est évidente puisque le but de la Loi est de tenter de résoudre les iniquités salariales qui existent entre les hommes et les

workplace (Abella J.'s reasons, at para. 29). It is our view, however, that at this step of the analysis the claimant must show not only the mere existence of a distinction in the Act, but also a form of disadvantage flowing from that distinction.

[82] Abella J. asserts that the effects of the impugned measure should not be taken into account at the first step of the s. 15(1) analysis so as to avoid weeding out claims on technical bases. Yet this is not a mere formality or technical issue. What must be determined is whether the measure has any *effect* on the group. A claimant who is unable to show *prima facie* that a measure has disadvantageous effects has no chance of succeeding. This being said, “disadvantage” and “prejudice” are flexible concepts that can take many forms.

[83] Whether the effects of ss. 76.3, 76.5 and 103.1 para. 2 of the Act are disadvantageous is a complex question. Without imposing an unduly heavy burden at this first step of the analysis under s. 15(1) of the *Charter*, this question warrants further consideration. Our colleague has identified a distinction under s. 15(1), but in our view, her analysis is tainted in two ways. First, its effect is that any attempt at amelioration whose objectives are not achieved in their entirety would infringe s. 15(1). For the reasons set out below, we cannot subscribe to this position. Second, our colleague's negative depiction of the provisions notwithstanding, it is clear from a careful review of them that they are not actually disadvantageous.

[84] In the first place, Abella J.'s argument that the Act does not confer benefits but is instead a vehicle for upholding a fundamental right guaranteed by the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (“*Quebec Charter*”) may seem appealing. From that perspective, given that the Act's objective is in her view to raise compensation to the level of the advantaged group, that is, to the level of persons holding positions that fall into predominantly male job classes, the Act will almost inevitably be disadvantageous if this objective is not achieved *perfectly*,

femmes au travail (motifs de la juge Abella, par. 29). Pourtant, nous estimons à cette étape de l'analyse que le demandeur ne doit pas seulement démontrer l'existence d'une simple distinction dans la Loi, mais également d'une forme de désavantage en découlant.

[82] La juge Abella affirme que les effets de la mesure contestée ne devraient pas être pris en compte au premier volet de l'analyse relative au par. 15(1), de façon à éviter d'écarter des demandes en se basant sur des détails techniques. Or, cela ne constitue pas une simple formalité ou technicité. Il s'agit de déterminer si la mesure a un quelconque *effet* sur le groupe. Une demande qui ne peut démontrer *prima facie* la présence d'effets désavantageux est vouée à l'échec. Cela dit, les notions de « désavantage » et de « préjudice » sont souples et peuvent prendre plusieurs formes.

[83] La question de savoir si les effets des art. 76.3, 76.5 et 103.1 al. 2 de la Loi sont désavantageux est complexe. Sans imposer un fardeau indûment lourd à cette première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il y a lieu de se questionner davantage. Bien que notre collègue ait identifié une distinction au sens du par. 15(1), nous sommes d'avis que son analyse est viciée sur deux plans. Premièrement, il découle de l'analyse de notre collègue que toute tentative améliorative ne réalisant pas parfaitement ses objectifs porterait atteinte au par. 15(1). Pour les raisons que nous exposerons, nous ne pouvons nous rallier à cette position. Deuxièmement, malgré les efforts de notre collègue à dépeindre les dispositions péjorativement, un examen attentif de celles-ci montre clairement qu'elles ne sont pas, dans les faits, désavantageuses.

[84] D'une part, l'argument avancé par la juge Abella voulant que la Loi ne procure pas d'avantages, mais constitue plutôt un véhicule permettant le respect d'un droit fondamental garanti par la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »), peut sembler séduisant. Sous cet angle, comme l'objectif de la Loi serait d'atteindre le même traitement salarial du groupe favorisé, en l'espèce celui des personnes occupant des emplois tombant dans des catégories d'emploi à prédominance masculine, il est presque inévitable

since such a failure would have the effect of “perpetuating” the pre-existing disadvantage. However, although achieving pay equity is desirable in our society, the *Charter* does not confer constitutional status on the achievement or the maintenance of pay equity. What Abella J. does in criticizing the “episodic” and “partial” nature of the maintenance obligations provided for in the amendments to the Act (Abella J.’s reasons, at para. 33) and noting that the amendments “susp[en]d” the right of those women to be protected from pay discrimination during five-year intervals (Abella J.’s reasons, at para. 52) is in effect to constitutionally entrench pay equity. But pay equity for private sector enterprises is a creation of the Quebec legislature and does not have constitutional status.

[85] In passing, the respondents’ position must also be rejected, as they compare the amendments to the Act with the previous version of the Act. Such an approach would have the effect of constitutionally entrenching one mechanism that confers benefits on a group to which an enumerated or analogous ground applies, to the detriment of other, equally valid, mechanisms. It would then no longer be open to the legislature to explore other avenues. A legislature that wanted to experiment by, for example, conferring benefits that were less substantial or simply different would run the risk of having a majority of this Court question the validity of its measure. That would be an absurd outcome. Quebec’s amendments to the Act would be declared to be invalid, but a province that does not yet have similar legislation applicable to the private sector, such as Prince Edward Island, would be able to enact the Act at issue here word for word without having the constitutionality of its legislation questioned. The result would be to impose on Quebec, and on any province that has been a pioneer in the fight against pay inequities, obligations that are not imposed on the other provinces.

[86] Also, it is just as wrong for Abella J. to state that, for women to whom the Act applies, the promise of pay equity found in s. 19 of the Quebec *Charter* is a right without a remedy except once every five years (Abella J.’s reasons, at para. 39). Section 19

que la Loi soit désavantageuse si cet objectif n’est pas *parfaitement* réalisé, puisque cette lacune aurait pour effet de « perpétuer » le désavantage préexistant. Pourtant, bien que l’équité salariale soit souhaitable dans notre société, la *Charte* ne confère pas un statut constitutionnel à sa réalisation non plus qu’à son maintien. En critiquant le caractère « épisodique » et « partie[1] » des obligations de maintien prévues dans les modifications à Loi (motifs de la juge Abella, par. 33) et en signalant que ces mêmes modifications « suspendent » le droit des femmes à la protection contre toute discrimination salariale pour des intervalles de cinq ans (motifs de la juge Abella, par. 52), les propos de la juge Abella ont pour effet de constitutionnaliser l’équité salariale. Or, l’équité applicable aux entreprises privées est une création du législateur québécois et qui ne jouit d’aucun statut constitutionnel.

[85] Au passage, il faut aussi rejeter la position mise de l’avant par les intimés puisqu’ils comparent les modifications de la Loi à sa version antérieure. Adopter cette démarche aurait pour effet de constitutionnaliser un mécanisme procurant des avantages à un groupe visé par un motif énuméré ou analogue au détriment d’autres mécanismes tout aussi valables. Il ne serait alors plus loisible au législateur d’explorer d’autres avenues. Le législateur qui souhaiterait expérimenter en offrant par exemple des avantages moins importants ou simplement différents devrait courir le risque qu’une majorité de notre Cour remette en question le bien-fondé de sa mesure. Ce résultat serait inepte. Alors que le Québec verrait ses modifications à la Loi être déclarées invalides, une province n’ayant pas de loi similaire visant le secteur privé, comme l’Île-du-Prince-Édouard, pourrait adopter mot pour mot la Loi à l’étude, et la constitutionnalité de celle-ci ne serait pas mise en doute. Ce serait imposer au Québec, ainsi qu’à toute province ayant joué un rôle de précurseur dans la lutte aux iniquités salariales, des obligations qui ne sont pas imposées aux autres.

[86] D’autre part, il est tout aussi erroné pour la juge Abella d’affirmer que, pour les femmes visées par la Loi, la promesse d’équité salariale que l’on retrouve à l’art. 19 de la *Charte* québécoise est un droit sans recours, excepté à tous les cinq ans (motifs de la

para. 3 of the Quebec *Charter* expressly provides that “[a]djustments in compensation and a pay equity plan are deemed not to discriminate on the basis of gender if they are established in accordance with the Pay Equity Act”. Is it necessary to point out that the Quebec *Charter* does not have constitutional status?

[87] If it were necessary to take Abella J.’s reasoning further, it would have to be concluded that s. 19 of the Quebec *Charter* is also unconstitutional, as it provides for no remedy for employees working in enterprises with no male comparators. As for other employees, an inappropriate hurdle would be thrown in their way, as they would in that regard, too, bear the *heavy burden* (Abella J.’s reasons, at para. 38) of bringing an action and demonstrating that their employer does not grant “equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place”. Thus, it would have to be concluded that the Quebec *Charter* imposes a burden that men do not have to discharge. It is impossible for us to agree with this position.

[88] In any event, the benefits of the Act, as amended in 2009 (S.Q. 2009, c. 9), are clear. Let us begin by reading the provisions at issue that our colleague finds to be unconstitutional:

76.3. After conducting a pay equity audit, the pay equity audit committee, or the employer in the absence of such a committee, shall post the audit results for 60 days in prominent places easily accessible to employees. The posting shall include

- (1) a summary of the pay equity audit process;
- (2) a list of the events leading to compensation adjustments;
- (3) a list of the predominantly female job classes that are entitled to compensation adjustments;
- (4) the percentage or amount of the compensation adjustments to be paid; and

juge Abella, par. 39). L’article 19 al. 3 de la *Charte* québécoise prévoit explicitement que « [I]es ajustements salariaux ainsi qu’un programme d’équité salariale sont, eu égard à la discrimination fondée sur le sexe, réputés non discriminatoires, s’ils sont établis conformément à la Loi sur l’équité salariale ». Faut-il rappeler que la *Charte* québécoise ne jouit d’aucun statut constitutionnel?

[87] S’il fallait pousser le raisonnement de la juge Abella, il faudrait conclure que l’art. 19 de la *Charte* québécoise est aussi inconstitutionnel puisqu’il n’offre aucun recours aux salariés œuvrant dans des entreprises sans comparateur masculin. Quant aux autres salariés, une embuche inappropriée leur serait imposée puisqu’ils auraient encore le *lourd fardeau* (motifs de la juge Abella, par. 38) d’intenter un recours et de démontrer qu’ils ne bénéficient pas d’un « salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit ». Par conséquent, il faudrait conclure que la *Charte* québécoise impose un fardeau que les hommes n’ont pas à porter. Nous sommes en profond désaccord avec cette position.

[88] Dans tous les cas, le côté avantageux de la Loi, dans sa version modifiée en 2009 (L.Q. 2009, c. 9), est évident. Il convient d’abord de lire les dispositions en litige que notre collègue juge inconstitutionnelles :

76.3. Le comité de maintien de l’équité salariale ou, à défaut, l’employeur doit, lorsqu’il a évalué le maintien de l’équité salariale, en afficher pendant 60 jours les résultats dans des endroits visibles et facilement accessibles aux salariés. L’affichage doit inclure les éléments suivants :

- 1° un sommaire de la démarche retenue pour l’évaluation du maintien de l’équité salariale;
- 2° la liste des événements ayant généré des ajustements;
- 3° la liste des catégories d’emplois à prédominance féminine qui ont droit à des ajustements;
- 4° le pourcentage ou le montant des ajustements à verser;

(5) the posting date and information on the rights exercisable under section 76.4 and the time within which they may be exercised.

The pay equity audit committee, or the employer in the absence of such a committee, shall, by a means of communication likely to reach the employees, inform them of the posting and provide details such as the posting date, the posting period and how they may access its content.

76.5. Subject to the third paragraph of section 101, the compensation adjustments apply from the date that is the time limit for the new posting under the second paragraph of section 76.4.

Unpaid compensation adjustments shall bear interest at the legal rate from that date.

103.1. . . .

If the complaint was filed under section 100 in connection with a pay equity audit, the Commission may not determine compensation adjustments applicable prior to the date referred to in the first paragraph of section 76.5.

...

[89] Since the amendments came into force in 2009, the employees in question have enjoyed a significant benefit in comparison with the previous situation. That benefit takes the form of a periodic pay equity audit without their needing to exercise a remedy, and where applicable, a compensation adjustment for the future. This represents a major legislative change in direction. The former scheme was said to be “passive” in that it imposed only a general obligation not to discriminate on employers. It was left to employees to file complaints. Generally speaking, the “passive” legislation was harshly criticized, in part because it could result in significant emotional and financial costs as well as institutional delays: *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), at p. 238; on the experience under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, see Pay Equity Task Force, *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right* (2004), at pp. 97-106. The current mechanism, on the other hand, can be described as “proactive” in that it requires employers to periodically review remuneration practices and to disclose

5° sa date ainsi que les renseignements sur les droits prévus à l’article 76.4 et sur les délais pour les exercer.

Le comité de maintien de l’équité salariale ou, à défaut, l’employeur informe les salariés de l’affichage, par un mode de communication susceptible de les joindre, en indiquant notamment la date de l’affichage, sa durée et par quels moyens ils peuvent en prendre connaissance.

76.5. Sous réserve du troisième alinéa de l’article 101, les ajustements salariaux s’appliquent à compter de la date à laquelle l’affichage prévu au deuxième alinéa de l’article 76.4 doit avoir lieu.

À défaut d’être versés, ils portent intérêt au taux légal à compter de cette date.

103.1. . . .

À l’occasion d’une plainte portée en vertu des dispositions de l’article 100 concernant le maintien de l’équité salariale, la Commission ne peut déterminer des ajustements salariaux antérieurs à la date prévue au premier alinéa de l’article 76.5.

...

[89] Depuis l’entrée en vigueur des modifications en 2009, les salariées visées bénéficient d’un avantage considérable par rapport à la situation qui prévalait auparavant. Cet avantage prend la forme d’une évaluation périodique du maintien de l’équité salariale sans qu’elles n’aient à intenter quelque recours, et le cas échéant, d’un ajustement salarial pour le futur. Il s’agit d’un changement d’orientation législatif significatif. L’ancien régime était qualifié de « passif » puisque seule une obligation générale de ne pas discriminer était imposée aux employeurs. Il revenait aux salariées de porter plainte. De façon générale, les lois « passives » ont été durement critiquées, notamment en raison des coûts émotionnels et financiers importants qu’elles peuvent entraîner et de la lenteur institutionnelle : *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984), p. 263-264; sur l’expérience avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, voir Groupe de travail sur l’équité salariale, *L’équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental* (2004), p. 109-118. Le mécanisme actuel peut quant à lui être

information relevant to that exercise: C. Sheppard, *Inclusive Equality: The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), at p. 29. Thus, contrary to our colleague's position, the Act has not legislatively entrenched discrimination by imposing a mechanism that perpetuates it. Nor does the Act impose additional hurdles, quite the contrary.

[90] In addition, s. 76.9 of the Act provides that “[n]o employer . . . may, as regards the maintenance of pay equity, act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or exhibit gross negligence with regard to employees in the enterprise”. Section 101 para. 3 of the Act provides correlatively that “if an employer contravenes section 76.9, the Commission [de l'équité salariale, now the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail] may determine that the adjustments in compensation are payable from the date the contravention occurred”. A mechanism therefore exists to avoid creating a gap in the Act of which it might be possible to take deliberate advantage. With respect, our colleague Abella J. is in our view mistaken in concluding that the cumulative effect of the sections in issue is to give employers an “amnesty” in respect of compensation adjustments that would be required between the periodic audits (para. 33).

[91] It is also incorrect to say that s. 76.9 of the Act applies only in cases of discrimination that is *intentional* or in bad faith (Abella J.'s reasons, at para. 35). As we mentioned above, s. 76.9 also applies to *arbitrary* or *discriminatory* conduct. It is absurd to maintain that the mechanism provided for in the Act amounts to a form of toleration on the government's part of the undervaluation of women's pay (Abella J.'s reasons, at para. 38). The Act, when considered as a whole, creates a complete “hybrid” scheme that allows for a periodic review of compensation and provides a retroactive remedy in case of abuse. It thus addresses the problem of systemic discrimination in addition to, among others, that of intentional discrimination.

qualifié de « proactif » en ce qu'il oblige l'employeur à procéder à une révision périodique des conditions salariales et à divulguer les informations pertinentes à l'exercice : C. Sheppard, *Inclusive Equality : The Relational Dimensions of Systemic Discrimination in Canada* (2010), p. 29. Ainsi, contrairement à ce qu'avance notre collègue, la Loi n'a pas législativement ancré la discrimination en imposant un mécanisme qui la perpétue. Elle n'impose pas non plus d'embûches additionnelles, au contraire.

[90] De plus, l'art. 76.9 de la Loi prévoit que « [l]'employeur [. . .] ne doit pas, en regard du maintien de l'équité salariale, agir de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés de l'entreprise ». Corrélativement, l'art. 101 al. 3 de la Loi prévoit que, « en cas de manquement de l'employeur à l'article 76.9, la Commission [de l'équité salariale, remplacée par la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail] peut déterminer que des ajustements salariaux sont dus à compter de la date de ce manquement ». Un mécanisme est donc en place pour éviter de créer une lacune dans la Loi dont il pourrait être possible de tirer délibérément avantage. À notre avis et avec respect, notre collègue la juge Abella fait fausse route lorsqu'elle conclut que l'effet cumulatif des articles à l'étude est d'accorder une « amnistie » pour les employeurs quant aux ajustements salariaux requis entre les évaluations périodiques (par. 33).

[91] Également, il est inexact, que l'art. 76.9 de la Loi ne s'applique qu'au cas de discrimination *intentionnelle* ou de mauvaise foi (motifs de la juge Abella, par. 35). Tel que mentionné précédemment, l'art. 76.9 couvre également les conduites *arbitraires* ou *discriminatoires*. Il est aberrant de soutenir que le mécanisme prévu par la Loi constitue une forme d'approbation gouvernementale de la sous-évaluation de la rémunération des femmes (motifs de la juge Abella, par. 38). Considérée dans son ensemble, la Loi crée un régime complet « hybride » qui permet une révision périodique des salaires en plus d'offrir un recours en réparation rétroactive en cas d'abus. La Loi répond donc au problème de la discrimination systémique en plus de, notamment, répondre à celui de la discrimination intentionnelle.

[92] Moreover, the Act's ameliorative effect becomes clear when the situation is considered through the lens of the comparator group. Although caution is required in choosing such a group, given that this choice could dictate the result of the analysis, an appropriate comparator group with identical characteristics does actually seem to exist. This Court has in fact never abandoned or proscribed the use of comparative evidence. It merely issued a warning against overly rigid formalism. In the circumstances of this appeal, the probative value of the comparative evidence, viewed from a contextual standpoint, outweighs that risk: *Withler*, at para. 65; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, at para. 23. What must be done is to compare the situation of employees in an enterprise that has 10 or more employees, to whom the Act accordingly applies, with that of employees in an enterprise that has fewer than 10 employees. The Act's beneficial effect then becomes apparent, as the latter employees do not benefit from a periodic audit of their compensation in conjunction with a remedy. They are protected only by s. 19 of the Quebec *Charter*, which provides for equal wages for equivalent work in the same workplace. Employees in an enterprise without a male comparator group and with fewer than 10 employees thus cannot use a complaint mechanism comparable to the one provided for in s. 101 should their employer modify their duties without taking into account the insidious factors at the root of the systemic discrimination from the standpoint of a correlative audit of their remuneration. So how can it be argued, focusing on the *effects* of the statutory amendments, that the Act has widened the gap between the employees in question and the rest of society or that the Act perpetuates discrimination?

[93] In the end, does the prospective effect of the compensation adjustments under s. 76.5 or the posting provided for in s. 76.3 really create an adverse distinction based on sex, as our colleague maintains? We have great difficulty accepting such a conclusion, although it is true that the Court has in the past ruled summarily on the first step of the s. 15(1) analysis despite the existence of a doubt as to the nature of the

[92] De surcroît, l'effet améliorateur de la Loi devient évident lorsque la situation est analysée sous le prisme du groupe comparateur. Bien qu'il faille faire preuve de prudence lors du choix d'un tel groupe, ce choix étant susceptible de dicter le résultat de l'analyse, il appert qu'un groupe de comparaison adéquat et aux caractéristiques identiques existe bel et bien. Notre Cour n'a d'ailleurs jamais abandonné ou pros crit l'utilisation de la preuve comparative. Elle a simplement émis une mise en garde contre le formalisme trop rigide. Dans les circonstances du présent pourvoi, la valeur probante de la preuve comparative, considérée de façon contextuelle, outre passe ce risque : *Withler*, par. 65; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, par. 23. Il s'agit en effet de comparer la situation des salariés œuvrant dans une entreprise comptant 10 salariés ou plus, et qui sont donc visés par la Loi, avec celle des salariés d'une entreprise comptant moins de 10 salariés. L'effet avantageux de la Loi apparaît dès lors, car les salariés d'une entreprise comptant moins de 10 salariés ne bénéficient pas d'une évaluation périodique de leur rémunération jumelée d'un recours en réparation. Ces salariés ne se voient offrir que la protection de l'art. 19 de la *Charte* québécoise, qui prévoit un salaire égal pour un travail équivalent dans un même milieu de travail. Ainsi, les salariés œuvrant dans une entreprise sans comparateur masculin qui compte moins de 10 salariés ne peuvent pas utiliser un mécanisme de plainte comparable à celui prévu à l'art. 101 advenant que leur employeur modifie leurs tâches sans tenir compte des facteurs insidieux qui sont à l'origine de la discrimination systémique d'un point de vue de l'évaluation correlative de leur rémunération. Comment alors prétendre, en se concentrant sur les *effets* des modifications législatives, que la Loi a agrandi l'écart entre les salariés visés et le reste de la société ou que la Loi perpétue la discrimination?

[93] Au final, l'effet prospectif des ajustements salariaux prévus à l'art. 76.5 ou de l'affichage visé à l'art. 76.3 crée-t-il vraiment une distinction désavantageuse fondée sur le sexe comme l'affirme notre collègue? Nous avons beaucoup de difficulté à adopter une telle conclusion bien que, par le passé, la Cour a statué sur le premier volet du par. 15(1) de façon sommaire malgré le doute qui subsistait

disadvantage: *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at para. 189. In our view, the second step of the analysis dispels any remaining doubt about the constitutional validity of the amendments.

D. *Second Step of the Section 15(1) Analysis*

[94] At the second step of the analysis under s. 15(1) of the *Charter*, it is necessary to determine whether the amendments are discriminatory by considering whether they respond to the actual capacities and needs of the members of the group or instead impose a burden or deny a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage: *Taypotat*, at para. 20; *Quebec v. A*, at para. 332; *Kapp*, at para. 17.

[95] We begin by distinguishing *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381. In that case, the employees had acquired a contractual right to a wage adjustment, which had had the effect of crystallizing that right, but that is not what happened in the instant case. Binnie J. noted that the legislature’s adoption of a positive measure does not preclude it from repealing the legislation in question:

The respondent says that female workers have no right under s. 15(1) of the *Charter* to equal pay for work of equal value. What the government gave in 1988, the government could take away in 1991. It is true that in the ordinary course, legislative adoption of a remedial measure does not “constitutionalize” it so as to fetter its repeal: Reference re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 563. Here, however, the provincial government signed a Pay Equity Agreement on June 24, 1988 which changed the legal landscape by creating enforceable contractual rights to end pay discrimination by a procedure contractually binding on all of the parties. The Pay Equity Agreement was incorporated into the public sector collective agreements.

quant à la nature du désavantage : *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, par. 189. Le deuxième volet de l’analyse dissipe selon nous les doutes qui pourraient subsister quant à la validité constitutionnelle des modifications.

D. *Deuxième volet de l’analyse fondée sur le par. 15(1)*

[94] Dans le cadre du deuxième volet de l’analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il faut déterminer si les modifications sont discriminatoires en évaluant si elles répondent aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe ou si elles leur imposent plutôt un fardeau ou leur refusent un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes : *Taypotat*, par. 20; *Québec c. A*, par. 332; *Kapp*, par. 17.

[95] D’entrée de jeu, il y a lieu de distinguer *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381. Dans cette affaire, les employées avaient acquis un droit contractuel à un ajustement salarial. Cela avait eu pour effet de cristalliser ce droit, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. Le juge Binnie a souligné que l’adoption d’une mesure législative positive n’empêche pas son annulation :

L’intimée affirme que le par. 15(1) de la *Charte* ne garantit pas aux travailleuses le droit de toucher un salaire égal pour un travail égal. Le gouvernement pouvait retirer en 1991 ce qu’il avait accordé en 1988. Il est vrai que, normalement, l’adoption par le législateur d’une mesure corrective ne la « constitutionnalise » pas au point d’en empêcher l’annulation : Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525, p. 563. En l’espèce, toutefois, le gouvernement provincial a, le 24 juin 1988, signé une entente sur l’équité salariale qui a changé le paysage juridique en créant des droits contractuels exécutoires destinés à mettre fin à la discrimination salariale au moyen d’un processus contractuel liant toutes les parties. L’entente sur l’équité salariale a été incorporée dans les conventions collectives du secteur public.

This process converted pay equity from a policy argument into an existing legal obligation for the benefit of the female hospital workers. The purpose of the *Public Sector Restraint Act* was to reduce the women's pay below their contractual entitlement. Its intended effect was to pay them less than was paid to men for work of equal value. Passage of the Act on April 18, 1991 left women hospital workers worse off than they were on April 17, 1991. The issue is whether the disadvantage thus imposed on April 18, 1991 amounted to discrimination within the scope of s. 15(1) of the *Charter*. [Emphasis added.]

(*N.A.P.E.*, at paras. 33-34)

[96] Unlike the employees in *N.A.P.E.*, the ones in the case at bar are better off than they were before the Act initially came into force. In any event, applying the analytical framework for s. 15(1) to the amendments leads to the conclusion that the sections at issue do not have a discriminatory effect: *Taypotat*, at para. 20; *Quebec v. A*, at para. 322.

[97] It is important to remember that the Act is not the source of the differences in compensation between men and women in private sector enterprises. This is self-evident, given that the Act was passed to counteract systemic discrimination.

[98] Unlike in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, in which the failure to protect homosexuals in the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, had the effect of reinforcing the prejudice against that group, the impugned provisions do not have the effect of imposing burdens, obligations or disadvantages on women that are not imposed on others, or of withholding or limiting access to opportunities and advantages that are available to other members of society. By way of illustration, factors like the ones set out in *Law* can be helpful in determining whether a particular distinction is discriminatory. This is not a "step-by-step" analysis, however. The analysis remains contextual, and not formalistic. Indeed, the factors are not exhaustive and will be considered solely to enhance our analysis. In sum, our objective is to determine the actual situation of the group and assess the potential of the

Ce processus a fait de l'équité salariale, argument de politique générale, une obligation juridique réelle profitant aux employées d'hôpitaux. La *Public Sector Restraint Act* avait pour but de réduire le salaire auquel les femmes avaient droit en vertu de leur contrat de travail. L'effet recherché était de leur verser un salaire inférieur à celui des hommes exerçant des fonctions équivalentes. L'adoption de la Loi, le 18 avril 1991, a fait en sorte que les employées d'hôpitaux se sont retrouvées dans une situation pire que celle dans laquelle elles étaient le 17 avril 1991. Il s'agit de déterminer si le désavantage ainsi infligé le 18 avril 1991 constituait de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. [Nous soulignons.]

(*N.A.P.E.*, par. 33-34)

[96] Contrairement aux employées concernées dans *N.A.P.E.*, celles visées en l'espèce se retrouvent en meilleure position qu'avant l'entrée en vigueur initiale de la Loi. Dans tous les cas, un examen des modifications au regard du cadre d'analyse du par. 15(1) permet de déterminer que les articles en cause n'ont pas un effet discriminatoire : *Taypotat*, par. 20; *Québec c. A*, par. 322.

[97] Il importe de rappeler que la Loi n'est pas à l'origine des écarts salariaux qui existent entre les hommes et les femmes dans les entreprises privées. Cela va de soi, puisque la Loi a été votée et adoptée afin de contrer la discrimination systémique.

[98] Contrairement à l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, où l'omission de protéger les homosexuels dans l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, avait eu pour effet d'accentuer le préjudice subi par le groupe, les articles contestés n'ont pas pour effet d'imposer aux femmes des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Pour illustrer ce point, les facteurs comme ceux établis dans l'arrêt *Law* peuvent être utiles pour déterminer si une distinction particulière est discriminatoire. Toutefois, il ne s'agit pas d'une analyse « étape par étape ». Celle-ci demeure contextuelle et non formaliste. D'ailleurs, les facteurs ne sont pas exhaustifs et seront considérés dans le seul but d'enrichir notre analyse. En somme, notre objectif est de déterminer la

impugned law to worsen their situation: *Withler*, at paras. 38 and 66; *Quebec v. A*, at para. 331; *N.A.P.E.*, at para. 44; *Law*, at para. 72.

(1) Pre-existing Disadvantage

[99] Women clearly face systemic discrimination in matters of compensation (*Centrale des syndicats du Québec*, at para. 58). However, the impugned sections do not perpetuate or reinforce the idea that women can be paid less simply because they are women. The Act's objective is to permanently eradicate pay inequities by establishing a maintenance mechanism in ss. 76.1 to 76.9. Moreover, s. 76.9 sends a clear message. It provides that no employer may "act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or exhibit gross negligence with regard to employees in the enterprise". Should an employer do so, a retroactive remedy is provided for in s. 101.

(2) Correspondence Between the Measure Adopted by the Legislature and the Group's Actual Characteristics

[100] There is a risk that a change in an enterprise to which the Act applies that has an impact on pay equity and that occurs at the start of the five-year period preceding a pay equity audit will be influenced by elements of systemic discrimination. The re-emergence of disadvantages usually occurs when job-related duties are reorganized or changed. However, an employer that is in compliance with its obligations under the Act is required by s. 76.9 not to act arbitrarily as well as to eliminate any instance of inequitable compensation immediately by addressing the new elements of systemic discrimination. Section 76.9 is broadly worded and should be construed liberally to ensure that its object is attained: *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 41. As well, as Abella J. points out, the Court has considered s. 47.2 of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, the wording of which is almost identical to that of s. 76.9 of the Act. LeBel J., writing for the Court in *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001

situation véritable du groupe et d'évaluer le risque que la mesure contestée aggrave sa situation : *Withler*, par. 38 et 66; *Québec c. A*, par. 331; *N.A.P.E.*, par. 44; *Law*, par. 72.

(1) La présence d'un désavantage préexistant

[99] De toute évidence, les femmes font l'objet de discrimination systémique au chapitre de la rémunération (*Centrale des syndicats du Québec*, par. 58). Toutefois, les articles contestés ne perpétuent pas, ni ne renforcent, l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes. La Loi a pour but d'éradiquer de façon permanente les iniquités salariales en mettant sur pied un mécanisme de maintien aux art. 76.1 à 76.9. Par ailleurs, l'art. 76.9 envoie un message clair et net. Il y est énoncé que l'employeur ne doit pas « agir de mauvaise foi ou de façon arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés de l'entreprise ». En cas de pareille conduite, une réparation rétroactive est prévue à l'art. 101.

(2) La correspondance entre la mesure adoptée par le législateur et les caractéristiques réelles du groupe

[100] Il existe un risque qu'un changement survenant dans une entreprise visée par la Loi ayant un effet sur l'équité salariale et intervenant au début de l'intervalle de cinq ans précédant l'évaluation réalisée dans le cadre du maintien de l'équité salariale soit influencé par des éléments de discrimination systémique. Habituellement, la réapparition de désavantages se produit lors de la réorganisation ou de la modification des tâches liées à l'emploi. Toutefois, un employeur respectant ses obligations selon la Loi est tenu de ne pas agir arbitrairement et d'éliminer immédiatement les traitements salariaux inéquitables en écartant les nouveaux éléments de discrimination systémique, conformément à l'art. 76.9. Cet article est rédigé de façon large et devrait être interprété de façon libérale afin d'en réaliser l'objet : *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41. D'ailleurs, comme le souligne la juge Abella, la Cour a analysé l'art. 47.2 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, qui comporte un libellé quasi-identique à l'art. 76.9 de

SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207, defined that section's scope as follows:

The Quebec *Labour Code* has partially codified the duty of representation. It is defined in the following terms in s. 47.2 *L.C.*:

47.2. A certified association shall not act in bad faith or in an arbitrary or discriminatory manner or show serious negligence in respect of employees comprised in a bargaining unit represented by it, whether or not they are members.

This duty prohibits four types of conduct: bad faith, discrimination, arbitrary conduct and serious negligence. The conduct that is demanded applies both at the collective bargaining stage and in administering the collective agreement (see Gagnon, *supra*, at p. 308). First, s. 47.2 prohibits acting in bad faith, which presumes intent to harm or malicious, fraudulent, spiteful or hostile conduct (see *Becotte v. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231, at p. 235; and *Rayonier, supra*, at p. 201). In practice, this element alone would be difficult to prove (see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 13-15 to 13-18; R. E. Brown "The 'Arbitrary', 'Discriminatory' and 'Bad Faith' Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 412, at pp. 453-54).

The law also prohibits discriminatory conduct. This includes any attempt to put an individual or group at a disadvantage where this is not justified by the labour relations situation in the company. For example, an association could not refuse to process an employee's grievance, or conduct it differently, on the ground that the employee was not a member of the association, or for any other reason unrelated to labour relations with the employer (see D. Veilleux, "Le devoir de représentation syndicale: Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes" (1993), 48 *Relat. ind.* 661, at pp. 681-82; Adams, *supra*, at pp. 13-18 to 13-20.1).

The concepts of arbitrary conduct and serious negligence, which are closely related, refer to the quality of the union representation. The inclusion of arbitrary conduct means that even where there is no intent to harm, the union may not process an employee's complaint in a superficial

la Loi. Écrivant au nom de la Cour dans *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207, le juge LeBel a défini la portée de cet article :

Le *Code du travail* du Québec a codifié partiellement le devoir de représentation. L'article 47.2 *C.t.* le définit en ces termes :

47.2. Une association accréditée ne doit pas agir de mauvaise foi ou de manière arbitraire ou discriminatoire, ni faire preuve de négligence grave à l'endroit des salariés compris dans une unité de négociation qu'elle représente, peu importe qu'ils soient ses membres ou non.

Cette obligation interdit quatre types de conduite : la mauvaise foi, la discrimination, le comportement arbitraire et la négligence grave. Cette obligation de comportement s'applique aussi bien au stade de la négociation collective que pendant son administration (voir Gagnon, *op. cit.*, p. 308). L'article 47.2 sanctionne d'abord une conduite empreinte de mauvaise foi qui suppose une intention de nuire, un comportement malicieux, frauduleux, malveillant ou hostile (voir *Becotte c. Syndicat canadien de la Fonction publique, local 301*, [1979] T.T. 231, p. 235; également *Rayonier*, précité, p. 201). En pratique, cet élément seul serait difficile à établir (voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 13-15 à 13-18; R. E. Brown, « The "Arbitrary", "Discriminatory" and "Bad Faith" Tests Under the Duty of Fair Representation in Ontario » (1982), 60 *R. du B. can.* 412, p. 453-454).

La loi interdit aussi les comportements discriminatoires. Ceux-ci comprennent toutes les tentatives de défavoriser un individu ou un groupe sans que le contexte des relations de travail dans l'entreprise ne le justifie. Ainsi, une association ne saurait refuser de traiter le grief d'un salarié ou de le mener de façon différente au motif qu'il n'appartient pas à l'association, ou pour toute autre raison extérieure aux relations de travail avec l'employeur (voir D. Veilleux, « Le devoir de représentation syndicale : Cadre d'analyse des obligations sous-jacentes » (1993), 48 *Relat. ind.* 661, p. 681-682; Adams, *op. cit.*, p. 13-18 à 13-20.1).

Se reliant étroitement, les concepts d'arbitraire et de négligence grave définissent la qualité de la représentation syndicale. L'élément de l'arbitraire signifie que, même sans intention de nuire, le syndicat ne saurait traiter la plainte d'un salarié de façon superficielle ou inattentive.

or careless manner. It must investigate the complaint, review the relevant facts or seek whatever advice may be necessary; however, the employee is not entitled to the most thorough investigation possible. The association's resources, as well as the interests of the unit as a whole, should also be taken into account. The association thus has considerable discretion as to the type and extent of the efforts it will undertake in a specific case. (See Adams, *supra*, at pp. 13-20.1 to 13-20.6.)

The fourth element in s. 47.2 *L.C.* is serious negligence. A gross error in processing a grievance may be regarded as serious negligence despite the absence of intent to harm. However, mere incompetence in processing the case will not breach the duty of representation, since s. 47.2 does not impose perfection as the standard in defining the duty of diligence assumed by the union. In assessing the union's conduct, regard must be had to the resources available, the experience and training of the union representatives, who are usually not lawyers, and the priorities connected with the functioning of the bargaining unit (see Gagnon, *supra*, at pp. 310-13; Veilleux, *supra*, at pp. 683-87; Adams, *supra*, at p. 13-37).

Bad faith and discrimination both involve oppressive conduct on the part of the union. The analysis therefore focuses on the reasons for the union's action. In the case of the third or fourth element, what is involved is acts which, while not motivated by malicious intent, exceed the limits of discretion reasonably exercised. The implementation of each decision by the union in processing grievances and administering the collective agreement therefore calls for a flexible analysis which will take a number of factors into account. [Emphasis added; paras. 47-52.]

[101] It must therefore be concluded that the new mechanism established by the 2009 amendments responds to the needs of the women concerned by effectively preventing abuse by employers and also by providing them with a periodic audit of their remuneration. Consequently, this factor also favours the appellant's argument.

[102] Moreover, it was open to the Quebec legislature to opt for mechanisms that were appropriate and practical for private sector enterprises. Further to the example Abella J. gives in her reasons, ensuring that persons with disabilities are not discriminated against does not mean that enterprises have

Il doit faire enquête au sujet de celle-ci, examiner les faits pertinents ou obtenir les consultations indispensables, le cas échéant, mais le salarié n'a cependant pas droit à l'enquête la plus poussée possible. On devrait aussi tenir compte des ressources de l'association, ainsi que des intérêts de l'ensemble de l'unité de négociation. L'association jouit donc d'une discrétion importante quant à la forme et à l'intensité des démarches qu'elle entreprendra dans un cas particulier. (Voir Adams, *op. cit.*, p. 13-20.1 à 13-20.6).

Le quatrième élément retenu dans l'art. 47.2 *C.t.* est la négligence grave. Une faute grossière dans le traitement d'un grief peut être assimilée à celle-ci malgré l'absence d'une intention de nuire. Cependant, la simple incompétence dans le traitement du dossier ne violera pas l'obligation de représentation, l'art. 47.2 n'imposant pas une norme de perfection dans la définition de l'obligation de diligence qu'assume le syndicat. L'évaluation du comportement syndical tiendra compte des ressources disponibles, de l'expérience et de la formation des représentants syndicaux, le plus souvent des non juristes, ainsi que des priorités reliées au fonctionnement de l'unité de négociation (voir Gagnon, *op. cit.*, p. 310-313; Veilleux, *loc. cit.*, p. 683-687; Adams, *op. cit.*, p. 13-37).

Mauvaise foi et discrimination impliquent toutes deux un comportement vexatoire de la part du syndicat. L'analyse se concentre alors sur les motifs de l'action syndicale. Dans le cas du troisième ou du quatrième élément, on se trouve devant des actes qui, sans être animés par une intention malicieuse, dépassent les limites de la discrétion raisonnablement exercée. La mise en œuvre de chaque décision du syndicat dans le traitement des griefs et de l'application de la convention collective implique ainsi une analyse flexible, qui tiendra compte de plusieurs facteurs. [Nous soulignons; par. 47-52.]

[101] Il faut alors conclure que le nouveau mécanisme mis en place par les modifications de 2009 répond aux besoins des femmes visées en ce qu'il empêche efficacement les abus de la part des employeurs, en plus d'offrir une évaluation périodique de leur rémunération. Ce facteur milite donc aussi en faveur de la thèse de l'appelante.

[102] De plus, il était loisible au législateur québécois d'opter pour des moyens qui soient adaptés et pratiques pour les entreprises privées. Pour reprendre l'exemple donné par la juge Abella, les entreprises n'ont pas l'obligation de repaver les rampes d'accès chaque semaine pour faire en sorte que les personnes

an obligation to repave access ramps every week (Abella J.'s reasons, at para. 54).

(3) Impact on Other Groups

[103] Our colleague relies on the reasoning adopted in *Vriend*, in which the *Individual's Rights Protection Act* had in 1990 prohibited discrimination based on any of the following grounds: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin. The statute had subsequently been amended to add other grounds to the existing ones, namely marital status, source of income and family status. The *Individual's Rights Protection Act* established a remedy for all members of society so that they could avail themselves of any of the grounds of discrimination provided for in the statute. However, the Alberta government had not deemed it necessary to include sexual orientation in the statute as a prohibited ground. Individuals who were discriminated against on the basis of their sexual orientation were therefore excluded from the protection of the statute and found themselves worse off than they had been before it came into force, given that they were not protected by the statute as were other disadvantaged groups. As a result, the gap between their situation and that of the rest of society widened and their marginalization increased. In short, society had moved forward, but their situation remained unchanged.

[104] Thus, unlike a general protection scheme, such as the one established by the *Individual's Rights Protection Act* considered in *Vriend*, the scheme established by the Act deals with only one ground of discrimination, namely sex, and applies to only a small portion of female employees in Quebec, those who hold positions in predominantly female job classes in enterprises with 10 or more employees: s. 4 of the Act. In the instant case, this factor is neutralized by the fact that it is the group benefiting from the Act that is challenging its effects. It cannot therefore be argued that they are not afforded "the equal protection and equal benefit of the law" (s. 15(1) of the *Charter*), as the Act specifically provides them

handicapées ne subissent pas de discrimination (motifs de la juge Abella, par. 54).

(3) Les effets sur d'autres groupes

[103] Notre collègue s'appuie sur le raisonnement adopté dans *Vriend*. Dans cette affaire, l'*Individual's Rights Protection Act*, interdisait en 1990 la discrimination fondée sur l'un des motifs suivants : la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance et le lieu d'origine. Par la suite, des modifications législatives ont été adoptées afin d'ajouter d'autres motifs à ceux déjà prévus, comme l'état matrimonial, la source de revenu et la situation familiale. L'*Individual's Rights Protection Act* a eu pour effet de procurer un recours à l'ensemble des membres de la société afin qu'ils puissent se prévaloir de l'un ou l'autre des motifs de distinction prévus à la loi en cas de discrimination. Cependant, le gouvernement albertain n'avait pas jugé nécessaire d'inclure à la loi l'orientation sexuelle comme motif de discrimination illicite. Les personnes discriminées sur la base de leur orientation sexuelle étaient donc exclues de la protection conférée par la loi et se retrouvaient dans une situation pire que celle prévalant avant son entrée en vigueur dans la mesure où ils ne profitaient pas de la protection de la loi par rapport aux autres groupes défavorisés qui en bénéficiaient. De ce fait, l'écart entre leur situation et celle du reste de la société s'était accentué et ils se retrouvaient à être davantage marginalisés. Bref, la société avait évolué alors que leur situation demeurait inchangée.

[104] Ainsi, contrairement à un régime de protection générale, comme celui établi par l'*Individual's Rights Protection Act*, qui était sous étude dans l'arrêt *Vriend*, le régime créé par la Loi ne vise qu'un seul motif de discrimination, soit celui fondé sur le sexe, et ne touche qu'une partie réduite des salariées au Québec, à savoir les femmes occupant des emplois dans des catégories d'emploi à prédominance féminine dans une entreprise comprenant 10 salariés ou plus : art. 4 de la Loi. En l'espèce, ce facteur est neutralisé par le fait que c'est le groupe bénéficiant de la Loi qui en conteste les effets. Il n'est alors pas possible de prétendre qu'elles ne bénéficient pas de « la même protection et au même bénéfice de la loi »

with a mechanism that affords them both a remedy in the event of discriminatory or arbitrary treatment (s. 76.9 of the Act) and the benefit of an audit of their jobs for the purpose of identifying and redressing pay inequities linked to systemic discrimination.

(4) Nature of the Affected Interest

[105] There is no doubt that work is an important aspect of life and that, for many people, it is a large part of their identity: *N.A.P.E.*, at paras. 49-50. However, the fact that one is in a situation in which the compensation received for one's job seems inadequate, and which offends one's sense of personal dignity, does not mean that the law creates a discriminatory disadvantage. In enacting the Act and the 2009 amendments, the Quebec legislature has recognized the nature of pay equity and its importance for women. In short, although the interest in question is important in our society, the adopted measures have not constitutionally entrenched pay equity such that they would be impossible to modify.

(5) Conclusion on the Law Factors

[106] When all is said and done, it is well established that s. 15 is intended to prevent discriminatory conduct, not the attitude or motive behind such conduct. In the instant case, the state conduct does not widen — rather than narrowing — the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society: *Quebec v. A*, at para. 332. It has not been established that the measure has a discriminatory effect on the group: *Quebec v. A*, at paras. 329-31; *Withler*, at para. 66.

E. *Application of Section 15(2)*

[107] Alternatively, even if it were to be held that the specific mechanism created by the statutory amendments can be considered discriminatory, the Act as a whole should be protected under s. 15(2).

(par. 15(1) de la *Charte*) puisque la Loi leur procure spécifiquement un mécanisme leur offrant à la fois un recours contre les traitements discriminatoires ou arbitraires (art. 76.9 de la Loi) et le bénéfice d'une évaluation de leur emploi afin de déceler et corriger les iniquités salariales reliées à la discrimination systémique.

(4) La nature du droit touché

[105] Il ne fait pas de doute que le travail est un aspect important de la vie et qu'il représente pour bien des gens une grande partie de leur identité : *N.A.P.E.*, par. 49-50. Cependant, se trouver dans une situation où il semble que son emploi n'est pas adéquatement rémunéré, heurtant du même coup un sentiment de dignité personnelle, ne signifie pas pour autant que la loi crée un désavantage discriminatoire. Par le biais de la Loi et des modifications de 2009, le législateur québécois reconnaît la nature de l'équité salariale et son importance pour les femmes. En somme, bien que l'intérêt en cause soit important dans notre société, les mesures mises en place n'ont pas constitutionnalisé l'équité salariale au risque de rendre les mesures impossibles à modifier.

(5) La conclusion sur les facteurs de l'arrêt *Law*

[106] En définitive, il est bien établi que c'est la conduite discriminatoire que cherche à prévenir l'art. 15, non pas l'attitude ou le mobile à l'origine de cette conduite. Dans la présente affaire, les actes de l'État n'ont pas pour effet d'élargir — au lieu de le rétrécir — l'écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société : *Québec c. A*, par. 332. L'effet discriminatoire de la mesure sur le groupe n'a pas été établi : *Québec c. A*, par. 329-331; *Withler*, par. 66.

E. *Application du par. 15(2)*

[107] De façon subsidiaire, même s'il fallait conclure que le mécanisme spécifique prévu dans les modifications législatives peut être qualifié de discriminatoire, l'ensemble de la Loi devrait être protégé par application du par. 15(2).

[108] According to the principles laid down in *Cunningham*, what must be determined is whether the law has a *genuine* ameliorative object:

To qualify as a genuinely ameliorative program, the program must be directed at improving the situation of a group that is in need of ameliorative assistance: *Kapp*, at para. 41. There must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group: *Kapp*, at para. 49. The goal is to promote the substantive equality of the group: *Kapp*, at para. 16. To ascertain whether these conditions are met, one looks first to the object of the program, and then asks whether it correlates to actual disadvantage suffered by the target group. [para. 59]

[109] Furthermore, a distinction that serves or advances the ameliorative object has the effect of supporting the goal of s. 15 of the *Charter*, namely the promotion of substantive equality: *Cunningham*, at para. 45.

[110] In *Kapp*, the Court referred to the role of s. 15(2) in supporting the implementation of measures to combat systemic discrimination. Given that Quebec's National Assembly has answered the call in this regard, the entire Act should be protected:

The Royal Commission Report on *Equality in Employment*, whose mandate was to determine whether there should be affirmative action in Canada and on which McIntyre J. relied to develop his theories of discrimination and equality, set out the principles underlying s. 15(2), at pp. 13-14:

In recognition of the journey many have yet to complete before they achieve equality, and in recognition of how the duration of the journey has been and is being unfairly protracted by arbitrary barriers, section 15(2) permits laws, programs, or activities designed to eliminate these restraints. While section 15(1) guarantees to individuals the right to be treated as equals free from discrimination, section 15(2), though itself creating no enforceable remedy, assures that it is neither discriminatory nor a violation of the equality guaranteed by section 15(1) to attempt to improve the condition of disadvantaged individuals or groups, even if this means treating them differently.

[108] D'après les enseignements de l'arrêt *Cunningham*, il faut déterminer si l'*objet véritable* de la loi est améliorateur :

Pour être véritablement améliorateur, un programme doit être destiné à améliorer la situation d'un groupe ayant besoin d'aide : *Kapp*, par. 41. Il doit y avoir une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible : *Kapp*, par. 49. Il faut que le programme vise à promouvoir l'égalité réelle du groupe : *Kapp*, par. 16. Pour déterminer si ces conditions sont remplies, il faut d'abord examiner l'objet du programme et ensuite se demander s'il est en corrélation avec le désavantage dont est réellement victime le groupe cible. [par. 59]

[109] De plus, la distinction qui tend à la réalisation de l'objet améliorateur ou qui y contribue a pour conséquence de favoriser l'atteinte de l'objet de l'art. 15 de la *Charte* à savoir la promotion de l'égalité réelle : *Cunningham*, par. 45.

[110] Dans l'arrêt *Kapp*, il est fait référence à l'utilité du par. 15(2) pour mettre en place des mesures visant à combattre la discrimination systémique. L'Assemblée nationale du Québec ayant répondu à l'appel, la Loi devrait être protégée dans son ensemble :

Le rapport de la Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi — qui avait pour mandat de déterminer si la promotion sociale était indiquée au Canada —, sur lequel le juge McIntyre s'est fondé pour établir ses théories de la discrimination et de l'égalité, énonce les principes qui sous-tendent le par. 15(2), aux p. 14-15 :

En tenant compte du chemin que beaucoup doivent encore parcourir avant de parvenir à l'égalité, et en reconnaissant que des obstacles arbitraires n'ont fait, jusqu'ici, que reculer davantage l'objectif à atteindre, le paragraphe 15(2) autorise maintenant les lois, programmes ou activités destinés à éliminer les contraintes à l'égalité. Tandis que le paragraphe 15(1) garantit aux individus le droit d'être traités en égaux sans discrimination aucune, le paragraphe 15(2), bien qu'il ne rende pas obligatoire l'application de mesures, prévoit que le fait de tenter d'améliorer la condition des individus ou groupes défavorisés ne constitue ni une pratique discriminatoire ni une violation du droit à l'égalité garantie par le paragraphe 15(1), même si cela signifie les traiter de façon différente.

Section 15(2) covers the canvas with a broad brush, permitting a group remedy for discrimination. The section encourages a comprehensive or systemic rather than a particularized approach to the elimination of discriminatory barriers.

Section 15(2) does not create the statutory obligation to establish laws, programs, or activities to hasten equality, ameliorate disadvantage, or eliminate discrimination. But it sanctions them, acting with statutory acquiescence.

(*Kapp*, at para. 32 (emphasis added), quoting the *Report of the Commission on Equality in Employment*, at pp. 13-14.)

[111] There is no doubt that the Act genuinely has the promotion and achievement of substantive equality as its object. The correlation between that object and the chosen mechanism is clear, even if the mechanism is not *perfect*. The appeal should also fail at this stage of the analysis.

III. Conclusion

[112] In summary, it remains true that it is not open to Parliament or to a provincial legislature to enact a law whose provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Auton*, at para. 41, citing *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. But if the law confers a clear benefit in comparison with the situation that would exist had it not been enacted, the legislature is free to adopt the mechanism of its choice: *Auton*, at para. 41, citing *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 2000 SCC 28, [2000] 1 S.C.R. 703, at para. 61; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325, at para. 55; *Hodge*, at para. 16.

[113] Given that the sections at issue do not violate the Constitution, the respondents should undoubtedly have used the democratic avenues available to them in order to object to the enacted amendments and obtain the amendments they wanted rather than asking this Court to substitute policies it prefers for ones that were adopted democratically.

Le paragraphe 15(2) ouvre la voie en permettant l'application de mesures correctives à un groupe. L'article 15 favorise une approche globale ou systémique plutôt qu'individuelle en vue d'éliminer les obstacles discriminatoires.

Le paragraphe 15(2) n'exige pas l'adoption de lois ou la création de programmes et d'activités pour parvenir plus vite à l'égalité, corriger les inégalités ou éliminer la discrimination. Mais il sanctionne de telles mesures, leur accordant une reconnaissance légale.

(*Kapp*, par. 32 (nous soulignons), citant le *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, p. 14-15.)

[111] Il ne fait pas de doute que la Loi a pour objet véritable la promotion et l'atteinte de l'égalité réelle. La corrélation entre cet objectif et le mécanisme choisi est évidente, même s'il n'est pas *parfait*. Le pourvoi devrait également échouer à ce stade de l'analyse.

III. Conclusion

[112] En somme, il demeure qu'il n'est pas loisible au Parlement et aux législatures provinciales d'adopter une loi dont les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Auton*, par. 41, citant *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, lorsque la mesure législative offre un net avantage en comparaison avec la situation qui existerait sans son adoption, il est loisible au législateur d'adopter le mécanisme de son choix : *Auton*, par. 41, citant *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 55; *Hodge*, par. 16.

[113] Indubitablement, les intimés auraient dû utiliser les avenues démocratiques à leur disposition pour s'objecter aux modifications adoptées et obtenir les modifications souhaitées plutôt que de demander à notre Cour de substituer ses préférences aux politiques adoptées démocratiquement puisque les articles en cause n'enfreignent pas la Constitution.

[114] In our view, therefore, the appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ, BROWN and ROWE JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque and Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc.: Poudrier Bradet, Québec.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau and Nancy Bédard: Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Québec.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., Association des psychologues du Québec, Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet and Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ): Syndicat canadien de la fonction publique, Ottawa.

[114] Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'appel incident.

Pourvoi principal rejeté avec dépens, les juges CÔTÉ, BROWN et ROWE sont dissidents. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident l'Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux, Catherine Lévesque et le Syndicat de la fonction publique et parapublique du Québec inc. : Poudrier Bradet, Québec.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident la Fédération interprofessionnelle de la santé du Québec, Guy-Philippe Brideau et Nancy Bédard : Melançon, Marceau, Grenier & Sciortino, Québec.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident le Syndicat des employé(e)s de l'Université de Montréal, Sylvie Goyer, le Conseil provincial des affaires sociales, Johanne Harrell, Josée Saint-Pierre, Ghyslaine Doré, le Conseil provincial du soutien scolaire, Louise Paquin, Lucie Fortin, le Syndicat des professionnelles et professionnels de Laval-Rive-Nord, SCFP 5222, le Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP), section locale 429, la Section locale 3134 du Syndicat canadien de la fonction publique, employé-es de bureau de la Ville de Lorraine, Henriette Demers, la Section locale 930 du Syndicat canadien de la fonction publique (FTQ), Fernande Tremblay, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 4503, Josée Mercille, le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3642, Chantal Bourdon, le Conseil d'intervention pour l'accès des femmes au travail (CIAFT) du Québec inc., l'Association des psychologues du Québec, le Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau (CTC-FTQ), section locale 578, Lise Audet et le Syndicat québécois des employées et employés de service, section locale 298 (FTQ) : Syndicat canadien de la fonction publique, Ottawa.

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

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

Solicitors for the interveners the Equal Pay Coalition, the New Brunswick Coalition for Pay Equity and the Women's Legal Education and Action Fund: Faraday Law, Toronto; Cavalluzzo, Toronto.

Procureurs des intervenants Equal Pay Coalition, La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Faraday Law, Toronto; Cavalluzzo, Toronto.

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the intervener Centrale des syndicats du Québec: Barabé Casavant (Services juridiques de la CSQ), Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec : Barabé Casavant (Services juridiques de la CSQ), Montréal.

Solicitors for the interveners The Professional Institute of the Public Service of Canada, The Canadian Association of Professional Employees, The Association of Canadian Financial Officers and The Professional Association of Foreign Service Officers: Goldblatt Partners, Ottawa.

Procureurs des intervenants L'Institut professionnel de la fonction publique du Canada, L'Association canadienne des employés professionnels, L'Association canadienne des agents financiers et L'Association professionnelle des agents du Service extérieur : Goldblatt Partners, Ottawa.

Centrale des syndicats du Québec, Fédération des intervenantes en petite enfance du Québec (FIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Montréal (SIPEM-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Québec (SIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de l'Estrie (SIPEE-CSQ), Francine Joly, Nathalie Fillion, Louise Fréchette, Fédération du personnel de soutien de l'enseignement supérieur (FPSES) (CSQ), Syndicat des interprètes professionnels du Sivet (CSQ), Chantal Bousquet and Yannick François
Appellants

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

- and -

Confederation of National Trade Unions (CNTU), Fédération de la santé et des services sociaux, Syndicat des travailleuses et travailleurs des CPE de la Montérégie, Syndicat des travailleuses des CPE de Montréal et de Laval, France Laniel, Ginette Lavoie and Danielle Paré *Appellants*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Equal Pay Coalition, Women's Legal Education and Action Fund and New Brunswick Coalition for Pay Equity *Interveners*

INDEXED AS: CENTRALE DES SYNDICATS DU QUÉBEC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)
2018 SCC 18

Centrale des syndicats du Québec, Fédération des intervenantes en petite enfance du Québec (FIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Montréal (SIPEM-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Québec (SIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de l'Estrie (SIPEE-CSQ), Francine Joly, Nathalie Fillion, Louise Fréchette, Fédération du personnel de soutien de l'enseignement supérieur (FPSES) (CSQ), Syndicat des interprètes professionnels du Sivet (CSQ), Chantal Bousquet et Yannick François
Appellants

c.

Procureure générale du Québec *Intimée*

- et -

Confédération des syndicats nationaux (CSN), Fédération de la santé et des services sociaux, Syndicat des travailleuses et travailleurs des CPE de la Montérégie, Syndicat des travailleuses des CPE de Montréal et de Laval, France Laniel, Ginette Lavoie et Danielle Paré *Appellants*

c.

Procureure générale du Québec *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Equal Pay Coalition, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CENTRALE DES SYNDICATS DU QUÉBEC c. QUÉBEC (PROCUREURE GÉNÉRALE)
2018 CSC 18

File No.: 37002.

2017: October 31; 2018: May 10.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on sex — Pay equity — Legislative scheme enacted to address systemic wage discrimination suffered by employees, essentially women, occupying positions in predominantly female job classes — Lack of methodology for assessing pay equity adjustment for employees in workplaces without predominantly male job class comparators resulting in delayed access to pay equity without retroactive payment as opposed to employees in workplace with predominantly male job classes comparators — Whether six-year delay in access to pay equity resulting from s. 38 of Pay Equity Act for women employed in workplaces without male comparators violates s. 15 of Charter — If so, whether infringement justifiable — Pay Equity Act, CQLR, c. E-12.001, s. 38 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.

In Quebec, the right to equal pay for work of equal value was adopted in 1975 through s. 19 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*. The complaints-based regime by which female workers had access to s. 19 proved ill-suited to address systemic discrimination and female workers were excluded from access to pay equity where there were no male comparators. The *Pay Equity Act* was adopted in 1996 to provide a remedy. It recognized that systemic wage discrimination exists in the workforce whether or not there are male comparators in a particular workplace. As a result, all employers with 10 or more employees were to conduct a pay equity exercise to identify and redress pay inequity through adjustments in compensation or the creation of a pay equity plan, depending on the size of the enterprise.

At the time the *Act* came into force in 1997, there was, however, no methodology for assessing pay equity adjustments where there was no male comparator.

N° du greffe : 37002.

2017 : 31 octobre; 2018 : 10 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Adoption d'un régime législatif visant à remédier à la discrimination salariale systémique subie par les salariés, essentiellement des femmes, qui occupaient des postes dans des catégories d'emplois à prédominance féminine — Absence d'une méthode permettant d'évaluer les ajustements à apporter en matière d'équité salariale pour les salariés qui travaillaient dans des milieux sans catégories d'emplois à prédominance masculine pouvant servir de comparateurs, ce qui a entraîné un accès différé à l'équité salariale sans paiements rétroactifs pour ces salariés par opposition à ceux qui travaillaient dans des milieux où il existait des catégories d'emplois à prédominance masculine pouvant servir de comparateurs — L'accès différé de six ans à l'équité salariale résultant de l'art. 38 de la Loi sur l'équité salariale pour les femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins viole-t-il l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001, art. 38 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.

Au Québec, le droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale a été institué en 1975 par l'art. 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le régime de plaintes par lequel les travailleuses pouvaient invoquer l'art. 19 s'est révélé inefficace pour remédier à la discrimination systémique et les travailleuses n'avaient pas accès à l'équité salariale s'il n'y avait pas de comparateurs masculins. La *Loi sur l'équité salariale* a été adoptée en 1996 pour prévoir une réparation. Elle reconnaissait l'existence d'une discrimination salariale systémique sur le marché du travail, qu'il y ait ou non des comparateurs masculins dans un milieu de travail donné. En conséquence, tous les employeurs comptant 10 salariés ou plus devaient procéder à un exercice d'équité salariale visant à repérer et à corriger les iniquités salariales au moyen d'ajustements salariaux ou de la création d'un programme d'équité salariale, selon la taille de l'entreprise.

Lors de l'entrée en vigueur de la *Loi* en 1997, il n'existait toutefois aucune méthode qui permettait d'évaluer les ajustements à apporter en matière d'équité salariale

Regulatory authority was therefore given to the Pay Equity Commission under s. 114 to conduct the necessary research and to establish a methodology for identifying the appropriate male comparators. Under s. 114, a regulation could not be passed until workplaces with male comparators had completed their first pay equity exercise on or before November 21, 2001. The Pay Equity Commission did not settle on a methodology until 2003 and the Regulation was not promulgated until May 5, 2005. The two-year grace period provided by s. 38 further postponed pay equity for workplaces without male comparators until May 5, 2007. This six-year legislatively delayed access to pay equity resulting from s. 38 of the *Act* was challenged by several unions as a breach of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for women in workplaces without male comparators.

The trial judge found that the delay did not violate s. 15(1) because the delayed access was not based on sex, but rather on the absence of a male comparator. The Court of Appeal of Quebec dismissed the appeal.

Held (McLachlin C.J. dissenting in the result): The appeal should be dismissed. Section 38 of the *Pay Equity Act* is constitutional.

1. *Per* Abella J. (with McLachlin C.J. and Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.): Section 38 of the *Act* infringes s. 15(1) of the *Charter*.

Per Côté J. (with Wagner, Brown and Rowe JJ.): Section 38 of the *Act* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. The appeal should fail at this stage of the analysis.

2. *Per* Abella J. (with Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.): The infringement of s. 15(1) is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Per McLachlin C.J.: The infringement of s. 15(1) is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.: Section 38 of the *Pay Equity Act* violates s. 15(1) of the *Charter*. The limitation draws a distinction on the basis of sex. All pay equity legislation demonstrably and unarguably creates distinctions based on sex because its goal is to recognize and remedy the discrimination that women have suffered in the way they are compensated in the

lorsqu'il n'y avait pas de comparateurs masculins. La Commission de l'équité salariale s'est donc vu, à l'art. 114, conférer un pouvoir de réglementation visant la réalisation des recherches nécessaires et l'établissement d'une méthode permettant de déterminer les comparateurs masculins appropriés. Suivant l'art. 114, un règlement ne pouvait être pris qu'une fois que des milieux avec comparateurs masculins auraient réalisé leur premier exercice d'équité salariale, soit au plus tard le 21 novembre 2001. Ce n'est qu'en 2003 que la Commission de l'équité salariale a retenu une méthode, et il a fallu attendre jusqu'au 5 mai 2005 pour que soit promulgué le Règlement. Le délai de grâce de deux ans prévu par l'art. 38 venait encore reporter au 5 mai 2007 l'équité salariale pour les milieux sans comparateurs masculins. Plusieurs syndicats ont contesté cet accès différé de six ans à l'équité salariale résultant de l'art. 38 de la *Loi* au motif qu'il constituait une violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à l'égard des femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins.

Le juge de première instance a conclu que le délai ne violait pas le par. 15(1), car l'accès différé à l'équité salariale reposait non pas sur le sexe, mais plutôt sur l'absence de comparateur masculin. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin est dissidente quant au résultat) : Le pourvoi est rejeté. L'article 38 de la *Loi sur l'équité salariale* est constitutionnel.

1. *La* juge Abella (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon) : L'article 38 de la *Loi* viole le par. 15(1) de la *Charte*.

La juge Côté (avec l'accord des juges Wagner, Brown et Rowe) : L'article 38 de la *Loi* ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. Le pourvoi est rejeté à cette étape de l'analyse.

2. *La* juge Abella (avec l'accord des juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon) : La violation du par. 15(1) est justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*.

La juge en chef McLachlin : La violation du par. 15(1) n'est pas justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Gascon : L'article 38 de la *Loi sur l'équité salariale* viole le par. 15(1) de la *Charte*. La restriction établit une distinction fondée sur le sexe. Toute mesure législative en matière d'équité salariale crée manifestement et incontestablement des distinctions fondées sur le sexe, parce qu'elle vise à reconnaître la discrimination subie par les femmes dans la façon dont

workforce. This is systemic discrimination premised on the historic economic and social devaluation of women's work compared to men's work. The contrary view that the distinction created by the *Act* was not based on sex, but rather on the absence of male comparator groups in the enterprise, is formal equality, an approach expressly rejected by this Court in *Andrews*. It erases the sex-based character of the legislative provisions and obscures the fact that the claimants disproportionately suffer an adverse impact *because they are women*. And the sex-based character of the distinction drawn by s. 38 is inescapable. The two categories into which the *Act* sorts women — women in workplaces with male comparators and those without such comparators — expressly defined by the presence or absence of men in the workplace, are set up to address disparities in pay between men and women. Moreover, these categories single out for inferior treatment the group of women whose pay has, arguably, been most markedly impacted by their gender. So the categories set up by ss. 37 and 38 of the *Act* draw distinctions based on sex both on their face — that is, by their express terms — and in their impact.

The distinction is discriminatory. The women targeted for the delay suffer the effects of pay discrimination — without a remedy — for the period of the delay. The fact that the legislation did not *create* pay discrimination is irrelevant. The law has a discriminatory impact because it perpetuates the disadvantage of a protected group through a legislated “denial of access to remedial procedures for discrimination”. Nor does the fact that the *Act* was intended to help women, attenuate the *fact* of the breach. Purpose and intention are part of the s. 1 justification analysis. Determining whether there is a breach focuses on the *impact* of, not motive for, the law. And the impact is clear. Occupational segregation and low wages usually go hand in hand. There is no doubt that the claimants will experience a considerable economic impact as a result of the delay. And the very women singled out for differential and delayed access to pay equity under this scheme may be the very ones most likely to experience its effects disproportionately.

Section 15(2) has no application to this case. Section 15(2) is not a stand-alone defence to any and all

elles sont rémunérées au travail, et à y remédier. Il s'agit de discrimination systémique fondée sur la dévalorisation économique et sociale historique du travail des femmes par rapport au travail des hommes. Le point de vue contraire selon lequel la distinction créée par la *Loi* n'est pas fondée sur le sexe, mais plutôt sur l'absence de groupes comparateurs masculins au sein de l'entreprise, est une approche d'égalité formelle, laquelle a été expressément rejetée par la Cour dans l'arrêt *Andrews*. Il occulte le fait que les dispositions législatives en cause sont basées sur le sexe et que les demanderesse subissent un effet préjudiciable disproportionné *parce qu'elles sont des femmes*. Et le fait que la distinction établie par l'art. 38 est fondée sur le sexe est inéluctable. Les deux catégories dans lesquelles la *Loi* classe les femmes — celles qui travaillent dans des milieux où il existe des comparateurs masculins et celles qui occupent un emploi dans des milieux dépourvus de tels comparateurs —, catégories définies expressément par la présence ou l'absence d'hommes dans le milieu de travail, visent à remédier aux disparités salariales entre les hommes et les femmes. De plus, ces catégories ont pour effet d'imposer un traitement moins favorable au groupe de femmes à l'égard duquel le sexe a vraisemblablement eu l'incidence la plus marquée sur la rémunération. En conséquence, les catégories établies par les art. 37 et 38 de la *Loi* créent des distinctions fondées sur le sexe tant à première vue — c'est-à-dire de par leurs termes exprès — que de par leur effet.

La distinction est discriminatoire. Les femmes visées par le délai subissent les effets de la discrimination salariale — sans pouvoir obtenir de réparation — pour la période du délai. Le fait que la loi en cause n'ait pas *créé* de discrimination salariale n'est pas pertinent. La loi a un effet discriminatoire parce qu'elle perpétue le désavantage subi par un groupe protégé en consacrant le « nonaccès [...] aux recours » permettant d'obtenir réparation pour une discrimination. En outre, le fait que la *Loi* visait à aider les femmes n'atténue en rien le *fait* qu'il y a eu violation. L'évaluation de l'intention et de l'objectif est un aspect de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier. Pour déterminer s'il y a eu violation, il faut se concentrer sur l'*effet* de la loi plutôt que sur les raisons ayant motivé son adoption. Et cet effet est clair. Ségrégation professionnelle et faibles salaires vont souvent de pair. Il ne fait aucun doute que les demanderesse subiront des répercussions économiques considérables en raison du délai. De plus, les femmes qui se sont vu accorder un accès différent et différé à l'équité salariale en vertu de ce régime risquent d'être précisément celles qui sont les plus susceptibles de subir ses effets de façon disproportionnée.

Le paragraphe 15(2) ne s'applique pas en l'espèce. Il ne constitue pas un moyen de défense distinct à toute

claims brought under s. 15(1). The purpose of s. 15(2) is to save ameliorative programs from the charge of “reverse discrimination”. Reverse discrimination involves a claim from someone outside the scope of intended beneficiaries who alleges that ameliorating those beneficiaries discriminates against him or her. It stands the purpose on its head to suggest that s. 15(2) can be used to deprive the program’s intended beneficiaries of the right to challenge the program’s compliance with s. 15(1). For the government to invoke a s. 15(2) defence, there must first be a claim by a person or group excluded from the program alleging that the exclusion is discriminatory. In this case, the complainants have been expressly included but in a manner they claim has a discriminatory impact. This is not a claim of “reverse discrimination”, it is a claim of discrimination.

The *prima facie* breach of s. 15(1) is however justified under s. 1 of the *Charter*. The pressing and substantial objective of the delay caused by s. 38 was to enact a scheme that created an effective remedy for systemic pay discrimination for women working in places where there are no male comparators. The issue was complex and required considerable research and analysis and there was scant policy experience elsewhere to draw on for inspiration. Therefore, the delay in developing and implementing a credible methodology is rationally connected to the objective of creating the possibility of an effective remedy. As to minimal impairment, where, as here, the government introduced, and gave effect to, an entirely new regime, a degree of delay is to be expected. But the government must demonstrate that, in the circumstances, it acted with reasonable diligence. The time frame must be calibrated to the nature and complexity of the issue, but it cannot be indefinite. While close to the line, the record supports the conclusion that Quebec was not unreasonable in the steps it took to keep the delay within reasonable bounds. The Pay Equity Commission in charge of administering the *Act*, was only created in 1996 and had to develop new strategies for implementation on multiple fronts. Although the delay was serious and regrettable, women in workplaces with no male comparators saw the creation of an effective, coherent remedy for systemic economic discrimination where none had previously existed. The ultimate advantages of Quebec’s expanded approach outweigh the harm. The proportionality test is met.

allégation en vertu du par. 15(1). L’objectif du par. 15(2) est de prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de « discrimination à rebours ». Une allégation de discrimination à rebours est celle où une personne qui ne fait pas partie des bénéficiaires visés allègue que le fait d’améliorer la situation de ceux-ci est discriminatoire à son égard. Il est contraire à cet objectif d’avancer que le par. 15(2) peut servir à priver les bénéficiaires visés du droit de contester la conformité du programme en cause au par. 15(1). Pour que le gouvernement puisse invoquer un moyen de défense fondé sur le par. 15(2), il faut d’abord qu’une personne ou un groupe exclus du programme allègue que l’exclusion est discriminatoire. En l’espèce, les plaignantes sont expressément visées par celui-ci, mais d’une manière qui, soutiennent-elles, a un effet discriminatoire. Il ne s’agit pas d’une allégation de « discrimination à rebours », mais d’une allégation de discrimination.

La violation *prima facie* du par. 15(1) est toutefois justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. L’objectif urgent et réel du délai établi à l’art. 38 était d’adopter un régime qui créait une réparation efficace à l’égard de la discrimination salariale systémique dont étaient victimes les femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins. Il s’agissait d’une question complexe qui commandait d’importantes recherches et analyses, et il existait fort peu d’exemples de politiques adoptées ailleurs desquelles s’inspirer. En conséquence, le délai pour élaborer et mettre en œuvre une méthode crédible a un lien rationnel avec l’objectif de permettre l’obtention d’une réparation efficace. En ce qui concerne l’atteinte minimale, lorsque, comme en l’espèce, le gouvernement introduit un régime entièrement nouveau et y donne effet, il faut s’attendre à certains délais. Toutefois, le gouvernement doit établir que, dans les circonstances, il a fait preuve d’une diligence raisonnable. Le délai doit être adapté à la nature et à la complexité de la question, mais il ne peut avoir une durée indéfinie. Bien qu’il s’agisse d’un cas limite, le dossier étaye la conclusion selon laquelle le Québec n’a pas agi de façon déraisonnable dans les dispositions qu’il a prises pour que le délai ne dépasse pas des limites raisonnables. La Commission de l’équité salariale responsable de l’application de la *Loi* n’a été instaurée qu’en 1996 et devait élaborer de nouvelles stratégies pour une mise en œuvre dans plusieurs domaines. Bien que le délai en cause ait été important et regrettable, les femmes travaillant dans des milieux où il n’y avait pas de comparateurs masculins ont vu la création d’une réparation efficace et cohérente à l’égard de la discrimination économique systémique, alors qu’il n’en existait auparavant aucune. Les avantages ultimes de l’approche élargie adoptée par le Québec l’emportent sur le préjudice qu’elle occasionne. Le critère de proportionnalité est respecté.

Per Wagner, Côté, Brown and Rowe JJ.: Section 38 of the *Pay Equity Act* is valid under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The distinction made in s. 38 is not based on sex, because the difference in compensation does not result from the fact that the affected employees are women. Certain of those who are meant to benefit from the *Act* — employees of enterprises that have no predominantly male job classes — wish to be paid in accordance with the same timetable that applies to others who are also meant to benefit from the *Act* — employees of enterprises that do have predominantly male job classes. An analysis of the evidence as a whole leads to the conclusion that the basis for the differential treatment affecting the employees in question lies instead in the lack of male comparators in their employers' enterprises. It cannot be concluded that every distinction drawn by a pay equity statute is necessarily based on sex. Such a conclusion would deprive trial judges of any discretion in their assessment of the evidence and would make the first step in the s. 15(1) analysis irrelevant.

Moreover, the distinction made in s. 38 of the *Act* does not have a discriminatory impact. The four contextual factors identified in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 — (1) the nature of the affected interest, (2) a pre-existing disadvantage, (3) a correspondence with actual characteristics and (4) the impact on other groups — are relevant to the determination of whether s. 38 is discriminatory.

The importance of the right at issue in this case is not in doubt. For the employees concerned, it is a question of being paid an amount that reflects the fair value of their work and receiving compensation based on a prejudice-free evaluation that focuses on the objective value of their work. This right is all the more important because women working in enterprises with no male comparators have a significant pre-existing disadvantage, one that is documented, is not in dispute and is in fact recognized from the outset in s. 1 of the *Act*. But this factor does not give rise to a presumption that a distinction is discriminatory.

Regarding the third factor, it can be seen that significant differences in compensation due to systemic gender discrimination already existed in the labour market and that these differences were maintained in the private sector. The *Act* and the time limits it establishes reflect the actual capacities and needs of the members of the affected group. The legislature set up a proactive scheme that, once completed, made it possible to redress differences

Les juges Wagner, Côté, Brown et Rowe : L'article 38 de la *Loi sur l'équité salariale* est valide au regard du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La distinction établie par l'art. 38 n'est pas fondée sur le sexe puisque la différence de traitement salarial n'est pas due au fait que les salariées affectées sont des femmes. En effet, certaines bénéficiaires de la *Loi* — les salariées d'entreprises sans catégories d'emplois à prédominance masculine — voudraient se voir appliquer le même échancier que celui établi pour d'autres bénéficiaires de la *Loi*, à savoir les salariées d'entreprises comptant des catégories d'emplois à prédominance masculine. Une analyse globale de la preuve permet de conclure que la différence de traitement affectant ces salariées trouve plutôt son fondement dans l'absence de comparateurs masculins chez leurs employeurs. On ne saurait conclure que toutes les distinctions établies par une loi sur l'équité salariale sont nécessairement fondées sur le sexe. Une telle conclusion retirerait toute discrétion au juge de première instance dans son analyse de la preuve et aurait pour effet de dépouiller le premier volet de l'analyse en vertu du par. 15(1) de toute pertinence.

La distinction établie à l'art. 38 n'a pas non plus d'effet discriminatoire. Afin de déterminer l'effet discriminatoire de cette disposition, il est pertinent d'examiner les quatre facteurs contextuels énoncés à l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, à savoir : (1) la nature du droit touché, (2) un désavantage préexistant, (3) la correspondance de la mesure avec les caractéristiques réelles et (4) l'effet sur d'autres groupes.

L'importance du droit en cause ne fait aucun doute en l'espèce. Pour les salariées concernées, il est question d'être payées à la juste valeur de leur travail et d'obtenir un salaire sur la base d'une évaluation exempte de préjugés et axée sur la valeur objective de leur travail. Ce droit est d'autant plus important puisque les femmes œuvrant dans des entreprises sans comparateurs masculins subissent un important désavantage préexistant. Il s'agit d'un désavantage documenté, non contesté et reconnu d'emblée par la *Loi* à son article premier. Cet élément ne permet toutefois pas de présumer qu'une distinction est discriminatoire.

Quant au troisième facteur, on constate que d'importants écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe existaient déjà sur le marché du travail et étaient alors maintenus par le secteur privé. La *Loi* et les délais qu'elle prévoit répondent aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe touché. Le législateur a mis en place un régime proactif qui, à terme, permet de corriger les écarts salariaux dus à la

in compensation due to systemic gender discrimination, including for employees working in enterprises with no male comparators. However, it was recognized from the outset that more time would be needed to develop an adequate method for calculating compensation adjustments. Although the *Act* may not be perfect, it has had an undeniably ameliorative effect on the employees in question. The decision to enact the *Act* quickly and to guarantee pay equity for a large number of employees working in more than 225,000 enterprises in Quebec obviously had a significant positive effect on those employees. It goes without saying that when a government develops a complex scheme such as that of pay equity legislation, it will not always be able to ameliorate the conditions of every member of a disadvantaged group at the same time and in the same way. An obligation of result cannot be imposed on the legislature in this regard, as that could cause the enactment of legislation to be postponed, to everyone's detriment. Furthermore, the legislature was entitled to proceed by way of regulation to develop an innovative, simple and practical method for valuating differences in compensation for employers that have no predominantly male job classes. The different time limits provided for do not perpetuate prejudice or a stereotype. The impugned provision does not have a discriminatory impact, as it instead narrows the gap between these historically disadvantaged groups and the rest of society.

Given that s. 38 of the *Act* is valid, it is not necessary to go on to determine whether that section can be saved under s. 15(2). This silence should not be interpreted as an endorsement of Abella J.'s comments on that subject, however.

Per McLachlin C.J. (dissenting in the result): There is agreement with the majority that s. 38 of the *Pay Equity Act* violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, the breach cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. It is questionable whether the government's objective of ensuring employer compliance is pressing and substantial and therefore capable of justifying the breach of women's right to equality. In any event, the infringement fails at the minimal impairment and balancing stages. The six-year period was dictated not by the exigencies of working out what constituted equal pay in female-dominated work-places, where no male comparator groups were available, but in part by the government's decision to negotiate with employers over a lengthy period in order to ensure that the scheme was one that employers would accept and with which they would comply. The government has not demonstrated that other less impairing options were not available. It has also not

discrimination systémique fondée sur le sexe, y compris pour les salariées œuvrant dans des entreprises sans comparateurs masculins. Toutefois, il est reconnu d'emblée qu'un délai supplémentaire était nécessaire pour élaborer la méthode de calcul d'ajustements salariaux adéquate. Sans être nécessairement parfaite, la *Loi* a un effet indéniablement améliorateur pour les salariées visées. La décision d'adopter la *Loi* rapidement et de garantir l'équité salariale à un grand nombre de salariées œuvrant dans plus de 225 000 entreprises au Québec a évidemment un effet positif important sur ces salariées. Dans l'élaboration d'un régime complexe comme une loi sur l'équité salariale, il va de soi qu'un gouvernement ne sera pas toujours en mesure d'améliorer la situation de tous les membres d'un groupe défavorisé en même temps et de la même façon. On ne saurait imposer une obligation de résultat au législateur en la matière au risque de le voir repousser l'adoption d'une loi dans le temps au détriment de tous. De plus, le législateur était en droit de procéder par voie réglementaire pour concevoir une méthode innovatrice, simple et pratique permettant d'estimer les écarts salariaux chez les employeurs où il n'y a pas de catégories d'emplois à prédominance masculine. Les différentes dates butoir prévues n'ont pas pour effet de perpétuer un préjugé ou un stéréotype. La disposition contestée n'a pas d'effet discriminatoire, puisqu'elle rétrécit plutôt l'écart entre ces groupes historiquement désavantagés et le reste de la société.

Puisque l'art. 38 de la *Loi* est valide, il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse afin de déterminer s'il peut être sauvegardé sous le par. 15(2). Ce silence ne doit toutefois pas être interprété comme un endossement des commentaires de la juge Abella à ce sujet.

La juge en chef McLachlin (dissidente quant au résultat) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que l'art. 38 de la *Loi sur l'équité salariale* viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, la violation ne peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Il n'est pas certain que l'objectif du gouvernement de veiller au respect de la loi est un objectif urgent et réel pouvant donc justifier la violation du droit des femmes à l'égalité. Quoi qu'il en soit, la violation ne franchit pas les étapes de l'atteinte minimale et de la mise en balance. Le délai de six ans s'imposait en raison non pas des exigences relatives à la détermination de ce qui constituait un salaire égal dans les milieux de travail à prédominance féminine dépourvus de groupes comparateurs masculins, mais, en partie, de la décision du gouvernement de négocier longuement avec les employeurs dans le but de concevoir un régime que ces derniers seraient disposés à accepter et à respecter. Le

established that the denial of benefits to the affected and already marginalized women is proportionate to the public interest in denying them a remedy.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; **referred to:** *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. v. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 524; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, 2002 SCC 83, [2002] 4 S.C.R. 325; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624.

By Côté J.

Applied: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **distinguished:** *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; **referred to:** *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183.

By McLachlin C.J. (dissenting in the result)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

gouvernement n'a pas démontré qu'aucune autre option moins attentatoire n'existait. Il n'a pas établi non plus que le refus d'accorder des avantages aux femmes touchées, et déjà marginalisées, est proportionné à l'intérêt du public à ce qu'on leur refuse réparation.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; **arrêts mentionnés :** *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 524; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, 2002 CSC 83, [2002] 4 R.C.S. 325; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

Citée par la juge Côté

Arrêts appliqués : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **distinction d'avec l'arrêt :** *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; **arrêts mentionnés :** *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente quant au résultat)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Statutes and Regulations Cited

- Act respecting discrimination in employment*, S.Q. 1964, c. 46.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15.
- Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, s. 19.
- Charter of human rights and freedoms*, S.Q. 1975, c. 6, s. 19.
- Equal Pay Act*, R.S.B.C. 1960, c. 131.
- Equal Pay Act*, R.S.S. 1953, c. 265.
- Female Employees Equal Pay Act*, S.C. 1956, c. 38.
- Female Employees Fair Remuneration Act, 1951*, S.O. 1951, c. 26.
- Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2.
- Pay Equity Act*, CQLR, c. E-12.001, ss. 1, 10, 13, 31, 34, 37, 38, 50, 71, 114.
- Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7.
- Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43, ss. 1, 13, 37 [am. 2009, c. 9, s. 12], 38, 71, 114.
- Regulation respecting pay equity in enterprises where there are no predominantly male job classes*, (2005) 137 G.O. II, 976.
- Regulation respecting pay equity in enterprises where there are no predominantly male job classes*, CQLR, c. E-12.001, r. 2.

Treaties and Other International Instruments

- Convention concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value (No. 100)*, Can. T.S. 1973 No. 37, arts. 2, 3.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Can. T.S. 1982 No. 31.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Can. T.S. 1976 No. 46.

Authors Cited

- Canada. Pay Equity Task Force. *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right*, Final Report. Ottawa, 2004.
- Canada. Royal Commission on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- Chicha, Marie-Thérèse. *L'équité salariale: Mise en œuvre et enjeux*, 3^e éd. Cowansville, Que: Yvon Blais, 2011.
- Cornish, Mary. "Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women's Work" (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 219.
- International Labour Office. *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and*

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15.
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6, art. 19.
- Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 19.
- Equal Pay Act*, R.S.B.C. 1960, c. 131.
- Equal Pay Act*, R.S.S. 1953, c. 265.
- Female Employees Fair Remuneration Act, 1951*, S.O. 1951, c. 26.
- Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2.
- Loi sur l'égalité de salaire pour les femmes*, S.C. 1956, c. 38.
- Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43, art. 1, 13, 37 [mod. 2009, c. 9, art. 12], 38, 71, 114.
- Loi sur l'équité salariale*, L.R.O. 1990, c. P.7.
- Loi sur l'équité salariale*, RLRQ, c. E-12.001, art. 1, 10, 13, 31, 34, 37, 38, 50, 71, 114.
- Loi sur la discrimination dans l'emploi*, S.Q. 1964, c. 46.
- Règlement sur l'équité salariale dans les entreprises où il n'existe pas de catégories d'emplois à prédominance masculine*, (2005) 137 G.O. II, 1425.
- Règlement sur l'équité salariale dans les entreprises où il n'existe pas de catégories d'emplois à prédominance masculine*, RLRQ, c. E-12.001, r. 2.

Traités et autres instruments internationaux

- Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (N° 100)*, R.T. Can. 1973 n° 37, art. 2, 3.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, R.T. Can. 1982 n° 31.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, R.T. Can. 1976 n° 46.

Doctrine et autres documents cités

- Bureau international du Travail. *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Rapport III (Partie 1A), Rapport général et observations concernant certains pays, Genève, 2007.
- Canada. Commission royale sur l'égalité en matière d'emploi. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Canada. Groupe de travail sur l'équité salariale. *L'équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental*, Rapport final, Ottawa, 2004.
- Chicha, Marie-Thérèse. *L'équité salariale : Mise en œuvre et enjeux*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.

- Recommendations*, Report III (Part 1A), General Report and observations concerning particular countries. Geneva, 2007.
- Martin, Sheila L. “Persisting Equality Implications of the ‘Bliss’ Case”, in Sheila L. Martin and Kathleen E. Mahoney, eds., *Equality and Judicial Neutrality*. Toronto: Carswell, 1987.
- Oelz, Martin, Shauna Olney and Manuela Tomei. *Equal Pay: An introductory guide*, Geneva: International Labour Organization, 2013.
- Pothier, Dianne. “Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What’s the Fairest of Them All?” (2006), 33 *S.C.L.R.* (2d) 135.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission de l’économie et du travail. “Étude du projet de règlement sur l’équité salariale dans les entreprises où il n’existe pas de catégories d’emplois à prédominance masculine”, *Journal des débats de la Commission de l’économie et du travail*, vol. 38, n° 35, 1^{re} sess., 37^e lég., 24 novembre 2004.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 35, 1^{re} sess., 35^e lég., 6 février 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 36, 1^{re} sess., 35^e lég., 7 février 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 37, 1^{re} sess., 35^e lég., 8 février 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 39, 1^{re} sess., 35^e lég., 15 février 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Consultations particulières sur le projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 32, 2^e sess., 35^e lég., 20 août 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Consultations particulières sur le projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale”, *Journal des débats*
- Cornish, Mary. « Closing the Global Gender Pay Gap : Securing Justice for Women’s Work » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 219.
- Martin, Sheila L. « Persisting Equality Implications of the “Bliss” Case », in Sheila L. Martin and Kathleen E. Mahoney, eds., *Equality and Judicial Neutrality*, Toronto, Carswell, 1987.
- Oelz, Martin, Shauna Olney et Manuela Tomei. *Égalité de rémunération : Guide d’introduction*, Genève, Organisation internationale du Travail, 2013.
- Pothier, Dianne. « Equality as a Comparative Concept : Mirror, Mirror, on the Wall, What’s the Fairest of Them All? » (2006), 33 *S.C.L.R.* (2d) 135.
- Québec. Assemblée nationale. Commission de l’économie et du travail. « Étude du projet de règlement sur l’équité salariale dans les entreprises où il n’existe pas de catégories d’emplois à prédominance masculine », *Journal des débats de la Commission de l’économie et du travail*, vol. 38, n° 35, 1^{re} sess., 37^e lég., 24 novembre 2004.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 35, 1^{re} sess., 35^e lég., 6 février 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 36, 1^{re} sess., 35^e lég., 7 février 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 37, 1^{re} sess., 35^e lég., 8 février 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Consultation générale sur l’avant-projet de loi sur l’équité salariale et modifiant certaines dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 39, 1^{re} sess., 35^e lég., 15 février 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Consultations particulières sur le projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 32, 2^e sess., 35^e lég., 20 août 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Consultations particulières sur le projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale », *Journal des*

- de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 33, 2^e sess., 35^e lég., 21 août 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Consultations particulières sur le projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 34, 2^e sess., 35^e lég., 22 août 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Étude détaillée du projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 45, 2^e sess., 35^e lég., 7 novembre 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Étude détaillée du projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 46, 2^e sess., 35^e lég., 12 novembre 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. “Étude détaillée du projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale”, *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 47, 2^e sess., 35^e lég., 14 novembre 1996.
- Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats de l’Assemblée nationale*, vol. 35, n° 56, 2^e sess., 35^e lég., 21 novembre 1996.
- Young, Margot. “Blissed Out: Section 15 at Twenty” (2006), 33 S.C.L.R. (2d) 45.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Vézina, St-Pierre and Émond J.J.A.), 2016 QCCA 424, [2016] AZ-51262412, [2016] J.Q. n° 1991 (QL), 2016 CarswellQue 1852 (WL Can.), affirming a decision of Yergeau J., 2014 QCCS 4197, [2014] AZ-51105800, [2014] J.Q. n° 9467 (QL), 2014 CarswellQue 9184 (WL Can.). Appeal dismissed, McLachlin C.J. dissenting in the result.

Geneviève Bailargeon Bouchard and Denis Bradet, for the appellants Centrale des syndicats du Québec, Fédération des intervenantes en petite enfance du Québec (FIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Montréal (SIPEM-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Québec (SIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de l’Estrie (SIPEE-CSQ), Francine Joly, Nathalie Fillion, Louise Fréchette, Fédération du personnel de soutien de l’enseignement supérieur (FPSES) (CSQ), Syndicat des interprètes

- débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 33, 2^e sess., 35^e lég., 21 août 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Consultations particulières sur le projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 34, 2^e sess., 35^e lég., 22 août 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Étude détaillée du projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 45, 2^e sess., 35^e lég., 7 novembre 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Étude détaillée du projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 46, 2^e sess., 35^e lég., 12 novembre 1996.
- Québec. Assemblée nationale. Commission des affaires sociales. « Étude détaillée du projet de loi n° 35 — Loi sur l’équité salariale », *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 47, 2^e sess., 35^e lég., 14 novembre 1996.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de l’Assemblée nationale*, vol. 35, n° 56, 2^e sess., 35^e lég., 21 novembre 1996.
- Young, Margot. « Blissed Out : Section 15 at Twenty » (2006), 33 S.C.L.R. (2d) 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Vézina, St-Pierre et Émond), 2016 QCCA 424, [2016] AZ-51262412, [2016] J.Q. n° 1991 (QL), 2016 CarswellQue 1852 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Yergeau, 2014 QCCS 4197, [2014] AZ-51105800, [2014] J.Q. n° 9467 (QL), 2014 CarswellQue 9184 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin est dissidente quant au résultat.

Geneviève Bailargeon Bouchard et Denis Bradet, pour les appelants la Centrale des syndicats du Québec, la Fédération des intervenantes en petite enfance du Québec (FIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Montréal (SIPEM-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Québec (SIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de l’Estrie (SIPEE-CSQ), Francine Joly, Nathalie Fillion, Louise Fréchette, la Fédération du personnel de soutien de l’enseignement supérieur (FPSES) (CSQ), le Syndicat des interprètes

professionnels du Sivet (CSQ), Chantal Bousquet and Yannick François.

Jean Mailloux and Marilyne Duquette, for the appellants the Confederation of National Trade Unions (CNTU), Fédération de la santé et des services sociaux, Syndicat des travailleuses et travailleurs des CPE de la Montérégie, Syndicat des travailleuses des CPE de Montréal et de Laval, France Laniel, Ginette Lavoie and Danielle Paré.

Patrice Claude and Caroline Renaud, for the respondent.

Courtney Harris and S. Zachary Green, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Fay Faraday and Janet E. Borowy, for the interveners the Equal Pay Coalition, the Women’s Legal Education and Action Fund and the New Brunswick Coalition for Pay Equity.

The reasons of Abella, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. were delivered by

[1] ABELLA J. — The issue in this appeal is whether Quebec’s approach to implementing pay equity in workplaces without male comparator job classifications violates the equality rights protected by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The complaint is not with Quebec’s proposed methodology, but with the six-year legislated delay in implementation.

Background

[2] The first efforts to address the deep and persistent gap between women’s pay and men’s pay, referred to as “equal pay for equal work”, required employers to pay men and women the same wage for doing the *same* job, at the *same* workplace (see, e.g., *Female Employees Equal Pay Act*, S.C. 1956, c. 38; *Equal Pay Act*, R.S.B.C. 1960, c. 131; *The Equal Pay Act*, R.S.S. 1953, c. 265). Although this was an important first step, it failed to grapple with the systemic nature of pay discrimination. It became

professionnels du Sivet (CSQ), Chantal Bousquet et Yannick François.

Jean Mailloux et Marilyne Duquette, pour les appelants la Confédération des syndicats nationaux (CSN), la Fédération de la santé et des services sociaux, le Syndicat des travailleuses et travailleurs des CPE de la Montérégie, le Syndicat des travailleuses des CPE de Montréal et de Laval, France Laniel, Ginette Lavoie et Danielle Paré.

Patrice Claude et Caroline Renaud, pour l’intimée.

Courtney Harris et S. Zachary Green, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Fay Faraday et Janet E. Borowy, pour les intervenants Equal Pay Coalition, le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et La Coalition pour l’équité salariale du Nouveau-Brunswick.

Version française des motifs des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendus par

[1] LA JUGE ABELLA — La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’approche retenue par le Québec pour mettre en œuvre l’équité salariale dans les milieux de travail sans catégories d’emplois à prédominance masculine pouvant servir de comparateurs viole le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La plainte ne porte pas sur la méthode proposée par le Québec, mais plutôt sur le délai de six ans établi par la loi pour réaliser cette mise en œuvre.

Contexte

[2] Les premiers efforts visant à combler l’écart profond et persistant entre les salaires des femmes et des hommes — le principe dit du « salaire égal pour un travail égal » — exigeaient des employeurs qu’ils versent aux hommes et aux femmes le même salaire pour le *même* travail accompli au *même* endroit (voir, p. ex., *Loi sur l’égalité de salaire pour les femmes*, S.C. 1956, c. 38; *Equal Pay Act*, R.S.B.C. 1960, c. 131; *The Equal Pay Act*, R.S.S. 1953, c. 265). Bien que constituant une première étape importante, ces

clear that “historical attitudes towards the role of women in society, along with stereotypical assumptions regarding women’s aspirations, preferences, capabilities, and ‘suitability’ for certain jobs, [had] contributed to occupational sex segregation in the labour market” (International Labour Office, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (2007), at p. 271).

[3] The result was that women doing work of equal value did not receive fair pay:

Female-dominated jobs . . . are generally less paid and less valued than male-dominated jobs. The lower rates of pay discourage men from entering these jobs. As a result women are concentrated in different jobs than men. This reinforces the view that low pay results from market factors and skill requirements rather than the under-valuation of women’s jobs. Women’s skills are often overlooked, as they are regarded as “natural” female characteristics rather than acquired through experience or training.

(Martin Oelz, Shauna Olney and Manuela Tomei, *Equal Pay: An introductory guide* (2013), at pp. 17-18)

[4] The next responsive legislative step was a right to equal pay for work of equal *value*. Under this approach, methods were developed for measuring and remedying pay disparities between male-dominated jobs and female-dominated jobs within the same workplace or “establishment”. These methods were based on identifying job classes in an enterprise with similar characteristics and value, and then classifying them as male or female dominated (Final Report of the Pay Equity Task Force, *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right* (2004), at p. 247).

efforts ne s’attaquaient pas à la nature systémique de la discrimination salariale. Il est devenu évident que « des conceptions traditionnelles du rôle de la femme dans la société, ajoutées à des présuppositions stéréotypées quant aux aspirations, préférences et aptitudes de celles-ci pour certains emplois, et aussi quant aux emplois “qui conviennent le mieux pour elles”, entret[enaient] la ségrégation sexuelle sur le marché du travail » (Bureau international du Travail, *Rapport de la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations* (2007), p. 290).

[3] En conséquence, pour un travail de valeur égale, les femmes n’étaient pas rémunérées équitablement :

Les emplois à prédominance féminine [. . .] sont généralement moins rémunérés et moins valorisés que les emplois à prédominance masculine. Les bas salaires découragent les hommes d’occuper ces emplois. En conséquence, les femmes et les hommes sont concentrés dans des emplois différents. Cela renforce l’idée que les bas salaires proviennent de facteurs liés au marché et des exigences de compétence plutôt que de la sous-évaluation des emplois féminins. Les compétences des femmes sont souvent négligées, car elles sont considérées comme des caractéristiques qui leur sont « inhérentes » plutôt que des compétences acquises par l’expérience ou la formation.

(Martin Oelz, Shauna Olney et Manuela Tomei, *Égalité de rémunération : Guide d’introduction* (2013), p. 22)

[4] Les mesures législatives suivantes en vue d’intervenir à cet égard ont été de garantir le droit à un salaire égal pour un travail de *valeur égale*. Suivant cette approche, on a mis au point des méthodes visant à mesurer et à corriger les disparités salariales entre les emplois à prédominance masculine et ceux à prédominance féminine au sein d’un même milieu de travail ou d’un même « établissement ». Ces méthodes reposaient sur l’identification de catégories d’emplois présentant des caractéristiques et une valeur similaires au sein d’une entreprise, et, ensuite, leur classification en tant que catégorie d’emplois à prédominance masculine ou catégorie d’emplois à prédominance féminine (Rapport final du Groupe de travail sur l’équité salariale, *L’équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental* (2004), p. 275).

[5] In Quebec, this right to equal pay for work of equal value was adopted in 1975 through s. 19 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1975, c. 6 (now CQLR, c. C-12). This provision states:

19. Every employer must, without discrimination, grant equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place.

A difference in salary or wages based on experience, seniority, years of service, merit, productivity or overtime is not considered discriminatory if such criteria are common to all members of the personnel.

...

It allowed for comparisons *in the same workplace* between predominantly male job categories and predominantly female categories even though the nature of the work performed was not the same. But the complaints-based regime by which female workers had access to s. 19 proved ill-suited to address systemic discrimination.¹ Since s. 19 required male comparator groups “at the same place”, female workers were excluded from access to pay equity where there were no male comparators.

[6] Fixing this gap required a determination of how to measure pay discrimination against women who were not only in female dominated jobs, but whose workplaces contained no male dominated job with which to do a comparison. This appeal arises out of Quebec’s efforts to find — and adopt — a solution to that problem.

[7] Those efforts included two reports prepared in 1995, one by the Comité d’élaboration du projet de loi and the other by the Comité de consultation en

¹ Marie-Thérèse Chicha, *L’équité salariale: Mise en œuvre et enjeux* (3rd ed. 2011), at pp. 30-31; *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. v. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 524, at paras. 1030-53.

[5] Au Québec, ce droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale a été institué en 1975 par l’art. 19 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6 (maintenant RLRQ, c. C-12). Cette disposition est rédigée en ces termes :

19. Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

Il n’y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l’expérience, l’ancienneté, la durée du service, l’évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel.

...

Cette disposition permettait de comparer, *dans un même milieu de travail*, les catégories d’emplois à prédominance masculine et celles à prédominance féminine, même si la nature du travail réalisé n’était pas la même. Cependant, le régime de plaintes par lequel les travailleuses pouvaient invoquer l’art. 19 s’est révélé inefficace pour remédier à la discrimination systémique¹. Comme l’art. 19 exigeait l’existence de groupes de comparaison masculins « au même endroit », les travailleuses n’avaient pas accès à l’équité salariale s’il n’y avait pas de comparateurs masculins.

[6] Pour corriger cette lacune, il fallait déterminer comment mesurer la discrimination salariale exercée envers les femmes qui occupaient un emploi à prédominance féminine dans des milieux où il n’y avait aucun emploi à prédominance masculine pouvant servir de comparateur. Le présent pourvoi découle des efforts du Québec pour trouver — et adopter — une solution à ce problème.

[7] Au nombre de ces efforts, on compte notamment deux rapports établis en 1995, l’un par le Comité d’élaboration du projet de loi et l’autre par le

¹ Marie-Thérèse Chicha, *L’équité salariale : Mise en œuvre et enjeux* (3^e éd. 2011), p. 30-31; *Syndicat de la fonction publique du Québec inc. c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 524, par. 1030-1053.

regard à la loi proactive sur l'équité salariale.² The result was the *Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43 (now CQLR, c. E-12.001), in 1996, designed to set out a proactive pay equity scheme for all predominately female job classes. This includes addressing pay inequities for women in workplaces without male comparators.

[8] The *Act* recognized that systemic wage discrimination exists in the workforce whether or not there are male comparators in a particular workplace. Its purpose was to provide a remedy for this reality:

1. The purpose of this Act is to redress differences in compensation due to the systemic gender discrimination suffered by persons who occupy positions in predominantly female job classes.

Differences in compensation are assessed within the enterprise, except if there are no predominantly male job classes in the enterprise.

[9] All employers with 10 or more employees were to conduct a pay equity exercise to identify and redress pay inequity through adjustments in compensation or the creation of a pay equity plan, depending on the size of the enterprise.

[10] At the time the *Act* came into force, there was, however, no methodology for assessing pay equity adjustments where there was no male comparator. The 1995 reports on which the *Act* was based acknowledged the unique enforcement issues for such workplaces, but offered no precise methodology. Nor did any concrete proposals emerge as a result of the consultations leading to the implementation of the *Act*. The only clear consensus was the acknowledgment that the necessary male comparators would have to be found outside the particular workplace.

² Document d'orientation: *Une loi proactive sur l'équité salariale*; Rapport final: *Une loi proactive sur l'équité salariale*.

Comité de consultation en regard à la loi proactive sur l'équité salariale². C'est ainsi qu'a été adoptée en 1996 la *Loi sur l'équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43 (maintenant RLRQ, c. E-12.001), laquelle visait à établir un régime proactif en matière d'équité salariale pour toutes les catégories d'emplois à prédominance féminine, notamment à remédier aux iniquités salariales dans le cas des femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins.

[8] La *Loi* reconnaissait l'existence d'une discrimination salariale systémique sur le marché du travail, qu'il y ait ou non des comparateurs masculins dans un milieu de travail donné. Elle visait à remédier à cette situation :

1. La présente loi a pour objet de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l'égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine.

Ces écarts s'apprécient au sein d'une même entreprise, sauf s'il n'y existe aucune catégorie d'emplois à prédominance masculine.

[9] Tous les employeurs comptant 10 salariés ou plus devaient procéder à un exercice d'équité salariale visant à repérer et à corriger les iniquités salariales au moyen d'ajustements salariaux ou de la création d'un programme d'équité salariale, selon la taille de l'entreprise.

[10] Lors de l'entrée en vigueur de la *Loi*, il n'existait toutefois aucune méthode qui permettait d'évaluer les ajustements à apporter en matière d'équité salariale lorsqu'il n'y avait pas de comparateurs masculins. Les rapports de 1995 sur lesquels reposait la *Loi* reconnaissaient les difficultés d'application particulières dans de tels milieux de travail sans pour autant prévoir de méthode précise à utiliser. Aucune proposition concrète ne ressort non plus des consultations ayant mené à la mise en œuvre de la *Loi*. Le seul consensus clair a été la reconnaissance du fait qu'il faudrait trouver les comparateurs masculins nécessaires à l'extérieur du milieu de travail en question.

² Document d'orientation : *Une loi proactive sur l'équité salariale*; Rapport final : *Une loi proactive sur l'équité salariale*.

[11] Regulatory authority was therefore given to the Pay Equity Commission under s. 114 to conduct the necessary research and to establish a methodology for identifying the appropriate male comparators. Section 114 states:

114. The Commission may make regulations

(1) for the purposes of the determination of adjustments in compensation in an enterprise employing fewer than 50 employees where there are no predominantly male job classes, determining typical job classes on the basis of job classes identified in enterprises in which adjustments in compensation have already been determined and prescribing standards or weighting factors to be applied to the valuation of differences in compensation between such job classes, with due regard, in particular, for the characteristics of enterprises whose job classes are to be so compared;

(2) for the purposes of the establishment of a pay equity plan in an enterprise where there are no predominantly male job classes, determining typical job classes on the basis of job classes identified in enterprises, in which a pay equity plan has already been completed, prescribing methods to be used to determine the value of those job classes and to value the differences in compensation between the typical job classes and the job classes in an enterprise and prescribing standards or weighting factors to be applied to such differences, with due regard, in particular, for the characteristics of enterprises whose job classes are to be so compared;

...

Regulations of the Commission are subject to the approval of the Government and may be amended by the Government upon approval.

No regulation of the Commission may be approved by the Government until it is examined by the appropriate committee of the National Assembly.

[12] This section directed the Commission to develop a proposed methodology based on two criteria to bring it into line with s. 19 of the Quebec *Charter*: it was to draw comparisons with male job classifications found in enterprises where a pay equity

[11] La Commission de l'équité salariale s'est donc vu, à l'art. 114, conférer un pouvoir de réglementation visant la réalisation des recherches nécessaires et l'établissement d'une méthode permettant de déterminer les comparateurs masculins appropriés. L'article 114 prévoit :

114. La Commission peut par règlement :

1° aux fins de la détermination des ajustements salariaux dans une entreprise qui compte moins de 50 salariés où il n'existe pas de catégorie d'emplois à prédominance masculine, établir des catégories d'emplois types à partir des catégories d'emplois identifiées dans des entreprises où des ajustements salariaux ont déjà été déterminés et prévoir des normes ou des facteurs de pondération applicables à l'estimation des écarts salariaux entre ces catégories en tenant compte notamment des caractéristiques propres aux entreprises dont les catégories d'emplois sont ainsi comparées;

2° aux fins de l'établissement d'un programme d'équité salariale dans une entreprise où il n'existe pas de catégorie d'emplois à prédominance masculine, établir des catégories d'emplois types à partir des catégories d'emplois identifiées dans des entreprises où un tel programme a déjà été complété, déterminer des méthodes d'évaluation de ces catégories d'emplois ainsi que des méthodes d'estimation des écarts salariaux entre des catégories d'emplois types et des catégories d'emplois d'une entreprise et prévoir des normes ou des facteurs de pondération applicables à ces écarts en tenant compte notamment des caractéristiques propres aux entreprises dont les catégories d'emplois sont ainsi comparées;

...

Un règlement de la Commission est soumis à l'approbation du gouvernement qui peut, en l'approuvant, le modifier.

Le gouvernement ne peut approuver un règlement de la Commission avant qu'il n'ait fait l'objet d'une étude par la commission compétente de l'Assemblée nationale.

[12] Cette disposition prescrivait à la Commission d'élaborer une proposition de méthode fondée sur deux critères visant à rendre la méthode en question conforme à l'art. 19 de la *Charte* québécoise : d'une part, elle devait établir des comparaisons avec des

exercise had already been completed; and it was to factor in the characteristics of the enterprises whose job classes were to be compared.

[13] Once a regulation was developed, s. 13 directed that workplaces with no predominantly male job classes were to establish a pay equity plan in accordance with the Regulation.³ Under s. 71, the first pay equity adjustments became payable on the date by which the pay equity exercise was required to be completed:

71. The employer shall make the first adjustments in compensation under a pay equity plan on the date by which the plan must be completed or, in the case of an enterprise employing fewer than 50 employees, on the date by which adjustments in compensation must be determined.

If the employer fails to make adjustments in compensation within the applicable time limits, the unpaid adjustments shall bear interest at the legal rate from the time as of which they were payable.

[14] Section 38 of the *Act* sets out two possible deadlines by which those employers in workplaces with no male comparators were to determine adjustments or complete a pay equity plan:

38. In an enterprise where there are no predominantly male job classes, the adjustments in compensation must be determined or the pay equity plan must be completed either within the time limit set out in section 37 or within two years of the coming into force of the regulation made by the Commission under subparagraph 1 or 2 of the first paragraph of section 114, whichever time limit expires last.

[15] The first deadline, based on s. 37, was the same one as for workplaces where male job classes did exist. Section 37 gave employers in those workplaces that had male comparators four years to

catégories d'emplois à prédominance masculine relevées dans des entreprises où un exercice d'équité salariale avait déjà été effectué, et, d'autre part, elle devait tenir compte des caractéristiques propres aux entreprises dont les catégories d'emplois devaient ainsi être comparées.

[13] Une fois le règlement pris, les milieux de travail où il n'existait pas de catégorie d'emplois à prédominance masculine devaient, suivant l'art. 13, établir un programme d'équité salariale conformément au règlement³. L'article 71 disposait pour sa part que les premiers ajustements en matière d'équité salariale devenaient payables à la date où l'exercice d'équité salariale devait avoir été mené à terme :

71. L'employeur doit payer les premiers ajustements salariaux à la date où le programme d'équité salariale doit être complété ou, s'il s'agit d'un employeur dont l'entreprise compte moins de 50 salariés, à la date où les ajustements salariaux doivent être déterminés.

À défaut par l'employeur de verser les ajustements salariaux dans les délais applicables, ces ajustements portent intérêt au taux légal à compter du moment où ils auraient dû être versés.

[14] Dans les milieux sans comparateurs masculins, l'art. 38 de la *Loi* prévoit deux échéances possibles avant lesquelles les employeurs devaient avoir déterminé les ajustements ou complété un programme d'équité salariale :

38. Lorsque dans une entreprise il n'existe pas de catégories d'emplois à prédominance masculine, les ajustements salariaux doivent avoir été déterminés ou le programme d'équité salariale doit être complété soit dans le délai prévu à l'article 37, soit dans un délai de deux ans de l'entrée en vigueur du règlement de la Commission pris en vertu, selon le cas, des paragraphes 1 ou 2 du premier alinéa de l'article 114, selon la plus éloignée de ces échéances.

[15] La première échéance, fondée sur l'art. 37, était la même que celle fixée pour les milieux de travail où il existait bel et bien des catégories d'emplois à prédominance masculine. Dans les milieux

³ **13.** In an enterprise where there are no predominantly male job classes, the pay equity plan shall be established in accordance with the regulations of the Commission.

³ **13.** Lorsque dans une entreprise il n'existe pas de catégories d'emplois à prédominance masculine, le programme d'équité salariale est établi conformément au règlement de la Commission.

implement pay equity from the time they became subject to the *Act*.⁴ They became subject to the *Act* on November 21, 1997. Four years from this date was November 21, 2001.

[16] But this first deadline for workplaces with no male comparators was illusory, since there could be no pay equity for those workplaces until a Regulation was passed. And, under s. 114, a regulation could not be passed until workplaces *with* male comparators had completed their first pay equity exercise on or before November 21, 2001.

[17] The only realistically possible deadline under the legislation was the second one, namely within two years of the coming into force of the Regulation. The Pay Equity Commission did not settle on a methodology until 2003 and the *Regulation respecting pay equity in enterprises where there are no predominantly male job classes*, (2005) 137 G.O. II, 976 (now CQLR, c. E-12.001, r. 2), was not promulgated until May 5, 2005. The two-year grace period provided by s. 38 further postponed pay equity for workplaces without male comparators until May 5, 2007.

[18] As a result, access to pay equity under the *Act* for women in workplaces without male comparators was delayed, in accordance with s. 38, by two years beyond the length of time it took to enact the Regulation under s. 114. By this time, almost six years had passed since women in workplaces that had male comparators first gained access to pay equity.

[19] This six-year legislatively delayed access to pay equity resulting from s. 38 of the *Act* was

où il existait des comparateurs masculins, l'art. 37 accordait aux employeurs quatre ans pour mettre en œuvre l'équité salariale à compter de leur assujettissement à *Loi*⁴, c'est-à-dire le 21 novembre 1997. La première échéance était donc le 21 novembre 2001.

[16] Cependant, dans les milieux de travail sans comparateurs masculins, cette première échéance était illusoire puisqu'il ne pouvait y avoir d'équité salariale pour ceux-ci avant l'édiction d'un règlement. De plus, suivant l'art. 114, un règlement ne pouvait être pris qu'une fois que des milieux *avec* comparateurs masculins auraient réalisé leur premier exercice d'équité salariale, soit au plus tard le 21 novembre 2001.

[17] La seule échéance réaliste prévue par la loi était la deuxième, c'est-à-dire celle de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du règlement. Ce n'est qu'en 2003 que la Commission de l'équité salariale a retenu une méthode, et il a fallu attendre jusqu'au 5 mai 2005 pour que soit promulgué le *Règlement sur l'équité salariale dans les entreprises où il n'existe pas de catégories d'emplois à prédominance masculine*, (2005) 137 G.O. II, 1425 (maintenant RLRQ, c. E-12.001, r. 2). Le délai de grâce de deux ans prévu par l'art. 38 venait encore reporter au 5 mai 2007 la mise en œuvre de l'équité salariale pour les milieux sans comparateurs masculins.

[18] En conséquence, dans le cas des femmes travaillant dans des milieux dépourvus de comparateurs masculins, l'accès à l'équité salariale sous le régime de la *Loi* a, conformément à l'art. 38, été différé de deux ans au-delà de la période qu'il a fallu pour édicter le règlement en vertu de l'art. 114. À ce stade, près de six années s'étaient écoulées depuis le moment où les femmes occupant un emploi dans des milieux où il existait de tels comparateurs avaient pour la première fois eu accès à l'équité salariale.

[19] Plusieurs syndicats ont contesté cet accès différé de six ans à l'équité salariale résultant de

⁴ 37. The adjustments in compensation required to achieve pay equity must be determined or a pay equity plan must be completed within four years after the employer becomes subject to this Act. [Amended by 2009, c. 9, s. 12.]

⁴ 37. Les ajustements salariaux requis pour atteindre l'équité salariale doivent avoir été déterminés ou un programme d'équité salariale doit avoir été complété dans un délai de quatre ans à compter de l'assujettissement de l'employeur. [Modifié par 2009, c. 9, art. 12.]

challenged by several unions, who argued that it amounted to a breach of s. 15(1) of the *Charter* for women in workplaces without male comparators.

[20] The trial judge found that the delay did not violate s. 15 (2014 QCCS 4197). In his view, a separate timeline did not engage s. 15 because the delayed access was not based on sex, but rather on the absence of a male comparator. And if there was a distinction based on sex, it was not discriminatory because it was not based on the premise that employees in female-dominated workplaces were [TRANSLATION] “less capable or . . . worthy of recognition or value as human beings” (para. 244 (CanLII)). The Court of Appeal of Quebec dismissed the appeal (2016 QCCA 424).

Analysis

[21] Section 15(1) of the *Charter* states:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[22] When assessing a claim under s. 15(1), this Court’s jurisprudence establishes a two-step approach: Does the challenged law, on its face or in its impact, draw a distinction based on an enumerated or analogous ground, and, if so, does it impose “burdens or [deny] a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating . . . disadvantage”, including “historical” disadvantage? (*Quebec (Attorney General) v. A.*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 323-24 and 327; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, [2015] 2 S.C.R. 548, at paras. 19-20.)

l’art. 38 de la *Loi* au motif qu’il constituait une violation du par. 15(1) de la *Charte* à l’égard des femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins.

[20] Le juge de première instance a conclu que le délai en question ne violait pas l’art. 15 (2014 QCCS 4197). À son avis, l’établissement d’un échéancier distinct ne déclenchait pas l’application de l’art. 15, car l’accès différé à l’équité salariale reposait non pas sur le sexe, mais plutôt sur l’absence de comparateurs masculins. De plus, s’il y avait une distinction fondée sur le sexe, celle-ci n’était pas discriminatoire, car elle ne reposait pas sur la prémisse selon laquelle les femmes occupant un emploi dans des milieux à prédominance féminine sont « moins capables, ou moins dignes d’être reconnues ou valorisées en tant qu’êtres humains » (par. 244 (CanLII)). La Cour d’appel du Québec a rejeté l’appel (2016 QCCA 424).

Analyse

[21] Le paragraphe 15(1) de la *Charte* est libellé comme suit :

La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[22] Pour l’examen d’une demande fondée sur le par. 15(1), la jurisprudence de notre Cour établit une démarche en deux étapes : à première vue ou de par son effet, la loi contestée établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, impose-t-elle « un fardeau ou [nie-t-elle] un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage », y compris le désavantage « historique » subi? (*Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 323-324 et 327; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 19-20.)

[23] The first question is therefore whether the limitation challenged by the unions — a six-year pay equity delay mandated by s. 38, for women employed in workplaces without male comparators — draws a distinction on the basis of sex.

[24] In my view, it does. The goal of pay equity legislation is to recognize and remedy the discrimination that *women* have suffered in the way they are compensated in the workforce. This is systemic discrimination premised on the historic economic and social devaluation of “women’s work” compared to “men’s work” (*Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), at p. 232; Final Report of the Pay Equity Task Force (2004), at pp. 25-27). Accordingly, pay equity legislation, including the *Act* at issue here, draws a distinction based on sex in targeting systemic pay discrimination against women. And, as explained later in these reasons, the specific provisions of the *Act* that target particular groups of women based on where they work — such as s. 38 — also necessarily draw a distinction based on sex.

[25] The contrary view adopted by the trial judge, the Court of Appeal, and my colleague, is that the distinction created by the *Act* was based not on sex, but on the absence of male comparator groups in the enterprise. This is “formal equality”, an approach expressly rejected by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, where the Court refused to apply a rigid Diceyan analysis and declared, instead, that substantive equality is the premise underlying s. 15.

[26] The trial judge’s approach is difficult to distinguish from the paradigmatic example of formalism in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, which was specifically rejected in *Andrews*. There, the Court had concluded that legislation

[23] La première question qui se pose est donc celle de savoir si la restriction contestée par les syndicats — en l’occurrence le délai de six ans établi à l’art. 38 pour mettre en œuvre l’équité salariale dans le cas des femmes occupant un emploi dans des milieux sans comparateurs masculins — établit une distinction fondée sur le sexe.

[24] À mon avis, elle établit une telle distinction. L’objectif des mesures législatives en matière d’équité salariale est de reconnaître la discrimination subie par les *femmes* dans la façon dont elles sont rémunérées au travail, et d’y remédier. Il s’agit de discrimination systémique fondée sur la dévalorisation économique et sociale historique du « travail des femmes » par rapport au « travail des hommes » (*Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984), p. 257; Rapport final du Groupe de travail sur l’équité salariale (2004), p. 28-30). En conséquence, de telles mesures, notamment la *Loi* en cause en l’espèce, établissent une distinction fondée sur le sexe en ciblant la discrimination salariale systémique envers les femmes. De plus, comme il sera expliqué plus loin dans les présents motifs, les dispositions précises de la *Loi* qui visent des groupes particuliers de femmes en fonction de l’endroit où celles-ci travaillent — comme l’art. 38 — établissent aussi nécessairement une distinction fondée sur le sexe.

[25] Le juge de première instance, la Cour d’appel et ma collègue adoptent le point de vue contraire selon lequel la distinction créée par la *Loi* n’est pas fondée sur le sexe, mais sur l’absence de groupes comparateurs masculins au sein de l’entreprise. Il s’agit là d’« égalité formelle », une approche qui a été expressément rejetée dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, où la Cour a refusé d’appliquer une analyse rigide fondée sur les principes de Dicey et a déclaré plutôt que l’égalité réelle est la prémisse sur laquelle repose l’art. 15.

[26] La démarche du juge de première instance est difficile à distinguer de l’exemple typique de formalisme fourni dans *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, approche ayant été expressément rejetée dans *Andrews*. Dans l’arrêt *Bliss*,

excluding pregnant women from unemployment benefits did not discriminate on the basis of sex, but on the basis of pregnancy.⁵

[27] *Bliss* was decided under s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44. Its “similarly situated” “treating likes alike” approach — resulting in the conclusion that pregnancy-related discrimination is not based on sex because not all women are pregnant — was also rejected in *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396:

... a formal analysis based on comparison between the claimant group and a “similarly situated” group, does not assure a result that captures the wrong to which s. 15(1) is directed What is required is not formal comparison with a selected mirror comparator group, but an approach that looks at the full context, including the situation of the claimant group and . . . the impact of the impugned law [para. 40]

(See also, *Quebec v. A*, at para. 346, rejecting the analysis in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325.)

[28] In this case, the trial judge’s analysis falls into precisely the same error as *Bliss* by holding, in effect, that the distinction created by s. 38 is not based on sex because not *all* women are denied timely access to the scheme, only those in certain workplaces. The relevant distinction created by s. 38 of the *Act* is between male employees and underpaid female employees, whether or not those male employees are in the same workplace. The trial judge’s approach erases the sex-based character of the legislative provisions and obscures the fact that the

⁵ *Bliss* was the subject of much academic criticism: Sheilah L. Martin, “Persisting Equality Implications of the ‘Bliss’ Case”, in Sheilah L. Martin and Kathleen E. Mahoney, eds., *Equality and Judicial Neutrality* (1987), at pp. 195-206; Margot Young, “Blissed Out: Section 15 at Twenty” (2006), 33 *S.C.L.R.* (2d) 45; Dianne Pothier, “Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What’s the Fairest of Them All?” (2006), 33 *S.C.L.R.* (2d) 135.

la Cour a conclu qu’une loi excluant les femmes enceintes du bénéfice de prestations d’assurance-emploi n’établissait pas une distinction fondée sur le sexe, mais sur la grossesse⁵.

[27] L’arrêt *Bliss* a été tranché sous le régime de l’al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44. Son approche de la « situation analogue » ou de « l’égalité de traitement des individus égaux » — qui a mené à la conclusion voulant que la discrimination fondée sur la grossesse ne constitue pas de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne sont pas enceintes — a également été rejetée dans l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396 :

... une analyse formelle fondée sur une comparaison du groupe de demandeurs à un groupe « se trouvant dans une situation semblable » ne garantit pas la suppression du mal auquel le par. 15(1) vise à remédier [. . .] L’exercice requis n’est pas une comparaison formelle avec un groupe de comparaison donné aux caractéristiques identiques, mais une démarche qui tient compte du contexte dans son ensemble, y compris la situation du groupe de demandeurs et [l’effet de] la mesure législative contestée . . . [par. 40]

(Voir également *Québec c. A*, par. 346, rejetant l’analyse de *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325.)

[28] En l’espèce, le juge de première instance, dans son analyse, commet exactement la même erreur que celle commise dans *Bliss* en concluant, en fait, que la distinction créée par l’art. 38 n’est pas fondée sur le sexe parce que *toutes* les femmes ne sont pas privées de l’accès en temps utile au régime et que seules celles qui travaillent dans certains milieux le sont. La distinction pertinente créée par l’art. 38 de la *Loi* est celle qui est faite entre la main-d’œuvre masculine et la main-d’œuvre féminine sous-rémunérée, que des hommes occupent ou non un emploi dans

⁵ *Bliss* a suscité de nombreuses critiques chez les auteurs (Sheilah L. Martin, « Persisting Equality Implications of the “Bliss” Case », dans Sheilah L. Martin et Kathleen E. Mahoney, dir., *Equality and Judicial Neutrality* (1987), p. 195-206; Margot Young, « Blissed Out : Section 15 at Twenty » (2006), 33 *S.C.L.R.* (2d) 45; Dianne Pothier, « Equality as a Comparative Concept : Mirror, Mirror, on the Wall, What’s the Fairest of Them All? » (2006), 33 *S.C.L.R.* (2d) 135).

claimants disproportionately suffer an adverse impact *because they are women* (*Taypotat*, at para. 21).

[29] And the sex-based character of the distinction drawn by s. 38 is inescapable. That is because the two categories into which the *Act* sorts women — women in workplaces with male comparators, under s. 37, and those without such comparators, under s. 38 — are themselves inextricably related to sex. Only if we ignore the gender-driven bases for the two categories can it be said that the distinction is based only on workplace and not on sex. Not only are both categories expressly defined by the presence or absence of men in the workplace, but, more fundamentally, both categories are set up to address disparities in pay between men and women. Moreover, since women in workplaces without male comparators may suffer more acutely from the effects of pay inequity precisely because of the absence of men in their workplaces, these categories single out for inferior treatment the group of women whose pay has, arguably, been most markedly impacted by their gender. So the categories set up by ss. 37 and 38 of the *Act* draw distinctions based on sex both on their face — that is, by their express terms — and in their impact.

[30] The second question is whether that distinction is a discriminatory one, that is, whether it imposes burdens or denies benefits in a way that reinforces, perpetuates, or exacerbates disadvantage.

[31] The discriminatory impact of the delay is clear. The women targeted for the delay created by s. 38 (those in workplaces with no male comparators), suffer the effects of pay discrimination — without

le même milieu. La démarche adoptée par le juge de première instance occulte le fait que les dispositions législatives en cause sont basées sur le sexe et que les demanderesse subissent un effet préjudiciable disproportionné *parce qu'elles sont des femmes* (*Taypotat*, par. 21).

[29] Et le fait que la distinction établie par l'art. 38 est fondée sur le sexe est inéluctable. Il en est ainsi parce que les deux catégories dans lesquelles la *Loi* classe les femmes — celles qui travaillent dans des milieux où il existe des comparateurs masculins, en vertu de l'art. 37, et celles qui occupent un emploi dans des milieux dépourvus de tels comparateurs, en vertu de l'art. 38 — sont elles-mêmes inextricablement liées au sexe. Ce n'est que si l'on fait abstraction des bases, axées sur le sexe, des deux catégories que l'on peut affirmer que la distinction repose uniquement sur le milieu de travail en cause et non sur le sexe. Non seulement ces deux catégories sont définies expressément par la présence ou l'absence d'hommes dans le milieu de travail, mais, plus fondamentalement, elles visent à remédier aux disparités salariales entre les hommes et les femmes. De plus, comme les femmes qui travaillent dans des milieux sans comparateurs masculins risquent de subir plus durement les effets de l'iniquité salariale précisément en raison de l'absence d'hommes dans leur milieu de travail, ces catégories ont pour effet d'imposer un traitement moins favorable au groupe de femmes à l'égard duquel le sexe a vraisemblablement eu l'incidence la plus marquée sur la rémunération. En conséquence, les catégories établies par les art. 37 et 38 de la *Loi* créent des distinctions fondées sur le sexe tant à première vue — c'est-à-dire de par leurs termes exprès — que de par leur effet.

[30] La deuxième question à se poser est de savoir si cette distinction est discriminatoire, c'est-à-dire si elle impose un fardeau ou si elle nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage subi.

[31] L'effet discriminatoire du délai est clair. Les femmes visées par le délai établi à l'art. 38 (celles travaillant dans des milieux dépourvus de comparateurs masculins) subissent les effets de la discrimination

a remedy — for the period of the delay, in this case six years.

[32] The fact that the legislation did not *create* pay discrimination is irrelevant. In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, this Court held that “[i]t is not necessary to find that the legislation *creates* the discrimination existing in society” to find a s. 15 breach (para. 84 (emphasis in original)). There, as here, the law perpetuated the disadvantage of a protected group through a legislated “denial of access to remedial procedures for discrimination”, remedial procedures that “they so urgently need because of the existence of discrimination against them in society” (*Vriend*, at paras. 97 and 84).

[33] The legislature chose to act to address pay discrimination against women, but denied access by delaying it for a group of women, leaving them, in comparison to male workers, paid less for longer. Whatever the motives behind the decision, this is “discrimination reinforced by law”, which this Court has denounced since *Andrews* (p. 172). The fact, then, that women in one type of workplace — with male comparators — received a remedy promptly is not an answer to the question of whether women in another type of workplace were also disadvantaged. It is no defence to a claim of discrimination by one group of women to suggest that another group has had its particular discrimination addressed.

[34] There is no doubt that the claimants in this case will experience a considerable economic impact as a result of the delay. Occupational segregation and low wages “usually go hand in hand” (Final Report of the Pay Equity Task Force (2004), at p. 15). “[H]istorical attitudes towards the role of women” tend to “result in the undervaluation of ‘female jobs’ in comparison with those of men . . . when determining wage

salariale — sans pouvoir obtenir de réparation — pour la période du délai, soit en l’espèce six ans.

[32] Le fait que la loi en cause n’ait pas *créé* de discrimination salariale n’est pas pertinent. Dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la Cour a statué qu’« [i]l n’est pas nécessaire de conclure que la loi *crée* la discrimination qui a cours dans la société » pour conclure à une violation de l’art. 15 (par. 84 (souligné dans l’original)). Dans cette affaire, comme dans la présente, la loi perpétuait le désavantage subi par un groupe protégé en consacrant le « nonaccès [. . .] aux recours » permettant d’obtenir réparation pour une discrimination, recours dont le groupe en question a un besoin « pressant [. . .] à cause de la discrimination exercée contre [lui] dans la société » (*Vriend*, par. 97 et 84).

[33] Le législateur a décidé de s’attaquer à la discrimination salariale exercée envers les femmes, mais, en différant l’accès au régime pour un certain groupe de femmes, il a refusé cet accès à celles-ci, faisant en sorte que les femmes de ce groupe seraient moins bien payées en comparaison des travailleurs de sexe masculin pendant une plus longue période. Quels que soient les motifs qui sous-tendent sa décision, il s’agit de « discrimination consacrée par la loi », une forme de discrimination que la Cour dénonce depuis l’arrêt *Andrews* (p. 172). En conséquence, le fait que les femmes travaillant dans un certain type de milieu — où il existe des comparateurs masculins — aient obtenu une réparation rapidement ne résout en rien la question de savoir si les femmes occupant un emploi dans un autre type de milieu ont également subi un désavantage. On ne saurait faire valoir, comme moyen de défense à une allégation de discrimination portée par un groupe de femmes, que le problème de discrimination vécu par un autre groupe a été réglé.

[34] Il ne fait aucun doute que les demanderesse subiront en l’espèce des répercussions économiques considérables en raison du délai. Ségrégation professionnelle et faibles salaires « vont souvent de pair » (Rapport final du Groupe de travail sur l’équité salariale (2004), p. 18). « [D]es conceptions traditionnelles du rôle de la femme » tendent à « générer, au stade de la fixation des taux de rémunération, une

rates” (*Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (2007), at p. 271). Put simply, “the more women are concentrated in a field of work, the less it pays” (Mary Cornish, “Closing the Global Gender Pay Gap: Securing Justice for Women’s Work” (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 219, at pp. 224-25). And enterprises that employ mainly women tend to have lower pay rates (Oelz et al., at p. 18). So, as previously noted, the very women singled out for differential and delayed access to pay equity under this scheme may be the very ones most likely to experience its effects in a more pronounced way.

[35] The fact that the *Act* was intended to help these women does not attenuate the *fact* of the breach. Purpose and intention are part of the s. 1 justification analysis. Determining whether there is a breach focuses on the *impact* of, not motive for, the law (*Andrews*, at pp. 181-82; *Quebec v. A*, at para. 333). As a result, the trial judge’s finding that the delay was not based on the assumption that *employees in female segregated workplaces were* “less capable or . . . worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society” (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 99) cannot sanitize the discriminatory impact (*Quebec v. A*, at paras. 244, 327 and 330).

[36] The impact of the delay created by s. 38, therefore, reinforced and perpetuated the historic economic disadvantage experienced by women in workplaces without male comparators, amounting to a *prima facie* breach of s. 15(1) of the *Charter*.

[37] Quebec suggests that s. 15(2) could apply in this case to immunize s. 38 from the unions’

sous-évaluation des emplois ainsi perçus comme “féminins”, par rapport aux emplois occupés par des hommes . . . » (*Rapport de la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations* (2007), p. 290). En clair, [TRADUCTION] « plus forte est la concentration de femmes dans un domaine de travail, moins celui-ci s’avère payant » (Mary Cornish, « Closing the Global Gender Pay Gap : Securing Justice for Women’s Work » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 219, p. 224-225). De plus, les entreprises qui emploient principalement des femmes ont tendance à avoir des taux de rémunération plus bas (Oelz et autres, p. 22). En conséquence, comme nous l’avons vu précédemment, les femmes qui se sont vu accorder un accès différent et différé à l’équité salariale en vertu de ce régime risquent d’être précisément celles qui sont les plus susceptibles de subir ses effets de façon plus marquée.

[35] Le fait que la *Loi* visait à aider ces femmes n’atténue en rien le *fait* qu’il y a eu violation. L’évaluation de l’intention et de l’objectif est un aspect de l’analyse de la justification fondée sur l’article premier. Pour déterminer s’il y a eu violation, il faut se concentrer sur l’*effet* de la loi plutôt que sur les raisons ayant motivé son adoption (*Andrews*, p. 181-182; *Québec c. A*, par. 333). Par conséquent, la conclusion du juge de première instance selon laquelle le délai ne reposait pas sur le postulat selon lequel les salariées travaillant dans des milieux *où les femmes sont victimes de ségrégation sont* « moins capables, ou moins dignes d’être reconnu[e]s ou valorisé[e]s en tant qu’être humain ou que membre de la société canadienne » (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 99) ne peut aseptiser l’effet discriminatoire (*Québec c. A*, par. 244, 327 et 330).

[36] L’incidence du délai établi à l’art. 38 a donc renforcé et perpétué le désavantage économique historique subi par les femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins, ce qui constitue une violation *prima facie* du par. 15(1) de la *Charte*.

[37] Le Québec avance que le par. 15(2) pourrait en l’espèce s’appliquer de manière à protéger l’art. 38

challenge under s. 15(1). In my respectful view, s. 15(2) has no application whatever to this case. It states:

Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[38] The purpose of s. 15(2) is to “save ameliorative programs from the charge of ‘reverse discrimination’” (*Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 41; *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483). Reverse discrimination involves a claim from someone outside the scope of intended beneficiaries who alleges that ameliorating those beneficiaries discriminates against him. It stands the purpose on its head to suggest that s. 15(2) can be used to deprive the program’s intended beneficiaries of the right to challenge the program’s compliance with s. 15(1). And it would be equally inconsistent with the purpose to suggest that legislation that has a discriminatory impact on a scheme’s intended beneficiaries, can “serve” or be “necessary to” any ameliorative purpose in the sense intended by this Court in *Cunningham*.

[39] Section 15(2) is not a stand-alone defence to any and all claims brought under s. 15(1). The purpose of s. 15(2) and the reasoning underlying this Court’s decision in *Kapp* dictate that, for the government to invoke a s. 15(2) defence, there must first be a claim by a person or group *excluded* from the program alleging that the exclusion is discriminatory. In this case, there is no such claim. The complainants in this case are women in workplaces without male comparators. They have not been *excluded* from the scheme. On the contrary, they have been expressly *included* but in a manner they claim has a discriminatory impact. Indeed, Quebec’s argument against a finding of discriminatory impact in this case is *predicated* on the fact that the scheme is intended to benefit women in workplaces without male comparators. And s. 1 of the *Act* leaves no doubt that the scheme

d’une contestation fondée sur le par. 15(1). À mon avis, le par. 15(2) ne s’applique aucunement en l’espèce. Il prévoit ce qui suit :

Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

[38] L’objectif du par. 15(2) est de « prémunir les programmes améliorateurs contre les accusations de “discrimination à rebours” » (*Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 41; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483). Une allégation de discrimination à rebours est celle où une personne qui ne fait pas partie des bénéficiaires visés allègue que le fait d’améliorer la situation de ceux-ci est discriminatoire à son égard. Il est contraire à cet objectif d’avancer que le par. 15(2) peut servir à priver les bénéficiaires visés du droit de contester la conformité du programme en cause au par. 15(1). Il serait également contraire à cet objectif de prétendre qu’une loi qui a un effet discriminatoire sur les personnes auxquelles un régime est censé venir en aide peut « tendre » ou être « nécessaire » à la réalisation de tout objet améliorateur au sens où l’entendait la Cour dans l’arrêt *Cunningham*.

[39] Le paragraphe 15(2) ne constitue pas un moyen de défense distinct à toute allégation en vertu du par. 15(1). Eu égard à l’objectif du par. 15(2) et au raisonnement qui sous-tend la décision de la Cour dans *Kapp*, pour que le gouvernement puisse invoquer un moyen de défense fondé sur le par. 15(2), il faut d’abord qu’une personne ou un groupe *exclus* du programme allègue que l’exclusion est discriminatoire. En l’espèce, il n’y a aucune allégation de ce genre. Les plaignantes dans la présente affaire sont des femmes qui travaillent dans des milieux sans comparateurs masculins. Elles ne sont pas *exclues* du régime. Au contraire, elles sont expressément *visées* par celui-ci, mais d’une manière qui, soutiennent-elles, a un effet discriminatoire. L’argument invoqué par le Québec à l’encontre d’une conclusion d’effet discriminatoire en l’espèce *repose* d’ailleurs

aims to benefit “persons who occupy positions in predominantly female job classes”, without any qualifiers, and its second paragraph makes it clear that the claimants were always part of that target group.

[40] Even if a pay equity statute could be characterized as an “affirmative action” or “employment equity” program anticipated by s. 15(2), a highly debatable proposition, the women who have brought the s. 15(1) claim in this case are the very beneficiaries of this scheme. They are not arguing that they have been excluded from the scheme, they are arguing that the timeline in the scheme applicable to them has a discriminatory impact. This is not a claim of “reverse discrimination”, it is a claim of discrimination, period.

[41] The *Act* as a whole is, by its express terms, intended to apply to and benefit women in two kinds of workplaces — where male comparators exist, and where they do not. Different timelines have been set out for each. The claim of discrimination arises not from the difference in the timelines, which is not the focus of the complaint, but from the *extent* of the delay resulting from the timeline applicable to the claimants. To suggest that having different timelines means that one of those groups is not within the class of “intended beneficiaries” is, with respect, a misreading of the legislative scheme and of the concept of “reverse discrimination”.

[42] This brings us to s. 1 of the *Charter*. Quebec bears the burden of justifying the *prima facie* infringement of s. 15(1) by identifying a pressing and substantial objective and showing that, in furtherance of that objective, it did not disproportionality interfere with the *Charter* right. The first step is to identify the objective of the infringing measure, namely the legislatively mandated delay in pay equity in workplaces where there are no male comparators.

sur le fait que le régime est censé venir en aide aux femmes qui travaillent dans des milieux sans comparateurs masculins. En outre, l'article premier de la *Loi* ne laisse planer aucun doute sur le fait que le régime vise à venir en aide aux « personnes qui occupent des emplois dans des catégories d'emplois à prédominance féminine », sans aucune restriction, et son second alinéa indique clairement que les demanderesse ont toujours fait partie de ce groupe cible.

[40] Même si une loi en matière d'équité salariale pouvait être qualifiée de programme de « promotion sociale » ou d'« équité en matière d'emploi » visé par le par. 15(2) — une proposition fort discutable —, les femmes qui ont formulé l'allégation fondée sur le par. 15(1) en l'espèce sont les bénéficiaires mêmes du régime. Elles ne prétendent pas qu'elles ont été exclues du régime, mais soutiennent plutôt que l'échéancier établi par celui-ci à leur égard a un effet discriminatoire. Il ne s'agit pas d'une allégation de « discrimination à rebours », mais d'une allégation de discrimination tout court.

[41] Selon ses termes exprès, la *Loi* dans son ensemble est censée s'appliquer et venir en aide aux femmes qui travaillent dans deux types de milieux — ceux où il existe des comparateurs masculins et ceux qui en sont dépourvus. Différents échéanciers ont été établis pour chacun d'eux. L'allégation de discrimination découle non pas de la différence entre ces échéanciers, ce qui ne constitue pas l'élément central de la plainte, mais de l'*étendue* du délai découlant de l'échéancier applicable aux demanderesse. Soutenir que l'existence d'échéanciers différents signifie que l'un de ces groupes ne fait pas partie de la catégorie des « bénéficiaires visées » constitue, soit dit en tout respect, une interprétation erronée du régime législatif et de la notion de « discrimination à rebours ».

[42] Nous devons maintenant examiner l'article premier de la *Charte*. Il incombe au Québec de justifier la violation *prima facie* du par. 15(1) en établissant un objectif urgent et réel, et en démontrant que, dans la poursuite de cet objectif, il n'a pas porté atteinte de manière disproportionnée au droit garanti par la *Charte*. Dans un premier temps, il faut établir l'objectif de la mesure attentatoire, à savoir le délai imparti par la loi pour mettre en œuvre l'équité

This delay occurred because of the combined effect of ss. 38 and 114 of the *Act*.

[43] The essence of Quebec’s argument is that the pressing and substantial objective was to enact a scheme that created an effective remedy for systemic pay discrimination for women who were outside the existing pay equity scheme. The delay was, it argued, necessary to finding the right approach. I see no reason for refusing to accept this as the objective of the delay caused by s. 38.

[44] The next question is whether the delay is rationally connected to the purpose. The Pay Equity Commission needed time to develop a methodology, and the resulting regulation had to move through the necessary stages of executive and legislative approval. The issue was complex and required considerable research and analysis. The 1995 reports commissioned by the government gave no guidance to Quebec on how to measure gender-based inequity in private enterprises lacking male comparators. Nor did any solution emerge as a result of the public consultations held during the legislative process. Moreover, there was scant policy experience elsewhere to draw on for inspiration. When the *Act* was adopted, there was little guidance from other Canadian jurisdictions for extending the benefits of pay equity legislation to female employees in workplaces without male comparators in the private sector. The closest equivalent in terms of coverage was Ontario’s *Pay Equity Act*, R.S.O. 1990, c. P.7, but it applied only to workplaces in the “public” sector. I therefore accept that the delay in developing and implementing a credible methodology is rationally connected to the objective of creating the possibility of an effective remedy.

[45] As to minimal impairment, the question is whether the delay that resulted from the legislation impaired equality rights as little as reasonably

salariale dans les milieux de travail sans comparateurs masculins. Ce délai résulte de l’effet combiné des art. 38 et 114 de la *Loi*.

[43] Le Québec soutient essentiellement que l’objectif urgent et réel était d’adopter un régime qui créait une réparation efficace à l’égard de la discrimination salariale systémique dont étaient victimes les femmes qui n’étaient pas visées par le régime d’équité salariale existant. Le délai était, selon lui, nécessaire pour trouver l’approche appropriée. Je ne vois aucune raison de ne pas convenir qu’il s’agit là de l’objectif du délai établi à l’art. 38.

[44] Il faut ensuite déterminer si le délai a un lien rationnel avec l’objectif poursuivi. La Commission de l’équité salariale avait besoin de temps pour élaborer une méthode, et le règlement qui s’en est suivi devait franchir les étapes nécessaires du processus d’approbation par les pouvoirs exécutif et législatif. Il s’agissait d’une question complexe qui commandait d’importantes recherches et analyses. Les rapports de 1995 réalisés à la demande du gouvernement n’indiquaient pas au Québec comment mesurer l’iniquité fondée sur le sexe dans les entreprises privées sans comparateurs masculins. De plus, aucune solution ne se dégageait des consultations publiques tenues durant le processus législatif et s’ajoutait à cela le fait qu’il existait fort peu d’exemples de politiques adoptées ailleurs desquelles s’inspirer. Lorsque la *Loi* a été adoptée, il y avait peu d’enseignements à tirer des autres ressorts canadiens pour ce qui est d’étendre l’application des mesures législatives en matière d’équité salariale aux salariées occupant un emploi dans des milieux de travail dépourvus de comparateurs masculins dans le secteur privé. Son plus proche équivalent relativement au domaine couvert était la *Loi sur l’équité salariale*, L.R.O. 1990, c. P.7, de l’Ontario, mais celle-ci s’appliquait uniquement dans le secteur « public ». Je conviens donc que le délai pour élaborer et mettre en œuvre une méthode crédible a un lien rationnel avec l’objectif de permettre l’obtention d’une réparation efficace.

[45] En ce qui concerne l’atteinte minimale, il faut se demander si le délai établi par la loi portait aussi peu atteinte au droit à l’égalité qu’il était

necessary to create the possibility of an effective remedy.

[46] Quebec was seeking a wide-ranging and pioneering approach to pay equity for women in workplaces without male comparators. Where, as here, the government introduced, and gave effect to, an entirely new regime, a degree of delay is to be expected. Minimal impairment requires the government to narrowly tailor limitations to its pressing and substantial objective, but, as McLachlin J. held in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199:

The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . [para. 160]

In other words, governments enacting multi-faceted remedial regimes to protect constitutional rights should be given some degree of latitude to accomplish the objectives sought through these initiatives (*RJR-MacDonald*, at para. 135; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624).

[47] But the government must demonstrate that, in the circumstances, it acted with reasonable diligence. The time frame must be calibrated to the nature and complexity of the issue, but it cannot be indefinite.

[48] The fact that so many years elapsed between the adoption of the *Act* and the promulgation of the Regulation is, on its face, troubling. The trial judge reviewed in considerable detail the reasons for the delay and found that it was not caused by a lack of diligence on Quebec's part. There was ample evidence to support that factual finding. In this case, a significant cause of the delay was that the Pay Equity

raisonnablement nécessaire de le faire pour permettre l'obtention d'une réparation efficace.

[46] Le Québec cherchait une approche d'une large portée et avant-gardiste en matière d'équité salariale pour les femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins. Lorsque, comme en l'espèce, le gouvernement introduit un régime entièrement nouveau et y donne effet, il faut s'attendre à certains délais. Pour qu'il y ait atteinte minimale, le gouvernement doit veiller à ce que les restrictions soient étroitement adaptées à son objectif urgent et réel, mais, comme l'a dit la juge McLachlin dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 :

Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation . . . [par. 160]

Autrement dit, les gouvernements qui adoptent des régimes réparateurs à multiples facettes en vue de protéger des droits constitutionnels devraient bénéficier d'une certaine latitude pour réaliser les objectifs visés par ces initiatives (*RJR-MacDonald*, par. 135; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993-994; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624).

[47] Toutefois, le gouvernement doit établir que, dans les circonstances, il a fait preuve d'une diligence raisonnable. Le délai doit être adapté à la nature et à la complexité de la question, mais il ne peut avoir une durée indéfinie.

[48] Le fait que tant d'années se soient écoulées entre l'adoption de la *Loi* et la promulgation du Règlement est, de prime abord, troublant. Le juge de première instance a examiné de façon très détaillée les raisons du retard et il a conclu qu'il ne résultait pas d'un manque de diligence de la part du Québec. Une preuve abondante étayait cette conclusion de fait. En l'espèce, ce retard était largement attribuable

Commission, the agency in charge of administering the *Act*, was itself only created in 1996 and was tasked with numerous new duties. The move in 1996 from a complaints-based regime under s. 19 of the Quebec *Charter* to a proactive pay equity scheme meant that the Commission had to develop new strategies for implementation on multiple fronts.

[49] As the trial judge found, the first proposal for a methodology to the Minister of Labour came in 2002 and was the result of considerable effort from the Pay Equity Commission. In the end, it was rejected because it did not conform to the conditions in s. 114. The Commission's second proposal in 2004 to the Minister of Labour ultimately proved successful, and was followed closely by the promulgation of the Regulation in 2005. While close to the line, in my view the record supports the conclusion that Quebec was not unreasonable in the steps it took to keep the delay within reasonable bounds.

[50] And I would make the same observation regarding the unions' complaints about the two-year grace period given to employers under s. 38. Just as the scheme contemplated a regrettable but necessary period of delay while a viable methodology was developed and approved, it also contemplated a two-year period for employers to determine how to implement the new regime in their enterprises. Quebec struck an acceptable balance between the scheme's objective in ensuring compensation, and the logistical complexity of implementing a new system. Again, although close to the line, in my respectful view the two-year grace period did not bring the length of the delay outside reasonable bounds.

[51] The final step is proportionality, balancing the harm of the delay created by s. 38 against the benefit of waiting for the implementation of the regime.

au fait que la Commission de l'équité salariale, l'organisme responsable de l'application de la *Loi*, n'avait été instaurée qu'en 1996 et qu'elle s'était vu confier de nombreuses nouvelles tâches. Le passage, en 1996, d'un régime de plaintes fondé sur l'art. 19 de la *Charte* québécoise à un régime d'équité salariale proactif signifiait que la Commission devait élaborer de nouvelles stratégies pour une mise en œuvre dans plusieurs domaines.

[49] Comme l'a constaté le juge de première instance, la première proposition de méthode a été faite au ministre du Travail en 2002, proposition issue d'un effort considérable de la part de la Commission de l'équité salariale. Au bout du compte, celle-ci a été rejetée parce qu'elle ne respectait pas les conditions énoncées à l'art. 114. La deuxième proposition que la Commission a faite au ministre du Travail en 2004 a finalement été retenue et a été suivie de près par la promulgation du Règlement en 2005. Bien qu'il s'agisse d'un cas limite, j'estime que le dossier étaye la conclusion selon laquelle le Québec n'a pas agi de façon déraisonnable dans les dispositions qu'il a prises pour que le délai ne dépasse pas des limites raisonnables.

[50] Par ailleurs, je ferais la même observation en ce qui concerne les plaintes des syndicats à l'égard du délai de grâce de deux ans donné aux employeurs par l'art. 38. Tout comme il a prévu un délai regrettable, mais nécessaire, pour permettre l'élaboration et l'approbation d'une méthode viable, le régime a également accordé aux employeurs une période de deux ans pour déterminer comment ils mettraient en œuvre le nouveau régime dans leur entreprise. Le Québec a établi un équilibre acceptable entre l'objectif du régime d'assurer une indemnisation et la complexité, sur le plan logistique, de la mise en œuvre d'un nouveau système. Encore une fois, bien qu'il s'agisse d'un cas limite, j'estime que le délai de grâce de deux ans n'a pas porté la durée du délai en dehors de limites raisonnables.

[51] La dernière étape est celle de la proportionnalité, laquelle consiste à mettre en balance les effets préjudiciables du délai établi à l'art. 38 et les effets bénéfiques d'avoir à attendre que le régime soit mis en œuvre.

[52] The negative consequences of the delay are clear: access to pay equity was postponed until May 5, 2007. In the time that elapsed between the adoption of the *Act* and the end of the two-year grace period, women in workplaces without male comparators continued to experience pay inequity.

[53] In my respectful view, however, the ultimate advantages of Quebec's expanded approach outweigh the harm. Women in workplaces with no male comparators saw the creation of an effective, coherent remedy for systemic economic discrimination where none had previously existed. The delay was serious and regrettable, but had the long-term benefit of resulting in the *Act's* meaningful ability to address pay discrimination for a previously excluded group of female employees.

[54] Nonetheless, the unions argue that Quebec cannot satisfy the proportionality test because of the absence of retroactive payments covering the period of the delay. Quebec chose to make compensation available from the point in time at which a viable methodology had been developed. This represented a proper balancing of interests. On the one hand, the scheme was designed to make employers responsible for paying compensation once they had the tools to identify and measure pay inequity. On the other, employers would *not* be responsible for compensation *before* those tools were developed. As this Court held in *RJR-MacDonald*, proportionality does not require perfection, nor does legislation fail the proportionality test just because the claimants can “conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement” (para. 160). The test is whether the balance Quebec struck falls within the range of “reasonable alternatives” (para. 160) and results in greater benefit than harm. In my view, it does.

[52] Les conséquences négatives du délai sont manifestes : l'accès à l'équité salariale a été reporté au 5 mai 2007. Pendant la période qui s'est écoulée entre l'adoption de la *Loi* et la fin du délai de grâce de deux ans, les femmes travaillant dans des milieux sans comparateurs masculins ont continué d'être payées de façon inéquitable.

[53] Toutefois, je suis d'avis que les avantages ultimes de l'approche élargie adoptée par le Québec l'emportent sur le préjudice qu'elle occasionne. Les femmes travaillant dans des milieux où il n'y a pas de comparateurs masculins ont vu la création d'une réparation efficace et cohérente à l'égard de la discrimination économique systémique, alors qu'il n'en existait auparavant aucune. Le délai en cause est important et regrettable, mais il a toutefois eu l'avantage à long terme de faire en sorte que la *Loi* puisse véritablement remédier à la discrimination salariale dont était victime un groupe de femmes auparavant exclues.

[54] Néanmoins, les syndicats soutiennent que le Québec ne peut satisfaire au critère de proportionnalité en raison de l'absence de paiements rétroactifs pour la période du délai. Le Québec a décidé de rendre possible une indemnisation à partir du moment où une méthode viable serait élaborée. Cela représente une mise en balance adéquate des intérêts en cause. D'une part, le régime visait à obliger les employeurs à verser une indemnisation une fois qu'ils auraient les outils leur permettant de repérer et de mesurer les iniquités salariales. D'autre part, les employeurs *ne* seraient *pas* tenus de le faire *avant* que ces outils ne soient élaborés. Comme l'a affirmé la Cour dans *RJR-MacDonald*, la proportionnalité n'exige pas la perfection, et on ne peut conclure qu'une loi ne respecte pas le critère de proportionnalité du simple fait que les demandeurs peuvent « envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation » (par. 160). Le critère consiste à se demander si l'équilibre établi par le Québec se situe à l'intérieur de la gamme de « mesures raisonnables » (par. 160) et si ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables. À mon avis, c'est le cas.

[55] The *prima facie* breach is therefore justified under s. 1.

[56] I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of Wagner, Côté, Brown and Rowe JJ. delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[57] As Binnie J. noted in *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at para. 30, and as the trial judge reiterated in the case at bar (2014 QCCS 4197, at para. 17 (CanLII)), “[p]ay equity has been one of the most difficult and controversial workplace issues of our times.” This appeal provides a good illustration of how difficult it is to achieve such an objective.

[58] For many years, the situation of women in the workplace was characterized by significant inequality resulting from prejudice, stereotyping and discrimination. Such discrimination was described as systemic, because it [TRANSLATION] “is cloaked in normality, so deeply imprinted on our attitudes and thinking is the gender-based division of social roles” (*Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, No. 35, 1st Sess., 35th Leg., February 6, 1996, at p. 1).

[59] This problem was magnified by occupational segregation. Women were often concentrated in a narrow range of occupations with characteristics commonly associated with female job classes. The result was that these job classes were devalued and that such employees were often underpaid.

[60] Conscious of this problem, the Quebec legislature enacted the *Pay Equity Act*, S.Q. 1996, c. 43 (now CQLR, c. E-12.001) (“Act”), on November 21, 1996. The purpose of the Act, which is applicable to both the public sector and the private sector, is

[55] La violation *prima facie* est donc justifiée au regard de l’article premier.

[56] Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Les motifs des juges Wagner, Côté, Brown et Rowe ont été rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[57] Comme le notait le juge Binnie dans l’arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 30, et comme l’a rappelé le juge de première instance dans la présente affaire (2014 QCCS 4197, par. 17 (CanLII)) : « L’équité salariale est l’une des questions les plus épineuses et controversées de notre époque dans le monde du travail. » Le présent pourvoi constitue un bon exemple de la difficulté que représente l’atteinte d’un tel objectif.

[58] Pendant de nombreuses années, la situation des femmes sur le marché du travail fut caractérisée par d’importantes inégalités dues aux préjugés, aux stéréotypes et à la discrimination. Cette discrimination fut qualifiée de systémique puisqu’elle « revêt la forme de la normalité, tant l’attribution des rôles sociaux selon les sexes est profondément imprimée dans nos mentalités et dans nos façons de penser » (*Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 35, 1^{re} sess., 35^e lég., 6 février 1996, p. 1).

[59] Ce problème fut également accentué par la ségrégation professionnelle. En effet, les femmes se retrouvent souvent concentrées dans une gamme restreinte de métiers et de professions possédant des caractéristiques couramment associées aux catégories d’emplois féminins. Il en résulte une dévalorisation de ces catégories d’emplois, et des salariées souvent sous-payées.

[60] Conscient de ce problème, le législateur québécois adoptait, le 21 novembre 1996, la *Loi sur l’équité salariale*, L.Q. 1996, c. 43 (maintenant RLRQ, c. E-12.001) (« Loi »). Applicable tant au secteur public qu’au secteur privé, la Loi a pour but

to “redress differences in compensation due to the systemic gender discrimination suffered by persons who occupy positions in predominantly female job classes” (s. 1).

[61] The Act requires every public or private employer whose enterprise has between 10 and 49 employees to determine the adjustments in compensation required to afford the same remuneration, for work of equal value, to employees⁶ holding positions in predominantly female job classes as to employees holding positions in predominantly male job classes (s. 34).

[62] An employer whose enterprise has 50 or more employees must establish, in accordance with the Act, a pay equity plan to redress differences in compensation due to discrimination (ss. 10, 31 and 50).

[63] As a general rule, employers that were subject to the Act when it came into force on November 21, 1997 had to determine the required compensation adjustments and make the necessary payments within four years, that is, by November 21, 2001 (ss. 37 and 71). If an employer failed to do so within this time limit, the unpaid adjustments bore interest at the legal rate from that date (s. 71 para. 2).

[64] At the time the Act was enacted, the Minister responsible for the Status of Women described it as an implementation statute (*Journal des débats de l'Assemblée nationale*, vol. 35, No. 56, 2nd Sess., 35th Leg., November 21, 1996, at p. 3306), because its purpose was to uphold the right to pay equity already provided for in the *Charter of human rights and freedoms*, S.Q. 1975, c. 6 (now CQLR, c. C-12) (“*Quebec Charter*”):

19. Every employer must, without discrimination, grant equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place.

...

⁶ This includes men holding positions in predominantly female job classes.

de « corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe à l’égard des personnes qui occupent des emplois dans des catégories d’emplois à prédominance féminine » (art. 1).

[61] La Loi oblige tout employeur, public ou privé, dont l’entreprise compte entre 10 et 49 salariés à déterminer les ajustements salariaux nécessaires afin d’accorder, pour un travail équivalent, la même rémunération aux salariées⁶ qui occupent des emplois dans des catégories d’emplois à prédominance féminine, que la rémunération accordée aux salariés qui occupent des emplois dans des catégories d’emplois à prédominance masculine (art. 34).

[62] L’employeur dont l’entreprise compte 50 salariés ou plus doit établir un programme d’équité salariale selon les modalités prévues par la Loi afin de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination (art. 10, 31 et 50).

[63] En règle générale, les employeurs assujettis à la Loi au moment de son entrée en vigueur le 21 novembre 1997 devaient déterminer les ajustements salariaux requis et effectuer les versements nécessaires dans un délai de quatre ans, soit au plus tard le 21 novembre 2001 (art. 37 et 71). À défaut de respecter ce délai, les ajustements portent intérêt au taux légal à partir de cette date (art. 71 al. 2).

[64] Au moment de l’adoption de la Loi, la ministre responsable de la Condition féminine la qualifie de loi d’application (*Journal des débats de l'Assemblée nationale*, vol. 35, n° 56, 2^e sess., 35^e lég., 21 novembre 1996, p. 3306) puisqu’elle vise à garantir le respect du droit à l’équité salariale déjà prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6 (maintenant RLRQ, c. C-12) (« *Charte québécoise* ») :

19. Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

...

⁶ Ce terme vise également les hommes qui occupent un emploi dans une catégorie à prédominance féminine. Toutefois, puisque les personnes visées sont très majoritairement des femmes, je préfère employer le genre féminin.

[65] In enacting the Act, the legislature chose to go further than the Quebec *Charter* and to extend the application of the Act to employees working in enterprises in which it was impossible to make comparisons with predominantly male job classes. Indeed, such employees could not benefit from s. 19 of the Quebec *Charter*, since comparisons under that section were limited to employees “who perform equivalent work at the same place”. Although there were of course male employees in the enterprises in question, their compensation was also affected by systemic gender discrimination, because they worked in predominantly female occupations. A comparison with the compensation of male co-workers would therefore be of no assistance in ensuring that the enterprise’s female employees were paid compensation that was free of discrimination.

[66] Furthermore, under s. 19 of the Quebec *Charter*, an employee had to file a complaint and prove that his or her remuneration was discriminatory. This individual complaint scheme proved inadequate to address a systemic issue like that of pay equity. In the Act, a proactive scheme was therefore established under which the employer was required to review its own situation and ensure that the compensation it paid was free of prejudice and discrimination.

[67] Quebec broke new ground when it enacted the Act, becoming the first province to include private sector enterprises without predominantly male job classes in the scope of pay equity legislation. However, a method for determining the adjustments required in such enterprises remained to be developed. One thing is clear from the reports of expert panels and numerous consultations: no concrete solution had been proposed for determining the compensation adjustments required in these enterprises.

[68] The legislature thus opted to proceed by way of regulation, as had been recommended by most of the experts and stakeholders who were consulted. This meant that the Act could be passed quickly so as to guarantee pay equity for most employees. The

[65] Par l’adoption de cette Loi, le législateur choisit d’aller plus loin que la *Charte* québécoise et d’étendre son champ d’application aux salariées œuvrant dans des entreprises où l’on ne peut effectuer de comparaison avec des catégories d’emplois à prédominance masculine. En effet, ces salariées ne pouvaient bénéficier de l’art. 19 de la *Charte* québécoise, puisque l’art. 19 se limite aux comparaisons entre salariés « qui accomplissent un travail équivalent au même endroit ». Les entreprises en cause comptent certes des salariés masculins, mais le salaire de ces derniers est également touché par la discrimination systémique fondée sur le sexe puisque ces salariés masculins occupent un emploi à prédominance féminine. Une comparaison avec le salaire des collègues masculins ne serait donc d’aucune utilité en vue de garantir aux salariées de l’entreprise un traitement salarial exempt de discrimination.

[66] Par ailleurs, en vertu de l’art. 19 de la *Charte* québécoise, une salariée devait déposer une plainte et faire la preuve du caractère discriminatoire de sa rémunération. Or, ce régime de plainte individuelle s’est révélé inadéquat face à un problème systémique comme l’équité salariale. La Loi vise donc à mettre en place un régime proactif obligeant l’employeur à procéder lui-même à une vérification et assurer que les salaires qu’il offre sont exempts de préjugés et de discrimination.

[67] En adoptant la Loi, le Québec innove et devient la première province à inclure les entreprises privées sans catégories d’emplois à prédominance masculine dans le champ d’application d’une loi sur l’équité salariale. La méthode permettant de déterminer les ajustements nécessaires dans ces entreprises demeure toutefois à être élaborée. Au vu des rapports des groupes d’experts et des nombreuses consultations effectuées, un constat s’impose : aucune solution concrète n’a été mise de l’avant pour assurer la détermination des ajustements salariaux requis dans ces entreprises.

[68] Le législateur opte donc pour la voie réglementaire comme le recommandaient la plupart des experts et des intervenants consultés. On pourra ainsi adopter la Loi rapidement et garantir l’équité salariale à la plupart des salariées. La Commission de

Commission de l'équité salariale ("Commission") (now the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) could then establish a solution by way of a regulation that would be submitted to the government to be examined and then made (s. 114 of the Act). The employers concerned would then have to determine and pay the required compensation adjustments within two years of the coming into force of the regulation (s. 38 of the Act).

[69] It took just over five years for the solution in question to be developed and adopted. There were several reasons for this delay, as I will explain below. For one thing, the Act required the Commission to base its solution on job classes in enterprises in which a pay equity plan had already been completed. The Commission therefore had to wait for the completion of an initial pay equity exercise before it could start developing the regulation. Moreover, because of the complexity of the problem, the Commission had to appoint a consulting firm, produce documents and reports, and hold various consultations. The *Regulation respecting pay equity in enterprises where there are no predominantly male job classes*, (2005) 137 G.O. II, 977 (now CQLR, c. E-12.001, r. 2), finally came into force on May 5, 2005, and the employees to whom it applied were entitled to compensation adjustments as of May 5, 2007.

II. Arguments of the Parties

[70] The appellants represent employees working for enterprises in which there are no predominantly male job classes, childcare centres in particular. Under ss. 13, 38 and 114 of the Act, such employees had to wait until May 5, 2007 to obtain compensation adjustments, whereas employees of enterprises that had male comparators were entitled to adjustments as of November 21, 2001.

[71] The appellants argue that, because the compensation adjustments were not retroactive to November 21, 2001, this delay was discriminatory, and contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("Charter"). They add that

l'équité salariale (« Commission ») (maintenant la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) pourra ensuite établir une solution par règlement qui sera soumise au gouvernement pour étude et adoption (art. 114 de la Loi). Les employeurs concernés devront alors déterminer et verser les ajustements salariaux nécessaires dans un délai de deux ans suivant l'entrée en vigueur du règlement (art. 38 de la Loi).

[69] L'élaboration et l'adoption de cette solution ont nécessité un peu plus de cinq ans. Plusieurs raisons justifient ce délai, comme je l'explique plus loin. D'une part, la Loi prévoit que la Commission doit se fonder sur les catégories d'emplois dans des entreprises où un programme d'équité salariale a déjà été complété. La Commission doit donc attendre qu'un premier exercice d'équité salariale ait été complété avant d'entreprendre l'élaboration du règlement. D'autre part, en raison de la complexité du problème, la Commission a dû avoir recours à une firme de consultants, produire des documents et rapports, et procéder à diverses consultations. Le *Règlement sur l'équité salariale dans les entreprises où il n'existe pas de catégories d'emplois à prédominance masculine*, (2005) 137 G.O. II, 1425 (maintenant RLRQ, c. E-12.001, r. 2), est donc finalement entré en vigueur le 5 mai 2005, et les salariées visées ont eu droit aux ajustements salariaux à compter du 5 mai 2007.

II. Prétentions des parties

[70] Les appelants représentent des salariées travaillant pour des entreprises où il n'existe pas de catégories d'emplois à prédominance masculine, plus particulièrement des centres de la petite enfance. En vertu des art. 13, 38 et 114 de la Loi, ces salariées ont dû attendre jusqu'au 5 mai 2007 pour obtenir des ajustements salariaux, alors que les salariées d'entreprises où il existait de tels comparateurs masculins y ont eu droit à compter du 21 novembre 2001.

[71] Selon les appelants, en l'absence de rétroactivité des ajustements salariaux au 21 novembre 2001, ce délai est discriminatoire et contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« Charte »). De plus, il ne peut être justifié en vertu de l'article

it cannot be justified under s. 1, because it did not have a pressing and substantial objective and was not proportional having regard to its effects.

[72] The legislative provision the appellants are challenging is s. 38 of the Act, which provides that the payment of adjustments to employees working in enterprises with no predominantly male job classes would depend on the date when the regulation was made. The appellants submit that s. 38 is unconstitutional because the legislature did not provide that the compensation adjustments would be retroactive should the regulation's coming into force date cause a delay in relation to the adjustments granted to employees working in enterprises with predominantly male job classes. Thus, what is in issue is the absence of retroactivity, not a failure on the government's part to act promptly to make its regulation under s. 114.

[73] The appellants ask this Court to declare s. 38 of the Act to be invalid and of no force or effect. The time limit provided for in s. 37 would therefore apply to the employees they represent, who could then obtain compensation adjustments retroactive to November 21, 2001.

[74] The respondent submits that s. 38 of the Act does not create a discriminatory distinction based on an enumerated or analogous ground under s. 15(1) of the *Charter*. Even if it did, which the respondent denies, the distinction would be saved by s. 15(2) of the *Charter*. The respondent also argues that s. 38 is a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*.

III. Judicial History

[75] Following an exhaustive review of the evidence, Yergeau J. of the Quebec Superior Court, in a very well-reasoned judgment, concluded that s. 38 of the Act should not be declared to be invalid, and dismissed the appellants' application. He found on a balance of probabilities that the distinction created

premier puisqu'il ne repose sur aucun objectif urgent et réel et n'est pas proportionnel eu égard aux effets engendrés.

[72] La disposition législative contestée par les appelants est l'art. 38 de la Loi, qui statue que les ajustements pour les salariées œuvrant dans des entreprises sans catégories d'emplois à prédominance masculine seront versés en fonction de la date d'adoption du règlement. Les appelants plaident l'inconstitutionnalité de cette disposition au motif que le législateur n'a pas prévu la rétroactivité des ajustements salariaux dans le cas où la date d'entrée en vigueur du règlement avait pour effet d'entraîner un délai par rapport aux ajustements accordés aux salariées œuvrant dans des entreprises comptant des catégories d'emplois à prédominance masculine. C'est donc l'absence de rétroactivité qui est contestée, plutôt que la conduite du gouvernement qui aurait tardé à agir pour adopter son règlement en vertu de l'art. 114.

[73] Les appelants demandent à notre Cour de déclarer invalide et inopérant l'art. 38 de la Loi. Les salariées qu'ils représentent pourraient ainsi bénéficier du délai prévu à l'art. 37 et obtenir des ajustements salariaux rétroactivement au 21 novembre 2001.

[74] L'intimée prétend pour sa part que l'art. 38 de la Loi ne crée aucune distinction discriminatoire fondée sur un motif énuméré ou analogue au regard du par. 15(1) de la *Charte*. Même si c'était le cas, ce qu'elle nie, cette distinction serait sauvegardée par application du par. 15(2) de la *Charte*. De plus, selon l'intimée, la règle de droit prévue à l'art. 38 constitue une restriction raisonnable et dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*.

III. Historique judiciaire

[75] Après une revue exhaustive de la preuve, l'honorable juge Yergeau de la Cour supérieure du Québec, dans un jugement fort bien étayé, conclut qu'il n'y a pas lieu de déclarer invalide l'art. 38 de la Loi et rejette la demande des appelants. Il estime que, selon la preuve prépondérante, la distinction établie

by that section was based not on sex, but on the fact that the enterprises in question had no predominantly male job classes that would allow for comparison. The delay had been caused by difficulties flowing from this reality, not by any negligence or failure to act on the government's part (paras. 137-38, 198 and 242).

[76] Yergeau J. identified a number of factors that accounted for the delay in developing a method for calculating the necessary compensation adjustments for employees holding positions in enterprises with no male comparators:

[TRANSLATION] A variety of factors, including (a) the delay in implementing equity in [enterprises with male comparators] as in the government itself, (b) the novel character of the application of equity to [enterprises with no male comparators], (c) a lack of Canadian legislative precedents, (d) the very structure of section 114 of the Act, (e) the scheme of the [Act], under which pay equity is not meant to become an exercise in levelling compensation by importing salary structures from one enterprise to another, (f) a lack of concrete suggestions from labour organizations and certified associations, and (g) the 2003 decision not to amend section 114 of the Act for strategic reasons, caused the Regulation respecting pay equity to be delayed. [para. 137]

[77] Yergeau J. also found that s. 38 of the Act did not have a discriminatory impact, as it did not perpetuate prejudice or a stereotype. On the contrary, the legislature had recognized from the outset the systemic discrimination that affected employees holding positions in enterprises with no male comparators, and had chosen to confer the protection of the Act on this group that previously had no remedy under s. 19 of the *Quebec Charter*. He argued that this was the opposite of prejudice.

[78] Section 38 of the Act was therefore valid and consistent with s. 15(1) of the *Charter*.

[79] The Quebec Court of Appeal, per Vézina, St-Pierre and Émond JJ.A., upheld the trial judge's

par cette disposition n'est pas fondée sur le sexe, mais repose plutôt sur l'absence dans ces entreprises de catégories d'emplois à prédominance masculine permettant la comparaison. Ce seraient les difficultés découlant de cette réalité qui auraient entraîné le délai et celui-ci ne serait pas le résultat d'une quelconque négligence ou omission de la part du gouvernement (par. 137-138, 198 et 242).

[76] Le juge Yergeau retient que plusieurs facteurs expliquent le délai encouru pour l'élaboration d'une méthode de calcul afin de permettre les ajustements salariaux nécessaires pour les salariées occupant des emplois dans des entreprises sans comparateurs masculins :

Divers facteurs, dont a) le retard dans la mise en œuvre de l'équité au sein des [entreprises avec comparateur masculin] comme au sein de l'appareil gouvernemental, b) le caractère novateur de l'application de l'équité aux [entreprises sans comparateur masculin], c) l'absence de précédents législatifs canadiens, d) la structure même de l'article 114 de la Loi, e) l'économie de la [Loi] qui veut que l'équité salariale ne devienne pas, par l'importation de structures salariales entre entreprises, un exercice de nivellement des salaires, f) l'absence de suggestions concrètes de la part des organisations syndicales et des associations accréditées, g) le refus en 2003, pour des motifs stratégiques, de modifier l'article 114 de la Loi, ont pour effet que le Règlement sur l'équité salariale glisse dans le temps. [par. 137]

[77] Selon le juge Yergeau, l'art. 38 de la Loi n'a pas non plus d'effet discriminatoire puisqu'il ne perpétue aucun préjugé ou stéréotype. Au contraire, l'existence de discrimination systémique touchant les salariées occupant des emplois dans des entreprises sans comparateur masculin est reconnue d'emblée par le législateur. Celui-ci choisit d'accorder la protection de la Loi à ce groupe qui était auparavant sans recours en vertu de l'art. 19 de la *Charte québécoise*. Il s'agit selon lui du contraire d'un préjugé défavorable.

[78] L'article 38 de la Loi est donc valide et conforme au par. 15(1) de la *Charte*.

[79] La Cour d'appel du Québec, sous la plume des juges Vézina, St-Pierre et Émond confirme le

decision and expressed complete agreement with his reasons (2016 QCCA 424).

IV. Issue

[80] The main issue is whether, because the compensation adjustments were not to be paid retroactively, the additional time that was needed to establish a method of calculation to be applied by enterprises with no male comparators in order to implement pay equity violated the right to substantive equality guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*.

V. Background and Legislative History

[81] As McIntyre J. noted in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143:

... the greatly expanded role of women in all forms of industrial, commercial and professional activity led to much inequality and many forms of discrimination. [p. 172]

[82] Women historically faced disadvantages in the labour market, both in hiring and in the performance of their duties. These disadvantages were reflected in part in their conditions of employment and in their remuneration, which was often less than that of their male co-workers: this constituted systemic discrimination. Thus, less value was attached to work associated with women than to work associated with men even where, objectively, the work was of equal value.

A. *Origins of the Pay Equity Act*

[83] In 1951, in an effort to remedy this problem, the International Labour Organization adopted the *Convention concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value (No. 100)*, Can. T.S. 1973 No. 37, which laid down the fundamental principle of equal pay for work of equal value (art. 2). In this convention, each member state undertook to take measures to ensure the objective appraisal of all jobs on the basis of the work to

jugement en souscrivant entièrement à l'avis du juge de première instance (2016 QCCA 424).

IV. Question en litige

[80] La question principale consiste à déterminer si, en l'absence de versements d'ajustements salariaux rétroactifs, le délai supplémentaire qui a été nécessaire pour établir une méthode de calcul permettant aux entreprises sans comparateur masculin de procéder à l'exercice d'équité salariale contrevient à la garantie d'égalité réelle prévue par le par. 15(1) de la *Charte*.

V. Contexte et historique législatif

[81] Comme le notait le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 :

... la très grande place qu'en sont venues à occuper les femmes au sein de toutes les formes d'activités industrielles, commerciales et professionnelles [a] engendré beaucoup d'inégalités et de nombreuses formes de discrimination. [p. 172]

[82] En effet, les femmes font l'objet de désavantages historiques sur le marché du travail, tant dans l'embauche que dans l'exercice de leurs fonctions. Ces désavantages se manifestent entre autres dans leurs conditions de travail et dans leur rémunération, laquelle est souvent moindre que celle de leurs collègues masculins : c'est la discrimination systémique. Ainsi, malgré leur valeur objectivement égale, on accorde une valeur moindre aux tâches associées aux femmes qu'à celles associées aux hommes.

A. *Genèse de la Loi sur l'équité salariale*

[83] En 1951, en vue de remédier à ce problème, l'Organisation internationale du Travail adopte la *Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (N° 100)*, R.T. Can. 1973 n° 37, qui prévoit le principe fondamental d'un salaire égal pour un travail de valeur égale (art. 2). Les États membres s'y engagent à mettre en place des mesures assurant que tous les

be performed (art. 3) rather than of prejudice. Canada ratified the convention in 1972, and it is also a party to several other international instruments that reaffirm this principle, including the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Can. T.S. 1976 No. 46, adopted by the United Nations General Assembly (accession in 1976) and the *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, Can. T.S. 1982 No. 31 (ratification in 1981).

[84] In Canada, Ontario was the first province to enact pay equity legislation, which it did in 1951 with *The Female Employees Fair Remuneration Act, 1951*, S.O. 1951, c. 26. Quebec followed suit in 1964 in enacting the *Act respecting discrimination in employment*, S.Q. 1964, c. 46, which provided for an individual remedy in cases involving discrimination in hiring or in conditions of employment.

[85] Those statutes addressed the most obvious cases of discrimination, but they did not create a right to equal pay for work of equal value. Quebec would be the first province to act in this regard when it enacted the Quebec *Charter* on June 27, 1975:

19. Every employer must, without discrimination, grant equal salary or wages to the members of his personnel who perform equivalent work at the same place.

A difference in salary or wages based on experience, seniority, years of service, merit, productivity or overtime is not considered discriminatory if such criteria are common to all members of the personnel.

...

[86] However, it quickly became clear that wage discrimination was a systemic problem that could not be resolved by means of the individual remedy provided for in the Quebec *Charter*:

[TRANSLATION] Although the *Charter* can be used to rectify certain situations, its overall impact on the achievement of pay equity is thus limited.

emplois soient évalués objectivement, sur la base des travaux qu'ils comportent (art. 3), plutôt que sur la base de préjugés. Le Canada ratifie la convention en 1972. Il est également partie à plusieurs autres instruments internationaux réaffirmant ce principe, dont le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, R.T. Can. 1976 n° 46, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies (adhésion en 1976) et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, R.T. Can. 1982 n° 31 (ratification en 1981).

[84] L'Ontario devient la première province canadienne à adopter une loi sur l'équité salariale en 1951, soit *The Female Employees Fair Remuneration Act, 1951*, S.O. 1951, c. 26. Le Québec fait de même en 1964 en adoptant la *Loi sur la discrimination dans l'emploi*, S.Q. 1964, c. 46, qui prévoit un recours individuel en cas de discrimination dans l'embauche ou dans les conditions de travail.

[85] Ces lois visent les cas de discrimination les plus évidents, mais ne prévoient pas le droit à un salaire égal pour un travail équivalent ou de valeur égale. À cet égard, le Québec sera la première province à agir en adoptant la *Charte* québécoise le 27 juin 1975 :

19. Tout employeur doit, sans discrimination, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

Il n'y a pas de discrimination si une différence de traitement ou de salaire est fondée sur l'expérience, l'ancienneté, la durée du service, l'évaluation au mérite, la quantité de production ou le temps supplémentaire, si ces critères sont communs à tous les membres du personnel.

...

[86] Un constat s'impose toutefois rapidement : la discrimination salariale est un problème systémique auquel le recours individuel prévu par la *Charte* québécoise ne permet pas de remédier :

Si la *Charte* peut permettre de corriger des situations particulières, son impact global en regard de l'atteinte de l'équité salariale demeure donc limité.

(Comité d'élaboration du projet de loi, *Document d'orientation: Une loi proactive sur l'équité salariale* (1995) ("Policy Paper"), reproduced in A.R., vol. III, at p. 11.)

[TRANSLATION] . . . this path is inappropriate in the face of a problem that is systemic, that is, that reflects widespread and enduring practices and behaviours in the labour market.

(Comité de consultation en regard à la loi proactive sur l'équité salariale, *Rapport final: Une loi proactive sur l'équité salariale* (1995) ("Final Report"), reproduced in A.R., vol. III, at p. 84.)

[87] In addition, although s. 19 of the Quebec *Charter* made it possible for an employee to file an individual complaint, such a complaint involved a process that was slow, costly and largely inaccessible to women who were not represented by a union (*Journal des débats de la Commission des affaires sociales* (February 6, 1996), at pp. 1-2). This process had the perverse effect of entailing individual confrontations between the employer and the employee concerned. Pay equity legislation would shift the burden and would place the employer under an obligation to pay non-discriminatory compensation to everyone without a complaint or a remedy being needed.

[88] In 1992, following a public consultation, the Commission des droits de la personne acknowledged the limitations of the complaint scheme under the Quebec *Charter* and recommended the enactment of proactive pay equity legislation (*Journal des débats de la Commission des affaires sociales* (February 6, 1996), at p. 2). The Secrétariat à la condition féminine then set up a committee of experts for the preparation of a bill. In June 1995, this committee submitted the Policy Paper to the responsible minister; it, too, recommended the enactment of proactive pay equity legislation and identified the major elements such legislation should include. The Policy Paper's content formed the basis for the current Act.

[89] At the time, similar proactive legislation was already in force in several Canadian provinces, including Manitoba (1985), Ontario (1987), Nova Scotia (1988), Prince Edward Island (1988),

(Comité d'élaboration du projet de loi, *Document d'orientation: Une loi proactive sur l'équité salariale* (1995) (« Document d'orientation »), reproduit au d.a., vol. III, p. 11.)

. . . cette voie est inappropriée face à un problème qui est systémique c'est-à-dire qui reflète des pratiques et des comportements généralisés et durables sur le marché du travail.

(Comité de consultation en regard à la loi proactive sur l'équité salariale, *Rapport final: Une loi proactive sur l'équité salariale* (1995) (« Rapport final »), reproduit au d.a., vol. III, p. 84.)

[87] De surcroît, l'art. 19 de la *Charte* québécoise permet à une salariée de déposer une plainte individuelle, ce qui s'avère être un processus lent, coûteux et peu accessible aux femmes non représentées par un syndicat (*Journal des débats de la Commission des affaires sociales* (6 février 1996), p. 1-2). Cette procédure a l'effet pervers d'entraîner une confrontation individuelle entre l'employeur et la salariée concernée. Une loi sur l'équité salariale viendrait renverser le fardeau et obliger l'employeur à établir des salaires exempts de discrimination pour tous, sans qu'une plainte ou un recours ne soit nécessaire.

[88] En 1992, à la suite d'une consultation publique, la Commission des droits de la personne reconnaît les limites du régime de plainte de la *Charte* québécoise et recommande l'adoption d'une loi proactive sur l'équité salariale (*Journal des débats de la Commission des affaires sociales* (6 février 1996), p. 2). Le Secrétariat à la condition féminine met alors sur pied un comité d'expertes en vue de l'élaboration d'un projet de loi. En juin 1995, le comité soumet à la ministre responsable le Document d'orientation recommandant également l'adoption d'une loi proactive sur l'équité salariale et identifiant les éléments majeurs devant y être inclus. Le contenu du Document d'orientation constitue le fondement de la Loi actuelle.

[89] À cette époque, de telles lois proactives sont déjà en vigueur dans plusieurs provinces canadiennes, dont le Manitoba (1985), l'Ontario (1987), la Nouvelle-Écosse (1988), l'Île-du-Prince-Édouard

Newfoundland (1988), New Brunswick (1989) and British Columbia (1995). Ontario's pay equity statute was the only one of these that applied to the private sector as the committee proposed in the Policy Paper. However, the committee noted that Ontario, on whose experience it was drawing because of that province's pioneering role in pay equity, had preferred to exclude private businesses with no male job classes from the scope of its legislation.

[90] The authors of the Policy Paper asserted that the Act should have the broadest possible scope. They therefore recommended going further than the Ontario legislation and the Quebec *Charter* and targeting enterprises with no male comparators. The committee of experts acknowledged that this objective would be difficult to achieve, though:

[TRANSLATION] On this subject, it is important to note from the outset that in an economy like ours, the general determination of compensation is a decentralized process. Each enterprise is free to fix the compensation that will be paid to its employees, and even when enterprises are unionized, conditions of employment are negotiated with each employer separately. This is in fact why the first legislative provisions on pay equity confined this exercise to the enterprise itself. But it goes without saying that in the context of female job ghettos, pay equity cannot be achieved within the enterprise. Therefore, unless a completely different solution is applied, for example raising the minimum wage, it must be acknowledged that achieving pay equity in such enterprises requires going outside the enterprise.

(Policy Paper, at p. 33)

[91] While some possible solutions were touched on, they were not examined in detail, and the committee of experts proposed no concrete solution in this regard in its recommendations. The committee therefore arrived at the following final recommendation, which it is important to reproduce in full:

[TRANSLATION]

5- that, in the case of private sector enterprises in which there are no, or not enough, male jobs to serve as comparators for all the female jobs, the

(1988), Terre-Neuve (1988), le Nouveau-Brunswick (1989) et la Colombie-Britannique (1995). La loi sur l'équité salariale ontarienne est la seule à s'appliquer au secteur privé comme le propose le Document d'orientation. Le comité note toutefois que l'Ontario, dont on s'inspire en raison de son avant-gardisme en matière d'équité salariale, a préféré exclure les entreprises privées sans catégories d'emplois à prédominance masculine du champ d'application de sa loi.

[90] Selon les auteures du Document d'orientation, la Loi devrait avoir le champ d'application le plus large possible. Elles recommandent donc d'aller plus loin que la loi ontarienne et la *Charte* québécoise et de viser les entreprises sans comparateurs masculins. Le comité d'expertes reconnaît toutefois qu'il sera difficile de réaliser cet objectif :

À ce sujet, il importe de mentionner au départ que la détermination générale des salaires, dans notre type d'économie, s'effectue de manière décentralisée. En effet, les entreprises déterminent chacune librement les salaires qui seront versés à leurs employés, et même lorsqu'une entreprise est syndiquée, la négociation des conditions de travail s'effectue employeur par employeur. C'est d'ailleurs pour cette raison que les premières dispositions législatives relatives à l'équité salariale ont limité cette opération au cadre de l'entreprise. Or, la réalisation de l'équité salariale dans les ghettos d'emploi féminins, par définition, ne peut se faire à l'intérieur du cadre de l'entreprise. Par conséquent, à moins de miser sur une solution tout à fait autre, par exemple la hausse du salaire minimum, il faut admettre que la réalisation de l'équité salariale dans ces entreprises nécessite d'aller au-delà du cadre de l'entreprise.

(Document d'orientation, p. 33)

[91] Bien que des pistes de solutions soient abordées, elles ne sont pas étudiées en détail, et le comité d'expertes ne formule dans ses recommandations aucune solution concrète sur la question. Le comité arrive donc à la recommandation finale suivante, qu'il importe de reproduire en entier :

5- qu'à l'égard des entreprises du secteur privé où il n'y a pas, ou pas suffisamment, d'emplois masculins pour permettre la comparaison de tous les

responsible authority recommend formulas for compensation adjustments for those jobs in a report to be submitted to the responsible minister, which must be the subject of consultations with the enterprises concerned, and that the appropriate formulas then be prescribed by a government regulation, which may also set the time limit for the enterprises in question to make the first compensation adjustments on this basis;

(Policy Paper, at p. 64)

[92] In short, if the goal was for the Act to apply to enterprises in which there were no predominantly male job classes, additional time would be needed in order to consider and develop a method of comparison for such enterprises.

[93] A second committee held a public consultation in which about 30 women's organizations, unions, employer organizations, representatives of cultural communities, and compensation experts participated. The Final Report was submitted to the responsible minister on December 1, 1995. In it, the provisions the committee believed should be included in the legislation were set out and explained. The recommendation concerning enterprises without internal male comparators remained essentially unchanged:

[TRANSLATION] [Recommendation No. 23] In the case of private sector enterprises in which there are no, or not enough, predominantly male job titles to serve as comparators for all the predominantly female jobs, the Commission de l'équité salariale will recommend formulas for compensation adjustments for those jobs in a report to be submitted to the responsible minister. That report must be the subject of consultations with enterprises, employees or their representatives, and women's groups. The appropriate formulas will then be prescribed by a government regulation, which may also set the time limit for the enterprises in question to make the first compensation adjustments on this basis.

(Final Report, at pp. 123 and 170)

[94] Once again, although certain solutions were mentioned, it was expressly acknowledged that there

emplois féminins, l'autorité responsable recommande des formules d'ajustement des salaires de ces emplois, dans un rapport qu'elle remettra au ministre responsable et qui devra faire l'objet de consultations auprès des entreprises visées, et que les formules appropriées soient ensuite déterminées par règlement du gouvernement, qui pourra aussi fixer le délai imparti à ces entreprises pour effectuer les premiers rajustements salariaux en conséquence;

(Document d'orientation, p. 64)

[92] En somme, si on souhaite que la Loi s'applique à ces entreprises, une période de réflexion supplémentaire sera nécessaire à l'élaboration d'une méthode de comparaison pour les entreprises où il n'y a pas de catégories d'emplois à prédominance masculine.

[93] Un second comité procède à une consultation publique à laquelle participent une trentaine d'organismes de femmes, de syndicats, d'organisations patronales, de représentants de communautés culturelles et d'experts en rémunération. Le Rapport final est soumis à la ministre responsable le 1^{er} décembre 1995. Il présente et explique les dispositions qui, selon le comité, devraient faire partie de la loi. La recommandation relative aux entreprises sans comparateurs masculins internes demeure sensiblement la même :

[Recommandation n° 23] À l'égard des entreprises du secteur privé où il n'y a pas, ou pas suffisamment, de titres d'emplois à prédominance masculine pour permettre la comparaison de tous les emplois à prédominance féminine, la Commission de l'équité salariale recommande des formules d'ajustement des salaires de ces emplois, dans un rapport qu'elle remettra au ministre responsable. Ce rapport devra faire l'objet de consultations auprès des entreprises, des salariés ou de leurs représentants et des groupes de femmes. Les formules appropriées seront ensuite déterminées par règlement du gouvernement, qui pourra aussi fixer le délai imparti à ces entreprises pour effectuer les premiers ajustements salariaux en conséquence.

(Rapport final, p. 123 et 170)

[94] Encore une fois, bien que certaines solutions soient évoquées, on reconnaît explicitement

was a need for additional research and analysis, which would inevitably cause delays:

[TRANSLATION] In any event, this issue of a lack of male comparators is very important, and the examples given above illustrate its complexity. Identifying possible answers in this regard would require in-depth studies and analyses, and the committee had neither the time nor the resources to conduct them. The committee is therefore of the view that one of the first tasks of the Commission de l'équité salariale should be to do research or have research done on the issue. For now, the committee can only outline some possible options, such as the ones mentioned above.

(Final Report, at pp. 125-26 (emphasis added).)

[95] Two important conclusions can be drawn from the Policy Paper and the Final Report. First of all, the importance of including employers without predominantly male job classes in the scope of the Act was recognized. Including them would guarantee pay equity and a discrimination-free workplace for as many employees as possible. Next, the authors of the Final Report also recognized the importance of comparing compensation strictly within an enterprise. Indeed, this was one of two fundamental principles that were recommended in that report:

[TRANSLATION] The proactive legislation is thus centred around two fundamental principles:

(1) What must be compared is the value of the jobs, not the value of the individuals who perform them. To avoid gender bias, remuneration must be based on the content of a job, not on the gender of those who hold it.

(2) Predominantly female jobs and predominantly male jobs must be compared within a single employer's enterprise. The purpose of pay equity between men and women is not to establish uniform rates of remuneration for all enterprises, as, for example, the minimum wage decree does, but to equalize the remuneration of equivalent predominantly female jobs and predominantly male jobs within a given enterprise. Pay equity thus requires an internal comparison exercise.

(Final Report, at p. 89)

la nécessité de recherches et d'analyses supplémentaires, ce qui entraînera inévitablement des délais :

Quoi qu'il en soit, cette question du manque de comparateurs masculins est très importante et les exemples donnés plus haut illustrent sa complexité. Des études et des analyses approfondies seraient nécessaires pour apporter des éléments de réponse à cette question et le comité n'avait ni le temps ni les moyens pour procéder à ces études et analyses. C'est pourquoi le comité est d'avis qu'une des premières tâches de la Commission de l'équité salariale devrait être d'effectuer ou de faire effectuer des recherches sur cette question. Pour l'instant, le comité ne peut qu'esquisser des avenues possibles, comme celles mentionnées plus haut.

(Rapport final, p. 125-126 (je souligne).)

[95] La revue du Document d'orientation et du Rapport final nous mène à deux conclusions importantes. D'abord, on reconnaît l'importance d'inclure les employeurs sans catégories d'emplois à prédominance masculine dans le champ d'application de la Loi. On garantit ainsi l'équité salariale et un milieu exempt de discrimination au plus grand nombre. Ensuite, le Rapport final reconnaît également l'importance de comparer les salaires strictement à l'intérieur de l'entreprise. Il s'agit d'ailleurs de l'un des deux principes fondamentaux recommandés par ce rapport :

La loi proactive est donc axée sur deux principes fondamentaux :

1) Il s'agit de comparer la valeur des emplois et non celle des personnes qui les exercent. En effet, pour éviter les préjugés sexistes, la rémunération doit être fonction du contenu d'un emploi et non du sexe de ses titulaires.

2) Il s'agit de comparer les emplois à prédominance féminine et à prédominance masculine chez un même employeur. L'équité salariale entre les hommes et les femmes ne vise pas à établir des taux de rémunération uniformes pour toutes les entreprises, comme le fait par exemple le décret sur le salaire minimum, mais plutôt à égaliser la rémunération des emplois à prédominance féminine et à prédominance masculine équivalents à l'intérieur d'une entreprise donnée. L'équité salariale impose donc un exercice de comparaison interne.

(Rapport final, p. 89)

[96] It is important to note that this second principle seemed to be essential to reconciling the interests at stake. For most of the groups representing employees, it was important that the legislation have a broad scope, that it be as close to universal as possible. They were therefore in favour of having the Act apply to employers that did not have male comparators. Some of them also asked that the provision of the draft bill be amended to require the Commission to make a regulation, as opposed to merely authorizing it to do so. In addition, they wanted there to be a time limit for making the regulation. The legislature did not adopt these last two proposals, however (s. 114 of the Act).

[97] Employer representatives were reluctant to have the calculation of the adjustments based on external comparators. As was noted in the Final Report, it is each employer's prerogative to fix the compensation it offers or might offer in its enterprise, provided that the compensation is not discriminatory.

[98] Between the introduction of the draft bill on December 15, 1995 and the passage of the bill on November 21, 1996, the National Assembly's standing committee on social affairs held a general consultation in February 1996⁷ and special consultations in August 1996,⁸ and the bill was then studied in committee.⁹ As Yergeau J. aptly noted, the reception

[96] Il importe de noter que ce second principe semble essentiel pour concilier les intérêts en jeu. En effet, la majorité des groupes représentant les salariées ont affirmé l'importance de prévoir un champ d'application large, se rapprochant le plus possible de l'universalité. En ce sens, ils accueillent favorablement l'application de la Loi aux employeurs dépourvus de comparateurs masculins. Certains d'entre eux réclament également que la disposition de l'avant-projet de loi soit modifiée pour obliger la Commission à adopter un règlement, plutôt que simplement l'autoriser à le faire. De plus, ils souhaitent qu'on impose un délai quant à son adoption. Ces deux dernières propositions ne sont toutefois pas retenues par le législateur (art. 114 de la Loi).

[97] Les intervenants représentant les employeurs sont quant à eux réticents à fonder le calcul des ajustements sur des comparateurs externes. En effet, comme le souligne le Rapport final, il revient à chaque employeur de déterminer les salaires qu'il offre ou peut offrir dans son entreprise dans la mesure où ils ne sont pas discriminatoires.

[98] Entre le dépôt de l'avant-projet de loi, le 15 décembre 1995, et l'adoption du projet de loi, le 21 novembre 1996, la Commission permanente des affaires sociales de l'Assemblée nationale tient une consultation générale en février 1996⁷ et des consultations particulières en août 1996⁸, et elle conduit des études en commission parlementaire⁹. Comme le souligne

⁷ *Journal des débats de la Commission des affaires sociales* (February 6, 1996); *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, No. 36, 1st Sess., 35th Leg., February 7, 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, No. 37, 1st Sess., 35th Leg., February 8, 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, No. 39, 1st Sess., 35th Leg., February 15, 1996.

⁸ *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, No. 32, 2nd Sess., 35th Leg., August 20, 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, No. 33, 2nd Sess., 35th Leg., August 21, 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, No. 34, 2nd Sess., 35th Leg., August 22, 1996.

⁹ *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, No. 45, 2nd Sess., 35th Leg., November 7, 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, No. 46, 2nd Sess., 35th Leg., November 12, 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, No. 47, 2nd Sess., 35th Leg., November 14, 1996; *Journal des débats de la Commission de l'économie et du travail*, vol. 38, No. 35, 1st Sess., 37th Leg., November 24, 2004.

⁷ *Journal des débats de la Commission des affaires sociales* (6 février 1996); *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 36, 1^{re} sess., 35^e lég., 7 février 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 37, 1^{re} sess., 35^e lég., 8 février 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 34, n° 39, 1^{re} sess., 35^e lég., 15 février 1996.

⁸ *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 32, 2^e sess., 35^e lég., 20 août 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 33, 2^e sess., 35^e lég., 21 août 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 34, 2^e sess., 35^e lég., 22 août 1996.

⁹ *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 45, 2^e sess., 35^e lég., 7 novembre 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 46, 2^e sess., 35^e lég., 12 novembre 1996; *Journal des débats de la Commission des affaires sociales*, vol. 35, n° 47, 2^e sess., 35^e lég., 14 novembre 1996; *Journal des débats de la Commission de l'économie et du travail*, vol. 38, n° 35, 1^{re} sess., 37^e lég., 24 novembre 2004.

was lukewarm, and the bill was [TRANSLATION] “endorsed by neither employers nor unions” (para. 61).

[99] The transcripts of the consultations show that, once again, few concrete solutions were proposed. Indeed, as Yergeau J. stated, [TRANSLATION] “the issue of how to go outside the enterprise to find male comparators without importing external wage structures remained unresolved at the end of the general consultation and for a long time afterwards” (para. 63).

[100] In the end, when the legislation was passed, it reiterated, with very few changes, the recommendation from the Policy Paper and the Final Report regarding the development of compensation adjustment formulas for enterprises with no male comparators:

114. The Commission may make regulations

(1) for the purposes of the determination of adjustments in compensation in an enterprise employing fewer than 50 employees where there are no predominantly male job classes, determining typical job classes on the basis of job classes identified in enterprises in which adjustments in compensation have already been determined and prescribing standards or weighting factors to be applied to the valuation of differences in compensation between such job classes, with due regard, in particular, for the characteristics of enterprises whose job classes are to be so compared;

(2) for the purposes of the establishment of a pay equity plan in an enterprise where there are no predominantly male job classes, determining typical job classes on the basis of job classes identified in enterprises, in which a pay equity plan has already been completed, prescribing methods to be used to determine the value of those job classes and to value the differences in compensation between the typical job classes and the job classes in an enterprise and prescribing standards or weighting factors to be applied to such differences, with due regard, in particular, for the characteristics of enterprises whose job classes are to be so compared;

fort à propos le juge Yergeau, l’accueil est mitigé, et le projet de loi ne reçoit « ni l’aval du milieu patronal, ni celui du milieu syndical » (par. 61).

[99] La lecture des procès-verbaux des consultations démontre que, encore une fois, peu de solutions concrètes sont proposées. En effet, comme l’affirme le juge Yergeau, « la question de comment sortir du cadre de l’entreprise pour trouver des comparateurs masculins sans importer de structures salariales étrangères, demeure entière à l’issue de la consultation générale et le demeure bien longtemps par la suite » (par. 63).

[100] Finalement, le texte de loi adopté reprend, avec très peu de modifications, la recommandation du Document d’orientation et du Rapport final sur les entreprises sans comparateurs masculins quant à l’élaboration de formules d’ajustement salarial :

114. La Commission peut par règlement :

1° aux fins de la détermination des ajustements salariaux dans une entreprise qui compte moins de 50 salariés où il n’existe pas de catégorie d’emplois à prédominance masculine, établir des catégories d’emplois types à partir des catégories d’emplois identifiées dans des entreprises où des ajustements salariaux ont déjà été déterminés et prévoir des normes ou des facteurs de pondération applicables à l’estimation des écarts salariaux entre ces catégories en tenant compte notamment des caractéristiques propres aux entreprises dont les catégories d’emplois sont ainsi comparées;

2° aux fins de l’établissement d’un programme d’équité salariale dans une entreprise où il n’existe pas de catégorie d’emplois à prédominance masculine, établir des catégories d’emplois types à partir des catégories d’emplois identifiées dans des entreprises où un tel programme a déjà été complété, déterminer des méthodes d’évaluation de ces catégories d’emplois ainsi que des méthodes d’estimation des écarts salariaux entre des catégories d’emplois types et des catégories d’emplois d’une entreprise et prévoir des normes ou des facteurs de pondération applicables à ces écarts en tenant compte notamment des caractéristiques propres aux entreprises dont les catégories d’emplois sont ainsi comparées;

Regulations of the Commission are subject to the approval of the Government and may be amended by the Government upon approval.

No regulation of the Commission may be approved by the Government until it is examined by the appropriate committee of the National Assembly.

B. *Origins of the Regulation Respecting Pay Equity in Enterprises Where There Are No Predominantly Male Job Classes*

[101] Once the Act came into force, therefore, the Commission had to develop a method for determining the required compensation adjustments for enterprises in which there were no predominantly male job classes. This promised to be difficult, as there was at the time no legislative precedent in Canada it could use as a model.

[102] It should first be mentioned that the Act did not give the Commission *carte blanche* in preparing the regulation. The method the Commission adopted for determining typical job classes had to be based on “enterprises in which adjustments in compensation have already been determined” (s. 114 para. 1(1)).

[103] Although some preliminary work was started, the Commission had to wait until adjustments had been completed by other employers before it could begin preparing the regulation, which, in principle, was to be completed by November 21, 2001. The president of the Commission confirmed this in a letter dated April 1999:

[TRANSLATION] . . . the Commission has, in the past few months, begun conducting studies on various workplaces in which there are no predominantly male job classes. This complex work cannot be completed quickly, because identified job classes in enterprises in which compensation adjustments have already been determined must be taken into account. Nevertheless, the necessary research must lead as quickly as possible to the drafting of a regulation.

(Reproduced in A.R., vol. VI, at p. 5.)

[104] Thus, priority had to be given to the pay equity exercise in enterprises with male comparators.

Un règlement de la Commission est soumis à l’approbation du gouvernement qui peut, en l’approuvant, le modifier.

Le gouvernement ne peut approuver un règlement de la Commission avant qu’il n’ait fait l’objet d’une étude par la commission compétente de l’Assemblée nationale.

B. *Genèse du Règlement sur l’équité salariale dans les entreprises où il n’existe pas de catégories d’emplois à prédominance masculine*

[101] Une fois la Loi entrée en vigueur, la Commission doit donc mettre au point une méthode permettant de déterminer les ajustements salariaux requis dans une entreprise où il n’existe pas de catégories d’emplois à prédominance masculine. Sa tâche s’annonce difficile puisqu’il n’existe alors aucun précédent législatif au Canada dont elle peut s’inspirer.

[102] Précisons d’emblée que la Loi ne donne pas carte blanche à la Commission dans l’élaboration du règlement. En effet, la méthode retenue pour établir les catégories d’emplois types doit se fonder sur « des entreprises où des ajustements salariaux ont déjà été déterminés » (art. 114 al. 1(1)).

[103] Bien que des travaux préliminaires soient entamés, la Commission doit attendre que les ajustements soient complétés par les autres employeurs avant d’entreprendre l’élaboration du règlement, ce qui doit en principe être terminé le 21 novembre 2001. La présidente de la Commission le confirme dans une lettre datée d’avril 1999 :

. . . la Commission a entrepris depuis quelques mois des études sur les divers milieux de travail où il n’existe pas de catégories d’emplois à prédominance masculine. Ces travaux complexes ne peuvent être complétés rapidement puisqu’ils doivent tenir compte de catégories d’emplois identifiées dans des entreprises où des ajustements salariaux ont déjà été déterminés. Néanmoins, les recherches nécessaires doivent mener le plus rapidement possible à la rédaction d’un règlement.

(Reproduit au d.a., vol. VI, p. 5.)

[104] Ainsi, priorité doit être accordée à l’exercice d’équité salariale chez les entreprises dotées de

However, that exercise was not completed within the time provided, and as of November 21, 2001, fewer than 50 percent of the enterprises had finished it (trial judge's reasons, at paras. 95-96).

[105] In October 2001, the Commission hired a consulting firm, Gestion-Conseil Loran inc. ("Loran"), to develop a method that would allow enterprises to value differences in compensation where there are no male comparators. Loran undertook to complete this work by December 15, 2001. The Commission thus expected to receive Loran's report less than a month after the other enterprises with 10 or more employees had completed the pay equity exercise.

[106] Loran finally submitted its report on February 18, 2002. It analyzed several possible solutions and ultimately proposed a six-step method. However, the proposed method was judged to be [TRANSLATION] "far too complex . . . as . . . Martine Bégin testified when examined at length on this point" (trial judge's reasons, at para. 108).

[107] The Commission therefore wanted to explore other possible options. On July 18, 2002, it published a consultation paper entitled *Proposition d'approches en l'absence de comparateur masculin* in which it proposed three approaches. At a meeting of the consultation committee on August 30, 2002, two of the proposed approaches were rejected, and the committee agreed to confine itself to the third approach, that of the assignment of comparators (segmentation approach).

[108] A new consultation paper that focused solely on the assignment of comparators method was then published on October 16, 2002. The disadvantage of this approach was that it was incompatible with the Commission's power to make regulations, as provided, and would therefore require an amendment to s. 114 of the Act.

[109] The question was submitted to the National Assembly's Standing Committee on Labour and the Economy for a general consultation on February 11 and 12, 2003, from which a consensus emerged: the

comparateurs masculins. Cet exercice ne se déroule toutefois pas selon l'échéancier prévu et, en date du 21 novembre 2001, moins de 50 pour 100 des entreprises l'ont mené à terme (jugement de première instance, par. 95-96).

[105] En octobre 2001, la Commission mandate la firme de consultants Gestion-Conseil Loran inc. (« Loran ») pour élaborer une méthode permettant aux entreprises d'estimer les écarts salariaux en l'absence de comparateurs masculins. Loran s'engage à terminer ces travaux au plus tard le 15 décembre 2001. La Commission prévoit recevoir ce rapport moins d'un mois après que les autres entreprises comptant 10 salariés ou plus auront complété l'exercice d'équité salariale.

[106] Loran remet finalement son rapport le 18 février 2002. Loran analyse plusieurs solutions possibles et propose ultimement une méthode comportant six étapes. Cette méthode est toutefois jugée « beaucoup trop complexe [. . .] comme en témoigne [. . .] Martine Bégin longuement interrogée à ce propos » (jugement de première instance, par. 108).

[107] La Commission souhaite donc envisager d'autres avenues possibles. Elle publie, le 18 juillet 2002, un document de consultation intitulé *Proposition d'approches en l'absence de comparateur masculin*. Elle y propose trois approches. Au terme d'une rencontre du comité de consultation le 30 août 2002, deux des approches proposées sont rejetées et le comité convient de s'en tenir à la troisième approche, à savoir l'approche par attribution de comparateurs (approche par segmentation).

[108] Un nouveau document de consultation consacré uniquement à la méthode par attribution de comparateurs est alors publié le 16 octobre 2002. L'inconvénient de cette approche est qu'elle ne correspond pas à ce que prévoit le pouvoir de réglementation de la Commission et qu'elle nécessiterait donc une modification de l'art. 114 de la Loi.

[109] La question est soumise à une consultation générale tenue par la Commission permanente de l'économie et du travail de l'Assemblée nationale les 11 et 12 février 2003. Un consensus s'en dégage :

stakeholders did not want the Act to be amended. Yergeau J. summed up the situation as follows:

[TRANSLATION] The transcript of those two days of consultations shows that what happened on that occasion was a dialogue of the deaf between the government, which suggested amending section 114 of the Act in order to expedite the making of the regulation, and the unions, which asked the government to make a regulation first and then determine afterwards whether the Act needed to be amended. Bottom line, the [Act] was not amended, and the method developed by the Commission with the support of the consultation committee was discarded. [para. 117]

[110] Thus, the contemplated solution was ruled out, and right after the general consultation, the Commission had to start all over again (trial judge's reasons, at para. 119).

[111] In the summer of 2003, the Commission's consultation committee turned to an entirely new approach that entailed using generic predominantly male job classes to make the comparison. According to this method, the employer was to establish wage curves for the compensation it would give a maintenance worker and a foreman if these job classes existed in its enterprise. These fictitious classes would then be used for comparison with the existing predominantly female job classes in the enterprise. This method thus made it unnecessary to resort to external comparators, and it was compatible with the power to make regulations under the Act.

[112] In September 2004, this approach was adopted and a proposed regulation was published in the Gazette officielle du Québec. The Commission held a public consultation on November 2, 3 and 4, and on November 24, the proposed regulation was submitted to the Standing Committee on Labour and the Economy, which approved it. The regulation was finally made on May 5, 2005, and it came into force on that same day. The enterprises concerned then had two years to determine the required compensation adjustments and begin paying them in accordance with the Act (s. 38).

les intervenants ne souhaitent pas modifier la Loi. Le juge Yergeau résume la situation comme suit :

La lecture de la transcription de ces deux journées de consultation permet de constater que se noue à cette occasion un dialogue de sourds entre le gouvernement, qui suggère de modifier l'article 114 de la Loi pour hâter l'adoption du règlement, et les syndicats, qui demandent au gouvernement d'adopter d'abord un règlement pour vérifier par la suite si la Loi doit être modifiée. Résultat net, la [Loi] n'est pas modifiée et la méthode élaborée par la Commission avec l'appui du Comité de consultation est écartée. [par. 117]

[110] La solution envisagée est donc écartée et, au lendemain de la consultation générale, la Commission doit tout reprendre depuis le début (jugement de première instance, par. 119).

[111] À l'été 2003, le comité de consultation de la Commission se tourne vers une toute nouvelle approche qui consiste à utiliser des catégories d'emplois à prédominance masculine génériques afin d'effectuer la comparaison. Suivant cette méthode, l'employeur établit la courbe de salaires qu'il accorderait à un préposé à la maintenance et à un contremaître si ces catégories d'emplois existaient dans son entreprise. Ce sont ces catégories fictives qui sont alors utilisées pour la comparaison avec les catégories d'emplois à prédominance féminine existantes au sein de l'entreprise. La méthode permet ainsi d'éviter le recours à des comparateurs externes et demeure conforme au pouvoir réglementaire établi par la Loi.

[112] En septembre 2004, cette approche est retenue et un projet de règlement est publié dans la Gazette officielle du Québec. La Commission tient une consultation publique les 2, 3 et 4 novembre puis, le 24 novembre, le projet est soumis à la Commission permanente de l'économie et du travail, qui l'approuve. Le règlement est finalement adopté le 5 mai 2005 et entre en vigueur le même jour. Les entreprises concernées bénéficient dès lors d'un délai de deux ans pour déterminer les ajustements salariaux requis et entreprendre leur versement conformément à la Loi (art. 38).

VI. Analysis Under Section 15 of the Charter

[113] My analysis under s. 15 of the *Charter* is guided by the social context and legislative history set out above. Section 15 reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[114] This Court considered s. 15(1) of the *Charter* for the first time in *Andrews*, in which McIntyre J., writing for the majority on this issue, defined discrimination as follows:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [pp. 174-75]

[115] In *Andrews*, the Court considered several possible approaches to the analysis required by s. 15(1) (pp. 178-83). McIntyre J. began by expressly rejecting an approach according to which every distinction drawn by law constitutes discrimination and must be considered under s. 1 of the *Charter*, arguing that to adopt it “would be to trivialize the fundamental rights guaranteed by the *Charter* and deprive the words ‘without discrimination’ in s. 15(1) of any content and, in effect, to replace s. 15(1) with

VI. Analyse en vertu de l’art. 15 de la Charte

[113] Le contexte social et l’historique législatif exposés précédemment guident mon analyse fondée sur l’art. 15 de la *Charte*. Celui-ci prévoit ce qui suit :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

[114] Notre Cour s’est penchée pour la première fois sur le par. 15(1) de la *Charte* dans l’arrêt *Andrews*. Le juge McIntyre, majoritaire sur ce point, y a défini la discrimination comme suit :

J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d’un individu le sont rarement. [p. 174-175]

[115] Dans cet arrêt, la Cour considère plusieurs approches possibles quant à l’analyse que commande l’application du par. 15(1) (p. 178-183). De prime abord, le juge McIntyre rejette expressément l’approche voulant que toute distinction établie par la loi soit discriminatoire et doive être examinée au regard de l’article premier de la *Charte*, car elle « reviendrait à banaliser les droits fondamentaux garantis par la *Charte* et à dépouiller de tout contenu l’expression “indépendamment de toute discrimination” figurant

s. 1” (p. 162). Moreover, the *Charter* cannot require that the legislature justify every distinction under s. 1 (p. 181). McIntyre J. also rejected an approach involving a consideration of the reasonableness and justifiability of the legislation under s. 15(1), which would leave no role for s. 1. In the end, he adopted a third approach:

The analysis of discrimination in this approach must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them. The words “without discrimination” require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage. [pp. 180-81]

[116] *Andrews* is the seminal case on the interpretation of s. 15(1), and the principles laid down in it by McIntyre J. have been confirmed and clarified in several subsequent decisions of the Court (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 22; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 14; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paras. 29 et seq.; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 319). What can be drawn from those cases is that s. 15(1) guarantees for every person substantive equality as opposed to mere formal equality under the law (*Andrews*, at pp. 163-65; *Kapp*, at paras. 16 and 20; *Withler*, at para. 2; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670, at para. 38; *Quebec v. A*, at para. 325; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at para. 17). This guarantee is rooted in a recognition of the fact that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society. The purpose of the *Charter* provision is thus to prevent conduct that perpetuates those discriminatory disadvantages (*Taypotat*, at para. 17; *Quebec v. A*, at para. 320).

[117] The main issue under s. 15(1) is whether the impugned law violates this *Charter* guarantee

au par. 15(1) et, en fait, à remplacer le par. 15(1) par l’article premier » (p. 162). De plus, la *Charte* ne saurait exiger que le législateur justifie toute distinction en vertu de l’article premier (p. 181). Le juge McIntyre rejette également l’approche prônant une analyse du caractère raisonnable et justifiable de la loi en vertu du par. 15(1). Cela aurait pour effet de dépouiller de tout rôle l’article premier. C’est finalement la troisième approche qui est retenue :

Selon ce point de vue, l’analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues. L’expression « indépendamment de toute discrimination » exige davantage qu’une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d’individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l’art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. [p. 180-181]

[116] L’arrêt *Andrews* demeure l’arrêt charnière quant à l’interprétation du par. 15(1), et les principes qui y sont énoncés par le juge McIntyre ont depuis été confirmés et explicités dans de nombreux arrêts subséquents de la Cour (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 22; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 14; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 29 et suiv.; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319). Selon ces jugements, le par. 15(1) garantit à toute personne l’égalité réelle plutôt que la simple égalité formelle en vertu de la loi (*Andrews*, p. 163-165; *Kapp*, par. 16 et 20; *Withler*, par. 2; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 38; *Québec c. A*, par. 325; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 17). Cette garantie découle de la reconnaissance du fait que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société. La *Charte* cherche donc à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer de tels désavantages discriminatoires (*Taypotat*, par. 17; *Québec c. A*, par. 320).

[117] Pour l’application du par. 15(1), la principale question est de savoir si la mesure législative

of substantive equality (*Withler*, at para. 2). It is therefore necessary to apply the two-step analytical framework laid down by the Court and ask the following two questions: (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? and (2) Does the distinction create a discriminatory disadvantage by, among other things, perpetuating prejudice or stereotyping? (*Kapp*, at para. 17; *Withler*, at paras. 30 and 61; *Quebec v. A*, at para. 324). In this analysis, the main consideration must be the impact of the law (*Andrews*, at p. 165; *Quebec v. A*, at para. 319).

A. *First Step of the Section 15(1) Analysis*

[118] At the first step of the analysis, it must be determined whether, on its face or in its impact, a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground (*Taypotat*, at para. 19). Accordingly, the courts will address only those grounds of distinction that were intended to be prohibited by the *Charter* (*Withler*, at para. 33).

[119] As the trial judge indicated, s. 38 of the Act clearly makes a distinction by postponing the payment of compensation adjustments to May 5, 2007:

[TRANSLATION] In the case at bar, however, section 38 of the Act, by allowing the payment of compensation adjustments to female employees in enterprises with no male comparators to be put off until May 5, 2007, had the effect of treating such employees differently, for some time, than those working in enterprises with comparators. The plaintiffs argue that, had it not been for section 38, these employees would, the belated coming into force of the Regulation respecting pay equity notwithstanding, have received an adjustment retroactive to December 21, 2001.

...

Furthermore, this was an adverse distinction for them, insofar as the making of the Regulation respecting pay equity was a long time coming, thereby depriving them of more than five years of retroactive compensation adjustments. [Emphasis deleted; paras. 192-93.]

[120] The question of the basis for that distinction requires that it be determined whether the impugned

contestée va à l'encontre de cette garantie d'égalité réelle prévue par la *Charte* (*Withler*, par. 2). Il faut donc appliquer le cadre d'analyse en deux volets élaboré par la Cour et se poser les deux questions suivantes : (1) la loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et (2) cette distinction crée-t-elle un désavantage discriminatoire, notamment par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? (*Kapp*, par. 17; *Withler*, par. 30 et 61; *Québec c. A*, par. 324). La principale considération de l'analyse doit être l'effet de la loi (*Andrews*, p. 165; *Québec c. A*, par. 319).

A. *Premier volet de l'analyse fondée sur le par. 15(1)*

[118] Le premier volet de l'analyse consiste à déterminer si, à première vue ou par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue (*Taypotat*, par. 19). On limite ainsi l'examen judiciaire aux seuls motifs de distinction que la *Charte* vise à interdire (*Withler*, par. 33).

[119] Comme l'indique le juge de première instance, il est évident que l'art. 38 de la Loi établit une distinction en reportant le versement des ajustements salariaux au 5 mai 2007 :

Cependant, dans le cas présent, l'article 38 de la Loi, en permettant de faire glisser jusqu'au 5 mai 2007 le versement des ajustements de salaires des travailleuses dans les entreprises sans comparateur masculin, a pour effet de les traiter pour un temps différemment de celles qui œuvrent dans des entreprises avec comparateur. N'eût-été [...] l'article 38, malgré l'entrée en vigueur tardive du Règlement sur l'équité salariale, ces travailleuses auraient bénéficié d'une rétroactivité au 21 décembre 2001 plaident les demandeurs.

...

De plus, il s'agit-là d'une distinction désavantageuse pour elles, dans la mesure où l'adoption du Règlement sur l'équité salariale se fait attendre et les prive du même coup de plus de cinq années de rétroactivité d'ajustement salarial. [Soulignement omis; par. 192-193.]

[120] Afin de trancher la question du fondement de cette distinction, on doit déterminer si les salariées

law has a disproportionate effect on employees working in enterprises without predominantly male job classes that is “based on [their] membership in an enumerated or analogous group” (*Taypotat*, at para. 21 (emphasis added)).

[121] By establishing different time limits, the Act had an adverse impact on employees working in enterprises in which comparisons with predominantly male job classes are impossible. This group consists mostly of women and is at a particular disadvantage in the labour market, which may suggest that these women are being treated differently because of their sex. However, to resolve this issue, we must go further and ask what the basis for this differential treatment is.

[122] In the case at bar, I am of the opinion that the distinction is not based on sex, because the differential treatment does not result from the fact that the affected employees are women. In this regard, an analysis of the evidence as a whole leads to the conclusion that the basis for the differential treatment affecting the employees in question lies in the lack of male comparators in their employers’ enterprises.

[123] Contrary to what my colleague Abella J. asserts, this does not amount to adopting a formal equality approach as in *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183. Indeed, it has since been established that s. 15(1) grants every person a guarantee of substantive equality, not just of formal equality, under the law.

[124] In *Bliss*, a woman was denied unemployment insurance benefits to which she would have been entitled had she not been pregnant. Her claim was rejected by the Court then on the basis that the distinction was based not on sex, but on pregnancy. This approach has since been specifically rejected in *Andrews*, in which McIntyre J. commented as follows regarding the analysis that is required in order to determine the basis for a distinction:

œuvrant dans des entreprises sans catégories d’emplois à prédominance masculine subissent les effets disproportionnés de la mesure contestée « du fait de [leur] appartenance à un groupe énuméré ou analogue » (*Taypotat*, par. 21 (je souligne)).

[121] En établissant des délais distincts, la Loi a un effet désavantageux pour les salariées œuvrant dans des entreprises où l’on ne peut effectuer de comparaison avec des catégories d’emplois à prédominance masculine. Il s’agit d’un groupe qui est formé majoritairement de femmes et qui est particulièrement désavantagé sur le marché du travail. Il pourrait s’agir là d’une indication que ces femmes se voient offrir un traitement différent en raison de leur sexe. Toutefois, pour trancher cette question, on se doit d’aller plus loin et de se demander sur quoi le traitement différent est fondé.

[122] En l’espèce, je suis d’avis que la distinction n’est pas fondée sur le sexe puisque la différence de traitement n’est pas due au fait que les salariées affectées sont des femmes. À cet égard, une analyse globale de la preuve permet de conclure que la différence de traitement affectant ces salariées trouve son fondement dans l’absence de comparateurs masculins chez leurs employeurs.

[123] Contrairement à ce qu’affirme ma collègue la juge Abella, il n’est pas question d’adopter une analyse formelle de l’égalité comme dans l’arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183. En effet, il est depuis lors établi que le par. 15(1) garantit à toute personne le droit à l’égalité réelle, et non seulement à l’égalité formelle devant la loi.

[124] Dans l’arrêt *Bliss*, une femme s’était vu refuser certaines prestations d’assurance-chômage auxquelles elle aurait eu droit si elle n’avait pas été enceinte. Son recours avait alors été rejeté par la Cour au motif que la distinction n’était pas fondée sur le sexe, mais plutôt sur la grossesse. Cette approche a par la suite été explicitement rejetée dans l’arrêt *Andrews*. En effet, le juge McIntyre y a indiqué ce qui suit quant à l’analyse nécessaire pour déterminer le fondement d’une distinction :

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

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

For the reasons outlined above, the test cannot be accepted as a fixed rule or formula for the resolution of equality questions arising under the *Charter*. Consideration must be given to the content of the law, to its purpose, and its impact upon those to whom it applies, and also upon those whom it excludes from its application. The issues which will arise from case to case are such that it would be wrong to attempt to confine these considerations within such a fixed and limited formula. [Emphasis added; p. 168.]

[125] This passage reiterates the importance of taking the context into consideration in order to determine the real reason for the distinction. After thoroughly reviewing the evidence, Yergeau J. concluded that the distinction created by s. 38 of the Act is based not on sex, but on the fact that the enterprises to which it applies do not have predominantly male job classes that would allow for comparison.

[126] My colleague Abella J. instead focuses in her reasons on the basis for the distinction drawn by the Act as a whole (paras. 24-25). But the provision being challenged by the appellants is s. 38 of the Act. It is thus the reason for the distinction established in that section, not the reason for the distinction the Act is intended to eliminate as reflected by its purpose, that must be identified at this step. My colleague does identify the real reason for the distinction in stating that s. 38 targets a particular group *on the basis of where they work* (para. 24). Her reasoning can lead

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

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

Pour les motifs qui précèdent, le critère ne peut être accepté comme règle ou formule figée applicable en vue de trancher les questions d'égalité soulevées en vertu de la *Charte*. Il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application. Les questions qui seront soulevées d'un cas à l'autre sont telles que ce serait une erreur que de tenter de restreindre ces considérations à une formule limitée et figée. [Je souligne; p. 168.]

[125] Ce passage rappelle l'importance de prendre en considération le contexte pour déterminer le motif réel à l'origine de la distinction. Or, le juge Yergeau, suite à une analyse détaillée de la preuve, a conclu que la distinction établie à l'art. 38 de la Loi n'est pas fondée sur le sexe et repose plutôt sur le fait que les entreprises visées n'ont pas de catégories d'emplois à prédominance masculine permettant la comparaison.

[126] Dans ses motifs, ma collègue la juge Abella se concentre plutôt sur le fondement de la distinction établie par la Loi dans son ensemble (par. 24-25). Or, la disposition contestée par les appelants est l'art. 38 de la Loi. C'est donc le motif de la distinction établie par cette disposition — et non pas le motif de la distinction que la Loi vise à enrayer tel que reflété dans son objet — qu'il faut identifier à cette étape. Ma collègue identifie le motif réel de cette distinction lorsqu'elle affirme que l'art. 38 vise un groupe particulier *sur la base de son lieu de travail* (par. 24). Son

to only one conclusion: that every distinction in a pay equity statute is necessarily based on sex.

[127] The alleged violation is based on the principle that the legislature is, when it acts proactively, under a constitutional obligation not to be discriminatory in how it treats those who are meant to benefit from the law. But the distinction in this case is not based on sex, as the comparator group is not that of male employees, to whom the Act does not apply. Certain of those who are meant to benefit from the Act — employees of enterprises that have no predominantly male job classes — wish to be paid in accordance with the same timetable that applies to others who are also meant to benefit from the Act — employees of enterprises that do have predominantly male job classes. Hence, the distinction resulting from s. 38 cannot be rooted in the gender-based discrimination that the Act is as a whole intended to remedy.

[128] A pay equity statute grants rights to a group consisting essentially of women. Like any other statute, it may make distinctions, and such distinctions can be more advantageous for one group consisting of women than for another group also consisting of women. However, we cannot conclude that every distinction drawn by a pay equity statute is necessarily based on sex. Such a conclusion would deprive trial judges of any discretion in their assessment of the evidence and would make the first step in the s. 15(1) analysis irrelevant. On the contrary, it must be possible to show on a balance of probabilities that the distinction in question is based not on sex, but on another, perfectly legitimate ground.

[129] McIntyre J. stated the following in *Andrews*:

It is not every distinction or differentiation in treatment at law which will transgress the equality guarantees of s. 15 of the *Charter*. It is, of course, obvious that

raisonnement ne pourrait conduire qu'à une seule conclusion, à savoir que, dans une loi sur l'équité salariale, toutes les distinctions sont nécessairement fondées sur le sexe.

[127] La violation alléguée repose sur le principe que le législateur est constitutionnellement tenu, lorsqu'il intervient de façon proactive, de ne pas agir de façon discriminatoire dans son traitement des bénéficiaires de la loi. Or, en l'espèce, la distinction n'est pas fondée sur le sexe puisque le groupe de comparaison n'est pas celui des salariés masculins, lesquels ne sont pas visés par la Loi. En effet, certaines bénéficiaires de la Loi — les salariées d'entreprises sans catégories d'emplois à prédominance masculine — voudraient se voir appliquer le même échancier que celui établi pour d'autres bénéficiaires de la Loi, à savoir les salariées d'entreprises comptant des catégories d'emplois à prédominance masculine. Partant, la distinction opérée par l'art. 38 ne saurait trouver son fondement dans la discrimination fondée sur le sexe que la Loi dans son ensemble vise à corriger.

[128] Une loi sur l'équité salariale confère des droits à un groupe composé essentiellement de femmes. Comme toute loi, elle peut établir des distinctions. Or, ces distinctions pourraient avoir un effet plus avantageux sur un groupe par ailleurs composés de femmes par rapport à un autre groupe également composé de femmes. On ne saurait toutefois conclure que toutes les distinctions établies par une loi sur l'équité salariale sont nécessairement fondées sur le sexe. Une telle conclusion retirerait toute discrétion au juge de première instance dans son analyse de la preuve et aurait pour effet de dépouiller le premier volet de l'analyse en vertu du par. 15(1) de toute pertinence. Au contraire, une preuve prépondérante doit pouvoir démontrer que cette distinction n'est pas fondée sur le sexe, mais plutôt sur un autre motif tout à fait légitime.

[129] Comme l'affirmait le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews* :

Ce ne sont pas toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d'égalité de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certes évident que

legislatures may — and to govern effectively — must treat different individuals and groups in different ways. Indeed, such distinctions are one of the main preoccupations of legislatures. The classifying of individuals and groups, the making of different provisions respecting such groups, the application of different rules, regulations, requirements and qualifications to different persons is necessary for the governance of modern society. As noted above, for the accommodation of differences, which is the essence of true equality, it will frequently be necessary to make distinctions. What kinds of distinctions will be acceptable under s. 15(1) and what kinds will violate its provisions? [pp. 168-69]

[130] In the instant case, I agree with Yergeau J.'s analysis and accordingly conclude that s. 38 does not create a distinction based on sex. It therefore should not be declared to be invalid under the *Charter*.

[131] This conclusion is in and of itself sufficient to dispose of the appeal. In light of the evidence before him, however, Yergeau J. preferred to discuss the second step of the s. 15(1) analysis, and I will therefore also consider this step, which, once again, confirms the validity of s. 38.

[132] In theory, we must conduct the analysis under s. 15(2) of the *Charter* before turning to the second step of the s. 15(1) analysis (*Kapp*, at para. 40; *Cunningham*, at para. 44). But given my conclusion that s. 38 of the Act is valid, it is not necessary to go on to determine whether that section can be saved under s. 15(2).

B. *Second Step of the Section 15(1) Analysis*

[133] The distinction made in s. 38 of the Act does not have a discriminatory impact.

[134] A statute is not necessarily invalid because it makes distinctions (*Andrews*, at p. 167; *Kapp*, at para. 28; *Withler*, at para. 31). On the contrary, drawing distinctions is essential to the effective operation of our governments. That is why s. 15(1) guarantees the equal benefit of the law to every individual “without discrimination”. This qualifier prohibits only those distinctions that are discriminatory. The

les législatures peuvent et, pour gouverner efficacement, doivent traiter des individus ou des groupes différents de façons différentes. En effet, de telles distinctions représentent l'une des principales préoccupations des législatures. La classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant de tels groupes, l'application de règles, de règlements, d'exigences et de qualifications différents à des personnes différentes sont nécessaires pour gouverner la société moderne. Comme je l'ai déjà souligné, le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites. Quelles seront les distinctions acceptables en vertu du par. 15(1) et quelles seront celles qui violeront ses dispositions? [p. 168-169]

[130] En l'espèce, je suis d'accord avec l'analyse du juge Yergeau et j'arrive donc à la conclusion que l'art. 38 ne crée pas de distinction fondée sur le sexe. Il n'y a donc pas lieu de le déclarer invalide en vertu de la *Charte*.

[131] Cette conclusion permet à elle seule de disposer de l'appel. Compte tenu de la preuve disponible, le juge Yergeau a toutefois préféré aborder le second volet de l'analyse sous le par. 15(1). Je traiterai donc également de ce second volet qui confirme, lui aussi, la validité de l'art. 38.

[132] En principe, on doit procéder à l'analyse sous le par. 15(2) de la *Charte* avant d'amorcer le second volet du par. 15(1) (*Kapp*, par. 40; *Cunningham*, par. 44). Toutefois, puisque je conclus que l'art. 38 de la Loi est valide, il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse afin de déterminer s'il peut être sauvé sous le par. 15(2).

B. *Second volet de l'analyse fondée sur le par. 15(1)*

[133] La distinction établie à l'art. 38 de la Loi n'a pas d'effet discriminatoire.

[134] Une loi n'est pas nécessairement invalide parce qu'elle établit des distinctions (*Andrews*, p. 167; *Kapp*, par. 28; *Withler*, par. 31). Au contraire, la formulation de distinctions est essentielle au bon fonctionnement de nos gouvernements. C'est pourquoi le par. 15(1) garantit à tous le même bénéfice de la loi, « indépendamment de toute discrimination ». Cette réserve a pour effet d'interdire seulement les

claimant must therefore prove that the law creating a distinction has a discriminatory impact in that it perpetuates a disadvantage faced by the group in question (*Andrews*, at p. 181; *Kapp*, at para. 28; *Withler*, at paras. 31-34; *Quebec v. A*, at para. 322; *Taypotat*, at para. 20):

... the claimant's burden under the *Andrews* test is to show that the government has made a distinction based on an enumerated or analogous ground and that the distinction's impact on the individual or group perpetuates disadvantage.

(*Quebec v. A*, at para. 323)

The words "without discrimination" require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage.

(*Andrews*, at pp. 180-81)

[135] What must be done at this stage of the analysis is to consider the situation of the group's members and the law's impact on them. "The analysis is contextual, not formalistic, grounded in the actual situation of the group and the potential of the impugned law to worsen their situation" (*Withler*, at para. 37; *Quebec v. A*, at para. 331). State conduct that widens the gap between a historically disadvantaged group and the rest of society will be found to be discriminatory (*Quebec v. A*, at para. 332).

[136] In *Law*, four contextual factors were identified that might be relevant in determining whether a law is discriminatory: (1) the nature of the affected interest, (2) a pre-existing disadvantage, (3) a correspondence with actual characteristics and (4) the impact on other groups. It is not always necessary to expressly canvass every one of these factors, and there will be cases in which other factors might also be pertinent (*Law*, at para. 62; *Withler*, at para. 66; *Quebec v. A*, at para. 331).

distinctions qui sont discriminatoires. Le demandeur doit donc prouver que la mesure législative créant une distinction a un effet discriminatoire en ce qu'elle perpétue un désavantage pour le groupe visé (*Andrews*, p. 181; *Kapp*, par. 28; *Withler*, par. 31-34; *Québec c. A*, par. 322; *Taypotat*, par. 20) :

... le critère élaboré dans l'arrêt *Andrews* impose au demandeur le fardeau de démontrer que le gouvernement a établi une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et que l'effet de cette distinction sur l'individu ou le groupe perpétue un désavantage.

(*Québec c. A*, par. 323)

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

(*Andrews*, p. 180-181)

[135] À cette étape de l'analyse, on doit considérer la situation des membres du groupe et l'incidence de la mesure sur eux. « Il s'agit d'une analyse contextuelle, non formaliste, [fondée] sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation » (*Withler*, par. 37; *Québec c. A*, par. 331). Seront jugés discriminatoires les actes de l'État qui ont pour effet d'élargir l'écart entre un groupe historiquement défavorisé et le reste de la société (*Québec c. A*, par. 332).

[136] Suivant l'arrêt *Law*, quatre facteurs contextuels peuvent être pertinents pour déterminer l'effet discriminatoire d'une loi : (1) la nature du droit touché, (2) un désavantage préexistant, (3) la correspondance de la mesure avec les caractéristiques réelles et (4) l'effet sur d'autres groupes. Il n'est pas toujours nécessaire d'examiner expressément chacun de ces facteurs et, dans certains cas, d'autres facteurs peuvent également s'avérer pertinents (*Law*, par. 62; *Withler*, par. 66; *Québec c. A*, par. 331).

(1) Nature of the Affected Interest

[137] The importance of the right at issue in the case at bar is not in doubt. For the employees concerned, it is a question of being paid an amount that reflects the fair value of their work and receiving compensation based on a prejudice-free evaluation that focuses on the objective value of their work. The Court has said the following in this regard:

Work is an important part of life. For many people what they do for a living, and the respect (or lack of it) with which their work is regarded by the community, is a large part of who they are. Low pay often denotes low status jobs, exacting a price in dignity as well as dollars. As such, the interest affected by the Act was of great importance.

(*N.A.P.E.*, at para. 49)

(2) Pre-existing Disadvantage

[138] This right is all the more important because women working in enterprises with no male comparators have a significant pre-existing disadvantage, one that is documented, is not in dispute and is in fact recognized from the outset in s. 1 of the Act. The fact that there is pre-existing prejudice is relevant to the s. 15(1) analysis (*Withler*, at para. 38; *Quebec v. A*, at para. 327; *Taypotat*, at para. 21) and requires that particular attention be paid to the distinctions that affect the group. But it does not give rise to a presumption that a distinction is discriminatory (*Law*, at para. 67).

(3) Correspondence With Actual Characteristics

[139] What must be asked, therefore, is whether the Act and the time limits it establishes reflect the actual capacities and needs of the members of the affected group or, instead, impose a burden on them or deny them a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage (*Taypotat*, at para. 20; see also *Law*, at para. 70).

(1) Nature du droit touché

[137] L'importance du droit en cause ne fait aucun doute en l'espèce. Pour les salariées concernées, il est question d'être payées à la juste valeur de leur travail et d'obtenir un salaire sur la base d'une évaluation exempte de préjugés et axée sur la valeur objective de leur travail. Comme l'a affirmé la Cour :

Le travail est un aspect important de la vie. Pour bien des gens, leur gagne-pain et le respect (ou l'absence de respect) de la collectivité pour leur travail représentent une grande partie de leur identité. Le salaire peu élevé est souvent le signe d'un emploi moins reconnu, ce qui n'est pas sans conséquence tant sur le plan de la dignité que sur celui de la situation financière. C'est pourquoi le droit touché par la Loi revêtait une grande importance.

(*N.A.P.E.*, par. 49)

(2) Désavantage préexistant

[138] Ce droit est d'autant plus important puisque les femmes œuvrant dans des entreprises sans comparateurs masculins subissent un important désavantage préexistant. Il s'agit d'un désavantage documenté, non contesté et reconnu d'emblée par la Loi à son article premier. L'existence d'un désavantage préexistant est pertinente pour l'analyse fondée sur le par. 15(1) (*Withler*, par. 38; *Québec c. A*, par. 327; *Taypotat*, par. 21) et elle commande une attention particulière aux distinctions touchant le groupe. Cet élément ne permet toutefois pas de présumer qu'une distinction est discriminatoire (*Law*, par. 67).

(3) Correspondance avec les caractéristiques réelles

[139] On doit donc se demander si la Loi et les délais qu'elle prévoit répondent aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe touché ou, plutôt, leur imposent un fardeau ou leur refusent un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes (*Taypotat*, par. 20; voir aussi *Law*, par. 70).

[140] In this case, it can be seen that significant differences in compensation due to systemic gender discrimination already existed in the labour market and that these differences were maintained in the private sector. The legislature, which was not required to intervene under s. 15(1) of the *Charter*, chose to do so, after extensive consultations, to redress these differences. In the Act, it established a mechanism for achieving pay equity and set various applicable time limits. It is important to bear in mind that the systemic discrimination at issue in this case was not caused by the legislature's actions. On the contrary, the Act has an ameliorative effect and does not have the effect of perpetuating that systemic discrimination.

[141] My colleague McLachlin C.J. asserts that when the legislature enacted the Act, it sent to the members of the group represented by the appellants a message that the systemic discrimination in their jobs “was their problem” (para. 156). I disagree with this assertion, which in my view disregards the effect the Act has actually had on that group.

[142] In enacting the Act, the legislature was responding directly to the needs of the members of the group represented by the appellants. It set up a proactive scheme that, once completed, made it possible to redress differences in compensation due to systemic gender discrimination. In so doing, it narrowed the gap that had existed between the employees in question and the rest of society for far too long. In order to extend that right to as many people as possible, the legislature chose to include employees working in enterprises with no male comparators. In the Act, it recognized the discrimination faced by the members of that group. When the Act was enacted in 1996, Quebec became the first province to tackle this problem. An initiative such as this that is designed to enhance substantive equality should be encouraged and praised. This is all the more true given that the Act continues today to be one of the most ambitious in the country.

[143] However, it was also recognized from the outset that, if the intention was for the Act to apply to the group in question, more time would be needed

[140] En l'espèce, on constate que d'importants écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe existaient déjà sur le marché du travail et étaient alors maintenus par le secteur privé. Le législateur, qui n'avait aucune obligation de légiférer en vertu du par. 15(1) de la *Charte*, a choisi d'intervenir après moult consultations afin de corriger ces écarts salariaux. Il a prévu dans la Loi un mécanisme permettant d'atteindre l'équité salariale, ainsi que différents délais applicables. Il importe de garder à l'esprit que, dans le présent dossier, ce n'est pas l'intervention du législateur qui a créé la discrimination systémique en cause. Au contraire, la Loi a un effet améliorateur et n'a pas pour effet de perpétuer cette discrimination systémique.

[141] Ma collègue la juge en chef McLachlin affirme qu'en adoptant la Loi le législateur a envoyé aux membres du groupe représenté par les appelants le message que la discrimination systémique dans leur emploi « était leur problème » (par. 156). Je suis en désaccord avec cette affirmation qui, à mon avis, occulte l'effet réel qu'a eu la Loi sur ce groupe.

[142] En adoptant la Loi, le législateur répondait directement aux besoins des membres du groupe représenté par les appelants. Il a mis en place un régime proactif qui, à terme, permet de corriger les écarts salariaux dus à la discrimination systémique fondée sur le sexe. Il vient ainsi réduire l'écart qui existait depuis trop longtemps entre les salariées visées et le reste de la société. Afin d'étendre ce droit au plus grand nombre possible, il a choisi d'inclure les salariées œuvrant dans des entreprises sans comparateurs masculins. La Loi reconnaît la discrimination dont font l'objet les membres de ce groupe. Au moment de son adoption, en 1996, le Québec devient la première province à s'attaquer à ce problème. Une telle initiative visant à accroître l'égalité réelle devrait être encouragée et célébrée. Cela est d'autant plus vrai considérant le fait que la Loi demeure, encore aujourd'hui, l'une des plus ambitieuses au pays.

[143] Il est toutefois aussi reconnu d'emblée que, si l'on souhaite faire bénéficier ce groupe de l'application de la Loi, un délai supplémentaire est nécessaire

to develop an adequate method for calculating compensation adjustments. Proceeding by way of a regulation thus made it possible to develop a simple and innovative method for redressing differences in compensation in enterprises with no male comparators.

[144] In sum, the Act has an undeniably ameliorative effect on the employees in question. My colleagues' analysis leads to the conclusion that any ameliorative measure adopted by the legislature that does not result in perfect equality would infringe s. 15(1). On the contrary, given that the problem existed and persisted in the private sector, and given that it would have been perfectly valid from a constitutional standpoint for the legislature not to intervene, any measure that ameliorates the conditions of this group will necessarily respond to its needs. Even if a solution is not necessarily perfect and does not totally eliminate the disadvantage suffered by the group, only an intervention that would damage or exacerbate the group's situation would be discriminatory.

(4) Impact on Other Groups

[145] Lastly, an essential factor to consider is the significant positive effect of the Act on many other employees who also have pre-existing disadvantages:

Where the impugned law is part of a larger benefits scheme . . . the ameliorative effect of the law on others and the multiplicity of interests it attempts to balance will also colour the discrimination analysis [under s. 15(1)].

(*Withler*, at para. 38)

[146] When the Act was being drafted, the groups representing female employees sent the legislature a clear message: it had to act quickly. The legislature therefore chose to enact the Act quickly, thus guaranteeing pay equity for a large number of employees working in more than 225,000 enterprises in Quebec (trial judge's reasons, at para. 46). The decision to do so obviously had a significant positive effect on those employees. At the same time, it was decided that the case of employers that have no predominantly

pour élaborer la méthode de calcul d'ajustements salariaux adéquate. L'approche réglementaire a ainsi permis de mettre au point une méthode simple et innovatrice de corriger les écarts salariaux dans les entreprises sans comparateurs masculins.

[144] En somme, la Loi a un effet indéniablement améliorateur pour les salariées visées. Il découle de l'analyse de mes collègues que toute mesure améliorative adoptée par le législateur qui ne permet pas d'atteindre l'égalité parfaite porterait atteinte au par. 15(1). Or, au contraire, puisque le problème existait et persistait dans le secteur privé, et qu'il était tout à fait constitutionnel pour le législateur de ne pas intervenir, toute mesure améliorant la situation du groupe visé répondra nécessairement à ses besoins. Même si une solution n'est pas nécessairement parfaite et ne permet pas d'enrayer complètement le désavantage subi par le groupe visé, seule une intervention qui nuirait ou empirerait sa situation serait discriminatoire.

(4) Effet sur d'autres groupes

[145] Enfin, un facteur essentiel à considérer est l'effet positif important de la Loi sur de nombreuses autres salariées faisant elles aussi l'objet d'un désavantage préexistant :

Lorsque la mesure contestée s'inscrit dans un vaste régime de prestations, [. . .] son effet d'amélioration sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu'elle tente de concilier joueront également dans l'analyse du caractère discriminatoire [suivant le par. 15(1)].

(*Withler*, par. 38)

[146] Au moment de l'élaboration de la Loi, les groupes représentant les salariées lancent un message clair au législateur : il faut agir rapidement. Le législateur choisit donc d'adopter la Loi rapidement et garantit ainsi l'équité salariale à un grand nombre de salariées œuvrant dans plus de 225 000 entreprises au Québec (jugement de première instance, par. 46). Cette décision a évidemment un effet positif important sur ces salariées. On décide du même coup d'opter pour la voie réglementaire dans le cas

male job classes would be dealt with by way of a regulation. Very few stakeholders objected to this approach. The comments of the Conseil du statut de la femme on this point are instructive:

[TRANSLATION] There have also been calls for the legislation to apply to enterprises with fewer than 10 employees as well as for including a solution to the specific case of job ghettos. But everyone agrees that these two issues will not be easily resolved. We instead believe that rather than depriving a large majority of female workers of the benefits of such a statute, it is preferable to proceed right away. As indicated in the draft bill, however, we will have to go straight to work to address this serious deficiency.

(Journal des débats de la Commission des affaires sociales, vol. 34, No. 39, 1st Sess., 35th Leg., February 15, 1996, at pp. 2-3)

[147] It would have been disadvantageous and unfair for female Quebec employees as a whole had the enactment of the Act been postponed for several years in order to identify a method for calculating compensation adjustments that could apply to employers with no male comparators. It goes without saying that when a government develops a complex scheme such as that of pay equity legislation, it will not always be able to ameliorate the conditions of every member of a disadvantaged group at the same time and in the same way. That is why an obligation of result cannot be imposed on the legislature in this regard. Such an obligation would cause it to show extreme caution and even, in some instances, to postpone the enactment of legislation, to everyone's detriment.

[148] The decision to proceed by way of regulation enabled the legislature to take the necessary time to develop an innovative, simple and practical method for valuating differences in compensation for employers that have no predominantly male job classes. The adoption of that method meant that it was not necessary to have recourse to external comparators or to import a salary structure that was foreign to the enterprise.

d'employeurs dépourvus de catégories d'emplois à prédominance masculine. Très peu d'intervenants s'opposent à cette approche. Les commentaires formulés par le Conseil du statut de la femme sur ce point sont révélateurs :

On réclame également que les entreprises de moins de 10 salariés soient visées et qu'une solution au cas particulier des ghettos d'emplois soit incluse dans la loi. Pourtant, tous et toutes admettent que ces deux problématiques sont complexes à résoudre. Nous croyons plutôt qu'au lieu de priver une forte majorité de travailleuses des bénéfices d'une telle loi il est préférable de procéder dès maintenant. Il faudra cependant, comme l'indique l'avant-projet de loi, se mettre immédiatement à nos tables de travail pour combler cette lacune importante.

(Journal des débats de la Commission des affaires sociales, vol. 34, n° 39, 1^{re} sess., 35^e lég., 15 février 1996, p. 2-3)

[147] En effet, il aurait été désavantageux et injuste pour l'ensemble des salariées du Québec de voir l'adoption de la Loi repoussée de plusieurs années afin de trouver une méthode de calcul d'ajustements salariaux qui puisse s'appliquer aux employeurs dépourvus de comparateurs masculins. Dans l'élaboration d'un régime complexe comme une loi sur l'équité salariale, il va de soi qu'un gouvernement ne sera pas toujours en mesure d'améliorer la situation de tous les membres d'un groupe défavorisé en même temps et de la même façon. C'est pourquoi on ne saurait imposer une obligation de résultat au législateur en la matière. Pareille obligation l'inciterait à faire preuve d'une prudence extrême et même, parfois, à repousser l'adoption d'une loi dans le temps au détriment de tous.

[148] Le choix de l'approche réglementaire a permis au législateur de prendre le temps nécessaire pour concevoir une méthode innovatrice, simple et pratique permettant d'estimer les écarts salariaux chez les employeurs où il n'y a pas de catégories d'emplois à prédominance masculine. Une telle méthode permet d'éviter le recours à des comparateurs externes et d'importer une structure salariale étrangère à l'entreprise.

[149] The legislature was entitled to proceed as it did. The different time limits provided for in the Act do not perpetuate prejudice or a stereotype. On the contrary, the legislature recognized the existence of discrimination and did what was necessary to rectify it. The situations of some of the groups concerned were different and therefore required different methods. The result of this reality may very well be that the Act provides for different time limits or even different procedures. Nevertheless, the Act does not have a discriminatory impact, as it instead narrows the gap between these historically disadvantaged groups and the rest of society.

[150] In this case, as the Court put it in *Withler*, differential treatment was required in order to ameliorate the actual situation of the group represented by the appellants, as well as that of the other groups to which the section applies (para. 39). That differential treatment also enabled Quebec to be the first Canadian province to guarantee pay equity in private sector enterprises that had no male comparators.

[151] My colleague Abella J. maintains that the reasoning adopted in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, should apply in the instant case. In *Vriend*, the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, had in 1990 prohibited discrimination based on any of the following grounds: race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, age, ancestry or place of origin. The statute had subsequently been amended to add other grounds to the existing ones, namely marital status, source of income and family status. The *Individual's Rights Protection Act* established a remedy for all members of society so that they could avail themselves of any of the grounds of discrimination provided for in the statute. However, the Alberta government had not deemed it necessary to include sexual orientation in the statute as a prohibited ground. Individuals who were discriminated against on the basis of their sexual orientation were therefore excluded from the protection of the statute and found themselves worse off than they had been before it came into force, given that they were not protected by the statute as were other disadvantaged groups. As a result, the gap between their situation and that of the

[149] Le législateur était en droit de procéder ainsi. Les différentes dates butoir prévues par la Loi n'ont pas pour effet de perpétuer un préjugé ou un stéréotype. Au contraire, la Loi reconnaît l'existence d'une discrimination et prévoit les moyens nécessaires pour y remédier. La situation de certains groupes concernés est différente et requiert donc une méthode différente. Cette réalité peut très bien faire en sorte que la Loi prévoie des délais ou même des modalités différentes. La Loi n'a toutefois pas d'effet discriminatoire, puisqu'elle rétrécit plutôt l'écart entre ces groupes historiquement désavantagés et le reste de la société.

[150] En l'espèce, pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'arrêt *Withler*, le traitement différent est nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe représenté par les appelants ainsi que celle des autres groupes visés (par. 39). Cette différence de traitement a d'ailleurs permis au Québec de devenir la première province canadienne à garantir l'équité salariale dans les entreprises privées sans comparateurs masculins.

[151] Ma collègue la juge Abella soutient que le raisonnement adopté dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, doit trouver application en l'espèce. Dans cette affaire, l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, interdisait en 1990 la discrimination fondée sur l'un des motifs de distinction suivants : la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, la déficience physique ou mentale, l'âge, l'ascendance et le lieu d'origine. Par la suite, des modifications législatives ont été adoptées afin d'ajouter d'autres motifs à ceux déjà prévus, comme l'état matrimonial, la source de revenu et la situation familiale. L'*Individual's Rights Protection Act* a eu pour effet de procurer un recours à l'ensemble des membres de la société afin qu'ils puissent se prévaloir de l'un ou l'autre des motifs de distinction prévus à la loi en cas de discrimination. Cependant, le gouvernement albertain n'avait pas jugé nécessaire d'inclure à la loi l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite. Les personnes discriminées sur la base de leur orientation sexuelle étaient donc exclues de la protection conférée par la loi et se retrouvaient dans une situation pire que celle prévalant avant son entrée en

rest of society widened and their marginalization increased. In short, society had moved forward, but their situation remained unchanged. Unlike a general protection scheme, such as the one established by the *Individual's Rights Protection Act*, the scheme established by the Act in the case at bar deals with only one ground of discrimination, namely sex, and applies to only a small group of employees in Quebec, those who hold positions in predominantly female job classes in enterprises with 10 or more employees. The analogy my colleague is trying to draw cannot therefore be accepted, nor is it even desirable; and it is irrelevant. Moreover, the situation of the employees in question is alleviated by the fact that they belong to the group benefiting from the Act that is challenging its effects. This means that it cannot be argued that they do not receive “the equal protection and equal benefit of the law” (s. 15(1) of the *Charter*). Also, unlike the statute that was at issue in *Vriend*, the Act has an undeniably ameliorative effect for the employees the appellants represent, and it helps narrow the gap between them and the rest of society.

[152] I therefore conclude that the impugned provision does not create a disadvantage by perpetuating prejudice or by stereotyping and does not have a discriminatory impact. The second condition has accordingly not been met. Although my conclusion with respect to s. 15(1) of the *Charter* means that I need not deal with s. 15(2), my silence should not be interpreted as an endorsement of my colleague Abella J.'s comments on s. 15(2).

VII. Conclusion

[153] In conclusion, I am of the opinion that the distinction made in s. 38 is based not on sex, but on whether there are predominantly male job classes in an enterprise for the purpose of comparing compensation. Furthermore, this distinction does not have a discriminatory impact on the group of women

vigueur dans la mesure où ils ne profitaient pas de la protection de la loi par rapport aux autres groupes défavorisés qui en bénéficient. De ce fait, l'écart entre leur situation et celle du reste de la société s'était accentué et ils se retrouvaient à être davantage marginalisés. Bref, la société avait évolué alors que leur situation demeurait inchangée. Contrairement à un régime de protection générale, comme celui établi par l'*Individual's Rights Protection Act*, le régime créé par la Loi en l'espèce ne vise qu'un seul motif de distinction, soit celui fondé sur le sexe, et ne touche qu'une partie réduite des salariées au Québec, à savoir les femmes occupant des emplois dans des catégories d'emploi à prédominance féminine dans une entreprise comprenant 10 salariés ou plus. Ainsi, l'analogie que ma collègue tente d'invoquer n'est ni recevable ni même souhaitable et non pertinente. De plus, la situation de ces salariées est atténuée par le fait qu'elles appartiennent au groupe bénéficiant des avantages que procure la Loi qui en conteste les effets. Il n'est alors pas possible de prétendre qu'elles ne bénéficient pas de « la même protection et [du] même bénéfice de la loi » (par. 15(1) de la *Charte*). De surcroît, contrairement à la loi à l'étude dans l'arrêt *Vriend*, la Loi a un effet indéniablement améliorateur pour les salariées représentées par les appelants et permet de réduire l'écart entre elles et le reste de la société.

[152] Je conclus donc que la disposition contestée ne crée pas de désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype et qu'elle n'a pas d'effet discriminatoire. La seconde condition n'est donc pas remplie. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de traiter du par. 15(2) de la *Charte* en raison de ma conclusion au par. 15(1), mon silence ne doit pas être interprété comme un endossement des commentaires de ma collègue la juge Abella quant au par. 15(2).

VII. Conclusion

[153] En conclusion, je suis d'avis que la distinction établie à l'art. 38 n'est pas fondée sur le sexe, mais plutôt sur la présence ou l'absence de catégories d'emplois à prédominance masculine permettant la comparaison des salaires au sein d'une entreprise. De plus, cette distinction n'a pas d'effet discriminatoire

represented by the appellants. Section 38 of the Act is therefore valid under s. 15(1) of the *Charter*, and the appeal should be dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

[154] THE CHIEF JUSTICE (dissenting in the result) — I agree with Abella J. that s. 38 of the *Pay Equity Act*, CQLR, c. E-12.001, breaches s. 15(1).

[155] The legislated delay imposed by the provision creates a distinction based on sex because it distinguishes between women in female-dominated workplaces — the focus of s. 38 — and male employees in general, whose presence is the lynchpin for higher wages in mixed workplaces. The substantive effect of the delay Abella J. describes is that women in female-dominated workplaces were unable to secure fair wages for their work, in contrast to men doing comparable work in other arenas. Where a distinction viewed in context is redolent of gender-based difference, as it is here, that cannot be ignored in the s. 15(1) analysis. Otherwise, the promise of substantive equality that animates s. 15(1) is betrayed.

[156] This distinction is discriminatory because the delay excused employers of women in female-dominated workplaces from paying their employees fairly for the work they were doing. Quebec gave employers *carte blanche* to ignore pay inequity in their organizations during the delay. The scheme said to impacted women: this is your problem. And the legislated delay signaled that it was acceptable for employers to make decisions to the detriment of the autonomy and inherent dignity of women in female-dominated workplaces. In effect, the scheme bolstered the very power imbalance between employers and female employees that lies at the heart of gender-based pay disparities, thereby perpetuating systemic inequality. Finally, it goes without saying

sur le groupe de femmes représenté par les appelants. L'article 38 de la Loi est donc valide au regard du par. 15(1) de la *Charte*, et le pourvoi doit être rejeté avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[154] LA JUGE EN CHEF (dissidente quant au résultat) — Je conviens avec la juge Abella que l'art. 38 de la *Loi sur l'équité salariale*, RLRQ, c. E-12.001, porte atteinte au par. 15(1).

[155] Le délai imposé par cette disposition crée une distinction fondée sur le sexe parce qu'elle établit une distinction entre les femmes qui travaillent dans des milieux à prédominance féminine — l'élément central de l'art. 38 — et les salariés de sexe masculin en général, dont la présence est la clef de voûte du versement d'un salaire plus élevé dans les milieux mixtes. Le délai décrit par la juge Abella a comme effet réel que les femmes qui travaillent dans des milieux à prédominance féminine n'ont pas été en mesure d'obtenir un salaire équitable pour leur travail, contrairement aux hommes qui accomplissent un travail comparable dans d'autres domaines. Lorsqu'une distinction, prise dans son contexte, évoque une différence reposant sur le sexe, comme en l'espèce, on ne peut pas ne pas en tenir compte dans l'analyse fondée sur le par. 15(1) sans trahir la promesse d'égalité réelle qui sous-tend le par. 15(1).

[156] Cette distinction est discriminatoire parce que le délai a eu pour effet de dispenser les employeurs de femmes travaillant dans des milieux à prédominance féminine de payer leurs salariées équitablement pour le travail effectué par celles-ci. Le Québec a permis aux employeurs de faire abstraction à leur gré des iniquités salariales dans leurs organisations pendant la période du délai. Le régime envoie le message suivant aux femmes touchées : c'est votre problème. De plus, le délai prévu par la loi indique qu'il était acceptable pour les employeurs de prendre des décisions au détriment de l'autonomie et de la dignité inhérente des femmes travaillant dans des milieux à prédominance féminine. En fait, le régime renforce l'inégalité du rapport de force entre

that the economic consequences of pay inequity for women are profound.

[157] However, I depart from Abella J. on the question of justification under s. 1 of the *Charter*. In my view the Attorney General has not established that the breach is reasonable and justified under s. 1: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The Attorney General at the outset must establish a pressing and substantial objective for delaying the right and disempowering affected women from access to pay equity, exacerbated here by a lack of retroactive corrections under the Act. The government says it needed six years to come up with a formula to determine corrections for female-dominated workplaces due to the absence of male comparator groups and the need to ensure employer compliance. It also says that retroactive correction was rejected because it was problematic for employers. I agree that devising a satisfactory method of evaluating underpayment is a pressing and substantial objective capable of justifying a limit on the right to equal benefit of the law. It is more questionable whether the government's objective of ensuring employer compliance by imposing a long delay that would be unmet with any retroactive correction, for example, could justify breaching employees' rights. To agree would be to accept that obeying pay equity laws is an option that can be negotiated and that the very segment that perpetuates systemic pay inequities — the employers — should be able to perpetuate them as the price of accepting the law.

[158] The Attorney General's attempt to justify the infringement, in any event, fails at the minimal impairment and balancing stages of the *Oakes* test. The Attorney General says the six-year delay was

les employeurs et les salariées, laquelle est au cœur des disparités salariales fondées sur le sexe, et perpétue par le fait même l'inégalité systémique. Enfin, il va sans dire que l'iniquité salariale est lourde de conséquences économiques pour les femmes.

[157] Cependant, je suis en désaccord avec la juge Abella sur la question de la justification au regard de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, la procureure générale n'a pas établi que la violation est raisonnable et qu'elle est justifiée au regard de l'article premier (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). La procureure générale doit d'abord établir que le fait d'avoir différé l'accès des femmes touchées au droit à l'équité salariale et de les avoir privées de cet accès — lequel est aggravé en l'espèce par l'absence d'ajustements rétroactifs établie par la Loi — répondait à un objectif urgent et réel. Le gouvernement prétend avoir eu besoin de six ans pour mettre au point une formule permettant de déterminer les ajustements à verser dans les milieux de travail à prédominance féminine parce qu'il n'existait aucun groupe comparateur masculin et qu'il devait veiller au respect de la loi par les employeurs. Il affirme également que l'idée des ajustements rétroactifs a été écartée, car elle posait problème pour les employeurs. Je reconnais que l'élaboration d'une méthode satisfaisante pour évaluer les paiements insuffisants représente un objectif urgent et réel pouvant justifier l'imposition d'une restriction au droit au même bénéfice de la loi. Toutefois, il est moins évident que l'objectif du gouvernement de veiller au respect de la loi par les employeurs au moyen de l'imposition d'un long délai, objectif auquel il ne peut être satisfait au moyen d'ajustements rétroactifs, par exemple, puisse justifier que l'on viole les droits des salariés. Conclure que c'est le cas reviendrait à reconnaître que le respect de la législation en matière d'équité salariale est une option qui peut être négociée et que ceux-là mêmes qui perpétuent les iniquités salariales systémiques — les employeurs — devraient pouvoir perpétuer celles-ci en contrepartie de l'acceptation de la loi.

[158] Quoi qu'il en soit, la tentative de la procureure générale de justifier la violation ne franchit pas les étapes de l'atteinte minimale et de la mise en balance du test établi dans l'arrêt *Oakes*. La

necessary to work out what constituted equal pay in female-dominated workplaces, where no male comparator groups were available. But it has not demonstrated that the whole of the six-year period was required for this purpose. This period was dictated not by the exigencies of the matter, but at least in part by the government's decision to negotiate with employers over a lengthy period, in order to ensure that the scheme was one that employers would accept and with which they would comply. Were there other less impairing options than extended negotiations? The government has not negated this. Similarly, the Attorney General says it agreed to deny retroactive correction of pay inequity because this would be difficult for employers to accept. Again, the government has not demonstrated that other options that impaired the right less were not available. It does not suggest it raised the possibility of partial redress, for example. It simply relies on what it did. Minimal impairment cannot be established simply by saying that a lengthy delay was required full-stop or that a lengthy delay could not be accompanied by retroactive correction because this is problematic to the employers who were perpetrating the inequality. Finally, the Attorney General has not established that the denial of benefits to the affected, already-marginalized women, is proportionate to the public interest in denying them a remedy.

[159] I conclude that the breach of s. 15(1) has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*, and therefore I would allow the appeal.

Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. dissenting in the result.

Solicitors for the appellants Centrale des syndicats du Québec, Fédération des intervenantes en petite enfance du Québec (FIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Montréal (SIPEM-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Québec (SIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de l'Estrie

procureure générale fait valoir que le délai de six ans était nécessaire pour déterminer ce qui constituait un salaire égal dans les milieux de travail à prédominance féminine dépourvus de groupes comparateurs masculins. Toutefois, elle n'a pas démontré qu'elle avait besoin de toutes ces six années pour ce faire. Ce délai s'imposait en raison non pas des exigences de l'affaire, mais — du moins en partie — de la décision du gouvernement de négocier longuement avec les employeurs dans le but de concevoir un régime que ces derniers seraient disposés à accepter et à respecter. Existait-il d'autres options moins attentatoires que de longues négociations? Le gouvernement n'a pas fait la preuve du contraire. De même, la procureure générale affirme avoir accepté l'idée du refus des ajustements rétroactifs en cas d'iniquité salariale parce que les employeurs auraient eu de la difficulté à l'accepter. Encore une fois, le gouvernement n'a pas démontré qu'aucune autre option moins attentatoire au droit en cause n'existait. Il n'affirme pas, par exemple, avoir évoqué la possibilité d'une réparation partielle. Il s'appuie simplement sur ce qu'il a fait. Il ne peut être satisfait au critère de l'atteinte minimale simplement en affirmant qu'un long délai était nécessaire un point c'est tout, ou que celui-ci ne pouvait pas s'accompagner d'ajustements rétroactifs parce que cela posait problème aux employeurs qui perpétuaient l'inégalité. Enfin, la procureure générale n'a pas établi que le refus d'accorder des avantages aux femmes touchées, et déjà marginalisées, est proportionné à l'intérêt du public à ce qu'on leur refuse réparation.

[159] Je conclus qu'il n'a pas été établi que la violation du par. 15(1) est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* et j'accueillerais donc le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN est dissidente quant au résultat.

Procureurs des appelants la Centrale des syndicats du Québec, la Fédération des intervenantes en petite enfance du Québec (FIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Montréal (SIPEM-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de Québec (SIPEQ-CSQ), Le syndicat des intervenantes en petite enfance de l'Estrie

(SIPEE-CSQ), Francine Joly, Nathalie Fillion, Louise Fréchette, Fédération du personnel de soutien de l'enseignement supérieur (FPSES) (CSQ), Syndicat des interprètes professionnels du Sivet (CSQ), Chantal Bousquet and Yannick François: Poudrier Bradet, Québec.

Solicitors for the appellants the Confederation of National Trade Unions (CNTU), Fédération de la santé et des services sociaux, Syndicat des travailleuses et travailleurs des CPE de la Montérégie, Syndicat des travailleuses des CPE de Montréal et de Laval, France Laniel, Ginette Lavoie and Danielle Paré: Laroche Martin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.

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

Solicitors for the interveners the Equal Pay Coalition, the Women's Legal Education and Action Fund and the New Brunswick Coalition for Pay Equity: Faraday Law, Toronto; Cavalluzzo, Toronto.

(SIPEE-CSQ), Francine Joly, Nathalie Fillion, Louise Fréchette, la Fédération du personnel de soutien de l'enseignement supérieur (FPSES) (CSQ), le Syndicat des interprètes professionnels du Sivet (CSQ), Chantal Bousquet et Yannick François : Poudrier Bradet, Québec.

Procureurs des appelants la Confédération des syndicats nationaux (CSN), la Fédération de la santé et des services sociaux, le Syndicat des travailleuses et travailleurs des CPE de la Montérégie, le Syndicat des travailleuses des CPE de Montréal et de Laval, France Laniel, Ginette Lavoie et Danielle Paré : Laroche Martin, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Bernard, Roy (Justice Québec), Montréal.

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

Procureurs des intervenants Equal Pay Coalition, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et La Coalition pour l'équité salariale du Nouveau-Brunswick : Faraday Law, Toronto; Cavalluzzo, Toronto.

James Chadwick Rankin, carrying on business as Rankin's Garage & Sales
Appellant

v.

J.J. by his Litigation Guardian, J.A.J., J.A.J., A.J. and C.C. *Respondents*

and

Ontario Trial Lawyers Association and Justice for Children and Youth *Interveners*

INDEXED AS: RANKIN (RANKIN'S GARAGE & SALES) v. J.J.

2018 SCC 19

File No.: 37323.

2017: October 5; 2018: May 11.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Negligence — Duty of Care — Foreseeability — Personal injury — Motor vehicles — Teenagers stealing vehicle from commercial garage and joyriding — Vehicle crashing causing serious injury to passenger — Whether business owes duty of care to injured passenger — Whether risk of personal injury reasonably foreseeable — Whether business had positive duty to guard against risk of theft by minors — Whether illegal conduct could sever any proximity between parties or negate prima facie duty of care — Whether lower courts erred in recognizing duty of care.

J and his friend C, both then minors, were at the house of C's mother drinking alcohol and smoking marijuana. Sometime after midnight, they left the house to walk around town, with the intention of stealing valuables from unlocked cars. Eventually they made their way to R (a

James Chadwick Rankin, faisant affaire sous le nom Rankin's Garage & Sales *Appelant*

c.

J.J., représenté par son tuteur à l'instance, J.A.J., J.A.J., A.J. et C.C. *Intimés*

et

Ontario Trial Lawyers Association et Justice for Children and Youth *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : RANKIN (RANKIN'S GARAGE & SALES) c. J.J.

2018 CSC 19

N° du greffe : 37323.

2017 : 5 octobre; 2018 : 11 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Lésions corporelles — Automobiles — Vol par des adolescents d'un véhicule d'un garage commercial et balade avec ce véhicule — Accident d'automobile causant de sérieuses blessures au passager — Le propriétaire de l'entreprise a-t-il une obligation de diligence envers le passager blessé? — Le risque de lésions corporelles était-il raisonnablement prévisible? — L'entreprise avait-elle l'obligation positive de prendre des mesures contre le risque de vol par des mineurs? — Un comportement illégal pouvait-il rompre le lien de proximité entre les parties ou écarter une obligation de diligence prima facie? — Les cours d'instances inférieures ont-elles commis une erreur en reconnaissant l'existence d'une obligation de diligence?

J et son ami C, deux mineurs, se trouvaient chez la mère de C où ils ont bu de l'alcool et fumé de la marijuana. Quelque temps après minuit, les adolescents sont sortis se promener en ville avec l'intention de dérober des objets de valeur dans des voitures non verrouillées.

commercial car garage) located near the main intersection. The garage property was not secured, and the boys began walking around the lot checking for unlocked cars. C found an unlocked car parked behind the garage. He opened it and found its keys in the ashtray. Though he did not have a driver's licence and had never driven a car on the road before, C decided to steal the car so that he could go and pick up a friend in a nearby town. C told J to "get in", which he did. C drove the car out of the garage and on the highway where the car crashed. J suffered a catastrophic brain injury. Through his litigation guardian, J sued R, C and C's mother for negligence.

At trial, it was held that R owed a duty of care to J. The jury found that all parties had been negligent and made the following apportionment of liability: R's garage, 37 percent liable; C, 23 percent liable; C's mother, 30 percent liable; and J, 10 percent liable. The Ontario Court of Appeal upheld the trial judge's finding that R owed a duty of care to J and dismissed the appeal.

The only issue in this appeal is whether R owed J a duty of care.

Held (Gascon and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the claim against R dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté and Rowe JJ.: This case can be resolved based on a straightforward application of existing tort law principles. J did not provide sufficient evidence to support the establishment of a duty of care owed by R.

There is no clear guidance in Canadian case law on whether a business owes a duty of care to someone who is injured following the theft of a vehicle from its premises. Therefore, an *Anns/Cooper* analysis will be conducted in this case. To establish a duty of care, there must be a relationship of proximity in which the failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff. Once foreseeability and proximity are made out, a *prima facie* duty of care is established. Whether or not something is "reasonably foreseeable" is an objective test. The question is properly focussed on whether

Ils se sont retrouvés devant R (un garage automobile commercial) qui est situé près de l'intersection principale du lieu. Le terrain du garage n'était pas sécurisé et les adolescents ont commencé à parcourir le stationnement à la recherche de voitures non verrouillées. C a trouvé une telle voiture garée derrière le garage. Il s'est introduit à l'intérieur du véhicule en question et a trouvé les clés dans le cendrier. Même s'il n'avait pas de permis de conduire et n'avait jamais conduit de voiture sur la route, C a décidé de voler la voiture pour aller chercher un ami dans une ville voisine. C a dit à J « embarque », ce que ce dernier a fait. C a sorti la voiture du stationnement du garage et l'a conduite jusqu'à la grande route où l'automobile a fait l'objet d'un accident dans lequel J a subi un grave traumatisme crânien. Par l'entremise de son tuteur à l'instance, J a poursuivi R, C et la mère de ce dernier pour négligence.

Au procès, il a été décidé que R avait une obligation de diligence envers J. Le jury a conclu que toutes les parties avaient fait preuve de négligence et il a réparti la responsabilité comme suit : R, 37 pour 100; C, 23 pour 100; la mère de C, 30 pour 100; et J, 10 pour 100. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la conclusion de la juge du procès suivant laquelle R avait une obligation de diligence envers J et a rejeté l'appel.

La seule question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si R avait une obligation de diligence envers J.

Arrêt (les juges Gascon et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la demande présentée contre R est rejetée.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et Rowe : On peut trancher la présente affaire par une simple application des principes existants du droit de la responsabilité délictuelle. J n'a pas présenté assez d'éléments de preuve pour établir que R avait une obligation de diligence.

La jurisprudence canadienne ne donne pas de directives claires quant à la façon de déterminer s'il incombe ou non une obligation de diligence à une entreprise envers une personne qui subit des lésions corporelles à la suite du vol d'un véhicule qui se trouvait sur les lieux où cette entreprise exerce ses activités. Il faut donc procéder dans la présente affaire à l'analyse établie par les arrêts *Anns/Cooper*. Pour établir l'existence d'une obligation de diligence, il faut se demander s'il y a un lien de proximité dans le cadre duquel l'omission de faire preuve de diligence raisonnable peut, de façon prévisible, causer une perte ou

foreseeability was present prior to the incident occurring and not with the aid of 20/20 hindsight.

Here, it is not enough to determine simply whether the theft of the vehicle was reasonably foreseeable. The proper question to be asked is whether the type of harm suffered — personal injury — was reasonably foreseeable to someone in the position of R when considering the security of the vehicles stored at the garage. The evidence could establish, as the jury found, that R ought to have known of the risk of theft. However, physical injury is only foreseeable when there is something in the facts to suggest that there is not only a risk of theft, but a risk that the stolen vehicle might be operated in a dangerous manner. To find a duty of care, there must be some circumstance or evidence to suggest that a person in the position of R ought to have reasonably foreseen the risk of injury — that the stolen vehicle could be operated unsafely. In the circumstances of this case, the courts below relied upon the risk of theft by minors (who could well be inexperienced or reckless drivers) to connect the failure to secure the vehicles with the nature of the harm suffered, personal injury.

The risk of theft in general does not automatically include the risk of theft by minors. Some evidentiary basis is required before a court can conclude that the risk of theft includes the risk of theft by minors. Here, there was insufficient evidence to suggest that minors would frequent the premises at night, or be involved in joyriding or theft. Aside from evidence that could establish a risk of theft in general, there was nothing else in this case to connect the risk of theft of the car to the risk of someone being physically injured. Thus, the evidence did not provide specific circumstances to make it reasonably foreseeable that the stolen car might be driven in a way that would cause personal injury. The burden of establishing a *prima facie* duty of care owed by R has not been met. Reasonable foreseeability could not be established on this record.

un préjudice au demandeur. Dès lors que la prévisibilité et le lien de proximité ont été établis, il y a obligation de diligence *prima facie*. La question de savoir si quelque chose est « raisonnablement prévisible » ou non est un critère objectif. La question, posée correctement, porte sur la prévisibilité ou non avant que l'incident ne survienne, sans pouvoir compter sur l'avantage du recul.

En l'espèce, il ne suffit pas de déterminer si le vol du véhicule était raisonnablement prévisible. Il faut se demander si une personne se trouvant dans la situation de R aurait raisonnablement pu prévoir le type de préjudice qui a été subi, soit des lésions corporelles, lorsqu'elle considèrerait la sécurité des véhicules entreposés au garage. La preuve pouvait démontrer, comme le jury l'a conclu, que le défendeur aurait dû être conscient du risque de vol. Toutefois, les lésions corporelles ne sont prévisibles que lorsque les faits permettent de penser qu'il y a non seulement un risque de vol, mais aussi un risque que le véhicule volé soit conduit de manière dangereuse. Pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence, il doit exister une circonstance ou un élément de preuve quelconque portant à croire qu'une personne dans la même situation que R aurait dû raisonnablement prévoir le risque de blessure, soit que le véhicule volé pourrait être conduit de façon dangereuse. Dans les circonstances de l'espèce, les juridictions inférieures se sont fondées sur le risque de vol par des mineurs — qui pourraient bien s'avérer être des conducteurs inexpérimentés et insoucians — pour établir un lien entre le défaut de sécuriser les véhicules et la nature du préjudice subi, en l'occurrence, des lésions corporelles.

Le risque de vol en général n'inclut pas automatiquement le risque de vol par des mineurs. La conclusion d'une cour selon laquelle le risque de vol inclut le risque de vol par des mineurs doit être étayée par des éléments de preuve. En l'espèce, il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour penser que des mineurs fréquenteraient ces lieux la nuit ou seraient impliqués dans un vol ou une balade en voiture volée. Abstraction faite des éléments de preuve susceptibles d'établir le risque de vol en général, il n'y avait aucun élément en l'espèce qui permettait d'établir un lien entre le risque de vol de la voiture et celui que quelqu'un subisse des lésions corporelles. Ainsi la preuve n'a pas révélé de circonstances précises suivant lesquelles il serait raisonnablement prévisible que la voiture volée serait conduite de manière à causer des lésions corporelles. J ne s'est pas déchargé de son fardeau de démontrer que R avait une obligation de diligence *prima facie*. Le présent dossier ne permet pas d'établir la prévisibilité raisonnable.

Further, R, as a commercial garage, did not have a positive duty to guard against the risk of theft by minors. The fact that J was a minor does not automatically create an obligation to act.

It is not necessary to consider whether illegal conduct could sever the proximate relationship between the parties or negate a *prima facie* duty of care. However, the notion that illegal or immoral conduct by a plaintiff precludes the existence of a duty of care has consistently been rejected by the Court. Whether the personal injury caused by unsafe driving of the stolen car is suffered by the thief or a third party makes no analytical difference to the duty of care analysis. Both are reasonably foreseeable when circumstances connect the theft of the car to the unsafe operation of the stolen vehicle. While illegality can operate as a defence to a tort action in limited circumstances when it is necessary to preserve the integrity of the legal system, this concern does not arise in the circumstances of this case. Plaintiff wrongdoing is integrated into the analysis through contributory negligence, as occurred here.

J has not met the burden of establishing a *prima facie* duty of care owed by R. Reasonable foreseeability could not be established on this record. A business will only owe a duty to someone who is injured following the theft of a vehicle when, in addition to theft, the unsafe operation of the stolen vehicle was reasonably foreseeable.

Per Gascon and Brown JJ. (dissenting): The trial judge's finding that R owed a duty of care to J should be upheld and the appeal should be dismissed. The relationship between R and J falls within a category of relationships in which a duty of care has been previously found to exist. This case does not require the Court to undertake a full analysis to establish a novel duty of care. It involves the application of a category of relationships that has long been recognized as imposing a duty of care — namely, where the defendant's act foreseeably causes physical harm to the plaintiff. Physical injury to J was a reasonably foreseeable consequence of R's negligence.

The reasonable foreseeability inquiry is objective (that is, into what reasonably ought to have been foreseen), and

Qui plus est, R, en tant que garage commercial, n'avait pas l'obligation positive de prendre des mesures contre le risque de vol par des mineurs. Le fait que J était un mineur ne crée pas automatiquement une obligation d'agir.

Il n'est pas nécessaire de décider si un comportement illégal pourrait rompre le lien de proximité entre les parties ou écarter une obligation de diligence *prima facie*. Par contre, l'idée suivant laquelle la conduite illégale ou immorale d'un demandeur fait obstacle à l'existence d'une obligation de diligence a systématiquement été écartée par la Cour. Le fait que les lésions corporelles causées par la conduite dangereuse du véhicule volé soient subies par le voleur ou par un tiers ne change rien à l'analyse de l'obligation de diligence. Les deux scénarios sont raisonnablement prévisibles lorsque les faits permettent d'établir un lien entre le vol de la voiture et la conduite dangereuse subséquente de cette dernière. Bien que l'illégalité puisse être invoquée comme moyen de défense dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle dans certaines circonstances limitées, soit lorsque cela est nécessaire pour préserver l'intégrité du système juridique, ce facteur n'entre pas en jeu eu égard aux circonstances de l'espèce. L'acte répréhensible du demandeur est pris en compte dans le cadre de l'analyse pour déterminer si, comme c'est le cas en l'espèce, il y a eu négligence contributive.

J ne s'est pas déchargé de son fardeau de démontrer que R avait une obligation de diligence *prima facie* envers lui. Le présent dossier ne permet pas d'établir la prévisibilité raisonnable. Une entreprise ne sera tenue à une obligation envers la personne qui a subi des blessures à la suite du vol d'un véhicule que lorsque, en plus du vol, la conduite dangereuse du véhicule volé était raisonnablement prévisible.

Les juges Gascon et Brown (dissidents) : La conclusion de la juge du procès suivant laquelle R était tenu à une obligation de diligence envers J devrait être maintenue et l'appel être rejeté. La relation qui existait entre R et J appartient à une catégorie de relations à l'égard de laquelle il a déjà été établi qu'il existe une obligation de diligence. La présente affaire n'oblige pas la Cour à entreprendre une analyse exhaustive pour déterminer s'il existe une nouvelle obligation de diligence. Elle concerne l'application d'une catégorie de relations dont il a été reconnu depuis longtemps qu'elles imposent au défendeur une obligation de diligence, en l'occurrence, les cas où l'acte du défendeur cause des blessures physiques au demandeur et que ces blessures étaient prévisibles. Les lésions corporelles subies par J étaient une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence dont R a fait preuve.

L'analyse de la prévisibilité raisonnable est objective — en ce sens qu'elle vise à déterminer ce qu'on

it must be undertaken from the standpoint of a reasonable person. Whether, therefore, the defendant actually foresaw the risk which ultimately manifested in injury to the plaintiff is not determinative. Reasonable foreseeability represents a low threshold and is usually quite easy to overcome. A plaintiff must merely provide evidence to persuade the court that the risk of the type of damage that occurred was reasonably foreseeable to the class of plaintiff that was damaged. In this case, both the trial judge and the Court of Appeal held that it was reasonably foreseeable that an individual such as J could suffer physical injury as a consequence of R's negligence in the locking, securing and storing of vehicles. The majority concedes that the risk of theft was reasonably foreseeable but would have required additional evidence that theft would have occurred at the hands of a minor in order to find that physical injury to J was foreseeable. Even were J required to show that theft by a minor must have been reasonably foreseen in order to support the trial judge's finding, J has satisfied that burden. Minors are no less likely to steal a car than any other individual. In order to establish a duty of care, however, J was not required to show that the characteristics of the particular thief who stole the vehicle or the way in which the injury occurred were foreseeable. Imposition of a duty of care was conditioned in this case only upon J showing that physical injury to him was reasonably foreseeable under any circumstances flowing from R's negligence. It was open to the trial judge to conclude that R's negligence in leaving unattended vehicles unlocked with keys inside overnight could have led to reasonably foreseeable physical injury. There is no palpable and overriding error in these findings and, therefore, they should not be interfered with.

The trial judge's finding of reasonably foreseeable physical injury is sufficient to bring the circumstances of this case within a category of relationships which has already been found to support a duty of care. As a matter of law, proximity is thereby established, and it is unnecessary to proceed to the second stage of the *Anns/Cooper* framework.

aurait raisonnablement dû prévoir —, et elle doit être entreprise en se plaçant du point de vue de la personne raisonnable. Ainsi, le fait que le défendeur ait effectivement ou non prévu le risque qui a ultimement entraîné les lésions corporelles subies par le demandeur n'est pas déterminant. La prévisibilité raisonnable constitue un seuil peu exigeant auquel il est habituellement assez facile de satisfaire. Le demandeur n'a qu'à présenter des éléments de preuve de nature à persuader le tribunal que le risque du type de dommage qui s'est produit était raisonnablement prévisible pour la catégorie de demandeurs à laquelle appartient celui qui a été lésé. En l'espèce, tant la juge du procès que la Cour d'appel ont estimé qu'il était raisonnablement prévisible qu'une personne comme J subisse des lésions corporelles par suite de la négligence dont R a fait preuve dans la façon dont il a verrouillé, sécurisé et entreposé les véhicules. Les juges majoritaires admettent que le risque de vol était raisonnablement prévisible, mais auraient exigé la présentation d'éléments de preuve additionnels portant précisément sur le vol par un mineur afin de conclure que les lésions corporelles infligées à J étaient prévisibles. Même si J était tenu de démontrer que le vol par un mineur était raisonnablement prévisible afin d'étayer la conclusion de la juge du procès, J s'est acquitté de ce fardeau. Les mineurs ne sont pas moins susceptibles que qui que ce soit d'autre de voler une voiture. Toutefois, pour établir l'existence d'une obligation de diligence, J n'avait pas à démontrer que les caractéristiques de la personne qui a véritablement volé le véhicule ou la façon dont les blessures ont été subies étaient prévisibles. L'imposition d'une obligation de diligence, en l'espèce, était plutôt subordonnée uniquement à la démonstration par J qu'il était raisonnablement prévisible qu'il subisse des lésions corporelles en raison de la négligence de R, indépendamment des circonstances. La juge du procès pouvait conclure que la négligence dont ce dernier a fait preuve — à savoir qu'il a laissé des véhicules déverrouillés avec les clés à l'intérieur sans surveillance pendant la nuit — aurait pu mener à des lésions corporelles raisonnablement prévisibles. Il n'existe aucune erreur manifeste et dominante dans ces conclusions et il n'y a donc pas lieu d'intervenir pour les modifier.

La conclusion de la juge de première instance selon laquelle les lésions corporelles étaient raisonnablement prévisibles suffit à classer les faits de la présente affaire dans une catégorie de relations dont il a déjà été jugé qu'elles permettaient de conclure à l'existence d'une obligation de diligence. En droit, le lien de proximité est par le fait même établi et il n'est pas nécessaire de passer à la seconde étape du test *Anns/Cooper*.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; **distinguished:** *Holian v. United Grain Growers Ltd.* (1980), 112 D.L.R. (3d) 611, rev'd (1980), 114 D.L.R. (3d) 449; **considered:** *Kalogeropoulos v. Ottawa (City)* (1996), 35 M.P.L.R. (2d) 287; *Cairns v. General Accident Assurance Co. of Canada*, [1992] O.J. No. 1432 (QL); *Provost v. Bolton*, 2017 BCSC 1608, 100 B.C.L.R. (5th) 362; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131; *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; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Hollett v. Coca-Cola Ltd.* (1980), 37 N.S.R. (2d) 695; *Tong v. Bedwell*, 2002 ABQB 213, 311 A.R. 174; *Moore v. Fanning* (1987), 60 O.R. (2d) 225; *Werbeniuk v. Maynard* (1994), 93 Man. R. (2d) 318; *Norgard v. Asuchak*, [1984] A.J. No. 394 (QL); *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Canada (Attorney General) v. LaFlamme*, [1983] 3 W.W.R. 350; *Aldus v. Belair* (1992), 41 M.V.R. (2d) 129; *Campiou Estate v. Gladue*, 2002 ABQB 1037, 332 A.R. 109; *Canadian Pacific Ltd. v. Swift Current No. 137 (Rural Municipality)* (1991), 88 Sask. R. 281, aff'd (1992), 109 Sask. R. 33; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27.

By Brown J. (dissenting)

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *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; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Fullowka v.*

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; **distinction d'avec l'arrêt :** *Holian c. United Grain Growers Ltd.* (1980), 112 D.L.R. (3d) 611, inf. par. (1980), 114 D.L.R. (3d) 449; **arrêts examinés :** *Kalogeropoulos c. Ottawa (City)* (1996), 35 M.P.L.R. (2d) 287; *Cairns c. General Accident Assurance Co. of Canada*, [1992] O.J. No. 1432 (QL); *Provost c. Bolton*, 2017 BCSC 1608, 100 B.C.L.R. (5th) 362; **arrêts mentionnés :** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131; *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; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Hollett c. Coca-Cola Ltd.* (1980), 37 N.S.R. (2d) 695; *Tong c. Bedwell*, 2002 ABQB 213, 311 A.R. 174; *Moore c. Fanning* (1987), 60 O.R. (2d) 225; *Werbeniuk c. Maynard* (1994), 93 Man. R. (2d) 318; *Norgard c. Asuchak*, [1984] A.J. No. 394 (QL); *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Canada (Attorney General) c. LaFlamme*, [1983] 3 W.W.R. 350; *Aldus c. Belair* (1992), 41 M.V.R. (2d) 129; *Campiou Estate c. Gladue*, 2002 ABQB 1037, 332 A.R. 109; *Canadian Pacific Ltd. c. Swift Current No. 137 (Rural Municipality)* (1991), 88 Sask. R. 281, conf. par (1992), 109 Sask. R. 33; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27.

Citée par le juge Brown (dissident)

Anns c. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *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; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007

Pinkerton's of Canada Ltd., 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165.

Statutes and Regulations Cited

Occupiers' Liability Act, R.S.O. 1990, c. O.2, s. 4(1), (2).

Authors Cited

Clerk & Lindsell on Torts, 21st ed. by Michael A. Jones. London: Sweet & Maxwell, 2014.
 Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.
 Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
 Owen, David G. "Figuring Foreseeability" (2009), 44 *Wake Forest L. Rev.* 1277.
 Perry, Stephen R. "Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence" (1992), 42 *U.T.L.J.* 247.
 Weinrib, Ernest J. "The Disintegration of Duty" (2006), 31 *Adv. Q.* 212.
 Weinrib, Ernest J. "The Disintegration of Duty", in M. Stuart Madden, ed., *Exploring Tort Law*. New York: Cambridge University Press, 2005, 143.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J. and Brown and Huscroft J.J.A.), 2016 ONCA 718, 403 D.L.R. (4th) 408, 32 C.C.L.T. (4th) 245, [2016] O.J. No. 5082 (QL), 2016 CarswellOnt 15069 (WL Can.), affirming a judgment of Morissette J., sitting with a jury, dated September 25, 2014, on the issue of the duty of care, and the jury verdict on the issue of liability. Appeal allowed, Gascon and Brown J.J. dissenting.

David S. Young, Kevin R. Bridel, Cory Giordano and Marie-France Major, for the appellant.

Maia Bent, Cynthia B. Kuehl and Alfonso E. Campos Reales, for the respondents J.J. by his Litigation Guardian, J.A.J., J.A.J. and A.J.

Jennifer Chapman and John Friendly, for the respondent C.C.

CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Fallowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165.

Lois et règlements cités

Loi sur la responsabilité des occupants, L.R.O. 1990, c. O.2, art. 4(1), (2).

Doctrine et autres documents cités

Clerk & Lindsell on Torts, 21st ed. by Michael A. Jones. London, Sweet & Maxwell, 2014.
 Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.
 Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
 Owen, David G. « Figuring Foreseeability » (2009), 44 *Wake Forest L. Rev.* 1277.
 Perry, Stephen R. « Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence » (1992), 42 *U.T.L.J.* 247.
 Weinrib, Ernest J. « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212.
 Weinrib, Ernest J. « The Disintegration of Duty », in M. Stuart Madden, ed., *Exploring Tort Law*. New York, Cambridge University Press, 2005, 143.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Brown et Huscroft), 2016 ONCA 718, 403 D.L.R. (4th) 408, 32 C.C.L.T. (4th) 245, [2016] O.J. No. 5082 (QL), 2016 CarswellOnt 15069 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Morissette, siégeant avec un jury, datée du 25 septembre 2014, sur la question de l'obligation de diligence, et le verdict du jury sur la question de la responsabilité. Pourvoi accueilli, les juges Gascon et Brown sont dissidents.

David S. Young, Kevin R. Bridel, Cory Giordano et Marie-France Major, pour l'appelant.

Maia Bent, Cynthia B. Kuehl et Alfonso E. Campos Reales, pour les intimés J.J., représenté par son tuteur à l'instance, J.A.J., J.A.J. et A.J.

Jennifer Chapman et John Friendly, pour l'intimé C.C.

Gavin MacKenzie and Brooke MacKenzie, for the interveners the Ontario Trial Lawyers Association.

Bryn E. Gray, Mary Birdsell and Carole Piovesan, for the intervener Justice for Children and Youth.

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

[1] KARAKATSANIS J. — A vehicle is stolen from a commercial garage. The vehicle is crashed. Someone is injured. Does the business owe a duty of care to the injured party? The question in this appeal is whether the courts below erred in recognizing a duty of care owed by a business that stores vehicles to someone who is injured following the theft of a vehicle.

[2] In my view, this case is easily resolved based on a straightforward application of existing tort law principles. This requires analytical rigour and a proper evidentiary basis. The plaintiff did not provide sufficient evidence to support the establishment of a duty of care in these circumstances. While the risk of theft was reasonably foreseeable, the evidence did not establish that it was foreseeable that someone could be injured by the stolen vehicle. Here, there was no evidence to support the inference that the stolen vehicle might be operated in an unsafe manner, causing injury. When considering the security of the automobiles stored at the garage, there was no reason upon this record for someone in the position of the defendant garage owner to foresee the risk of injury. I would allow the appeal. A business will only owe a duty to someone who is injured following the theft of a vehicle when, in addition to theft, the unsafe operation of the stolen vehicle was reasonably foreseeable.

Gavin MacKenzie et Brooke MacKenzie, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

Bryn E. Gray, Mary Birdsell et Carole Piovesan, pour l'intervenante Justice for Children and Youth.

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

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Un véhicule est volé dans un garage commercial. Le véhicule est impliqué dans un accident. Quelqu'un est blessé. L'entreprise a-t-elle une obligation de diligence envers la personne qui a subi des blessures? La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si les tribunaux d'instances inférieures ont commis une erreur en reconnaissant qu'une obligation de diligence envers une personne ayant subi des blessures à la suite du vol d'un véhicule incombe à une entreprise qui entepose des véhicules.

[2] À mon avis, on peut facilement trancher la présente affaire par une simple application des principes existants du droit de la responsabilité délictuelle. Cela exige de la rigueur sur le plan de l'analyse et un fondement factuel suffisant. Dans les circonstances de l'espèce, le demandeur n'a pas présenté assez d'éléments de preuve pour établir l'existence d'une obligation de diligence. S'il est vrai que le risque de vol était raisonnablement prévisible, la preuve ne démontre pas qu'il était prévisible que le véhicule volé pourrait être la cause de lésions corporelles. Dans l'affaire qui nous intéresse, aucun élément de preuve ne permet d'inférer que le véhicule volé pouvait être conduit de façon dangereuse et causer des blessures. En considérant la sécurité des automobiles entreposées au garage, une personne se trouvant dans la situation du propriétaire du garage défendeur n'avait aucune raison, au vu du dossier, de prévoir le risque de blessure. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Une entreprise ne sera tenue à une obligation envers la personne qui a subi des blessures à la suite du vol d'un véhicule que lorsque, en plus du vol, la conduite dangereuse du véhicule volé était raisonnablement prévisible.

I. Background

A. *Facts*

[3] This case emerges from a tragic set of events. On an evening in July 2006, in the small village of Paisley, Ontario, the plaintiff J. (then 15 years old) and his friend C. (then 16 years old) were at the house of C.'s mother. The boys drank alcohol (some of which was provided by the mother) and smoked marijuana.

[4] Sometime after midnight, the boys left the house to walk around Paisley, with the intention of stealing valuables from unlocked cars. Eventually they made their way to Rankin's Garage & Sales, a car garage located near the main intersection in Paisley that was owned by James Chadwick Rankin. The garage property was not secured, and the boys began walking around the lot checking for unlocked cars. C. found an unlocked Toyota Camry parked behind the garage. He opened the Camry and found its keys in the ashtray. Though he did not have a driver's licence and had never driven a car on the road before, C. decided to steal the car so that he could go and pick up a friend in nearby Walkerton, Ontario. C. told J. to "get in", which he did.

[5] The 16-year-old C. drove the car out of the garage and around Paisley before starting toward Walkerton. On the highway, the car crashed. J. suffered a catastrophic brain injury.

[6] Through his litigation guardian, J. sued Rankin's Garage, his friend C. and his friend's mother for negligence. The issue in this appeal is whether Rankin's Garage owed the plaintiff a duty of care.

I. Contexte

A. *Faits*

[3] La présente affaire est le résultat d'une série d'événements tragiques. Un soir de juillet 2006, dans le petit village de Paisley, en Ontario, le demandeur J. (alors âgé de 15 ans) et son ami C. (qui avait à l'époque 16 ans) se trouvaient chez la mère de ce dernier. Les deux amis ont bu de l'alcool (dont une partie leur avait été fournie par la mère de C.) et ils ont fumé de la marihuana.

[4] Quelque temps après minuit, les adolescents sont sortis se promener dans le village avec l'intention de dérober des objets de valeur dans des voitures non verrouillées. Ils se sont retrouvés devant Rankin's Garage & Sales, un garage automobile qui est situé près de l'intersection principale de Paisley, et qui appartient à James Chadwick Rankin. Le terrain du garage n'était pas sécurisé et les adolescents ont commencé à parcourir le stationnement à la recherche de voitures non verrouillées. C. a trouvé une Toyota Camry non verrouillée garée derrière le garage. Il s'est introduit à l'intérieur du véhicule en question et a trouvé les clés dans le cendrier. Même s'il n'avait pas de permis de conduire et n'avait jamais conduit de voiture sur la route, C. a décidé de voler la voiture pour aller chercher un ami dans la ville voisine de Walkerton (Ontario). C. a dit à J. « embarque », ce que ce dernier a fait.

[5] L'adolescent de 16 ans a sorti la voiture du stationnement du garage et l'a conduite dans le village de Paisley avant de prendre la direction de Walkerton. Sur la grande route, l'automobile a fait l'objet d'un accident dans lequel J. a subi un grave traumatisme crânien.

[6] Par l'entremise de son tuteur à l'instance, J. a poursuivi Rankin's Garage, son ami C. et la mère de ce dernier pour négligence. La question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si Rankin's Garage avait une obligation de diligence envers le demandeur.

B. *Judicial History*

[7] At trial, Morissette J. held that Rankin's Garage owed a duty of care to the plaintiff: Ontario Superior Court of Justice, September 25, 2014. The trial judge concluded that previous cases had already established the existence of this duty. She nonetheless conducted an analysis to determine whether the duty should be recognized. The trial judge held that the risk of harm to J. was reasonably foreseeable. She based this ruling, in part, on the fact that Mr. Rankin knew he had an obligation to secure his vehicles on his property, and that "[i]t certainly ought to be foreseeable that injury could occur if a vehicle were used by inebriated teenagers". The trial judge further held there were no policy reasons to negate the duty of care.

[8] The jury found that all parties (including J. himself) had been negligent and made the following apportionment of liability: Rankin's Garage, 37 percent liable; the friend (C.), 23 percent liable; C.'s mother, 30 percent liable; and the plaintiff (J.), 10 percent liable. With respect to Rankin's Garage, the jury set out the particulars of the negligence finding as follows:

- Left car unlocked;
- Key in it;
- Knew or ought to have known the potential risk of theft;
- Very little security; and
- Testimony inconsistencies.

[9] The Ontario Court of Appeal upheld the trial judge's holding that Rankin's Garage owed a duty of care to the plaintiff. Writing for the court, Huscroft J.A. held that the trial judge erred in concluding that a duty of care had already been recognized. The Court of Appeal therefore conducted a full duty of care analysis, following the test laid out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, as affirmed and explained in *Cooper v.*

B. *Historique judiciaire*

[7] Au procès, la juge Morissette a conclu que Rankin's Garage avait une obligation de diligence envers le demandeur : Cour supérieure de justice de l'Ontario, 25 septembre 2014. La juge du procès a conclu que des décisions antérieures avaient déjà établi l'existence d'une telle obligation. Elle a néanmoins procédé à une analyse pour déterminer s'il y avait lieu de reconnaître cette obligation. À son avis, le risque que J. subisse un préjudice était raisonnablement prévisible. Elle a fondé cette conclusion en partie sur le fait que M. Rankin savait qu'il avait l'obligation de sécuriser ses véhicules sur sa propriété et qu'il [TRADUCTION] « devait certainement être prévisible que des blessures pouvaient survenir si des adolescents en état d'ébriété se servaient d'un véhicule ». La juge du procès a ajouté qu'il n'y avait pas de raisons de principe qui écartaient l'obligation de diligence.

[8] Le jury a conclu que toutes les parties (y compris J. lui-même) avaient fait preuve de négligence et il a réparti la responsabilité comme suit : Rankin's Garage, 37 pour 100; l'ami (C.), 23 pour 100; la mère de C., 30 pour 100; et, enfin, le demandeur (J.), 10 pour 100. En ce qui concerne Rankin's Garage, le jury a expliqué de la manière suivante le détail de sa conclusion de négligence :

- voiture non verrouillée;
- clés laissées à l'intérieur;
- connaissait ou aurait dû connaître le risque potentiel de vol;
- mesures de sécurité minimales;
- contradictions dans le témoignage.

[9] La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la conclusion de la juge du procès suivant laquelle Rankin's Garage avait une obligation de diligence envers le demandeur. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Huscroft a déclaré que la juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'existence d'une obligation de diligence avait déjà été reconnue par la jurisprudence. La Cour d'appel a par conséquent procédé à une analyse exhaustive

Hobart, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 (*Anns/Cooper* test).

[10] The Court of Appeal concluded that there was sufficient foreseeability of harm and proximity between the parties to impose a duty of care. There was “ample evidence to support the conclusion of foreseeability in this case”: 2016 ONCA 718, 403 D.L.R. (4th) 408, at para. 39. The court reasoned that Rankin’s Garage “had care and control of many vehicles for commercial purposes”; with that “comes the responsibility of securing them against minors, in whose hands they are potentially dangerous” (para. 57). As such, the court concluded that “it is fair and just to impose a duty of care in these circumstances” (para. 59).

[11] Moving to the second stage of the *Anns/Cooper* test, Huscroft J.A. concluded there were no residual policy considerations that negated the *prima facie* duty of care (para. 73). The law does not already provide a remedy in this case (para. 63); the recognition of a duty in these circumstances would not create the spectre of unlimited liability (para. 65); and there are no other policy considerations (such as the illegality of the plaintiff’s conduct) that negated the duty (paras. 68-73).

[12] The Court of Appeal dismissed the appeal.

II. Issues

[13] Before this Court, Rankin’s Garage submits that it was not reasonably foreseeable that an individual would steal a car from the garage and operate it in an unsafe manner. In any event, J.’s illegal conduct would sever any proximate relationship between the parties or operate as a residual policy basis upon which to negate a duty of care.

de cette obligation en suivant le test énoncé dans l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, puis confirmé et appliqué dans l’arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537 (le test *Anns/Cooper*).

[10] La Cour d’appel a conclu que la prévisibilité du préjudice et le lien de proximité entre les parties étaient suffisants pour imposer une obligation de diligence. La preuve [TRADUCTION] « étayait amplement la conclusion de prévisibilité en l’espèce » : 2016 ONCA 718, 403 D.L.R. (4th) 408, par. 39. La Cour d’appel a jugé que Rankin’s Garage « avait la garde et le contrôle de nombreux véhicules à des fins commerciales », ce qui « l’obligeait à protéger ces véhicules contre les mineurs, entre les mains desquels ils sont potentiellement dangereux » (par. 57). La Cour d’appel a par conséquent estimé « juste et équitable d’imposer une obligation de diligence dans ces circonstances » (par. 59).

[11] Passant à la seconde étape du test *Anns/Cooper*, le juge Huscroft a estimé qu’aucune considération de principe résiduelle n’écarterait l’obligation de diligence *prima facie* (par. 73). La loi ne prévoyait pas déjà de réparation dans ce cas (par. 63), la reconnaissance de l’obligation de diligence dans ces circonstances ne risquait pas d’imposer une responsabilité illimitée (par. 65) et il n’y avait pas d’autres considérations de principe (telles que l’illégalité des agissements du demandeur) qui permettaient de penser que l’obligation en question ne devait pas être reconnue (par. 68-73).

[12] La Cour d’appel a rejeté l’appel.

II. Questions en litige

[13] Devant la Cour, Rankin’s Garage soutient qu’il n’était pas raisonnablement prévisible qu’un individu vole une voiture se trouvant sur la propriété du garage et la conduise de façon dangereuse. En tout état de cause, le comportement illégal de J. romprait tout lien de proximité entre les parties ou constituerait une considération de principe résiduelle qui justifierait d’écarter l’obligation de diligence.

[14] In response, J. argues that the foreseeability component of the *Anns/Cooper* test does not impose a high threshold and it is a matter of common sense that vehicle theft is carried out by inexperienced youth. Further, Rankin's Garage had a positive duty to guard against the risk of theft because it was storing goods that are potentially dangerous in the hands of minors. Rankin's Garage had a special duty to protect minors who might steal a car and suffer injuries in a subsequent accident.

[15] This appeal raises the issue of whether a duty of care exists in these circumstances:

- A. Was the risk of personal injury reasonably foreseeable in this case?
- B. Did the commercial garage have a positive duty to guard against the risk of theft by minors?
- C. Could illegal conduct sever any proximity between the parties or negate a *prima facie* duty of care?

III. The *Anns/Cooper* Test

[16] Perhaps the most famous negligence case in history also occurred in a town called Paisley — Paisley, Scotland. That decision, *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), revolutionized tort law by defining a principled approach to the development of the tort of negligence. Lord Atkin's famous achievement in this regard was his articulation of the "neighbour principle", 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: *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131, at para. 25.

[17] The modern law of negligence remains based on the foundations set out in *Donoghue*. It is still the case today that "[t]he law takes no cognizance of

[14] En réponse, J. fait valoir que le volet du test *Anns/Cooper* relatif à la prévisibilité n'impose pas un seuil exigeant et qu'il relève du bon sens que le vol de véhicules soit le fait de jeunes inexpérimentés. En outre, Rankin's Garage avait une obligation positive de prendre des mesures contre le risque de vol parce qu'il entreposait des biens susceptibles de devenir dangereux entre les mains de mineurs. Enfin, il avait une obligation particulière de protéger les mineurs qui pouvaient voler une voiture et subir des blessures lors d'un accident ultérieur.

[15] Le présent pourvoi soulève la question de l'existence ou non d'une obligation de diligence dans ces circonstances :

- A. Le risque de lésions corporelles était-il raisonnablement prévisible en l'espèce?
- B. Le garage commercial avait-il l'obligation positive de prendre des mesures contre le risque de vol par des mineurs?
- C. Un comportement illégal pouvait-il rompre le lien de proximité entre les parties ou écarter une obligation de diligence *prima facie*?

III. Le test *Anns/Cooper*

[16] Le procès pour négligence sans doute le plus célèbre de l'histoire a lui aussi eu lieu dans une ville du nom de Paisley, en l'occurrence Paisley, en Écosse. La décision qui a été rendue dans cette affaire, *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), a révolutionné le droit de la responsabilité délictuelle puisqu'elle a fait évoluer le délit de négligence en lui appliquant une méthode d'analyse raisonnée. Lord Atkin s'est surtout illustré dans cet arrêt par sa formulation du [TRADUCTION] « principe du prochain », selon 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 : *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131, par. 25.

[17] Le droit moderne de la négligence repose toujours sur les bases jetées par l'arrêt *Donoghue*. Il est toujours vrai de nos jours que [TRADUCTION] « [l]a

carelessness in the abstract”: *Donoghue*, at p. 618, per Lord Macmillan. Unless a duty of care is found, no liability will follow. Similarly, the neighbour principle continues to animate the *Anns/Cooper* test that Canadian courts use to determine whether a duty of care exists.

[18] It is not necessary to conduct a full *Anns/Cooper* analysis if a previous case has already established that the duty of care in question (or an analogous duty) exists: *Cooper*, at para. 36; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at paras. 5-6; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, at para. 26. If it is necessary to determine whether a novel duty exists, the first stage of the *Anns/Cooper* test asks whether there is a relationship of proximity in which the failure to take reasonable care might foreseeably cause loss or harm to the plaintiff: *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 39; see also *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 12; *Cooper*, at para. 30. Once foreseeability and proximity are made out, a *prima facie* duty of care is established.

[19] Whether or not a duty of care exists is a question of law and I proceed on that basis: *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at p. 690. The plaintiff bears the legal burden of establishing a cause of action, and thus the existence of a *prima facie* duty of care: *Childs*, at para. 13. In order to meet this burden, the plaintiff must provide a sufficient factual basis to establish that the harm was a reasonably foreseeable consequence of the defendant's conduct in the context of a proximate relationship. In the absence of such evidence, the claim may fail: see, e.g., *Childs*, at para. 30.

[20] Once the plaintiff has demonstrated that a *prima facie* duty of care exists, the evidentiary burden then shifts to the defendant to establish that there

loi ne sanctionne pas un manque de diligence dans l'abstrait » : *Donoghue*, p. 618 (lord Macmillan). Il n'y a responsabilité que si l'on conclut à l'existence d'une obligation de diligence. De même, le principe du prochain demeure le fondement du test *Anns/Cooper* qu'appliquent les tribunaux canadiens pour juger de l'existence ou non d'une obligation de diligence.

[18] Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse exhaustive fondée sur le test *Anns/Cooper* si une décision a déjà établi l'existence de l'obligation de diligence en cause (ou d'une obligation analogue) : *Cooper*, par. 36; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée.*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 5-6; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, par. 26. Lorsqu'il est nécessaire de déterminer s'il existe une nouvelle obligation, la première étape du test *Anns/Cooper* consiste à se demander s'il y a 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 : *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée.*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 39; voir également *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 12; *Cooper*, par. 30. Dès lors que la prévisibilité et le lien de proximité ont été établis, il y a obligation de diligence *prima facie*.

[19] La question de savoir s'il existe ou non une obligation de diligence est une question de droit, et je me fonderai sur cette prémisse : *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, p. 690. Le demandeur doit s'acquitter du fardeau de démontrer qu'il existe une cause d'action et, partant, une obligation de diligence *prima facie* : *Childs*, par. 13. Pour se décharger de ce fardeau, le demandeur doit présenter un fondement factuel suffisant pour établir que le préjudice était une conséquence raisonnablement prévisible de la conduite du défendeur dans le contexte d'un rapport de proximité. À défaut de cette preuve, la demande peut être rejetée : voir, p. ex., *Childs*, par. 30.

[20] Une fois que le demandeur a établi l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, le fardeau de prouver qu'il existe des considérations de principe

are residual policy reasons why this duty should not be recognized: *Childs*, at para. 13; *Imperial Tobacco*, at para. 39.

Reasonable Foreseeability and Proximity

[21] Since *Donoghue*, the “neighbour principle” has been the cornerstone of the law of negligence. Lord Atkin’s famous quote respecting how far a legal neighbourhood extends incorporates the dual concerns of reasonable foreseeability of harm and proximity:

The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be — persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question. [p. 580]

Reasonable foreseeability of harm and proximity operate as crucial limiting principles in the law of negligence. They ensure that liability will only be found when the defendant ought reasonably to have contemplated the type of harm the plaintiff suffered.

[22] The rationale underlying this approach is self-evident. It would simply not be just to impose liability in cases where there was no reason for defendants to have contemplated that their conduct could result in the harm complained of. Through the neighbour principle, the defendant, as creator of an unreasonable risk, is connected to the plaintiff, the party whose endangerment made the risk unreasonable: E. J. Weinrib, “The Disintegration of Duty”, in M. S. Madden, ed., *Exploring Tort Law* (2005), 143, at p. 151. The wrongdoing relates to the harm caused. Thus, foreseeability operates as the “fundamental moral glue of tort”, shaping the legal obligations we owe to one another, and defining the boundaries of our individual liability: D. G. Owen,

résiduelles justifiant de ne pas reconnaître cette obligation incombe au défendeur : *Childs*, par. 13; *Imperial Tobacco*, par. 39.

Prévisibilité raisonnable et lien de proximité

[21] Depuis l’arrêt *Donoghue*, le « principe du prochain » constitue la pierre angulaire du droit de la négligence. Les paroles célèbres de lord Atkin sur la portée du concept de proximité en droit englobent à la fois le facteur de la prévisibilité raisonnable du préjudice et celui du lien de proximité :

[TRADUCTION] Le commandement « tu aimeras ton prochain » devient en droit : « tu ne léseras pas ton prochain ». À la question de l’avocat : « qui est mon prochain ? », on donnera une réponse restrictive. Il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter tout acte ou omission dont on peut raisonnablement prévoir qu’ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être la suivante : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon acte que je devrais raisonnablement les avoir à l’esprit comme ainsi touchées lorsque je songe aux actes ou omissions qui sont mis en question. [p. 580]

La prévisibilité raisonnable du préjudice et le lien de proximité constituent des principes limitatifs fondamentaux du droit de la négligence. Ils garantissent que la responsabilité du défendeur n’est engagée que lorsqu’il aurait raisonnablement dû prévoir le type de préjudice que le demandeur a subi.

[22] La raison d’être de cette approche est évidente. Il ne serait tout simplement pas juste d’engager la responsabilité du défendeur lorsque celui-ci n’avait aucune raison de prévoir que sa conduite pouvait entraîner le préjudice qu’on lui reproche d’avoir causé. Au moyen du principe du prochain, le défendeur, en tant qu’auteur d’un risque déraisonnable, est lié au demandeur, la personne dont la mise en danger a rendu le risque déraisonnable : E. J. Weinrib, « The Disintegration of Duty », dans M. S. Madden, dir., *Exploring Tort Law* (2005), 143, p. 151. Il doit exister un lien entre l’acte répréhensible et le préjudice causé. Ainsi, la prévisibilité constitue [TRADUCTION] « le ciment moral fondamental de la responsabilité délictuelle », façonnant les obligations juridiques

“Figuring Foreseeability” (2009), 44 *Wake Forest L. Rev.* 1277, at p. 1278.

[23] In addition to foreseeability of harm, proximity between the parties is also required: *Cooper*, at para. 31. The proximity analysis determines whether the parties are sufficiently “close and direct” such that the defendant is under an obligation to be mindful of the plaintiff’s interests: *Cooper*, at para. 32; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 24. This is what makes it just and fair to impose a duty: *Cooper*, at para. 34. The proximity inquiry considers the “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” as between the parties: *Cooper*, at para. 34. In cases of personal injury, when there is no relationship between the parties, proximity will often (though not always) be established solely on the basis of reasonable foreseeability: see *Childs*, at para. 31.

[24] When determining whether reasonable foreseeability is established, the proper question to ask is whether the plaintiff has “offer[ed] facts to persuade the court that the risk of the type of damage that occurred was reasonably foreseeable to the class of plaintiff that was damaged”: A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at p. 322 (emphasis added). This approach ensures that the inquiry considers both the defendant who committed the act as well as the plaintiff, whose harm allegedly makes the act wrongful. As Professor Weinrib notes, the duty of care analysis is a search for the connection between the wrong and the injury suffered by the plaintiff: p. 150; see also *Anns*, at pp. 751-52; *Childs*, at para. 25.

[25] The facts of this case highlight the importance of framing the question of whether harm is foreseeable with sufficient analytical rigour to connect the failure to take care to the type of harm caused to persons in the plaintiff’s situation. Here, the claim is brought by an individual who was physically injured

que nous avons les uns envers les autres et définissant les limites de notre responsabilité individuelle : D. G. Owen, « Figuring Foreseeability » (2009), 44 *Wake Forest L. Rev.* 1277, p. 1278.

[23] Outre la prévisibilité du préjudice, il faut également qu’il existe un lien de proximité entre les parties : *Cooper*, par. 31. L’analyse de ce lien vise à déterminer si la relation entre les parties est suffisamment « étroit[e] et direct[e] » pour obliger le défendeur à se soucier des intérêts du demandeur : *Cooper*, par. 32; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 24. C’est grâce à ce facteur qu’il est juste et équitable d’imposer une obligation de diligence : *Cooper*, par. 34. L’analyse du lien de proximité entre les parties prend en compte « [l]es attentes, [l]es déclarations, [. . .] la confiance, [l]es biens en cause et [l]es autres intérêts en jeu » : *Cooper*, par. 34. Dans les affaires portant sur des lésions corporelles dans lesquelles les parties n’ont aucun lien entre elles, le lien de proximité est souvent (quoique pas toujours) établi sur le seul fondement de la prévisibilité raisonnable : voir l’arrêt *Childs*, par. 31.

[24] Pour déterminer si la prévisibilité raisonnable a été établie, la question qu’il convient de se poser est celle de savoir si le demandeur a [TRADUCTION] « présenté des faits susceptibles de convaincre le tribunal que le risque du type de dommage qui s’est produit était raisonnablement prévisible pour la catégorie de demandeurs qui ont été lésés » : A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10^e éd. 2015), p. 322 (je souligne). Cette approche permet de garantir que l’analyse tient compte à la fois du défendeur qui a commis l’acte et du demandeur, dont le préjudice aurait rendu l’acte illicite. Ainsi que le professeur Weinrib le fait remarquer, l’analyse de l’obligation de diligence se résume à la recherche d’un lien entre la conduite fautive et le préjudice subi par le demandeur : p. 150; voir également *Anns*, p. 751-752; *Childs*, par. 25.

[25] Les faits de la présente affaire illustrent l’importance de formuler la question de la prévisibilité du préjudice avec suffisamment de rigueur sur le plan analytique pour être en mesure d’établir un lien entre, d’une part, le manque de diligence et, d’autre part, le type de préjudice causé aux personnes se trouvant

following the theft of the car from Rankin's Garage. The foreseeability question must therefore be framed in a way that links the impugned act (leaving the vehicle unsecured) to the harm suffered by the plaintiff (physical injury).

[26] Thus, in this context, it is not enough to determine simply whether the theft of the vehicle was reasonably foreseeable. The claim is not brought by the owner of the car for the loss of the property interest in the car; if that were the case, a risk of theft in general would suffice. Characterizing the nature of the risk-taking as the risk of theft does not illuminate why the impugned act is wrongful in this case since creating a risk of theft would not necessarily expose the plaintiff to a risk of physical injury. Instead, further evidence is needed to create a connection between the theft and the unsafe operation of the stolen vehicle. The proper question to be asked in this context is whether the type of harm suffered — personal injury — was reasonably foreseeable to someone in the position of the defendant when considering the security of the vehicles stored at the garage.

IV. Analysis

[27] There is no clear guidance in Canadian case law on whether a business owes a duty of care to someone who is injured following the theft of a vehicle from its premises. The lower court jurisprudence is divided and there is no consensus: see, e.g., *Hollett v. Coca-Cola Ltd.* (1980), 37 N.S.R. (2d) 695 (S.C.T.D.); *Tong v. Bedwell*, 2002 ABQB 213, 311 A.R. 174; *Moore v. Fanning* (1987), 60 O.R. (2d) 225 (H.C.J.); *Werbeniuk v. Maynard* (1994), 93 Man. R. (2d) 318 (Q.B.); and *Norgard v. Asuchak*, [1984] A.J. No. 394 (QL) (Q.B.); but see *Kalogeropoulos v. Ottawa (City)* (1996), 35 M.P.L.R. (2d) 287 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); *Cairns v. General Accident Assurance Co. of Canada*, [1992] O.J. No. 1432 (QL) (Gen. Div.); and *Provost v. Bolton*, 2017 BCSC 1608, 100 B.C.L.R. (5th) 362. The courts below disagreed on whether a duty had been established

dans une situation analogue à celle du demandeur. En l'espèce, la demande est présentée par une personne qui a subi des lésions corporelles à la suite du vol d'une voiture chez Rankin's Garage. La question de la prévisibilité doit donc être formulée de manière à établir un lien entre l'acte reproché (laisser un véhicule non verrouillé) et le préjudice subi par le demandeur (des lésions corporelles).

[26] Ainsi, dans ce contexte, il ne suffit pas de déterminer si le vol du véhicule était raisonnablement prévisible. D'ailleurs, la demande n'a pas été introduite par le propriétaire de la voiture pour la perte de son droit de propriété sur la voiture; si tel avait été le cas, un risque général de vol suffirait. Qualifier le risque en cause de risque de vol ne permettrait pas de comprendre en quoi l'acte reproché est répréhensible dans le cas qui nous occupe, puisque le fait de créer un risque de vol ne lui ferait pas nécessairement courir celui de subir des lésions corporelles. Il faut plutôt présenter d'autres éléments de preuve pour établir un lien entre le vol et la conduite dangereuse du véhicule volé. Dans ce contexte, il faut donc se demander si une personne se trouvant dans la situation du défendeur aurait raisonnablement pu prévoir le type de préjudice qui a été subi, soit des lésions corporelles, lorsqu'elle considérait la sécurité des véhicules entreposés au garage.

IV. Analyse

[27] La jurisprudence canadienne ne donne pas de directives claires quant à la façon de déterminer s'il incombe ou non une obligation de diligence à une entreprise envers une personne qui subit des lésions corporelles à la suite du vol d'un véhicule qui se trouvait sur les lieux où cette entreprise exerce ses activités. La jurisprudence des juridictions inférieures est quant à elle divisée et aucun consensus ne s'en dégage : voir, p. ex., *Hollett c. Coca-Cola Ltd.* (1980), 37 N.S.R. (2d) 695 (C.S. div. 1^{re} inst.); *Tong c. Bedwell*, 2002 ABQB 213, 311 A.R. 174; *Moore c. Fanning* (1987), 60 O.R. (2d) 225 (H.C.J.); *Werbeniuk c. Maynard* (1994), 93 Man. R. (2d) 318 (B.R.); et *Norgard c. Asuchak*, [1984] A.J. No. 394 (QL) (B.R.); voir par ailleurs *Kalogeropoulos c. Ottawa (City)* (1996), 35 M.P.L.R. (2d) 287 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *Cairns c. General Accident Assurance Co. of Canada*, [1992] O.J. No. 1432 (QL)

in the jurisprudence, but both conducted an *Anns/Cooper* analysis. This Court has never addressed the issue. Like the courts below, I turn to the *Anns/Cooper* analysis.

[28] I cannot agree with my colleague's position that this case is captured by a broad category defined simply as foreseeable physical injury: see *Cooper*; *Childs*. Such an approach would be contrary to recent guidance from this Court that categories should be framed narrowly (see *Deloitte*, at para. 28); indeed, even in *Deloitte*, the "broad" categories discussed were narrower than foreseeable physical injury (e.g. the duty of care owed by a motorist to other users of the highway; the duty of care owed by a doctor to a patient) (see para. 27). Moreover, in a case like this, applying such a broad category would ignore any distinction between a business and a residential defendant that may be relevant to proximity and/or policy considerations. The application of my colleague's proposed category to the facts in this case would signal an expansion of that category in a manner that would subsume many of the categories recognized in tort law, rendering them redundant in cases of physical injury (e.g. the duty of a motorist to users of the highway (*Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 25); the duty of a manufacturer to consumers (*Mustapha*, at para. 6)). Neither the courts below nor the parties articulated the issue in this case so broadly. Finally, foreseeability of injury is built into the category that my colleague identifies — and, as discussed below, foreseeability of injury is not present in the instant case.

(Div. gén.); et *Provost c. Bolton*, 2017 BCSC 1608, 100 B.C.L.R. (5th) 362. Les cours d'instances inférieures ont exprimé des opinions divergentes quant à la reconnaissance d'une obligation de diligence par la jurisprudence; elles ont toutefois toutes les deux appliqué le cadre d'analyse établi par les arrêts *Anns/Cooper*. La Cour ne s'est jamais prononcée sur la question. À l'instar des cours d'instances inférieures, je vais procéder à l'analyse préconisée par les arrêts *Anns/Cooper*.

[28] Je ne partage pas le point de vue de mon collègue suivant lequel la présente affaire relève d'une vaste catégorie définie simplement comme celle qui englobe les cas où les lésions corporelles étaient prévisibles : voir les arrêts *Cooper* et *Childs*. Une telle approche irait à l'encontre des orientations récentes données par la Cour, selon lesquelles les catégories devraient être définies de façon restrictive (voir l'arrêt *Deloitte*, par. 28); en effet, même dans l'arrêt *Deloitte*, les catégories « vastes » qui ont été abordées étaient de portée plus restreinte que celle des lésions corporelles prévisibles (p. ex., l'obligation de diligence de l'automobiliste envers les autres usagers de la route; celle du médecin envers son patient) (voir par. 27). Qui plus est, dans un cas comme celui-ci, le fait de recourir à une catégorie aussi vaste ferait fi de toute distinction entre une entreprise et un défendeur résidentiel qui pourrait être pertinente pour déterminer l'existence d'un lien de proximité et/ou de considérations de principe. L'application de la catégorie que propose mon collègue aux faits de la présente affaire serait une indication de l'élargissement de cette catégorie de telle sorte qu'elle en engloberait de nombreuses autres reconnues en droit de la responsabilité délictuelle, les rendant ainsi inutiles dans les affaires de lésions corporelles (p. ex., l'obligation de diligence de l'automobiliste envers les autres usagers de la route (*Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 25); l'obligation de diligence du fabricant d'un bien de consommation envers le consommateur (*Mustapha*, par. 6)). Ni les juridictions inférieures ni les parties n'ont articulé la question en litige en l'espèce de façon aussi large. Enfin, la prévisibilité des lésions corporelles est comprise dans la catégorie qu'identifie mon collègue or, comme je l'explique plus loin, les lésions corporelles n'étaient pas prévisibles dans la présente affaire.

A. *Was the Risk of Personal Injury Reasonably Foreseeable in This Case?*

[29] The trial judge, in brief oral reasons on foreseeability, found that “Mr. Chad Rankin knew he had an obligation to secure his vehicles on his property”. She went on to note that “[i]t certainly ought to be foreseeable that injury could occur if a vehicle were used by inebriated teenagers”.

[30] The Court of Appeal conducted a more robust analysis on this point, and found that there was “ample evidence to support the conclusion of foreseeability in this case”. However, its analysis of the evidence was related only to the risk of theft in general.

[31] The Court of Appeal noted that Rankin’s Garage was a commercial establishment with care and control of many vehicles on an ongoing basis and that several witnesses testified that Rankin’s Garage had a practice of leaving cars unlocked with keys in them. In addition, it relied upon evidence of two witnesses respecting a prior history of vehicle theft from Rankin’s Garage and the area in general. C.’s older sister testified that between 9 and 11 years prior to this incident, she witnessed a stolen vehicle being returned to Rankin’s Garage sometime after midnight, and overheard unknown individuals discussing how they had taken the vehicle to McDonald’s.

[32] In addition, a police officer gave evidence that vehicle theft and/or mischief — people rummaging through vehicles — was a common occurrence in the detachment area prior to this incident occurring. He further testified that local detachments would place articles in newspapers and use radio advertising to remind people to lock their vehicles. In 2007 — after the accident occurred — a “Lock It or Lose It” program was established. Through this program, auxiliary police members would check to see if vehicles were locked and notify owners if they were not.

A. *Le risque de lésions corporelles était-il raisonnablement prévisible en l’espèce?*

[29] Dans les brefs motifs qu’elle a prononcés à l’audience sur la question de la prévisibilité, la juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « M. Chad Rankin savait qu’il avait l’obligation de sécuriser ses véhicules sur sa propriété ». Elle a ajouté qu’il « devait certainement être prévisible que des blessures pouvaient survenir si des adolescents en état d’ébriété se servaient d’un véhicule ».

[30] La Cour d’appel a entrepris une analyse plus rigoureuse sur ce point et a conclu que [TRADUCTION] « la preuve étayait amplement la conclusion de prévisibilité en l’espèce ». Cette analyse de la preuve ne portait toutefois que sur le risque de vol en général.

[31] La Cour d’appel a souligné que Rankin’s Garage était un établissement commercial qui avait en permanence la garde et le contrôle de nombreux véhicules et que, selon plusieurs témoins, il avait l’habitude de laisser les voitures déverrouillées avec les clés à l’intérieur. De plus, la Cour d’appel s’est appuyée sur le témoignage de deux personnes qui avaient relaté des vols de véhicules survenus dans le passé chez Rankin’s Garage et dans le secteur en général. La sœur aînée de C. a raconté que, quelque 9 à 11 ans avant l’incident, elle avait vu quelqu’un revenir chez Rankin’s Garage pour y remettre après minuit un véhicule volé et qu’elle avait surpris une conversation entre des inconnus qui avaient discuté de la façon dont ils avaient pris ce véhicule pour aller au McDonald.

[32] De plus, durant son témoignage, un policier a expliqué que les vols de véhicules ou les méfaits commis à l’égard de véhicules — lorsque des individus s’introduisent dans des véhicules pour les fouiller — étaient courants dans son secteur avant que l’incident en cause en l’espèce ne se produise. Il a ajouté que les détachements locaux publiaient des articles dans les journaux et faisaient des annonces à la radio pour rappeler aux gens de verrouiller leurs véhicules. En 2007, soit après l’accident, le programme « Verrouillez-la! » a été lancé. Dans le cadre de ce programme, des membres de la police auxiliaire vérifient si les véhicules sont verrouillés et avisent les propriétaires de ceux qui ne le sont pas.

[33] All the evidence respecting the practices of Rankin's Garage or the history of theft in the area, such as it was, concerns the risk of theft. The evidence did not suggest that a vehicle, if stolen, would be operated in an unsafe manner. This evidence did not address the risk of theft by a minor, or the risk of theft leading to an accident causing personal injury. Indeed, the jury noted that it found liability based on the foreseeability of theft.

[34] I accept that the evidence could establish, as the jury found, that the defendant ought to have known of the risk of theft. However, it does not automatically flow from evidence of the risk of theft in general that a garage owner should have considered the risk of physical injury. I do not accept that anyone that leaves a vehicle unlocked with the keys in it should always reasonably anticipate that someone could be injured if the vehicle were stolen. This would extend tort liability too far. Physical injury is only foreseeable when there is something in the facts to suggest that there is not only a risk of theft, but that the stolen vehicle might be operated in a dangerous manner.

[35] This approach is consistent with the weight of lower court jurisprudence. In most of the cases we were referred to and which were cited by the courts below, the courts concluded that subsequent harm (to a third party) was not reasonably foreseeable. The rationale is often that while theft may have been foreseeable, injury, loss, and damage arising from the subsequent negligent operation of the motor vehicle was not: see, e.g., *Hollett; Tong; Moore; Werbeniuk; and Norgard*. See also *Canada (Attorney General) v. LaFlamme*, [1983] 3 W.W.R. 350 (B.C. Co. Ct.); *Aldus v. Belair* (1992), 41 M.V.R. (2d) 129 (Ont. C.J. (Gen. Div.)); *Campiou Estate v. Gladue*, 2002 ABQB 1037, 332 A.R. 109; and *Canadian Pacific Ltd. v. Swift Current No. 137 (Rural Municipality)* (1991), 88 Sask. R. 281 (Q.B.), aff'd (1992), 109 Sask. R. 33 (C.A.).

[33] Tous les témoignages entendus sur les pratiques de Rankin's Garage ou sur les antécédents de vols — pour ce qu'il en est — dans le secteur ont porté sur le risque de vol. Les témoignages n'ont pas laissé entendre que si un véhicule était volé, celui-ci serait conduit de façon dangereuse. Ils n'ont pas abordé non plus le risque de vol par un mineur ou le risque de vol susceptible de provoquer un accident causant des lésions corporelles. Le jury a d'ailleurs noté qu'il concluait à la responsabilité en se fondant sur la prévisibilité du vol.

[34] J'admets que la preuve pouvait démontrer, comme le jury l'a conclu, que le défendeur aurait dû être conscient du risque de vol. Il ne découle cependant pas automatiquement des éléments de preuve relatifs au risque de vol en général qu'un propriétaire de garage aurait dû tenir compte des risques de lésions corporelles. Je ne crois pas que quiconque laisse un véhicule déverrouillé avec les clés à l'intérieur devrait toujours raisonnablement s'attendre à ce que quelqu'un puisse être blessé si ce véhicule est volé. Cela étendrait excessivement la responsabilité délictuelle. Les lésions corporelles ne sont prévisibles que lorsque les faits permettent de penser qu'il y a non seulement un risque de vol, mais aussi un risque que le véhicule volé soit conduit de manière dangereuse.

[35] Cette approche est compatible avec la jurisprudence dominante des juridictions inférieures. Dans la plupart des affaires qui nous ont été citées et auxquelles les cours d'instances inférieures ont fait référence, les tribunaux ont conclu que le préjudice ultérieur (causé à un tiers) n'était pas raisonnablement prévisible. Suivant le raisonnement souvent suivi, bien que le vol ait pu être prévisible, le préjudice, les pertes et les dommages causés par la négligence ultérieure du conducteur du véhicule ne l'étaient pas : voir, p. ex., *Hollett; Tong; Moore; Werbeniuk; et Norgard*. Voir également *Canada (Attorney General) c. LaFlamme*, [1983] 3 W.W.R. 350 (Cour de comté C.-B.); *Aldus c. Belair* (1992), 41 M.V.R. (2d) 129 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *Campiou Estate c. Gladue*, 2002 ABQB 1037, 332 A.R. 109; et *Canadian Pacific Ltd. c. Swift Current No. 137 (Rural Municipality)* (1991), 88 Sask. R. 281 (B.R.), conf. par (1992), 109 Sask. R. 33 (C.A.).

[36] We were referred to only three trial court decisions where the subsequent injury to a third party was found to be foreseeable: *Kalogeropoulos* (relied on by the trial judge); *Cairns*; and *Provost*.

[37] In *Kalogeropoulos*, a defendant left a vehicle running in an area with bars nearby just after closing time (paras. 50-52). A man returning from an evening of drinking stole the vehicle. The defendant's colleagues chased the thief and the stolen vehicle was crashed into a taxi cab.

[38] In *Cairns*, a group of high school students stole the keys for six cars from a car dealership and returned to the car dealership a few days later to steal two cars in broad daylight. One of the youth, who had never driven before, drove through a red light and struck and killed a pedestrian. The trial judge found as a fact that the dealership was aware that young people without driving experience were the most likely perpetrators of the theft of the keys (p. 4). In these circumstances, it was foreseeable that they would return to steal the cars. This connected the risk of theft to a risk of harm from an inexperienced driver fleeing the scene of the theft.

[39] In *Provost*, a duty of care on the part of an automobile dealership was found based on the Court of Appeal's decision in the present case. *Provost* concerned the theft of a truck left running for 40 minutes in public view in an open area frequented by many. The accident occurred while fleeing the scene of the crime. Without determining whether this evidence was sufficient to establish a duty of care, I note that there was specific evidence led about the risk of erratic driving that flows from fleeing the police in a stolen vehicle (paras. 142-45).

[36] On ne nous a cité que trois décisions de première instance dans lesquelles le préjudice ultérieur subi par un tiers a été jugé prévisible : *Kalogeropoulos* (citée par la juge du procès); *Cairns*; et *Provost*.

[37] Dans l'affaire *Kalogeropoulos*, le défendeur avait laissé un véhicule en marche dans un secteur de la ville situé à proximité de bars, juste après l'heure de fermeture de ceux-ci (par. 50-52). Un homme qui avait passé la soirée à boire avait volé le véhicule. Les collègues du défendeur s'étaient lancés à la poursuite du voleur et le véhicule volé était entré en collision avec un taxi.

[38] Dans l'affaire *Cairns*, un groupe d'élèves du secondaire avait volé les clés de six voitures qui se trouvaient sur le terrain d'un concessionnaire d'automobiles et était revenu chez le même concessionnaire quelques jours plus tard pour voler deux voitures en plein jour. Un des jeunes, qui n'avait jamais conduit, avait brûlé un feu rouge, puis heurté et tué un piéton. Le juge de première instance a conclu que le concessionnaire était conscient du fait que des jeunes sans expérience de conduite étaient les auteurs les plus probables du vol des clés (p. 4). Dans ces circonstances, il était prévisible qu'ils reviennent voler les voitures. Il existait donc un lien entre le risque de vol et le risque qu'un préjudice soit causé par un conducteur inexpérimenté fuyant le lieu du vol.

[39] Dans l'affaire *Provost*, le tribunal a conclu à l'existence d'une obligation de diligence pour le concessionnaire d'automobiles en se fondant sur la décision rendue par la Cour d'appel en l'espèce. L'affaire *Provost* concernait le vol d'un camion qui avait été laissé en marche pendant 40 minutes à la vue du public dans un secteur ouvert très fréquenté. L'accident est survenu lorsque le voleur tentait de fuir les lieux du crime. Sans me prononcer sur la question de savoir si cet élément de preuve était suffisant pour établir l'existence d'une obligation de diligence, je constate que des éléments de preuve précis avaient été présentés pour démontrer qu'il y avait un risque de conduite automobile dangereuse de la part du conducteur, du fait qu'il tentait d'échapper aux policiers à bord du véhicule volé (par. 142-145).

[40] In each of these cases, there was something in the factual matrix that could connect the theft and the subsequent unsafe driving of the stolen car and thus make personal injury foreseeable.

[41] I agree with the weight of the case law that the risk of theft does not *automatically* include the risk of injury from the subsequent operation of the stolen vehicle. It is a step removed. To find a duty, there must be *some* circumstance or evidence to suggest that a person in the position of the defendant ought to have reasonably foreseen the risk of injury — that the stolen vehicle could be operated unsafely. That evidence need not be related to the characteristics of the particular thief who stole the vehicle or the way in which the injury occurred, but the court must determine whether reasonable foreseeability of the risk of injury was established on the evidence before it.

[42] In the circumstances of this case, the courts below relied upon the risk of theft by minors (who could well be inexperienced or reckless drivers) to connect the failure to secure the vehicles with the nature of the harm suffered, personal injury.

[43] Despite the fact that all of the evidence went to the risk of theft in general, the Court of Appeal nonetheless found the harm in this case — personal injury — to be reasonably foreseeable. In doing so, the court relied on a number of assumptions. It reasoned that because the business stored many vehicles, it had a responsibility to secure them against minors, in whose hands they are potentially dangerous. It accepted that a general risk of theft includes a risk of theft by minors (paras. 53 and 57); storing the cars created an “inviting target” for theft and joyriding by minors (para. 68); and that minors might harm themselves in joyriding, especially if they are impaired by alcohol or drugs (para. 53). Thus, the Court of Appeal determined that the garage “should

[40] Dans chacune de ces affaires, le contexte factuel comportait des éléments qui permettaient d'établir un lien entre le vol et la conduite dangereuse ultérieure du véhicule volé et qui faisaient en sorte que les lésions corporelles étaient par conséquent prévisibles.

[41] Comme la jurisprudence, je reconnais que le risque de vol n'inclut pas *automatiquement* le risque de blessure résultant de la conduite ultérieure du véhicule volé. Une étape additionnelle s'impose. Pour conclure à l'existence d'une obligation, il doit exister une circonstance ou un élément de preuve *quelconque* portant à croire qu'une personne dans la même situation que le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir le risque de blessure, à savoir que le véhicule volé pourrait être conduit de façon dangereuse. Il n'est pas nécessaire que la preuve se rapporte aux caractéristiques de la personne qui a véritablement volé le véhicule ou à la façon dont les blessures ont été subies, mais la cour doit décider si, compte tenu de la preuve dont elle dispose, le caractère raisonnablement prévisible du risque de blessure a été établi.

[42] Dans les circonstances de l'espèce, les juridictions inférieures se sont fondées sur le risque de vol par des mineurs — qui pourraient bien s'avérer être des conducteurs inexpérimentés et insouciants — pour établir un lien entre le défaut de sécuriser les véhicules et la nature du préjudice subi, en l'occurrence, des lésions corporelles.

[43] Malgré le fait que toute la preuve portait sur le risque de vol en général, la Cour d'appel a conclu que, en l'espèce, le préjudice subi — soit des lésions corporelles — était raisonnablement prévisible. Pour ce faire, la cour s'est appuyée sur un certain nombre d'hypothèses. Elle a estimé que, parce que l'entreprise entreposait de nombreux véhicules, il lui incombait de les protéger contre les mineurs, entre les mains desquels ces véhicules risquaient de constituer un danger. Elle a reconnu que le risque général de vol comprenait le risque de vol par des mineurs (par. 53 et 57), que les voitures garées dans le stationnement étaient une [TRADUCTION] « cible attrayante » pour les voleurs et les mineurs tentés de faire une balade en voiture volée (par. 68) et que des

have had minors . . . in mind when [it] considered security measures” (para. 56).

[44] The Court of Appeal summarized its decision on foreseeability as follows:

In summary, Rankin’s Garage was easily accessible by anyone. There was no evidence of any security measures designed to keep people off the property when the business was not open. Cars were left unlocked with the keys in them. The risk of theft was clear.

In these circumstances, it was foreseeable that minors might take a car from Rankin’s Garage that was made easily available to them. Evidence that a vehicle had been stolen from Rankin’s Garage years earlier for joyriding, and that vehicle theft and mischief were common occurrences in the area, reinforces this conclusion. It is a matter of common sense that minors might harm themselves in joyriding, especially if they are impaired by alcohol or drugs. [paras. 52-53]

[45] However, the risk of theft in general does not automatically include the risk of theft by minors. I cannot agree with my colleague’s suggestion that because minors are reckless, “minors are no less likely to steal a car than any other individual” and therefore, theft by a minor is reasonably foreseeable (para. 83). The inferential chain of reasoning is too weak — it is not enough to say that it is possible that unsupervised minors would be roaming the lot looking for unlocked vehicles.

[46] The fact that something is *possible* does not mean that it is reasonably foreseeable. Obviously, any harm that has occurred was by definition possible. Thus, for harm to be reasonably foreseeable, a higher threshold than mere possibility must be met: *Childs*, at para. 29. Some evidentiary basis is required before a court can conclude that the risk of theft includes the risk of theft by *minors*. Otherwise

mineurs pouvaient se blesser au cours d’une balade en voiture volée, surtout s’ils avaient les facultés affaiblies par l’alcool ou les drogues (par 53). La Cour d’appel a par conséquent estimé que le garage « aurait dû penser aux mineurs [. . .] lorsqu’il a envisagé des mesures de sécurité » (par. 56).

[44] Voici comment la Cour d’appel a résumé sa décision sur la prévisibilité :

[TRADUCTION] En résumé, Rankin’s Garage était facilement accessible à tous. Rien n’indique que des mesures de sécurité ont été prises pour empêcher les gens de s’introduire sur la propriété en dehors des heures d’ouverture de l’entreprise. Les voitures étaient laissées déverrouillées avec les clés à l’intérieur. Le risque de vol était évident.

Dans ces conditions, il était prévisible que des mineurs puissent prendre une voiture dans le garage, auquel ils avaient aisément accès. Les éléments de preuve suivant lesquels un véhicule avait été volé chez Rankin’s Garage quelques années plus tôt pour une balade en voiture et que les vols de voiture et les méfaits sur des véhicules étaient courants dans le secteur renforcent cette conclusion. C’est une question de simple bon sens de penser que des mineurs risquent de se blesser au cours d’une balade en voiture volée, surtout s’ils ont les facultés affaiblies par l’alcool ou les drogues. [par. 52-53]

[45] Toutefois, le risque de vol en général n’inclut pas automatiquement le risque de vol par des mineurs. Je ne peux souscrire à l’opinion de mon collègue, qui suggère que les mineurs, puisqu’ils sont imprudents, « ne sont pas moins susceptibles que qui que ce soit d’autre de voler une voiture » et que, de ce fait, le vol par des mineurs est raisonnablement prévisible (par. 83). Ce raisonnement par inférence est trop faible : il ne suffit pas de dire qu’il est possible que des mineurs non surveillés rôdent dans un stationnement à la recherche de véhicules non verrouillés.

[46] Le fait que quelque chose soit *possible* ne signifie pas que cette chose est raisonnablement prévisible. Évidemment, tout préjudice qui est déjà survenu était par définition possible. Ainsi, pour qu’un préjudice puisse être considéré comme étant raisonnablement prévisible, il faut satisfaire à un critère plus exigeant que celui de la simple possibilité : *Childs*, par. 29. La conclusion d’une cour selon laquelle le

theft by a minor would always be foreseeable — even without any evidence to suggest that this risk was more than a mere possibility. This would fundamentally change tort law and could result in a significant expansion of liability.

[47] J. relies on the case of *Holian v. United Grain Growers Ltd.* (1980), 112 D.L.R. (3d) 611 (Man. Q.B.), rev'd on other grounds (1980), 114 D.L.R. (3d) 449 (Man. C.A.), for the proposition that a commercial enterprise ought to have regard for possible injury if there is a theft by a minor. In that case, the plaintiff was injured after a group of boys, aged 8 to 13, stole some insecticide from the defendant's unlocked storage shed to use as “stink bombs”. They then threw the insecticide into the plaintiff's car and the plaintiff was injured after inhaling the poisonous gas. The court concluded that the defendant's employees knew that children used the area near the storage shed as a shortcut. This made it reasonably foreseeable that minors may have stolen from the storage shed.

[48] Here, there is nothing about the circumstances of cars stored in a garage lot after hours in the main intersection of this town that was intended or known to attract minors. Indeed, there is no evidence that J. or his friend were targeting Rankin's Garage in particular; they were looking all over town for unlocked cars. Unlike an ice cream truck, vehicles are not designed to attract children: see *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287, at pp. 300-302. The witnesses who discussed the history of car thefts in the area did not suggest that minors were responsible for the thefts. Thus, there was insufficient evidence to suggest that minors would frequent the premises at night, or be involved in joyriding or theft.

risque de vol inclut le risque de vol par des *mineurs* doit être étayée par des éléments de preuve, à défaut de quoi ce deuxième type de vol serait toujours prévisible, même en l'absence de preuve portant à croire que le risque allait au-delà de la simple possibilité. Une telle approche changerait fondamentalement le droit de la responsabilité délictuelle et pourrait entraîner un élargissement considérable de la responsabilité.

[47] J. se fonde sur le jugement *Holian c. United Grain Growers Ltd.* (1980), 112 D.L.R. (3d) 611 (B.R. Man.), inf. pour d'autres motifs par (1980), 114 D.L.R. (3d) 449 (C.A. Man.), à l'appui de la proposition selon laquelle une entreprise commerciale devrait tenir compte des lésions corporelles éventuelles en cas de vol commis par un mineur. Dans cette affaire, le demandeur avait subi des blessures après qu'un groupe de garçons âgés de 8 à 13 ans avait volé un insecticide dans le hangar d'entreposage déverrouillé du défendeur pour l'utiliser comme [TRADUCTION] « bombe puante ». Les jeunes avaient ensuite jeté l'insecticide dans la voiture du demandeur, qui avait subi des blessures après avoir inhalé le gaz toxique. Le tribunal a conclu que les employés du défendeur savaient que des enfants empruntaient la zone située près du hangar comme raccourci. Il était donc raisonnablement prévisible que des mineurs puissent voler quelque chose dans le hangar d'entreposage.

[48] En l'espèce, rien dans les circonstances entourant l'entreposage de voitures dans le stationnement d'un garage après les heures d'ouverture près de l'intersection principale de cette petite ville n'était censé attirer des mineurs ou connu pour les attirer. D'ailleurs, rien ne permet de penser que J. ou son ami ciblaient Rankin's Garage en particulier; ils avaient parcouru la ville à la recherche de voitures non verrouillées. À la différence du camion du marchand de crème glacée, les véhicules ne sont pas conçus pour attirer les enfants : voir *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287, p. 300-302. Les témoins qui ont parlé des antécédents de vol de voitures dans le secteur n'ont pas laissé entendre que les vols avaient été commis par des mineurs. Par conséquent, il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour penser que des mineurs fréquenteraient ces lieux la nuit ou seraient impliqués dans un vol ou une balade en voiture volée.

[49] The only evidence that is relevant to the issue of whether it was reasonably foreseeable that *minors* might steal the car was testimony from J.'s father that Rankin's Garage is located across the street from a gas station or variety store. He had been to the variety store once before the accident when he was picking up J. From this one visit, he concluded that the variety store was a youth hangout because other kids were there, it was open later at night, and it sold pop and chips. On its own, this evidence does not establish that it was reasonably foreseeable that minors might steal a car and cause injury. It is not a sufficient basis upon which to found a duty of care.

[50] Given the absence of compelling evidence on this point, the Court of Appeal could only rely on speculation to connect the risk of theft to the risk of personal injury. This was inappropriate. Courts need to ensure that "common sense" is tied to the specific circumstances of the case and not to general notions of responsibility to minors.

[51] Finally, despite this dearth of evidence, J. relies upon the testimony of Mr. Rankin to suggest that personal injury was reasonably foreseeable. During the cross-examination of Mr. Rankin, the following exchange occurred:

Q. Do you agree that security is important, because you'd like to ensure that anybody who takes a vehicle won't get hurt?

A. How would they get hurt?

Q. Let me ask you the question again.

A. Right.

Q. Okay. Would you agree security is important to ensure that anyone who takes a vehicle doesn't get hurt?

[49] Le témoignage du père de J. est le seul élément de preuve pertinent quant à la question de savoir s'il était raisonnablement prévisible que des *mineurs* puissent voler la voiture. Suivant ce témoignage, Rankin's Garage est situé en face d'une station-service ou d'un dépanneur. Il s'était déjà rendu à ce dépanneur à une occasion avant l'accident pour passer prendre J. À la suite de cette seule visite, il avait conclu que cet endroit était un lieu de rencontre pour les jeunes parce qu'il y avait vu d'autres adolescents, mais aussi parce que ce commerce restait ouvert tard le soir et qu'on y vendait des sodas et des croustilles. À lui seul, ce témoignage ne peut établir qu'il était raisonnablement prévisible que des mineurs pouvaient voler une voiture et causer des blessures. Il ne s'agit pas d'un motif suffisant pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence.

[50] Compte tenu de l'absence d'éléments de preuve convaincants sur ce point, la Cour d'appel ne pouvait que s'en remettre à des spéculations pour établir un lien entre le risque de vol et le risque de lésions corporelles, ce qui n'est pas acceptable. Les tribunaux doivent veiller à ce que le « bon sens » coïncide avec les circonstances particulières de l'affaire et qu'ils ne se rapportent pas à des concepts généraux sur la responsabilité envers les mineurs.

[51] Enfin, malgré ce manque d'éléments de preuve, J. table sur le témoignage de M. Rankin pour affirmer que les lésions corporelles étaient raisonnablement prévisibles. Au cours du contre-interrogatoire de M. Rankin, on a assisté à l'échange suivant :

[TRADUCTION]

Q. Êtes-vous d'accord pour dire que la sécurité est importante, parce que vous tenez à vous assurer que toute personne qui prend un véhicule ne sera pas blessée?

R. Comment pourrait-elle se blesser?

Q. Laissez-moi vous poser à nouveau la question.

R. D'accord.

Q. D'accord. Seriez-vous d'accord pour dire que la sécurité est importante pour s'assurer que quiconque prend un véhicule ne sera pas blessé?

A. Yes, I guess so.

On re-examination by defence counsel, Mr. Rankin was asked the following:

Q. Did you anticipate that somebody that was drunk would take your car?

A. No.

[52] This evidence cannot provide the foundation for a legal duty of care. On cross-examination, Mr. Rankin was asked a general question that was answered with the benefit of hindsight. As a general question about whether, in his opinion at the time of the trial, “security is important” to prevent physical injury, the question does not relate to the relevant issue: whether physical injury was reasonably foreseeable *prior* to the occurrence of the accident, an objective inquiry. When Mr. Rankin was asked a question regarding foreseeability during re-examination, he answered it in the negative.

[53] Whether or not something is “reasonably foreseeable” is an objective test. The analysis is focussed on whether someone in the defendant’s position ought reasonably to have foreseen the harm rather than whether the specific defendant did. Courts should be vigilant in ensuring that the analysis is not clouded by the fact that the event in question actually did occur. The question is properly focussed on whether foreseeability was present *prior* to the incident occurring and not with the aid of 20/20 hindsight: L. N. Klar and C.S.G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at p. 212.

[54] I have the same concerns respecting my colleague’s reliance on Mr. Rankin’s testimony. My colleague suggests that foreseeability is made out here because Mr. Rankin testified that he always locked his vehicles. (This self-serving testimony was rejected by the jury.) In my view, this evidence

R. Oui, je suppose.

En réinterrogatoire, l’avocat de la défense a posé la question suivante à M. Rankin :

[TRADUCTION]

Q. Vous attendiez-vous à ce qu’une personne ivre prenne votre voiture?

R. Non.

[52] Ce témoignage ne peut servir de fondement à une obligation de diligence en droit. En contre-interrogatoire, on a posé à M. Rankin une question générale à laquelle il a pu répondre avec l’avantage du recul. Comme il s’agit d’une question générale visant à savoir si, à son avis, au moment du procès, [TRADUCTION] « la sécurité est importante » pour prévenir des lésions corporelles, cette question ne se rapporte pas au point en litige, en l’occurrence celle de savoir si des lésions corporelles étaient raisonnablement prévisibles *avant* que l’accident ne se produise, soit une question objective. Lorsqu’on a posé à M. Rankin une question au sujet de la prévisibilité lors de son réinterrogatoire, il y a répondu par la négative.

[53] La question de savoir si quelque chose est « raisonnablement prévisible » ou non est un critère objectif. L’analyse consiste essentiellement à se demander si une personne se trouvant dans la situation du défendeur aurait raisonnablement dû prévoir le préjudice, et non si ce défendeur en particulier l’a prévu. Les tribunaux devraient veiller à ce que l’analyse ne soit pas faussée par le fait que l’événement s’est effectivement produit. La question posée correctement porte sur la prévisibilité ou non *avant* que l’incident ne survienne, sans pouvoir compter sur l’avantage du recul : L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6^e éd. 2017), p. 212.

[54] J’ai les mêmes réserves en ce qui a trait à l’importance qu’accorde mon collègue au témoignage de M. Rankin. À son avis, la prévisibilité a été établie parce que, dans ce témoignage, M. Rankin a affirmé qu’il verrouillait toujours ses véhicules (le jury n’a d’ailleurs pas retenu ce témoignage intéressé). Selon

is not determinative of whether foreseeability was *objectively* present here. Moreover, this testimony only suggests that Mr. Rankin thought that theft, rather than personal injury, was foreseeable.

[55] To summarize, the evidence did not provide specific circumstances to make it reasonably foreseeable that the stolen car might be driven in a way that would cause personal injury. The evidence did not, for example, establish that the risk of theft included the risk of theft by minors. While in this case, it was argued that it was the risk of theft by minors that could make the risk of the unsafe operation of the stolen vehicle foreseeable, had there been other evidence or circumstances making the risk of personal injury reasonably foreseeable, a duty of care would exist.

[56] As was the case in many similar decisions by trial courts, I am not satisfied that the evidence here demonstrates that bodily harm resulting from the theft of the vehicle was reasonably foreseeable. I conclude that the plaintiff did not satisfy the onus to establish that the defendant ought to have contemplated the risk of personal injury when considering its security practices. The inferential chain of reasoning was too weak to support the establishment of reasonable foreseeability: see *Childs*, at para. 29. For these reasons, the plaintiff has not met his burden of establishing a *prima facie* duty of care owed by Rankin's Garage to him. Reasonable foreseeability could not be established on this record.

B. *Did the Commercial Garage Have a Positive Duty to Guard Against the Risk of Theft by Minors?*

[57] In this case, the plaintiff J. and interveners made additional arguments that proximity was established because Rankin's Garage had a positive duty to act. While there is no need to address this issue given my conclusion that the injury was not

moi, ces propos ne sont pas déterminants pour juger de l'existence *objective* de la prévisibilité en l'espèce. D'ailleurs, ce témoignage indique seulement que, pour M. Rankin, le vol, et non les lésions corporelles, était prévisible.

[55] En résumé, la preuve ne révélait pas de circonstances précises suivant lesquelles il serait raisonnablement prévisible que la voiture volée serait conduite de manière à causer des lésions corporelles. Par exemple, elle n'a pas établi que le risque de vol englobait le risque de vol par des mineurs. Bien qu'on ait fait valoir, en l'espèce, que c'était en raison du risque de vol par des mineurs qu'il était possible de prévoir le risque que le véhicule soit conduit de façon dangereuse, la présence d'autres éléments de preuve ou circonstances étayant le caractère raisonnablement prévisible du risque de lésions corporelles aurait permis de conclure à l'existence d'une obligation de diligence.

[56] Comme des tribunaux de première instance dans de nombreuses décisions semblables, je ne suis pas convaincue que la preuve présentée en l'espèce démontre que les lésions corporelles résultant du vol du véhicule étaient raisonnablement prévisibles. Je conclus que le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que le défendeur aurait dû tenir compte du risque de lésions corporelles lorsqu'il a envisagé les mesures de sécurité à prendre. Le raisonnement par inférences était trop faible pour fonder l'établissement d'une prévisibilité raisonnable : voir *Childs*, par. 29. Pour ces motifs, je conclus que le demandeur ne s'est pas déchargé de son fardeau de démontrer que Rankin's Garage avait une obligation de diligence *prima facie* envers lui. Le présent dossier ne permet pas d'établir la prévisibilité raisonnable.

B. *Le garage commercial avait-il l'obligation positive de prendre des mesures contre le risque de vol par des mineurs?*

[57] Dans le cas qui nous occupe, le demandeur J. et les intervenants ont présenté d'autres arguments pour démontrer qu'un lien de proximité avait été établi parce que Rankin's Garage avait une obligation positive d'agir. Même s'il n'est pas nécessaire

reasonably foreseeable, the parties made extensive submissions in this regard.

[58] J. submits that Rankin's Garage had a positive duty to secure the vehicles. His position is that as a commercial establishment dealing with goods that are potentially dangerous, Rankin's Garage owed a duty to children to secure the vehicles against theft. The intervener the Ontario Trial Lawyers Association supports this analysis and suggests that businesses that introduce a danger into their communities have a duty to individuals who are injured as a result of those dangers. Since these businesses benefit from the sale or storage of dangerous goods, they have an implied responsibility to the public to reduce the risks associated with the goods. J. and the intervener argue that in this way, a car garage is analogous to a commercial vendor of alcohol, who has a duty to those who may be harmed by damage caused by an intoxicated patron: see *Stewart*.

[59] In my view, this analogy is misguided. Bar owners have a positive duty to take steps to prevent potential harm caused by intoxicated patrons: see *Childs*; *Stewart*; *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239. The existence of this duty is based on a number of considerations specific to that relationship, including the regulatory context surrounding alcohol sales (*Childs*, at paras. 19-21), the contractual relationship between the bar and the customer, and the fact that bars have a commercial incentive to over-serve alcohol, thus increasing the risk to the public (*Childs*, at para. 22). While *Childs* contemplated that other types of commercial entities may also have positive duties to act (para. 37), in my view, commercial garages do not universally fall within this category. The context simply does not warrant it. While a garage benefits financially from servicing cars, they have no commercial relationship with, and do not profit from or encourage the persons who might steal the cars.

d'aborder cette question compte tenu de ma conclusion selon laquelle les lésions corporelles n'étaient pas raisonnablement prévisibles, les parties ont présenté des arguments détaillés à cet égard.

[58] J. affirme que Rankin's Garage avait l'obligation positive de sécuriser les véhicules. Selon sa thèse, en tant qu'établissement commercial faisant le commerce de biens potentiellement dangereux, Rankin's Garage était tenu vis-à-vis des mineurs de protéger les véhicules contre le vol. L'intervenante Ontario Trial Lawyers Association va dans le même sens et suggère que les entreprises qui introduisent un danger dans leur collectivité ont une obligation envers les personnes qui subissent un préjudice en raison de ce danger. Étant donné qu'elles tirent profit de la vente ou de l'entreposage des marchandises dangereuses, ces entreprises ont implicitement la responsabilité envers le public d'atténuer les risques que comportent ces marchandises. J. et l'intervenante affirment que, à ce titre, un garage automobile s'apparente à un débit d'alcool, qui a une obligation envers ceux qui risquent de subir un préjudice du fait d'un client ivre : voir *Stewart*.

[59] À mon avis, cette analogie est mal fondée. Les propriétaires de débits d'alcool ont l'obligation positive de prendre des mesures pour prévenir tout préjudice que leurs clients ivres pourraient causer : voir *Childs*; *Stewart*; *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239. Cette obligation se justifie par diverses considérations propres à cette relation, y compris le cadre réglementaire régissant la vente d'alcool (*Childs*, par. 19-21), la relation contractuelle entre le propriétaire du débit d'alcool et le client, et le fait que les commerces qui servent de l'alcool ont un intérêt sur le plan commercial à servir trop de consommations, ce qui augmente les risques pour le public (*Childs*, par. 22). Même si l'arrêt *Childs* envisageait la possibilité que d'autres types d'entreprises commerciales puissent aussi être assujettis à une obligation positive d'agir (par. 37), j'estime que les garages commerciaux n'entrent pas systématiquement dans cette catégorie. Le contexte ne le justifie tout simplement pas. Bien qu'un garage bénéficie financièrement de l'entretien des voitures, il n'a aucune relation commerciale avec les individus qui sont susceptibles de voler ces dernières et il ne profite pas de ces vols, pas plus qu'il ne les encourage.

[60] Vehicles are ubiquitous in our society. They are not like loaded guns that are inherently dangerous and therefore must be stored carefully in order to protect the public. Commercial garages, unlike an individual who leaves a car unlocked with the keys accessible, have care and control of many vehicles and necessarily have to turn their mind to the security of those vehicles, especially after hours, to prevent theft of the vehicles. Having many vehicles, however, does not necessarily create a risk of personal injury. While cars can be dangerous in the hands of someone who does not know how to drive, this risk would only realistically exist in certain circumstances.

[61] Similarly, the fact that J. was a minor does not automatically create an obligation to act. There are circumstances where courts recognize a specific duty of care owed to children. However, these duties are imposed based on the relationship of care, supervision, and control, rather than the age of the child alone. These specific duties include the obligation on school authorities to adequately supervise and protect students (*Myers v. Peel County Board of Education*, [1981] 2 S.C.R. 21), on drivers to ensure that child passengers wear seatbelts (*Galaske*), and on parents and those exercising a similar form of control over children (*K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at para. 14). The rationale for imposing such duties is not based solely on the age of the plaintiff, but rather the relationship of control, responsibility, and supervision: *Childs*, at para. 36. No similar relationship exists here. Thus, the mere fact that the plaintiff was a minor is insufficient to establish a positive duty to act. Tort law does not make everyone responsible for the safety of children at all times.

[60] Les véhicules sont omniprésents dans notre société. Il ne s'agit pas d'armes à feu chargées qui sont intrinsèquement dangereuses et qui doivent par conséquent être entreposées avec soin pour protéger le public. Certes, un garage commercial, à la différence d'un particulier qui laisse sa voiture déverrouillée avec les clés à la portée du premier venu, a la garde et le contrôle de nombreux véhicules et doit nécessairement se soucier de la sécurité des véhicules qui se trouvent dans son parc de stationnement, surtout en dehors des heures d'ouverture, afin d'en prévenir le vol. Le fait d'avoir plusieurs véhicules ne crée cependant pas nécessairement un risque de lésions corporelles. Bien qu'une voiture puisse être dangereuse entre les mains d'une personne qui ne sait pas conduire, ce risque n'existe logiquement que dans certaines circonstances.

[61] De même, le fait que J. était un mineur ne crée pas automatiquement une obligation d'agir. Il y a des circonstances dans lesquelles les tribunaux reconnaissent une obligation de diligence spécifique à l'égard des mineurs. Toutefois, ces obligations découlent de l'existence d'une relation fondée sur la garde, la surveillance et le contrôle, plutôt que de l'âge de l'enfant seulement. Parmi ces obligations particulières, mentionnons le devoir des autorités scolaires de bien encadrer et protéger leurs élèves (*Myers c. Peel County Board of Education*, [1981] 2 R.C.S. 21), celui des chauffeurs de s'assurer que les passagers mineurs portent leur ceinture de sécurité (*Galaske*), et celui des parents et des personnes qui exercent une forme de contrôle semblable sur les enfants (*K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 14). L'existence de ces obligations ne tient pas seulement à l'âge du demandeur, mais également au rapport de contrôle, de responsabilité et de supervision : *Childs*, par. 36. Rien de tel n'existe en l'espèce. Ainsi, le simple fait que le demandeur était un mineur ne suffit pas pour établir l'existence d'une obligation positive d'agir. Le droit de la responsabilité délictuelle ne rend pas chacun responsable de la sécurité des enfants en tout temps.

C. *Could Illegal Conduct Sever Any Proximity Between the Parties or Negate a Prima Facie Duty of Care?*

[62] Given my conclusions above, it is not necessary to consider whether illegal conduct could sever the proximate relationship between the parties or negate a *prima facie* duty of care. However, since this was the focus of the submissions before this Court, I offer the following comments.

[63] Rankin's Garage submits that illegal acts by the plaintiff sever any proximate relationship between the parties or, alternately, operate as a residual policy basis on which to negate the duty of care. The notion that illegal or immoral conduct by the plaintiff precludes the existence of a duty of care has consistently been rejected by this Court: see *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27. Tort law does not seek to punish wrongdoing in the abstract. Rather, private law is corrective and based on compensation for harm that results from the defendant's unreasonable creation of the risk of that harm. If the mere fact of illegal behaviour could eliminate a duty, this would effectively immunize negligent defendants from the consequences of their actions. Seriously injured victims would be entirely denied recovery, even when the defendant bears most of the fault. While illegality can operate as a defence to a tort action in limited circumstances when it is necessary to preserve the integrity of the legal system, this concern does not arise in the circumstances of this case: see *Hall*, at pp. 169 and 179-80. Plaintiff wrongdoing is integrated into the analysis through contributory negligence, as occurred here.

C. *Un comportement illégal pouvait-il rompre le lien de proximité entre les parties ou écarter une obligation de diligence prima facie?*

[62] Compte tenu des conclusions que je viens de tirer, il n'est pas nécessaire que je décide si un comportement illégal pourrait rompre le lien de proximité entre les parties ou écarter une obligation de diligence *prima facie*. Toutefois, comme les arguments présentés devant la Cour ont porté essentiellement sur ces questions, je tiens à formuler les observations suivantes.

[63] Rankin's Garage affirme que les actes illégaux commis par le demandeur ont pour effet de rompre tout lien de proximité entre les parties ou, à titre subsidiaire, que ces actes constituent des considérations de principe résiduelles qui permettent d'écarter l'obligation de diligence. L'idée suivant laquelle la conduite illégale ou immorale du demandeur fait obstacle à l'existence d'une obligation de diligence a systématiquement été écartée par la Cour : voir *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27. Le droit de la responsabilité délictuelle ne vise pas à réprimer l'acte répréhensible dans l'abstrait. Le droit privé vise plutôt à réparer le dommage subi et à indemniser le demandeur du préjudice causé par la création injustifiée, par le défendeur, du risque que ne survienne ce préjudice. Si la simple existence d'un comportement illégal pouvait faire disparaître une obligation, les défendeurs qui font preuve de négligence seraient à toutes fins utiles immunisés des conséquences de leurs actes. Les victimes de graves blessures seraient privées de tout recouvrement, même lorsque la majeure partie de la faute est imputable au défendeur. Bien que l'illegalité puisse être invoquée comme moyen de défense dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle dans certaines circonstances limitées, soit lorsque cela est nécessaire pour préserver l'intégrité du système juridique, ce facteur n'entre pas en jeu eu égard aux circonstances de l'espèce : voir *Hall*, p. 169 et 179-180. L'acte répréhensible du demandeur est pris en compte dans le cadre de l'analyse pour déterminer si, comme c'est le cas en l'espèce, il y a eu négligence contributive.

[64] Thus, whether the personal injury caused by unsafe driving of the stolen car is suffered by the thief or a third party makes no analytical difference to the duty of care analysis. Both are reasonably foreseeable when circumstances connect the theft of the car to the unsafe operation of the stolen vehicle. In effect, it is the same problem which creates the risk to the third parties as creates the risk to the driver and “only chance” determines which party is injured: see *Stewart*, at para. 28.

[65] I acknowledge that the legislature has taken a different policy approach in Ontario regarding occupier's liability. Section 4(2) of the *Occupiers' Liability Act*, R.S.O. 1990, c. O.2, sets out that “[a] person who is on premises with the intention of committing, or in the commission of, a criminal act” is deemed to have “willingly assumed all risks”. In such circumstances, the duty of care is not eliminated, but occupiers are held to a lower standard of care. They are only required to “not create a danger with the deliberate intent of doing harm or damage to the person or his or her property and to not act with reckless disregard of the presence of the person or his or her property” (s. 4(1)). All agree that the Act does not apply here as the accident occurred on a public road. The legislature did not opt to modify the common law for accidents occurring off the premises.

V. Conclusion

[66] Under tort law, liability is only imposed when a defendant breaches a duty of care. The *Anns/Cooper* test ensures that a duty of care will only be recognized when it is fair and just to do so. As such, it is necessary to approach each step in the test with analytical rigour. While common sense can play a useful role in assessing reasonable foreseeability, it is not enough, on its own, to ground the recognition of a new duty of care in this case. Aside from evidence that could establish a risk of theft in general, there was nothing else to connect the risk of theft of

[64] Ainsi, le fait que les lésions corporelles causées par la conduite dangereuse du véhicule volé soient subies par le voleur ou par un tiers ne change rien à l'analyse de l'obligation de diligence. Les deux scénarios sont raisonnablement prévisibles lorsque les faits permettent d'établir un lien entre le vol de la voiture et la conduite dangereuse subséquente de cette dernière. En fait, le risque auquel sont exposés les tiers et celui auquel est exposé le conducteur découlent du même problème et « ce n'est que le hasard » qui décide qui est blessé : voir *Stewart*, par. 28.

[65] Je reconnais que le législateur a adopté une approche différente en Ontario en ce qui concerne la responsabilité de l'occupant. Le paragraphe 4(2) de la *Loi sur la responsabilité des occupants*, L.R.O. 1990, c. O.2, dispose en effet qu'« [u]ne personne qui se trouve dans les lieux avec l'intention de commettre des activités criminelles ou qui est en train de les commettre, est réputée avoir volontairement assumé tous les risques ». En pareil cas, l'obligation de diligence n'est pas éliminée, mais la norme de diligence à laquelle l'occupant est tenu est moins exigeante. Son obligation se limite à « ne créer aucun danger dans l'intention arrêtée de [. . .] faire du tort à [la personne qui entre dans les lieux] ou d'endommager ses biens. Il a également l'obligation de ne pas agir de façon insouciant en faisant abstraction de la présence de la personne ou de ses biens » (par. 4(1)). Tous s'entendent pour dire que la Loi ne s'applique pas en l'espèce, puisque l'accident est survenu sur la voie publique. Le législateur ontarien n'a pas choisi de modifier la common law pour les accidents survenus hors des lieux.

V. Conclusion

[66] En droit de la responsabilité délictuelle, la responsabilité du défendeur n'est engagée que lorsqu'il a manqué à une obligation de diligence. Le test *Anns/Cooper* garantit qu'il n'y aura reconnaissance d'une obligation de diligence que lorsqu'il est juste et équitable qu'il en soit ainsi. Il est donc nécessaire d'aborder chaque étape du test en faisant preuve de rigueur sur le plan de l'analyse. Bien que le bon sens puisse jouer un rôle utile lorsqu'il s'agit d'évaluer la prévisibilité raisonnable, il n'est pas suffisant, à lui seul, pour servir de fondement à la reconnaissance

the car to the risk of someone being physically injured. For example, Rankin's Garage had been in operation for many years and no evidence was presented to suggest that there was ever a risk of theft by minors at any point in its history.

[67] This is not to say that a duty of care will never exist when a car is stolen from a commercial establishment and involved in an accident. Another plaintiff may establish that circumstances were such that the business ought to have foreseen the risk of personal injury. However, on this record, I conclude that the courts below erred in holding that Rankin's Garage owed a duty of care to the plaintiff. I would allow the appeal and dismiss the claim against the appellant with costs in this Court and in the courts below.

The reasons of Gascon and Brown JJ. were delivered by

BROWN J. (dissenting) —

I. Introduction

[68] The question raised by this appeal is whether the trial judge erred in finding that the appellant Rankin owed a duty of care to the respondent J. Having read the reasons of the majority, I disagree with its analysis in two respects that would lead me to dismiss the appeal.

[69] First, this case does not require this Court to undertake a full *Anns/Cooper* analysis¹ to establish a novel duty of care. Instead, it involves the unremarkable application of a category of relationships

¹ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537.

d'une nouvelle obligation de diligence dans le cas qui nous occupe. Abstraction faite des éléments de preuve susceptibles d'établir le risque de vol en général, il n'y avait aucun autre élément qui permettait d'établir un lien entre le risque de vol de la voiture et celui que quelqu'un subisse des lésions corporelles. Par exemple, Rankin's Garage était exploité depuis de nombreuses années et rien dans la preuve présentée ne tend à démontrer qu'il a connu quelque risque de vol par des mineurs que ce soit depuis son ouverture.

[67] Cela ne veut pas dire qu'il n'y aura jamais d'obligation de diligence lorsqu'une voiture est volée dans un établissement commercial pour être ensuite impliquée dans un accident. Un autre demandeur pourrait démontrer que, compte tenu des circonstances, l'entreprise aurait dû prévoir le risque de lésions corporelles. Toutefois, au vu du présent dossier, je conclus que les tribunaux d'instances inférieures ont commis une erreur en jugeant que Rankin's Garage avait une obligation de diligence envers le demandeur. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la demande contre l'appelant, le tout avec dépens devant la Cour et les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Gascon et Brown rendus par

LE JUGE BROWN (dissident) —

I. Introduction

[68] La question soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si la juge du procès a commis une erreur en concluant que l'appelant Rankin avait une obligation de diligence envers l'intimé J. J'ai lu les motifs des juges majoritaires et je suis en désaccord sur deux points de leur analyse, ce qui m'amènerait à rejeter le pourvoi.

[69] En premier lieu, la présente affaire n'oblige pas la Cour à entreprendre une analyse exhaustive fondée sur le test *Anns/Cooper*¹ pour déterminer s'il existe une nouvelle obligation de diligence. Elle

¹ *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537.

that has long been recognized as imposing a duty of care — namely, “where the defendant’s act foreseeably causes physical harm to the plaintiff”.² So long as the trial judge did not err in finding that physical injury to J. was a reasonably foreseeable consequence of Rankin’s negligence, it follows that proximity is established on the basis of this previously recognized duty of care.

[70] This brings me to the second point of divergence from the majority. On the record before her, the trial judge did not err in finding that physical injury to J. was a reasonably foreseeable consequence of Rankin’s negligence. I would therefore uphold the trial judge’s finding that a duty of care was owed.

II. Analysis

A. *Establishing a Duty of Care Under the Anns/Cooper Framework*

[71] A successful action in negligence requires that the plaintiff demonstrate (1) that the defendant owed him or her a duty of care; (2) that the defendant’s behaviour breached the standard of care; (3) that the plaintiff sustained damage; and (4) that the damage was caused, in fact and in law, by the defendant’s breach.³ Before us, the parties framed this appeal as one pertaining solely to whether Rankin owed J. a duty of care.

[72] At Canadian law, a duty of care is established through the application of the *Anns/Cooper* framework. Divided into two stages, the framework asks:

² *Cooper*, at para. 36.

³ *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 3; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 13; *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, 2017 SCC 63, [2017] 2 S.C.R. 855, at para. 77.

concerne plutôt l’application banale d’une catégorie de relations dont il a été reconnu depuis longtemps qu’elles imposent au défendeur une obligation de diligence, en l’occurrence, les cas « où l’acte du défendeur cause des lésions au demandeur [. . .] et que ces lésions [. . .] étaient prévisibles »². Dans la mesure où la juge du procès n’a pas commis d’erreur en concluant que les lésions corporelles causées à J. étaient une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Rankin, cette obligation de diligence déjà reconnue emporte établissement du lien de proximité.

[70] Ceci m’amène au second point sur lequel je diverge d’opinion avec mes collègues majoritaires. Il ressort du dossier dont elle était saisie que la juge du procès n’a pas commis d’erreur en concluant que les lésions corporelles subies par J. étaient une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence dont Rankin a fait preuve. Je confirmerais donc la conclusion de la juge du procès suivant laquelle ce dernier était tenu à une obligation de diligence.

II. Analyse

A. *Établissement d’une obligation de diligence selon le test Anns/Cooper*

[71] Pour avoir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, le demandeur doit établir les éléments suivants : (1) le défendeur avait envers lui une obligation de diligence; (2) par ses agissements, le défendeur a manqué à cette norme de diligence; (3) le demandeur a subi des dommages; (4) ces dommages lui ont été causés, en fait et en droit, par le manquement du défendeur³. Devant nous, les parties ont abordé le présent pourvoi en considérant qu’il porte exclusivement sur la question de savoir si Rankin avait ou non une obligation de diligence envers J.

[72] En droit canadien, l’existence d’une obligation de diligence est établie par l’application du cadre d’analyse *Anns/Cooper*. Ce dernier, qui se décline

² *Cooper*, par. 36.

³ *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 3; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 13; *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, 2017 CSC 63, [2017] 2 R.C.S. 855, par. 77.

(1) Does a *prima facie* duty of care exist between the parties; and (2) if a *prima facie* duty of care does exist, are there residual policy concerns that negate that duty? At the first stage, the plaintiff bears the burden of proving that “the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity”.⁴ As a matter of precedent, where a case falls within, or is analogous to, a category of relationships in which a duty of care has previously been recognized, the proximity requirement will be satisfied.⁵ And, assuming that the plaintiff has proven that injury to him or her was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence, a duty of care will be properly found without the need to consider the second stage of the *Anns/Cooper* framework.⁶ Where no such previously recognized duty has been found to exist, a full *Anns/Cooper* analysis must be completed to determine whether a novel duty of care should be recognized.⁷

B. *Does the Relationship in This Case Fall Within a Previously Recognized Category?*

[73] The trial judge found, and J. argued before this Court, that the relationship between Rankin and J. falls within a category of relationships in which a duty of care has been previously found to exist, such that a full *Anns/Cooper* analysis is unnecessary. I agree. In *Cooper v. Hobart*, this Court identified the first category of relationships in which a duty of care has been previously recognized as being that “where the defendant’s act foreseeably causes physical harm to the plaintiff”. To show that the circumstances of a case fall within this category, a plaintiff need only demonstrate that physical injury to him or her was a reasonably foreseeable consequence of a defendant’s

en deux étapes, pose les deux questions suivantes : (1) Existe-t-il une obligation de diligence *prima facie* entre les parties? (2) S’il existe une obligation de diligence *prima facie*, des considérations de principe résiduelles viennent-elles écarter cette obligation? À la première étape, il incombe au demandeur de démontrer que « les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité »⁴. Selon la jurisprudence, lorsqu’un cas relève d’une catégorie de relations dans lesquelles l’obligation de diligence a déjà été reconnue ou est analogue à cette catégorie, la condition relative à l’existence d’un lien de proximité est remplie⁵. De plus, en supposant que le demandeur a démontré que le préjudice qu’il a subi était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur, le tribunal conclura à juste titre qu’il existe une obligation de diligence sans avoir à aborder la seconde étape du test *Anns/Cooper*⁶. Lorsque l’existence d’une obligation déjà reconnue n’a pas été établie, il faut procéder à une analyse exhaustive fondée sur le test *Anns/Cooper* pour déterminer s’il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence⁷.

B. *La relation qui existait en l’espèce entre-t-elle dans une catégorie déjà reconnue?*

[73] La juge du procès a conclu, comme J. l’a plaidé devant la Cour, que la relation qui existait entre Rankin et J. appartient à une catégorie de relations à l’égard de laquelle il a déjà été établi qu’il existe une obligation de diligence, de sorte qu’il n’est pas nécessaire d’entreprendre une analyse exhaustive fondée sur le test *Anns/Cooper*. Je suis du même avis. Dans l’arrêt *Cooper c. Hobart*, la Cour a défini la première catégorie de relations à l’égard de laquelle une obligation de diligence a déjà été reconnue en précisant qu’il s’agit des cas où « l’acte du défendeur cause des lésions au demandeur [. . .] et que ces lésions [. . .] étaient prévisibles ». Pour

⁴ *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, at para. 9; see also *Cooper*, at para. 31; *Livent*, at para. 23.

⁵ *Cooper*, at paras. 36 and 39; *Edwards*, at paras. 9-10; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 15; *Mustapha*, at para. 6; *Livent*, at para. 26.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Cooper*, at para. 39; *Edwards*, at para. 10; *Childs*, at para. 23; *Livent*, at para. 29.

⁴ *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, par. 9; voir également *Cooper*, par. 31; *Livent*, par. 23.

⁵ *Cooper*, par. 36 et 39; *Edwards*, par. 9-10; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 15; *Mustapha*, par. 6; *Livent*, par. 26.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Cooper*, par. 39; *Edwards*, par. 10; *Childs*, par. 23; *Livent*, par. 29.

overt act of negligence.⁸ This is because, as this Court explained in *Deloitte & Touche v. Livent Inc. (Receiver of)*, when determining whether a previously recognized category applies, “court[s] 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”.⁹ And, in cases of foreseeable physical injury, the “factor” which justifies the establishment of a proximate relationship and a duty of care is the foreseeability of injury alone. Indeed, the majority appears to agree that this will “often” be the case.¹⁰ Where foreseeability of physical injury is shown, proximity is established by analogy to those cases where reasonably foreseeable physical injury had previously prompted a court to recognize a duty of care. It follows that, in such cases, a duty of care will be properly recognized under the categorical approach and there will be no need to undertake a full *Anns/Cooper* analysis.¹¹

[74] In response to the foregoing, the majority insists that the category of foreseeable physical injury is — despite its longstanding recognition by this Court — too “broad” to be serviceable, and therefore inapplicable.¹² Specifically, the majority says that its application here would signal “an expansion” of that category such that it would “subsume many of the categories recognized in tort law”.¹³ The majority does not, however, explain why the application of the category of foreseeable physical injury in a case of physical injury would constitute an “expansion”

démontrer que les circonstances particulières d’une affaire entrent dans cette catégorie, le demandeur n’a qu’à démontrer que les lésions corporelles qu’il a subies étaient une conséquence raisonnablement prévisible de l’acte de négligence manifeste du défendeur⁸. Il en est ainsi parce que, comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Deloitte & Touche c. Livent Inc. (Séquestre de)*, lorsqu’il cherche à savoir si une catégorie déjà reconnue 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 »⁹. En outre, dans les cas où les lésions corporelles étaient prévisibles, le seul « facteur » qui justifie l’établissement d’un lien de proximité et d’une obligation de diligence est la prévisibilité du préjudice. En effet, il semble que les juges majoritaires reconnaissent que c’est « souvent » le cas¹⁰. Lorsque la preuve de la prévisibilité de lésions corporelles est faite, le lien de proximité est établi par analogie avec les affaires dans lesquelles des lésions corporelles raisonnablement prévisibles ont déjà incité les tribunaux à reconnaître l’existence d’une obligation de diligence. Il s’ensuit que, en pareil cas, l’obligation de diligence sera dûment reconnue dans le cadre de la démarche fondée sur l’analogie avec une catégorie et qu’il ne sera pas nécessaire d’entreprendre l’analyse exhaustive décrite par le test *Anns/Cooper*¹¹.

[74] En réponse à ce qui précède, les juges majoritaires insistent pour dire que la catégorie des lésions corporelles prévisibles est — en dépit de sa reconnaissance de longue date par la Cour — trop « vaste » pour être utilisable, et qu’elle n’est donc pas applicable¹². Plus précisément, ils affirment que l’application de cette catégorie en signifierait « l’élargissement » de telle sorte qu’elle en « engloberait de nombreuses autres reconnues en droit de la responsabilité délictuelle »¹³. Mes collègues majoritaires n’expliquent pas, toutefois, en quoi le fait d’appli-

⁸ *Childs*, at para. 31. See also A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at §9.57.

⁹ At para. 28 (emphasis added).

¹⁰ At paras. 23 and 55.

¹¹ *Cooper*, at paras. 36 and 39; *Edwards*, at paras. 9-10; *Childs*, at para. 15; *Mustapha*, at para. 6; *Livent*, at para. 26.

¹² At para. 28.

¹³ *Ibid.*

⁸ *Childs*, par. 31. Voir également A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10^e éd. 2015), §9.57.

⁹ par. 28 (je souligne).

¹⁰ par. 23 et 55.

¹¹ *Cooper*, par. 36 et 39; *Edwards*, par. 9 et 10; *Childs*, par. 15; *Mustapha*, par. 6; *Livent*, par. 26.

¹² par. 28.

¹³ *Ibid.*

of that category. This unelaborated concern leads the majority to conclude that a novel duty of care analysis must be taken and that the duty inquiry in this case must be narrowed to “injur[y] following the theft of a vehicle from [a commercial garage]”.¹⁴ In saying so, the majority contradicts its own finding that the foreseeability of injury is often sufficient to establish proximity in cases of physical injury (the factor which, as noted above, brings this case within the previously recognized category).¹⁵ Of greater consequence, however, is that its approach disregards considerable authority to the contrary. It disregards this Court’s jurisprudence which has twice affirmed the category of foreseeable physical injury as sufficient to establish a duty of care without any word of concern that such a category would “subsume” others.¹⁶ It disregards leading academic commentary which maintains that “when considering foreseeability of harm as an element of duty, courts should approach the question at a general, non fact specific, conceptual level”¹⁷ and that “[d]uty is a general notion describing a class or type of case, not a particular fact situation”.¹⁸ And it disregards this Court’s recent statement in *Livent* that previously recognized categories may be framed broadly or narrowly,¹⁹ but a previously recognized category can — and should — be applied wherever the circumstances that originally justified its recognition are present.²⁰

quer la catégorie des lésions corporelles prévisibles à une affaire de lésions corporelles constituerait une « expansion » de cette catégorie. Cette préoccupation inexplicitée les mène à conclure qu’il est nécessaire de procéder à une analyse concernant une nouvelle obligation de diligence et de limiter l’examen de cette obligation en l’espèce aux lésions corporelles subies « à la suite du vol d’un véhicule qui se trouvait sur les lieux [d’un garage commercial] »¹⁴. Ce faisant, ils contredisent leur propre conclusion selon laquelle la prévisibilité d’un préjudice suffit souvent à établir le lien de proximité dans les cas de lésions corporelles (critère en raison duquel, comme il est indiqué ci-dessus, la présente affaire tombe sous le coup de la catégorie déjà reconnue)¹⁵. Cependant, leur approche a une conséquence plus grave, soit qu’elle fait fi de nombreuses sources jurisprudentielles et doctrinales qui affirment le contraire. Elle fait fi de la jurisprudence de la Cour qui a affirmé à deux reprises que l’appartenance à la catégorie des lésions corporelles prévisibles est suffisante pour établir une obligation de diligence, et ce, sans émettre la moindre préoccupation quant au fait qu’une telle catégorie puisse en « englober » d’autres¹⁶. Cette approche fait également fi d’écrits universitaires qui font autorité selon lesquels [TRADUCTION] « lorsqu’ils examinent la prévisibilité d’un préjudice comme élément d’une obligation de diligence, les tribunaux doivent examiner la question de manière générale et conceptuelle et non en fonction de faits spécifiques »¹⁷, et selon lesquels « [l]’obligation de diligence est une notion générale qui renvoie à une catégorie ou à un type de causes, et non à une situation de fait particulière »¹⁸. Finalement, elle fait fi de la déclaration récente de la Cour dans *Livent* selon laquelle les catégories déjà reconnues peuvent être définies largement ou étroitement¹⁹, mais une catégorie déjà reconnue peut, et devrait, être appliquée chaque fois que les circonstances qui ont donné lieu à sa reconnaissance sont présentes²⁰.

¹⁴ At para. 27.

¹⁵ At paras. 23 and 55.

¹⁶ *Cooper*, at para. 36; *Childs*, at para. 31.

¹⁷ L. N. Klar and C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at pp. 210-11, and fn. 60.

¹⁸ Linden and Feldthusen, at §9.57.

¹⁹ At para. 27.

²⁰ *Livent*, at para. 28.

¹⁴ par. 27.

¹⁵ par. 23 et 55.

¹⁶ *Cooper*, par. 36; *Childs*, par. 31.

¹⁷ L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6^e éd. 2017), p. 210-211, et note de bas de page 60.

¹⁸ Linden et Feldthusen, §9.57.

¹⁹ par. 27.

²⁰ *Livent*, par. 28.

[75] An additional difficulty with the majority's view (that the category of foreseeable physical injury is inapplicable where, as here, the only factor which could establish a duty of care is the foreseeability of physical injury itself) is that it does not explain where this category will henceforward *ever* apply. The majority relies upon a few more narrowly stated "categories" of duties — physician to patient, manufacturer to consumer, and motorist to highway user — as demonstrative of the need to define duties which involve physical injury with some particularity. Significantly, *none* of these "categories" are applicable here. Further, the necessary implication of the majority's reliance upon them to reject the applicability of the category of foreseeable physical injury in this case is that the category of foreseeable physical injury can *never* be applied, lest courts risk "subsum[ing]" these others. The majority's approach thereby risks rendering meaningless a long established category of relationships which have been found to give rise to a duty of care and undermining the viability of the categorical approach altogether.

[76] In saying this, I do not wish to be taken as suggesting that the categorical approach established in this Court's jurisprudence is without difficulties. Indeed, the very notion of "categories" of duties is in tension with the great achievement of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*,²¹ being his systematic integration of previously disparate, case-specific duties of care into a single conception of the circumstances which give rise to a duty of care. Accepting, however, that categorization of duties of care remains central to this Court's *Anns/Cooper* framework, it ought to be applied properly, bearing in mind the risks inherent in its misapplication. As Professor Stephen R. Perry has explained, "[c]ategories of cases are, after all, defined by principles stated at one or another level

[75] Le point de vue des juges majoritaires (soit que la catégorie des lésions corporelles prévisibles serait inapplicable là où, comme en l'espèce, le seul facteur qui pourrait établir une obligation de diligence est la prévisibilité des lésions corporelles elle-même) pose une autre difficulté, soit qu'il n'explique pas quand cette catégorie *s'appliquerait* à l'avenir. Les juges majoritaires invoquent quelques « catégories » d'obligation de portée plus restreinte — celle du médecin envers son patient; celle du fabricant envers le consommateur; celle de l'automobiliste envers les autres usagers de la route — pour justifier la nécessité de définir les catégories relatives aux lésions corporelles de façon précise. Il importe de noter qu'*aucune* de ces « catégories » n'est applicable en l'espèce. Il découle nécessairement du refus des juges majoritaires d'appliquer la catégorie relative aux lésions corporelles prévisibles à la présente affaire sur le fondement des catégories de portée restreinte que les tribunaux ne pourraient *jamais* appliquer cette catégorie, pour ne pas risquer d'« englober » les autres catégories. L'approche de mes collègues risque donc d'enlever tout son sens à la catégorie établie de longue date de relations dont les tribunaux ont jugé qu'elles donnaient lieu à une obligation de diligence, et de miner la viabilité de toute l'approche fondée sur des catégories.

[76] Cela dit, il ne faudrait pas déduire de mes propos que j'estime l'approche par catégories établie par la jurisprudence de la Cour exempte de difficultés. En effet, la notion même de « catégories » d'obligations sied mal à la réalisation remarquable de lord Atkin dans *Donoghue c. Stevenson*²¹, soit son intégration systématique d'obligations antérieurement disparates et établies au cas par cas en une seule conception de circonstances qui donnent lieu à une obligation de diligence. Si l'on accepte que la catégorisation des obligations de diligence reste centrale dans le cadre d'analyse établi par la Cour dans *Anns/Coopers*, il faut toutefois l'appliquer correctement, en gardant à l'esprit les risques inhérents à son application erronée. Comme l'a expliqué le professeur Stephen R. Perry, [TRADUCTION] « après tout, les

²¹ [1932] A.C. 562 (H.L.).

²¹ [1932] A.C. 562 (H.L.).

of generality”.²² Significantly, he notes the danger that courts might overreact to a previous articulation of a principle (that is, a category) which it views as having been too broadly stated, by repudiating general principles altogether. There is also the related danger of rendering categorization meaningless by expressing principles (that is, categories) too narrowly. In my respectful opinion, the majority’s reasons court both kinds of risk. But these risks can be minimized, if not entirely avoided, by adhering to this Court’s recent direction in *Livent*, to which I have just referred, and from which the majority’s analysis on this point departs.

C. *Was Physical Injury to J. a Reasonably Foreseeable Consequence of Rankin’s Negligence?*

[77] Having concluded that the category of foreseeable physical injury is applicable in this case, I turn now to consider whether injury was, in fact, reasonably foreseeable here. Within the duty of care analysis, the reasonable foreseeability inquiry asks whether injury to the plaintiff, or to a class of persons to which the plaintiff belongs, was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence.²³ Where a plaintiff can show that he is so “closely and directly affected” by a defendant’s actions that the defendant ought “reasonably to have [the plaintiff] in contemplation as being so affected when . . . directing [his or her] mind to the acts or omissions which are called in question”, this requirement will be satisfied.²⁴ The inquiry being objective (that is, into what reasonably ought to have been foreseen), it must be undertaken from the standpoint of a reasonable

catégories de causes sont définies par des principes énoncés à un degré ou à un autre de généralité »²². Fait important, il souligne le danger que les tribunaux réagissent exagérément à la formulation antérieure d’un principe (c’est-à-dire, une catégorie), qu’ils estiment avoir été défini trop largement, en répudiant les principes généraux dans leur ensemble. Il faut également éviter l’écueil lié à ce danger d’enlever tout son sens à la catégorisation en formulant les principes (c’est-à-dire, les catégories) trop étroitement. Soit dit en tout respect, les motifs des juges majoritaires s’exposent à ces deux types de risques. Ces derniers peuvent toutefois être minimisés, voire totalement évités, si l’on adhère aux directives données récemment par la Cour dans l’arrêt *Livent*, auquel je viens tout juste de faire référence, et à l’égard desquelles l’analyse de mes collègues majoritaires diverge sur ce point.

C. *Les lésions corporelles subies par J. étaient-elles une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Rankin?*

[77] Ayant conclu que la catégorie des lésions corporelles prévisibles est applicable en l’espèce, je vais maintenant examiner si les blessures étaient effectivement raisonnablement prévisibles en l’espèce. Dans le cadre de l’analyse de l’obligation de diligence, lorsqu’on aborde la question de la prévisibilité raisonnable, on se demande si le préjudice subi par le demandeur, ou par la catégorie de personnes à laquelle il appartient, était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur²³. Lorsque le demandeur peut démontrer qu’il est « de si près et si directement touché » par les actes du défendeur que celui-ci devrait « raisonnablement avoir [le demandeur] à l’esprit comme ainsi touché [. . .] lorsqu’[il] songe aux actes ou omissions qui sont mis en question », il est satisfait à cette exigence²⁴. Comme cette analyse est objective — en ce sens

²² S. R. Perry, “Protected Interests and Undertakings in the Law of Negligence” (1992), 42 *U.T.L.J.* 247, at p. 252.

²³ Linden and Feldthusen, at §9.59; Klar and Jefferies, at pp. 211-12; P. H. Osborne, *The Law of Torts* (5th ed. 2015), at p. 75; *Clerk & Lindsell on Torts* (21st ed. 2014), by M. A. Jones, at para. 8-08.

²⁴ *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 22 (emphasis deleted), citing *Donoghue*, at p. 580, per Lord Atkin.

²² S. R. Perry, « Protected Interests and Undertakings in the Law of negligence » (1992), 42 *U.T.L.J.* 247, p. 252.

²³ Linden et Feldthusen, §9.59; Klar et Jefferies, p. 211-212; P. H. Osborne, *The Law of Torts* (5^e éd. 2015), p. 75; *Clerk & Lindsell on Torts* (21^e éd. 2014), par M. A. Jones, par. 8-08.

²⁴ *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 22 (soulignement omis), citant *Donoghue*, p. 580, lord Atkin.

person. Whether, therefore, the defendant actually foresaw the risk which ultimately manifested in injury to the plaintiff is not determinative.²⁵

[78] Reasonable foreseeability represents a low threshold and is “usually quite easy to overcome”.²⁶ At this point, a plaintiff must merely provide evidence to “persuade the court that the risk of the type of damage that occurred was reasonably foreseeable to the class of plaintiff that was damaged”.²⁷ Where a plaintiff has already sustained injury, it is rare for a court to find that a duty of care is not established for a lack of reasonably foreseeable harm.²⁸ Indeed, in most cases the establishment of reasonable foresight is “plain”.²⁹ In cases of “simple” physical injury, for example, the class of persons who should be reasonably foreseen to be “adversely affected” by the defendant’s negligence will include all “those who are within the area of foreseeable injury when the danger materialises”.³⁰ In other contexts, however, such as harm arising from negligent misstatement, the foreseeability analysis (and, therefore, the definitional scope of the purported duty of care) may require greater particularization as a consequence of the way in which injuries from negligent misstatement arise — that is, from the plaintiff’s reasonable reliance upon the defendant’s undertaking.³¹ As this Court recently observed in *Livent*, “reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the defendant’s undertaking of responsibility — that is, of the purpose for which the representation was made or the service was undertaken — necessarily falls outside the scope of the

qu’elle vise à déterminer ce qu’on aurait raisonnablement *dû* prévoir —, elle doit être entreprise en se plaçant du point de vue de la personne raisonnable. La question de savoir si le défendeur a effectivement prévu le risque qui a concrètement causé les lésions corporelles subies par le demandeur n’est donc pas un facteur déterminant²⁵.

[78] La prévisibilité raisonnable constitue un seuil peu exigeant auquel il est [TRADUCTION] « habituellement assez facile de satisfaire »²⁶. À cette étape, le demandeur n’a qu’à présenter des éléments de preuve de nature à [TRADUCTION] « persuader le tribunal que le risque du type de dommage qui s’est produit était raisonnablement prévisible pour la catégorie de demandeurs à laquelle appartient celui qui a été lésé »²⁷. Lorsque le demandeur a déjà subi des lésions corporelles, il est rare qu’un tribunal juge que l’existence d’une obligation de diligence n’a pas été établie en raison de l’absence de préjudice raisonnablement prévisible²⁸. En effet, dans la plupart des cas, la preuve de la prévisibilité raisonnable est « évidente »²⁹. Dans le cas de lésions corporelles « simples », par exemple, la catégorie de personnes dont on pouvait raisonnablement prévoir qu’elles seraient « lésées » par la négligence du défendeur, comprendra [TRADUCTION] « toutes celles susceptibles d’être touchées par le préjudice prévisible lorsque le risque se réalise »³⁰. Dans d’autres contextes toutefois, comme dans les cas d’un préjudice découlant de déclarations inexactes faites par négligence, l’analyse de la prévisibilité — et, par conséquent, la portée de la définition de la prétendue obligation de diligence — devra sans doute être plus précise puisque le préjudice relatif aux déclarations inexactes naît de la confiance raisonnable du demandeur envers la parole du défendeur³¹. Comme la Cour l’a récemment

²⁵ Klar and Jefferies, at pp. 212-13; see also *Fallowka v. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132, at para. 22.

²⁶ Linden and Feldthusen, at §9.59; see also E. J. Weinrib, “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212, at p. 237.

²⁷ Linden and Feldthusen, at §9.59 (emphasis added).

²⁸ Klar and Jefferies, at pp. 210 and 212; Osborne, at p. 75.

²⁹ Linden and Feldthusen, at §9.59.

³⁰ *Clerk & Lindsell*, at para. 8-08.

³¹ *Ibid.*, at para. 8-09; Klar and Jefferies, at pp. 211-12; *Livent*, at paras. 35, 39 and 55; see also *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at paras. 27 and 40, referred to at para. 39 of *Livent*.

²⁵ Klar et Jefferies, p. 212-213; voir également *Fallowka c. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 22.

²⁶ Linden et Feldthusen, §9.59; voir également E. J. Weinrib, « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212, p. 237.

²⁷ Linden et Feldthusen, §9.59 (je souligne).

²⁸ Klar et Jefferies, p. 210 et 212; Osborne, p. 75.

²⁹ Linden et Feldthusen, §9.59.

³⁰ *Clerk & Lindsell*, par. 8-08.

³¹ *Ibid.*, par. 8-09; Klar et Jefferies, p. 211-212; *Livent*, par. 35, 39 et 55; voir également *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 27 et 40, cités au par. 39 de l’arrêt *Livent*.

proximate relationship and, therefore, of the defendant's duty of care".³²

[79] In this case, both the trial judge³³ and the Court of Appeal³⁴ held that it was reasonably foreseeable that an individual such as J. could suffer physical injury as a consequence of Rankin's negligence in the locking, securing and storing of vehicles. I see no palpable and overriding error in these findings and, therefore, would not interfere with them. And, contrary to the majority's suggestion that this holding will require "anyone that leaves a vehicle unlocked with the keys in it" to reasonably foresee physical injury,³⁵ my conclusion — which I explain below — is merely that there was sufficient evidence, *in this case*, for the trial judge to find that physical injury was a reasonably foreseeable consequence of Rankin's negligence.

[80] The evidence before the trial judge was that Rankin stored more than a dozen vehicles on his property and on the street adjacent thereto. The property was unfenced, and Rankin did not employ video surveillance of any kind. Nonetheless, Rankin *knew* that he had an obligation to properly lock, secure and store his customers' vehicles. Indeed, he maintained at trial that he *had*, in fact, satisfied that obligation. He testified that the vehicles were locked whenever they were not being worked on or accessed, and that the keys to each vehicle were stored in a safe inside the garage. He said that at the end of each day, he manually checked each vehicle to ensure that it was locked. Most specifically, he said that before leaving the garage on the day on which J. was injured, he

noté dans l'arrêt *Livent* : « [t]oute décision de la part du demandeur de se fier à l'engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur — à savoir, qui est étrangère à l'objet de la déclaration ou du service qu'il s'est engagé à fournir — excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l'obligation de diligence qui incombe au défendeur »³².

[79] Dans le cas qui nous occupe, tant la juge du procès³³ que la Cour d'appel³⁴ ont estimé qu'il était raisonnablement prévisible qu'une personne comme J. subisse des lésions corporelles par suite de la négligence dont Rankin a fait preuve dans la façon dont il a verrouillé, sécurisé et entreposé les véhicules. Je ne décèle aucune erreur manifeste et dominante dans ces conclusions et je refuserais donc d'intervenir pour les modifier. En outre, contrairement à la suggestion des juges majoritaires selon laquelle cette conclusion exigera que « quiconque laisse un véhicule déverrouillé avec les clés à l'intérieur » prévoie raisonnablement que survienne une lésion corporelle³⁵, ma conclusion — que j'explique plus loin — se limite à dire qu'il y a une preuve suffisante, *en l'espèce*, pour que la juge du procès ait conclu qu'il était raisonnablement prévisible que surviennent des lésions corporelles en raison de la négligence de Rankin.

[80] Suivant la preuve présentée à la juge du procès, Rankin entreposait plus d'une douzaine de véhicules sur son terrain et dans la rue voisine. La propriété n'était pas clôturée et Rankin n'utilisait aucun type de vidéosurveillance. Il *savait* néanmoins qu'il avait l'obligation de bien verrouiller, sécuriser et entreposer les véhicules de ses clients. Il a en effet maintenu au procès qu'il *avait* dans les faits satisfait à cette obligation. Il a affirmé durant son témoignage que les véhicules étaient verrouillés chaque fois qu'on n'avait pas à les réparer ou à y pénétrer. Il a ajouté que les clés de chaque véhicule étaient rangées dans un coffre-fort à l'intérieur du garage. Il a expliqué que, à la fin de chaque journée, il vérifiait manuellement chaque véhicule pour s'assurer

³² At para. 31.

³³ Ontario Superior Court of Justice, September 25, 2014.

³⁴ 2016 ONCA 718, 403 D.L.R. (4th) 408.

³⁵ At para. 34.

³² par. 31.

³³ Cour supérieure de justice de l'Ontario, 25 septembre 2014.

³⁴ 2016 ONCA 718, 403 D.L.R. (4th) 408.

³⁵ par. 34.

checked to ensure that the Camry, which was ultimately stolen by C. and J., was locked. And at trial, he confirmed that it was. All this, he acknowledged, was because he wanted to keep his customers' vehicles safe from theft and avoid injuries that could be suffered by anyone who stole a vehicle.

[81] Of course, Rankin's testimony regarding his diligent security practices was rejected by the jury in the face of its inconsistency with the evidence of at least six other witnesses. Specifically, the jury found that, on the night in question, the Camry was left unlocked with the keys inside. That said, the lengths to which Rankin testified (albeit mendaciously) about the precautions he took to store the vehicles properly and to secure the keys for which he was responsible, provide ample support for the conclusion that a reasonable person in Rankin's circumstances should have foreseen the risk of injury resulting from the negligent storage of vehicles.³⁶ Indeed, while the majority sees Rankin's testimony as revealing only that he foresaw the risk of *theft*,³⁷ his evidence was clear he also foresaw the risk of *injury*. The conclusion that physical injury was a reasonably foreseeable result of theft is reinforced by the testimony of two additional witnesses that vehicle theft was known to be a common occurrence in Paisley.

[82] It follows from the foregoing that I disagree with the majority's holding that the trial judge had inadequate evidence before her to conclude that physical injury to J. was a reasonably foreseeable consequence of Rankin's negligence. While the majority concedes that the risk of *theft* was reasonably foreseeable, it would find that the risk of *injury* was not, because there was no "circumstance or evidence . . . that the stolen vehicle could be operated

qu'il était verrouillé. Plus précisément, il a affirmé que, avant de quitter le garage le jour où J. avait été blessé, il s'était assuré que la Camry que C. et J. avaient par la suite volée était verrouillée. Au procès, il a en outre confirmé que cette voiture était bel et bien verrouillée. Il a reconnu qu'il prenait toutes ces mesures parce qu'il voulait protéger les véhicules de ses clients contre le vol et éviter toute blessure que pourrait subir quiconque volerait un véhicule.

[81] Bien entendu, le témoignage de Rankin concernant la diligence dont il aurait fait preuve en prenant les mesures de sécurité en question a été rejeté par le jury à la lumière de son incohérence avec les déclarations d'au moins six autres témoins. Plus précisément, le jury a conclu que, la nuit en question, la Camry avait été laissée déverrouillée avec les clés à l'intérieur. Cela étant, la peine que Rankin s'est donnée pour expliquer — bien que fallacieusement — les précautions qu'il avait prises pour bien entreposer les véhicules et sécuriser les clés dont il était responsable justifie amplement la conclusion selon laquelle une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que lui aurait dû prévoir le risque de blessures pouvant découler d'un entreposage négligent des véhicules³⁶. En effet, là où les juges majoritaires comprennent du témoignage de Rankin qu'il n'était conscient que du risque de *vol*³⁷, il ressort clairement de ses propos qu'il avait également prévu le risque de *lésions corporelles*. La conclusion suivant laquelle les lésions corporelles étaient un résultat raisonnablement prévisible du vol est étayée par les propos de deux autres témoins, qui ont affirmé qu'il était bien connu que les vols de véhicule étaient fréquents à Paisley.

[82] Vu ce qui précède, je ne partage pas l'opinion de mes collègues suivant laquelle la juge du procès ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que les lésions corporelles subies par J. étaient une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Rankin. Bien qu'ils admettent que le risque de *vol* était raisonnablement prévisible, les juges majoritaires concluraient que le risque de *lésions corporelles* ne l'était pas, parce

³⁶ *Fallowka*, at para. 22.

³⁷ At para. 34.

³⁶ *Fallowka*, par. 22.

³⁷ par. 34.

unsafely”.³⁸ One such “circumstance” relied upon the courts below would have been the reasonably foreseeable risk of theft by minors. This is because, as the majority implicitly acknowledges, minors “could well be inexperienced or reckless drivers”.³⁹ The majority finds, however, that the trial judge erred in relying upon that risk in this case because “the risk of theft in general does not automatically include the risk of theft by minors”.⁴⁰ In other words, the majority would have required *additional* evidence that theft would have occurred at the hands of *a minor* in order to find, as the trial judge did, that physical injury to J. was foreseeable.⁴¹

[83] I observe preliminarily, and with respect, that even were J. required to show that theft *by a minor* must have been reasonably foreseen in order to support the trial judge’s finding, J. has satisfied that burden here. No authority is cited in support of the majority’s pronouncement that “the risk of theft in general does not automatically include the risk of theft by minors”. Indeed, there is likely no such authority, and the majority’s own reasons explain why. As those reasons say of minors, they can be “reckless”. This very characteristic tends to affirm, rather than negate, the obvious fact that minors are no less likely to steal a car than any other individual. Seen in that light, there is a certain unreality to the majority’s reasoning that Rankin should have foreseen *theft*, but could not reasonably have foreseen *theft by a minor*. All this is aside from the fact that, in drawing this curious distinction, the majority overturns the trial judge’s finding of fact without legal justification for doing so.

³⁸ At para. 41.

³⁹ At para. 42.

⁴⁰ At para. 45 (emphasis added).

⁴¹ At paras. 46-50.

qu’il manquait « une circonstance ou un élément de preuve [. . .] portant à croire [. . .] que le véhicule volé pourrait être conduit de façon dangereuse »³⁸. L’une des « circonstances » de cette nature sur lesquelles se seraient appuyées les juridictions inférieures est le risque raisonnablement prévisible de vol par des mineurs. Il en est ainsi puisque, comme le reconnaissent implicitement les juges majoritaires, les mineurs « pourraient bien s’avérer être des conducteurs inexpérimentés et insoucians »³⁹. Toutefois, les juges majoritaires concluent que la juge du procès a commis une erreur en s’appuyant sur ce risque en l’espèce puisque « le risque de vol en général n’inclut pas automatiquement le risque de vol par des mineurs »⁴⁰. Autrement dit, les juges de la majorité auraient exigé la présentation d’éléments de preuve *additionnels* portant précisément sur le vol par *un mineur* afin de conclure, comme la juge du procès, que les lésions corporelles infligées à J. étaient prévisibles⁴¹.

[83] Tout d’abord, soit dit en tout respect, je note que même si J. était tenu de démontrer que le vol *par un mineur* était raisonnablement prévisible afin d’étayer la conclusion de la juge du procès, J. s’est acquitté de ce fardeau en l’espèce. Aucune jurisprudence et aucun texte de doctrine n’est cité à l’appui de l’affirmation des juges majoritaires selon laquelle « le risque de vol en général n’inclut pas automatiquement le risque de vol par des mineurs ». En effet, il n’existe sans doute aucun jugement ou texte à cet effet et les motifs mêmes des juges majoritaires expliquent pourquoi. Comme ces motifs le précisent, les mineurs peuvent être « imprudents ». Or, cette caractéristique même tend à confirmer, plutôt qu’à nier, le fait évident que les mineurs ne sont pas moins susceptibles que qui que ce soit d’autre de voler une voiture. Ainsi, le raisonnement de mes collègues majoritaires est donc en quelque sorte irréaliste lorsqu’ils affirment que Rankin aurait dû prévoir le *vol*, mais n’aurait pas pu raisonnablement prévoir le *vol par un mineur*. Cela dit, outre ce qui précède, en établissant cette curieuse distinction, les juges majoritaires infirment la conclusion de fait de la juge du procès, et ce, sans justification juridique.

³⁸ par. 41.

³⁹ par. 42.

⁴⁰ par. 45 (je souligne).

⁴¹ par. 46-50.

[84] In any event, however, I agree with the majority that J. was not required to show that the “characteristics of the particular thief who stole the vehicle or the way in which the injury occurred”⁴² were foreseeable in order to establish a duty of care. While the trial judge relied upon the foreseeability of theft *by a minor* to impose a duty of care, such duties are not conditioned upon the reasonable foreseeability of *the particular circumstances* which gave rise to the plaintiff’s actual injury (a matter which is properly considered at the remoteness or legal causation stage).⁴³ Imposition of a duty of care, rather, was conditioned in this case *only* upon J. showing that physical injury to him was reasonably foreseeable *under any circumstances* flowing from Rankin’s negligence. And, as I have explained above, it was open on the basis of Rankin’s own testimony to conclude that his negligence in leaving unattended vehicles unlocked with keys inside overnight could have led to reasonably foreseeable physical injury. This evidence is sufficient to support the trial judge’s conclusion that physical injury to J. was a reasonably foreseeable consequence of Rankin’s negligence.

III. Conclusion

[85] The trial judge’s finding of reasonably foreseeable physical injury is sufficient to bring the circumstances of this case within a category of relationships which has already been found to support a duty of care. As a matter of law, proximity is thereby established, and it is unnecessary to proceed to the second stage of the *Anns/Cooper* framework.⁴⁴ Given that the parties argued the issue to be decided in this appeal, and in the courts below, as one of duty of care and not of remoteness, a finding on duty of care

⁴² At para. 41.

⁴³ *Livent*, at para. 78; see also Klar and Jefferies, at p. 565; Osborne, at p. 98; *Clerk & Lindsell*, at para. 8-10.

⁴⁴ *Cooper*, at para. 36; see also *Childs*, at para. 31.

[84] Quoi qu’il en soit, je conviens avec les juges majoritaires que J., pour établir l’existence d’une obligation de diligence, n’avait pas à démontrer que les « caractéristiques de la personne qui a véritablement volé le véhicule ou [. . .] la façon dont les blessures ont été subies »⁴² étaient prévisibles. S’il est vrai que la juge du procès a fondé sa décision d’imposer une obligation de diligence sur la prévisibilité du vol *par un mineur*, une telle obligation n’est pas subordonnée à la prévisibilité raisonnable *des circonstances particulières* qui sont à l’origine des lésions que le demandeur a effectivement subies (cette question étant dûment examinée à l’étape de l’analyse de la causalité ou du principe d’éloignement)⁴³. L’imposition d’une obligation de diligence en l’espèce était plutôt subordonnée *uniquement* à la démonstration par J. qu’il était raisonnablement prévisible qu’il subisse des lésions corporelles en raison de la négligence de Rankin, *indépendamment des circonstances*. Et, comme je l’ai indiqué précédemment, la juge du procès pouvait conclure, sur la base du témoignage de Rankin lui-même, que la négligence dont ce dernier a fait preuve — à savoir qu’il a laissé des véhicules déverrouillés avec les clés à l’intérieur sans surveillance pendant la nuit — aurait pu mener à des lésions corporelles raisonnablement prévisibles. Ce témoignage suffit à appuyer la conclusion de la juge du procès selon laquelle les lésions corporelles subies par J. constituaient une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Rankin.

III. Dispositif

[85] La conclusion de la juge de première instance selon laquelle les lésions corporelles étaient raisonnablement prévisibles suffit à classer les faits de la présente affaire dans une catégorie de relations dont il a déjà été jugé qu’elles permettaient de conclure à l’existence d’une obligation de diligence. En droit, le lien de proximité est par le fait même établi et il n’est pas nécessaire de passer à la seconde étape du test *Anns/Cooper*⁴⁴. Comme les parties ont convenu que la question à trancher dans le présent pourvoi

⁴² par. 41.

⁴³ *Livent*, par. 78; voir également Klar et Jefferies, p. 565; Osborne, p. 98; *Clerk & Lindsell*, par. 8-10.

⁴⁴ *Cooper*, par. 36; voir également, *Childs*, par. 31.

is dispositive. I would therefore dismiss the appeal with costs in this Court to the respondents J. by his litigation guardian, J.A.J., J.A.J. and A.J.

Appeal allowed with costs, GASCON and BROWN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Benson Percival Brown, Toronto; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitors for the respondents J.J. by his Litigation Guardian, J.A.J., J.A.J. and A.J.: Lerner, London, Ontario.

Solicitors for the respondent C.C.: Brown Beattie O'Donovan, London, Ontario; Ministry of the Attorney General, Civil Law Division, FSCO Branch, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association: MacKenzie Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener Justice for Children and Youth: McCarthy Tétrault, Toronto; Justice for Children and Youth, Toronto.

et devant les juridictions inférieures avait trait à l'obligation de diligence, et non pas au principe de l'éloignement du préjudice, toute conclusion sur l'obligation de diligence tranche le débat. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens devant la Cour pour les intimés J., représenté par son tuteur à l'instance, J.A.J., J.A.J. et A.J.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GASCON et BROWN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant : Benson Percival Brown, Toronto; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs des intimés J.J., représenté par son tuteur à l'instance, J.A.J., J.A.J. et A.J. : Lerner, London, Ontario.

Procureurs de l'intimé C.C. : Brown Beattie O'Donovan, London, Ontario; Ministry of the Attorney General, Civil Law Division, FSCO Branch, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : MacKenzie Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Justice for Children and Youth : McCarthy Tétrault, Toronto; Justice for Children and Youth, Toronto.

