

**Minister of Human Resources  
Development** *Appellant*

v.

**Betty Hodge** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Attorney  
General of Manitoba, Attorney General  
of British Columbia and Canadian AIDS  
Society** *Interveners*

**INDEXED AS: HODGE v. CANADA (MINISTER OF  
HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT)**

**Neutral citation: 2004 SCC 65.**

File No.: 29351.

2004: March 18; 2004: October 28.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci,\* Major,  
Bastarache, Binnie, Arbour,\* LeBel, Deschamps and  
Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Marital status — Canada Pension Plan — Survivor's pension — Definition of "spouse" — Appropriate comparator group — Plan providing for survivor's benefit to be paid to common law spouse if cohabiting with contributor spouse at date of contributor's death and for one year prior to that date — No similar cohabitation restriction for married spouses — Whether correct comparator group "separated married spouses" or "divorced spouses" — Whether definition of "spouse" in Plan infringing right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 2(1) "spouse".*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Comparator groups — Criteria for identifying appropriate comparator group.*

\* Iacobucci and Arbour JJ. took no part in the judgment.

**Ministre du Développement des ressources  
humaines** *Appelant*

c.

**Betty Hodge** *Intimée*

et

**Procureur général du Québec, procureur  
général du Manitoba, procureur général de la  
Colombie-Britannique et Société canadienne  
du sida** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HODGE c. CANADA (MINISTRE DU  
DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES)**

**Référence neutre : 2004 CSC 65.**

N° du greffe : 29351.

2004 : 18 mars; 2004 : 28 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Iacobucci\*, Major, Bastarache, Binnie, Arbour\*, LeBel,  
Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — État matrimonial — Régime de pensions du Canada — Pension de survivant — Définition de « conjoint » — Groupe de comparaison approprié — Régime prévoyant le versement d'une pension de survivant au conjoint de fait qui cohabitait avec le cotisant au moment du décès de celui-ci et ce, depuis au moins un an — Aucune exigence de cohabitation similaire pour les conjoints mariés — Le groupe de comparaison approprié est-il celui des « conjoints mariés qui se sont séparés » ou celui des « conjoints divorcés »? — La définition de « conjoint » dans le Régime porte-t-elle atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint ».*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Groupes de comparaison — Critères d'établissement du groupe de comparaison approprié.*

\* Les juges Iacobucci et Arbour n'ont pas pris part au jugement.

The respondent claimant seeks a survivor's pension under the *Canada Pension Plan* ("CPP"). She lived in a common law relationship with the deceased, a CPP contributor, between 1972 and February 1993, at which point, because of alleged verbal and physical abuse, she left. After a brief reconciliation failed, she ended the relationship in February 1994 finally and permanently. The contributor died five months later. The respondent's application for a survivor's pension under the CPP was denied because, at the time of the contributor's death, she was no longer a spouse. The definition of "spouse" in s. 2(1)(a)(ii) of the CPP requires a common law spouse, but not a married spouse, to have cohabited with the contributor at the date of death and for one year prior to that date. The respondent successfully appealed the denial of her application to a CPP Review Tribunal. The Tribunal held that the definition of "spouse" in s. 2(1)(a)(ii) breached the equality provisions in s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. On appeal by the Minister, the Pension Appeals Board set aside the Tribunal's decision. The Federal Court of Appeal allowed the respondent's application for judicial review, restored the Tribunal's decision, and declared the definition of "spouse" in s. 2(1)(a)(ii) to be of no force or effect insofar as it requires a non-married spouse to be cohabiting with the contributor at the time of the contributor's death to be eligible for a survivor's benefit.

*Held:* The appeal should be allowed. The respondent is not entitled to a survivor's pension.

At the time of the contributor's death, the respondent was not a separated common law spouse but a former common law spouse. Former spouses, whether married or common law, do not qualify for a survivor's pension under the relevant provisions of the CPP. Since former married spouses and former common law spouses are treated the same, there is no distinction based on marital status, and thus no discrimination.

The Federal Court of Appeal erred in concluding that a court is required to "adopt the comparator group chosen by the applicant unless it can be shown that there is a paucity of evidence or a failure to plead that comparator". While it is up to the claimant to make an initial choice of the person, group or groups with whom he or she wishes to be compared, the correctness of that choice is a matter of law for the court to determine. The appropriate comparator group in this case is "divorced spouses", not "separated married spouses" as suggested by the respondent.

L'intimée cherche à obtenir une pension de survivant en vertu du *Régime de pensions du Canada* (« RPC »). Elle avait vécu en union de fait avec le défunt, un cotisant au RPC, entre 1972 et février 1993. Puis, elle est partie à cause de la violence verbale et de la violence physique dont elle dit avoir été victime. Après l'échec d'une brève réconciliation, elle a mis fin à leur relation en février 1994 de façon définitive et permanente. Le cotisant décède cinq mois plus tard. La demande de pension de survivant présentée par l'intimée en vertu du RPC a été rejetée parce que, au moment du décès du cotisant, l'intimée n'avait plus qualité de conjoint. La définition de « conjoint » au sous-al. 2(1)a(ii) du RPC exige que le conjoint de fait, mais non le conjoint marié, vive avec le cotisant avant le décès et ce, depuis au moins un an. L'intimée a interjeté appel, auprès d'un tribunal de révision RPC, de la décision de rejeter sa demande et a obtenu gain de cause. Celui-ci a statué que la définition de « conjoint » au sous-al. 2(1)a(ii) va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Sur appel interjeté par le ministre, la Commission d'appel des pensions a annulé la décision du tribunal de révision RPC. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée, a rétabli la décision du tribunal et a déclaré inopérante la définition de « conjoint » au sous-al. 2(1)a(ii) dans la mesure où elle exige que le conjoint non marié vive avec le cotisant au moment du décès de ce dernier pour être admissible à une pension de survivant.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. L'intimée n'a pas droit à une pension de survivant.

Au moment du décès du cotisant, l'intimée n'était pas un conjoint de fait séparé, mais un ancien conjoint de fait. Les anciens conjoints, mariés ou de fait, ne sont pas admissibles à une pension de survivant en vertu des dispositions pertinentes du RPC. Étant donné que les anciens conjoints mariés et les anciens conjoints de fait sont traités de la même manière, il n'existe aucune distinction fondée sur l'état matrimonial, et donc aucune discrimination.

La Cour d'appel fédérale a fait erreur en concluant qu'un tribunal doit « adopte[r] le groupe de comparaison choisi par le demandeur, à moins que la rareté des éléments de preuve ou le défaut d'invoquer cet élément de comparaison ne puisse être démontré ». Bien qu'il soit loisible au demandeur de procéder à un premier choix de la personne, du groupe ou des groupes avec lesquels il désire être comparé, la justesse de ce choix est une question de droit qu'il appartient à la cour de trancher. Le groupe de comparaison approprié en l'espèce est celui des « conjoints divorcés » et non celui des « conjoints mariés qui se sont séparés » comme l'a proposé l'intimée.

Cohabitation is a constituent element of a common law relationship. This is to be contrasted with the situation of married spouses, whose legal relationship continues to exist and who still have legal obligations to each other despite a separation, and despite any subjective intention on their part to put a *de facto* end to the marriage. Beginning in February 1994, there was both physical separation and an intention on the respondent's part to make it permanent. The purpose of the survivor's pension is to deal with the financial dependency of a couple who at the date of death are in a relationship with mutual legal rights and obligations. Subject to whatever provision may be made in a statute, a common law relationship ends when either party regards it as being at an end and, by his or her conduct, has demonstrated in a convincing manner that this particular state of mind is a settled one. The respondent may have had a measure of financial dependence at the date of death of her former common law partner but she no longer had any legal relationship. While the legislature may extend the responsibility of common law spouses beyond the point where the relationship would end at common law to deal with matters such as economic dependence, Parliament has not done so in the CPP. On the contrary, the CPP defines the requisite common law relationship in terms of cohabitation. In the absence of any demonstration that this definition itself runs afoul of s. 15(1) of the *Charter*, it must be applied.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34; *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429; *Arsenault v. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117; *Tanouye v. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196.

La cohabitation est un élément essentiel de l'union de fait. Il faut distinguer cette situation de celle des conjoints mariés, dont le rapport juridique continue d'exister et qui ont encore des obligations juridiques l'un envers l'autre malgré la séparation et malgré toute intention subjective de leur part de mettre un terme *de facto* à leur mariage. À compter de février 1994, on a pu observer une séparation physique ainsi qu'une intention de la part de l'intimée de rendre cette séparation permanente. La pension de survivant a pour objet de remédier à la dépendance financière de personnes qui, au moment du décès, entretiennent une relation comportant des droits et obligations juridiques mutuels. Sous réserve de toute disposition contenue dans une loi, l'union de fait prend fin lorsque l'une ou l'autre des parties la considère comme terminée et affiche un comportement qui démontre, de manière convaincante, que cet état d'esprit particulier a un caractère définitif. L'intimée était peut-être dans un certain état de dépendance financière au moment du décès de son ancien conjoint de fait, mais elle n'entretenait plus aucun rapport juridique. Le législateur pourrait, pour régler des questions comme la dépendance économique, prolonger la responsabilité des conjoints de fait au-delà du moment où, en common law, la relation prendrait fin, mais il ne l'a pas fait dans le RPC. Au contraire, le RPC définit l'union de fait requise comme étant la cohabitation. En l'absence d'éléments de preuve établissant que cette définition elle-même va à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*, elle doit s'appliquer.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1979], 24 O.R. (2d) 429; *Arsenault c. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117; *Tanouye c. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196.

**Statutes and Regulations Cited**

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 2(1) “spouse” [ad. c. 30 (2nd Supp.), s. 1(3)], 44(1)(d).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1).  
*Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12, s. 42(1).

**Authors Cited**

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto: Irwin Law, 1999.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2003] 1 F.C. 271, 214 D.L.R. (4th) 632, 291 N.R. 78, 96 C.R.R. (2d) 232, [2002] F.C.J. No. 900 (QL), 2002 FCA 243, reversing a decision of the Pension Appeals Board. Appeal allowed.

*Brian J. Saunders* and *Christopher Rupar*, for the appellant.

*Chantal Tie* and *Ian M. Aitken*, for the respondent.

Written submissions only by *Hugo Jean*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Holly D. Penner*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Leah Greathead*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *R. Douglas Elliott*, *Patricia A. LeFebour* and *Megan B. McPhee*, for the intervener the Canadian AIDS Society.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> BINNIE J. — A person asking for equal treatment necessarily does so by reference to other people with whom he or she can legitimately invite comparison. Claims of discrimination under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can only be evaluated “by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises”: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 164. A s. 15(1) claim will likely fail unless it can be demonstrated

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1).  
*Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, art. 42(1).  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint » [aj. ch. 30 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 1(3); abr. & rempl. ch. 1 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 45, ann. III, art. 4], 44(1)d.

**Doctrine citée**

Fodden, Simon R. *Family Law*. Toronto : Irwin Law, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2003] 1 C.F. 271, 214 D.L.R. (4th) 632, 291 N.R. 78, 96 C.R.R. (2d) 232, [2002] A.C.F. n<sup>o</sup> 900 (QL), 2002 CAF 243, qui a infirmé une décision de la Commission d'appel des pensions. Pourvoi accueilli.

*Brian J. Saunders* et *Christopher Rupar*, pour l'appelant.

*Chantal Tie* et *Ian M. Aitken*, pour l'intimée.

Argumentation écrite seulement par *Hugo Jean*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Holly D. Penner*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Leah Greathead*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *R. Douglas Elliott*, *Patricia A. LeFebour* et *Megan B. McPhee*, pour l'intervenante la Société canadienne du sida.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — La personne qui demande à bénéficier d'un traitement égal doit le faire en prenant comme référence d'autres personnes avec qui elle peut légitimement être comparée. La pertinence d'une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne peut être examinée que « par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée » : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S.

that the comparison, thus invited, is to a “comparator group” with whom the claimant shares the characteristics relevant to qualification for the benefit or burden in question apart from the personal characteristic that is said to be the ground of the wrongful discrimination.

In this case, the respondent claimant seeks a survivor’s pension under the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“CPP”), by reason of the death of a man (a CPP contributor) with whom she formerly had a common law spousal relationship. She identifies herself as belonging to the class of “separated *common law* spouses”, who as a group are denied survivor’s pensions, and she invites comparison with the class of “separated *married* spouses”, who receive pensions. She says the denial of her pension is discrimination based on marital status. The preliminary question, however, is whether, having herself terminated the common law relationship some months before her former partner’s death, she is any longer a “spouse” at all. If she is not a “spouse” in any legal sense of the term, even using an extended “common law” definition, her invited comparison with “separated married spouses” cannot be accepted. A *former* married spouse is not entitled to a CPP pension either. Accordingly, unless the respondent can show some continuing spousal status (despite her act of termination prior to her partner’s death), her claim must fail on the basis that she does not meet the criteria for the survivor’s pension given to *wives* under the CPP. She does not contend that spousal pensions, as such, are discriminatory.

In my view, for reasons to be discussed, the Federal Court of Appeal erred in accepting the comparison invited by the respondent. The proper comparator for a “former common law spouse” is a “former married spouse”. As stated, former spouses, whether married or “common law”, do not qualify under the relevant provisions for a survivor’s

143, p. 164. Une allégation fondée sur le par. 15(1) sera vraisemblablement rejetée s’il ne peut être démontré que la comparaison recherchée est faite avec un « groupe de comparaison » dont le demandeur partage les caractéristiques pertinentes — sauf la caractéristique personnelle invoquée comme motif de discrimination illicite — pour ce qui est de l’admissibilité à l’avantage ou de l’imposition de l’obligation en question.

En l’espèce, la demanderesse intimée cherche à obtenir une pension de survivant en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« RPC »), par suite du décès d’un homme (un cotisant au RPC) avec qui elle avait autrefois vécu en union de fait. Elle se dit appartenir à la catégorie des « conjoints *de fait* séparés », groupe qui se voit refuser des pensions de survivant, et demande que ce groupe soit comparé avec celui des « conjoints *mariés* qui se sont séparés », lesquels reçoivent des pensions. Elle fait valoir que le refus de lui verser une pension constitue de la discrimination fondée sur l’état matrimonial. Toutefois, il faut d’abord se demander si, après avoir elle-même mis fin à l’union de fait quelques mois avant le décès de son ancien conjoint, elle a encore la qualité de « conjoint ». Si elle n’est pas un « conjoint » au sens juridique, même au sens d’une définition large en common law, la comparaison avec les « conjoints mariés qui se sont séparés » qu’elle recherche ne peut être acceptée. Un *ancien* conjoint marié n’a pas droit à une pension du RPC non plus. Par conséquent, à moins que l’intimée puisse établir un prolongement de son statut de conjoint (malgré le fait qu’elle y a mis fin avant le décès de son conjoint), sa demande doit être rejetée au motif qu’elle ne remplit pas le critère d’admissibilité à la pension de survivant versée aux *conjoints* en vertu du RPC. Elle ne soutient pas que le versement de cette pension aux conjoints soit, en lui-même, discriminatoire.

Selon moi, pour les motifs exposés plus loin, la Cour d’appel fédérale a fait erreur en acceptant de se livrer à la comparaison proposée par l’intimée. L’élément de comparaison approprié pour un « ancien conjoint de fait » est un « ancien conjoint marié ». Comme je l’ai déjà dit, les anciens conjoints, mariés ou « de fait », ne sont pas admissibles

2

3

pension under the CPP. There is no distinction based on marital status, and thus no discrimination. I would therefore allow the appeal.

#### I. Facts

4 The respondent had lived in a common law relationship with the deceased contributor between 1972 and February 1993, at which point, because of his alleged verbal and physical abuse, she left. A brief reconciliation in early 1994 failed. She agrees that when she left for good in February 1994, she intended to and did end their relationship:

Q. And I further understand that you attempted a reconciliation with Mr. [Bickell] in January 1994.

A. Right.

Q. But then again you left in February '94 again because he was physically and verbally abusive and you feared for your safety?

A. Yes.

Q. And at that time, in February '94, in your mind, was your relationship totally broken down? You were leaving him finally and permanently?

A. Yes. [Emphasis added.]

5 While the abuse certainly contributed to her motive to end the relationship, there is no doubt that it was over.

6 Under the CPP only one survivor's pension is to be paid in respect of a given contributor. The CPP mandates that the pension be paid to the person who is in a spousal relationship with the contributor at the time of the contributor's death. (Thus, the claim of a separated married spouse may be displaced by that of a common law spouse who is cohabiting with the contributor at the time of the latter's death and had been doing so for the prior year.)

7 The deceased died in July 1994. At the time of his death he was bankrupt. The respondent, as well as the deceased, had contributed over the years to the CPP. From 1992 onwards, she was receiving CPP

à une pension de survivant en vertu des dispositions pertinentes du RPC. Il n'existe aucune distinction fondée sur l'état matrimonial, et donc aucune discrimination. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

#### I. Les faits

Entre 1972 et février 1993, l'intimée avait vécu en union de fait avec le cotisant décédé. Puis, elle est partie à cause de sa violence verbale et de sa violence physique dont elle se dit avoir été victime. Une brève tentative de réconciliation au début de 1994 a échoué. Elle convient que, lorsqu'elle est partie pour de bon en février 1994, elle entendait mettre fin à leur relation et que c'est effectivement ce qu'elle a fait :

[TRADUCTION]

Q. Et si je comprends bien, vous avez par ailleurs tenté de vous réconcilier avec M. [Bickell] en janvier 1994?

R. Oui.

Q. Mais vous l'avez de nouveau quitté en février 1994 parce qu'il était violent physiquement et verbalement et que vous craigniez pour votre sécurité?

R. Oui.

Q. Et à cette époque, en février 1994, votre union était-elle totalement rompue? Vous le quittiez de façon définitive et permanente?

R. Oui. [Je souligne.]

Même si la violence a certes contribué à sa décision de mettre fin à la relation, il ne fait aucun doute que celle-ci était terminée.

Selon le RPC, une seule pension de survivant peut être versée à l'égard d'un cotisant donné. Le RPC exige qu'elle soit payée à la personne qui vivait avec le cotisant dans une relation conjugale au moment du décès de celui-ci. (Ainsi, la demande d'un conjoint marié qui s'est séparé du cotisant peut être supplantée par celle d'un conjoint de fait qui vivait avec le cotisant au moment du décès de ce dernier et ce, depuis au moins un an.)

Le cotisant est décédé en juillet 1994. Au moment de son décès, il était en faillite. L'intimée, comme le défunt, avait contribué au fil des ans au RPC. Depuis 1992, elle recevait à titre personnel une pension

disability benefits in her own right. On his death, she immediately applied under the CPP for both a survivor's pension and a division of unadjusted pensionable earnings. (Upon the breakdown of a marriage or common law relationship, the unadjusted pensionable earnings or pension credits accumulated during the period of cohabitation are added together and divided equally between the partners in respect of each year of cohabitation.) The pension application was denied (because she was no longer a spouse), while the application for the division of unadjusted pension earnings was granted (precisely *because* the former spousal relationship had come to an end). As a result of this division (or "credit split"), the respondent's disability and CPP retirement pensions were increased. The respondent appealed the denial of the survivor's pension to a CPP Review Tribunal.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8

### 2. (1) . . .

"spouse", in relation to a contributor, means,

(a) except in or in relation to section 55,

(i) if there is no person described in subparagraph (ii), a person who is married to the contributor at the relevant time, or

(ii) a person of the opposite sex who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year, and

(b) in or in relation to section 55, a person who is married to the contributor at the relevant time,

and, in the case of a contributor's death, the "relevant time", for greater certainty, means the time of the contributor's death.

It should be noted that this definition of "spouse" was repealed effective July 31, 2000 by s. 42(1) of the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12, and the CPP was amended

d'invalidité du RPC. À la mort du cotisant, elle a immédiatement présenté, en vertu du RPC, une demande de pension de survivant et une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension. (Au moment de la rupture du mariage ou de l'union de fait, les gains non ajustés ouvrant droit à pension ou droits à pension accumulés durant la cohabitation sont additionnés et partagés de façon égale entre les conjoints pour chaque année de cohabitation.) La demande de pension a été rejetée (parce que l'intimée n'avait plus qualité de conjoint), alors que la demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension a été accueillie (précisément *parce que* l'union de fait avait pris fin). Par suite de ce partage (ou « partage des crédits »), les pensions d'invalidité et de retraite du RPC de l'intimée se sont trouvées augmentées. L'intimée a interjeté appel, auprès d'un tribunal de révision RPC, de la décision de lui refuser la pension de survivant.

## II. Dispositions législatives pertinentes

*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8

### 2 (1) . . .

« conjoint » À l'égard d'un cotisant, s'entend :

a) sauf à l'article 55, de même qu'en ce qui s'y rattache :

(i) d'une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré, dans les cas d'inexistence d'une personne décrite au sous-alinéa (ii),

(ii) d'une personne du sexe opposé qui, au moment considéré, vit avec le cotisant dans une situation assimilable à une union conjugale et a ainsi vécu avec celui-ci pendant une période continue d'au moins un an;

b) à l'article 55, de même qu'en ce qui s'y rattache, d'une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré.

Il est entendu que, dans les cas de décès d'un cotisant, « moment considéré » s'entend du moment du décès du cotisant.

Il convient de noter que cette définition de « conjoint » a été abrogée par le par. 42(1) de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, l'abrogation

to, amongst other things, delete the reference to a person “of the opposite sex”.

### III. Judicial History

#### A. *CPP Review Tribunal* (January 9, 1997)

10 The Tribunal held that the definition of “spouse” in s. 2(1) breached the equality provisions in s. 15 of the *Charter* because it excluded the respondent on the basis that she had not resided with her common law husband for the 12 months immediately prior to his death. Consequently, the Tribunal declared the offending parts of s. 2(1)(a)(ii) to be of no force or effect and allowed the appeal and awarded the survivor’s pension.

#### B. *Pension Appeals Board (Cameron J.A. and Killeen and Holmes J.J.)* (November 28, 2000)

11 The Board unanimously allowed the Minister’s appeal on the ground that the statutory residence requirement did not violate Ms. Hodge’s rights under s. 15 of the *Charter*. Writing for the majority, Killeen J. concluded that the residence requirement was a reasonable attempt by Parliament to accommodate common law spouses without permitting multiple claims by successive partners. The statutory scheme could not be said to demean the human dignity of persons in the position of the respondent, nor to cast doubt on their individual worth. Concurring in the result, Cameron J.A. held that Ms. Hodge was not entitled to the survivor’s pension because the common law relationship had ended by the time the contributor died.

#### C. *Federal Court of Appeal (Linden, Evans and Malone J.J.A.)* ([2003] 1 F.C. 271, 2002 FCA 243)

12 In unanimously allowing the respondent’s application for judicial review, the Court of Appeal set aside the Pension Appeals Board’s decision and restored the decision of the Tribunal. The court declared the impugned provision of no force or effect in so far as it violated the respondent’s right under

prenant effet le 31 juillet 2000, et que le RPC a été modifié, pour que notamment la mention de personne « du sexe opposé » soit supprimée.

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *Tribunal de révision RPC* (9 janvier 1997)

Le tribunal de révision RPC a statué que la définition de « conjoint » au par. 2(1) va à l’encontre de l’art. 15 de la *Charte* garantissant les droits à l’égalité, parce qu’elle a pour effet d’exclure l’intimée au motif qu’elle n’habitait pas avec son conjoint de fait pendant les 12 mois précédant le décès de celui-ci. Il a donc déclaré inopérants les extraits fautifs du sous-al. 2(1)a)(ii), a fait droit à l’appel et a accordé la pension de survivant.

#### B. *Commission d’appel des pensions (les juges Cameron, Killeen et Holmes)* (28 novembre 2000)

La commission, jugeant que l’exigence de cohabitation prévue par la loi ne portait pas atteinte aux droits de M<sup>me</sup> Hodge garantis par l’art. 15 de la *Charte*, a accueilli à l’unanimité l’appel du ministre. Au nom de la majorité, le juge Killeen a conclu que l’exigence de cohabitation constituait, de la part du législateur, une tentative raisonnable de répondre aux besoins des conjoints de fait sans ouvrir la porte aux demandes multiples provenant de conjoints successifs. On ne pouvait pas soutenir que le régime législatif bafouait la dignité humaine des personnes se trouvant dans la même situation que l’intimée, ni qu’il mettait en doute leur valeur individuelle. Souscrivant au résultat, le juge Cameron a conclu que M<sup>me</sup> Hodge n’avait pas droit à la pension de survivant car la relation de fait avait déjà pris fin au moment du décès du cotisant.

#### C. *Cour d’appel fédérale (les juges Linden, Evans et Malone)* ([2003] 1 C.F. 271, 2002 CAF 243)

Faisant droit, à l’unanimité, à la demande de contrôle judiciaire de l’intimée, la Cour d’appel a annulé la décision de la Commission d’appel des pensions et a rétabli la décision du tribunal de révision RPC. Elle a déclaré inopérante la disposition contestée dans la mesure où elle violait le droit garanti à

s. 15(1) of the *Charter* to be free from discrimination on the ground of marital status. She was entitled to the survivor's benefit that she would have received if she had been married to the contributor. The court went on to make a general declaration of invalidity, which declaration was suspended for a period of 12 months.

The court agreed with the respondent that the correct comparator group was that of married spouses living apart at the time of the contributor's death, rather than former married spouses whose marriages had ended by divorce.

#### IV. Constitutional Questions

On July 4, 2003, Gonthier J. stated the following constitutional questions:

1. Does the definition of "spouse" in s. 2(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### V. Analysis

The prevalence of common law relationships is part of our social reality, as the Court noted almost a decade ago in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, *per* McLachlin J., as she then was, at para. 155:

Of late, legislators and jurists throughout our country have recognized that distinguishing between cohabiting couples on the basis of whether they are legally married or not fails to accord with current social values or realities.

The process of modernizing the statute books to reflect that social reality is well advanced. Nevertheless, the legislature is still free to target social programs to those who, as a matter of public policy, it wishes to benefit, provided such targeting is not done in a discriminatory manner: *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28, at para. 61; *Nova*

l'intimée par le par. 15(1) de la *Charte* de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur l'état matrimonial. L'intimée avait droit à la pension de survivant qu'elle aurait reçue si elle avait épousé le cotisant. La cour a ensuite fait une déclaration générale d'invalidité, dont l'application a été suspendue pour 12 mois.

La cour convient avec l'intimée que le groupe de comparaison approprié est celui constitué des conjoints mariés vivant séparément au moment du décès du cotisant, plutôt que celui des anciens conjoints mariés dont le mariage s'était soldé par un divorce.

#### IV. Questions constitutionnelles

Le 4 juillet 2003, le juge Gonthier a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. La définition de « conjoint » au par. 2(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### V. Analyse

Comme l'a fait observer la Cour il y a presque 10 ans dans *Miron v. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), par. 155, la popularité de l'union de fait est devenue une réalité sociale :

Dernièrement, les législateurs et les juristes dans l'ensemble du pays ont reconnu que c'est ignorer les valeurs ou les réalités sociales de l'heure que d'établir entre les couples qui cohabitent une distinction fondée sur le fait qu'ils sont légalement mariés ou non.

Le processus de modernisation des recueils de lois de manière à ce qu'ils reflètent cette réalité sociale est bien avancé. Cependant, le législateur demeure toujours libre, dans la mesure où cela n'est pas fait de façon discriminatoire, de viser dans un programme social des personnes qu'il désire avantager pour des raisons d'intérêt public : *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de*

13

14

15

16

*Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, 2002 SCC 83, at para. 55.

17

The identification and function of the “comparator group” in applying s. 15(1) of the *Charter* was encapsulated by Iacobucci J. in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37, at para. 62, as follows:

... there are three basic stages to establishing a breach of s. 15. Briefly, the Court must find (i) differential treatment, (ii) on the basis of an enumerated or analogous ground, (iii) which conflicts with the purpose of s. 15(1) and, thus, amounts to substantive discrimination. Each of these inquiries proceeds on the basis of a comparison with another relevant group or groups, and locating the relevant comparison groups requires an examination of the subject-matter of the law, program or activity and its effects, as well as a full appreciation of the context. [Emphasis added.]

It is worth repeating that the selection of the comparator group is not a threshold issue that, once decided, can be put aside. On the contrary, each step in the s. 15(1) analysis proceeds “on the basis of a comparison”. Indeed in many of the decided cases, the characteristics of the “comparator group” are only developed as the analysis proceeds, especially when considering the “contextual factors” relevant at the third stage, i.e., whether discrimination, as opposed to just a “distinction”, has been established. Thus, in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the basis of the differential treatment (age) was identified at the outset (para. 1), but the discussion of age in the context of a survivor’s pension was greatly expanded and refined as the analysis proceeded (see, e.g., paras. 101 *et seq.*). In *Walsh*, too, the characteristics of marriage as a basis for the distinction drawn in the Nova Scotia *Matrimonial Property Act* were only developed at the third stage (e.g., at para. 43). In *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, the principal discussion of the comparator group took place not at the outset but at the point where members of the Court considered whether age-based distinction amongst welfare recipients amounted to discrimination. (See the reasons of

*l’Immigration*), [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 55.

Dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, par. 62, le juge Iacobucci résume ainsi l’établissement et le rôle du « groupe de comparaison » dans le cadre de l’application du par. 15(1) de la *Charte* :

... trois étapes fondamentales doivent être suivies pour déterminer s’il y a eu violation de l’art. 15. En résumé, le tribunal doit conclure (i) à l’existence d’une différence de traitement, (ii) fondée sur un motif énuméré ou analogue, (iii) qui contrevient à l’objet du par. 15(1) et, de ce fait, constitue de la discrimination réelle. À chacune de ces étapes, il y a comparaison avec un ou plusieurs autres groupes pertinents. Pour trouver les groupes de comparaison appropriés, il faut examiner l’objet et les effets des dispositions législatives, du programme ou de l’activité, en plus de tenir compte du contexte dans son ensemble. [Je souligne.]

Il convient de rappeler que le choix du groupe de comparaison ne constitue pas une question préliminaire qui, une fois tranchée, peut être écartée. Au contraire, à chaque étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1), « il y a comparaison ». D’ailleurs, dans plusieurs décisions, les caractéristiques du « groupe de comparaison » ne sont définies qu’en cours d’analyse, surtout à la troisième étape, lorsque vient le temps d’examiner les « facteurs contextuels » pertinents, c’est-à-dire de déterminer si la discrimination, par opposition à une simple « distinction », a été établie. Ainsi, dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le fondement de la différence de traitement (l’âge) a été établi dès le début (par. 1), mais l’examen du critère de l’âge dans le contexte d’une pension de survivant a été grandement élargi et approfondi en cours d’analyse (p. ex., par. 101 *et suiv.*). Dans *Walsh* également, les caractéristiques du mariage comme fondement de la distinction faite dans la *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle-Écosse n’ont été définies qu’à la troisième étape (p. ex., par. 43). Dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, la partie la plus importante de l’analyse relative au groupe de comparaison, plutôt que d’être effectuée au début, l’a été au moment où les juges de la Cour ont

McLachlin C.J., at paras. 39-42, and Bastarache J., at paras. 235-38.)

As is evident, a misidentification of the proper comparator group at the outset can doom the outcome of the whole s. 15(1) analysis. In fact, the seemingly straightforward selection of a comparator group has proven to be the Achilles' heel in a variety of recent cases, including *Granovsky, supra, Lovelace, supra*, and *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54. In other cases, the selection has sparked a good deal of judicial debate, as in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, and *Gosselin, supra*. The correctness of the "comparator group" contended for by a claimant has thus been an important battleground in much of the s. 15(1) jurisprudence and, in my view, this issue is also at the forefront of the present appeal.

In this case, we are dealing with an equality rights claim for access to benefits under a legislative program, and with respect to the appropriate "comparator group", a number of questions must be addressed:

- a) the role of the court in determining the appropriate comparator group;
- b) the criteria for identifying the appropriate comparator group;
- c) a definition of the comparator group appropriate to the case before the court; and
- d) whether the claimant brings herself within the comparator group thus defined.

A. *The Role of the Court in Determining the Appropriate Comparator Group*

The outcome of a s. 15(1) claim cannot be skewed by a claimant attempting to associate himself or

examiné la question de savoir si la distinction fondée sur l'âge des bénéficiaires d'aide sociale constituait de la discrimination. (Voir les motifs de la juge en chef McLachlin, par. 39-42, et du juge Bastarache, par. 235-238.)

Évidemment, le fait de choisir un mauvais groupe de comparaison dès le début peut compromettre l'issue de l'ensemble de l'analyse fondée sur le par. 15(1). En fait, le choix en apparence simple d'un groupe de comparaison s'est révélé être le talon d'Achille de diverses décisions récentes, dont *Granovsky* et *Lovelace*, précitées, et *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54. Dans d'autres décisions, comme *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, et *Gosselin*, précitée, le choix du groupe de comparaison a donné lieu à de longs débats judiciaires. La question du caractère approprié du « groupe de comparaison » proposé par un demandeur a donc soulevé un litige important dans une bonne partie de la jurisprudence portant sur le par. 15(1), et cette question se trouve également, selon moi, au premier plan du présent pourvoi.

En l'espèce, nous avons affaire à une demande d'accès aux avantages offerts par un programme législatif fondée sur le droit à l'égalité et, en ce qui a trait au « groupe de comparaison » approprié, il faut examiner un certain nombre de questions :

- a) le rôle de la cour dans la détermination du groupe de comparaison approprié;
- b) les critères applicables à l'établissement du groupe de comparaison approprié;
- c) la définition du groupe de comparaison approprié pour l'affaire dont la cour est saisie;
- d) la question de savoir si la demanderesse appartient au groupe de comparaison ainsi défini.

A. *Le rôle de la cour dans la détermination du groupe de comparaison approprié*

Il ne faut pas que le résultat d'une allégation fondée sur le par. 15(1) soit faussé du fait que le

18

19

20

herself with a group whose relevant characteristics do not reflect the claimant's actual circumstances, or by targeting the benefits of a group whose relevant characteristics are simply not comparable. The role of the court in scrutinizing the claimant's choice of comparator group was addressed in *Law, supra*, at para. 58:

When identifying the relevant comparator, the natural starting point is to consider the claimant's view. It is the claimant who generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry, thus setting the parameters of the alleged differential treatment that he or she wishes to challenge. However, the claimant's characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups. [Emphasis added.]

21 In my view, with respect, the Federal Court of Appeal erred in concluding that a court is required to “adopt the comparator group chosen by the applicant unless it can be shown that there is a paucity of evidence or a failure to plead that comparator” (para. 23). While it is up to the claimant to make an initial choice of “the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared” (emphasis added), the correctness of that choice is a matter of law for the court to determine: *Granovsky, supra*, at paras. 47, 52 and 64.

22 Where “the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups” (*Law, supra*, at para. 58), accordingly, it is the duty of the court to step in and measure the claim to equality rights in the proper context and against the proper standard.

#### B. *The Criteria for Identifying the Appropriate Comparator Group*

23 The appropriate comparator group is the one which mirrors the characteristics of the claimant (or claimant group) relevant to the benefit or advantage sought except that the statutory definition includes a personal characteristic that is offensive

demandeur tente de s'associer à un groupe dont les caractéristiques pertinentes ne reflètent pas sa situation réelle ou cherche à bénéficier des avantages d'un groupe dont les caractéristiques pertinentes ne peuvent se comparer aux siennes. Le rôle de la cour dans l'examen du choix d'un groupe de comparaison par le demandeur a été abordé dans *Law*, précité, par. 58 :

Le point de départ naturel lorsqu'il s'agit d'établir l'élément de comparaison pertinent consiste à tenir compte du point de vue du demandeur. C'est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l'analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu'il allègue et qu'il souhaite contester. Cependant, il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes. [Je souligne.]

Je regrette de dire que la Cour d'appel fédérale a fait erreur en concluant qu'un tribunal doit « adopte[r] le groupe de comparaison choisi par le demandeur, à moins que la rareté des éléments de preuve ou le défaut d'invoquer cet élément de comparaison ne puisse être démontré » (par. 23). Bien qu'il soit loisible au demandeur de procéder à un premier choix « [de] la personne, [du] groupe ou [d]es groupes avec lesquels il désire être comparé » (je souligne), la justesse de ce choix est une question de droit qu'il appartient à la cour de trancher : *Granovsky*, précité, par. 47, 52 et 64.

Par conséquent, lorsque « [l]a différence de traitement [ne s'effectue pas] entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes » (*Law*, précité, par. 58), il est du devoir du tribunal d'intervenir et d'apprécier, dans son juste contexte et selon la norme appropriée, la demande fondée sur le droit à l'égalité.

#### B. *Les critères applicables à l'établissement du groupe de comparaison approprié*

Le groupe de comparaison approprié est celui qui reflète les caractéristiques du demandeur (ou du groupe demandeur) qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l'avantage recherché, sauf que la définition dans la loi prévoit une caractéristique

to the *Charter* or omits a personal characteristic in a way that is offensive to the *Charter*. An example of the former is the requirement that spouses be of the opposite sex; *M. v. H.*, *supra*. An example of the latter is the omission of sexual orientation from the Alberta *Individual's Rights Protection Act*; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

The usual starting point is an analysis of the legislation (or state conduct) that denied the benefit or imposed the unwanted burden. While we are dealing in this appeal with access to a government benefit, and the starting point is thus the *purpose* of the legislative provisions, a similar exercise is required where a claim is based on the *effect* of an impugned law or state action. Thus, in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, the terms of the powers given to customs officers to intercept incoming publications were neutral, but the appellant, a Vancouver bookstore, claimed that their shipments of books and magazines were targeted by customs officials in a discriminatory way because the store catered to gay and lesbian clients. It was clear that customs officials had systematically delayed and denied entry to lawful materials. Thus, the comparator group, defined by reference to the *effect* of the impugned conduct of customs officials, was “other individuals importing comparable publications of a heterosexual nature” (para. 120).

In either case, the universe of people potentially entitled to equal treatment in relation to the subject matter of the claim must be identified. I use the phrase “potentially entitled” because the legislative definition, being the subject matter of the equality rights challenge, is not the last word. Otherwise, a survivor’s pension restricted to white protestant males could be defended on the ground that all surviving white protestant males were being treated equally. The objective of s. 15(1) is not just “formal”

personnelle qui contrevient à la *Charte* ou omet une caractéristique personnelle d’une manière qui contrevient à la *Charte*. Un exemple de la première situation est l’exigence que les conjoints soient de sexe opposé (*M. c. H.*, précité). Un exemple de la seconde situation est l’omission de l’orientation sexuelle dans l’*Individual’s Rights Protection Act* de l’Alberta (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493).

Habituellement, il faut tout d’abord analyser la législation (ou la conduite de l’État) qui a donné lieu à la privation de l’avantage ou à l’imposition de l’obligation non désirée. S’il est vrai qu’en l’espèce nous avons affaire à une demande d’accès à un avantage offert par l’État et qu’il faut donc en premier lieu examiner l’*objet* des dispositions législatives, il faut se livrer au même exercice lorsque la demande est fondée sur l’*effet* d’une loi ou d’une action de l’État contestée. Ainsi, dans *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, les modalités d’exercice des pouvoirs conférés aux agents des douanes pour l’interception des publications étaient neutres, mais selon l’appelante, une librairie de Vancouver, les fonctionnaires des douanes visaient de façon discriminatoire les envois de livres et de magazines qui lui étaient destinés, du fait que le magasin s’adressait à une clientèle gaie et lesbienne. Il était clair que les fonctionnaires des douanes avaient systématiquement retardé ou refusé l’entrée de matériel licite. Donc, le groupe de comparaison, défini en fonction de l’*effet* de la conduite des fonctionnaires des douanes reprochée, est celui constitué des « autres personnes important des publications comparables de nature hétérosexuelle » (par. 120).

Dans un cas comme dans l’autre, il faut définir l’univers des personnes susceptibles d’avoir droit à un traitement égal à l’égard de l’objet de la demande. J’emploie l’expression « susceptible d’avoir droit » parce que la définition législative, objet de la contestation fondée sur le droit à l’égalité, n’est pas décisive. Sinon, on pourrait plaider en faveur d’une pension de survivant destinée uniquement aux hommes protestants de race blanche en affirmant que tous les hommes protestants de race blanche survivants ont

24

25

equality but *substantive* equality (*Andrews, supra*, at p. 166).

26 Nevertheless, in a government benefits case, the initial focus is on what the legislature is attempting to accomplish. It is not open to the court to rewrite the terms of the legislative program except to the extent the benefit is being made available or the burden is being imposed on a discriminatory basis.

27 In *Lovelace, supra*, for example, some disappointed aboriginal claimants challenged the distribution of the profits from Casino Rama amongst the First Nations in Ontario. The claimants were non-status Indians who considered themselves discriminated against by a provincial government program favouring status Indians. However, the Court held that the Casino Rama fund, for legitimate public policy reasons, targeted aboriginal *communities*, not aboriginal *individuals*. It was not the Court's role to rewrite the policy objectives of a program that were not in themselves discriminatory (i.e., individual versus community). The program was aimed at supporting "a government-to-government relationship" (para. 74), and the potential universe of claimants was therefore limited to "band and non-band aboriginal *communities*" (para. 64 (emphasis added), *per* Iacobucci J.).

28 Similarly, in *Martin, supra*, chronic pain sufferers alleging discriminatory neglect by the Nova Scotia Workers' Compensation Board attempted to compare themselves to chronic pain sufferers whose injuries were not employment related. Such people were free to go to court to claim appropriate compensation for their chronic pain. However Gonthier J. held, at para. 72, that tort claimants could not constitute a proper comparator group. There was no proper alignment between the benefit sought and the ground of discrimination alleged. The asserted comparator group shared the personal characteristic on which the s. 15(1) claim was based (chronic pain disability), but the benefits under the *Workers' Compensation Act* were by definition not available to people who had suffered their injuries outside the

été traités de la même manière. Le paragraphe 15(1) vise non seulement une égalité « formelle », mais aussi une égalité *réelle* (*Andrews, précité*, p. 166).

Néanmoins, dans une affaire d'avantages offerts par l'État, il faut d'abord se demander ce que le législateur a voulu accomplir. Il n'appartient pas à la cour de redéfinir les modalités du programme législatif, sauf si l'avantage est accordé ou l'obligation imposée de façon discriminatoire.

Dans *Lovelace, précité*, par exemple, des demandeurs autochtones déçus ont contesté la distribution des recettes du Casino Rama aux Premières nations de l'Ontario. Les demandeurs étaient des Indiens non inscrits qui estimaient avoir fait l'objet de discrimination dans le cadre d'un programme provincial favorisant les Indiens inscrits. La Cour a toutefois statué que le fonds du Casino Rama, pour des raisons légitimes d'intérêt public, visait les *communautés* autochtones, et non les *personnes* autochtones. Il n'appartenait pas à la Cour de redéfinir les grands objectifs d'un programme qui n'étaient pas, en soi, discriminatoires (c.-à-d. individu contre communauté). Le programme visait à appuyer des « relations de gouvernement à gouvernement » (par. 74), et l'univers des demandeurs potentiels se limitait donc aux « *communautés* autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas » (par. 64 (italiques ajoutés), le juge Iacobucci).

De même, dans *Martin, précité*, des personnes souffrant de douleur chronique qui prétendaient avoir été victimes de discrimination de la part de la Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse ont tenté de se comparer avec les personnes souffrant de douleur chronique dont les lésions n'étaient pas liées au travail. Ces dernières pouvaient s'adresser aux tribunaux pour obtenir une indemnisation appropriée à l'égard de leur douleur chronique. Le juge Gonthier a toutefois conclu, au par. 72, que les personnes qui intentaient une action en responsabilité délictuelle ne pouvaient constituer un groupe de comparaison approprié. Il n'existait aucun lien véritable entre l'avantage recherché et le fondement de la discrimination invoqué. Le groupe de comparaison proposé possédait les

workplace in circumstances altogether outside the scope of the statutory compensation plan.

A more straightforward example is *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 835, 2003 SCC 34, where the impugned legislation permitted mothers to “unacknowledge” fathers by excluding their particulars from the birth registration. This meant fathers could be prevented from participating in naming their children. The choice to unacknowledge was at the mother’s discretion. Fathers had no recourse. The relevant universe of potential claimants were biological parents. Mr. Trociuk claimed discrimination on the basis of sex, since his biological relationship to the child was equivalent to that of the mother in all relevant respects. His claim succeeded.

While *Walsh, supra*, was decided by the majority on the basis that the legislators’ use of marriage as a distinction was not discriminatory in the context of the *Matrimonial Property Act*, Gonthier J., concurring, took a different approach. In his view, “[t]he fundamental differences between common law and married couples make them inappropriate comparator groups in this respect” (para. 205). On that basis, in his view, the claimants had sought equality with a group with which, for relevant purposes, it did not share relevant characteristics having regard to the alleged ground of discrimination.

*Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, 2002 SCC 23, dealt with a hiring preference in the federal public service for Canadian citizens. The relevant universe of potential claimants were applicants who were qualified for public service jobs. The distinction complained about was made between those who were Canadian citizens, and those who were

caractéristiques personnelles sur lesquelles reposait l’allégation fondée sur le par. 15(1) (incapacité due à la douleur chronique), mais les prestations prévues par la *Workers’ Compensation Act* ne pouvaient, par définition, être accordées à des personnes ayant subi leurs lésions en dehors du lieu de travail dans des circonstances totalement hors du champ d’application du régime de pension prévu par la loi.

On trouve un exemple plus simple dans *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 835, 2003 CSC 34, où la loi contestée permettait aux mères de « ne pas reconnaître » les pères en excluant de la déclaration de naissance les renseignements concernant l’identité de ceux-ci. Cela signifiait que les pères pouvaient être empêchés de participer au choix du nom de leurs enfants. Le choix de ne pas reconnaître le père était à la discrétion de la mère. Les pères ne disposaient d’aucun recours. L’univers des demandeurs potentiels approprié est celui composé des parents biologiques. M. Trociuk a allégué une discrimination fondée sur le sexe, étant donné que son lien biologique avec l’enfant était le même que celui de la mère à tout point de vue pertinent. Il a obtenu gain de cause.

Même si dans l’arrêt *Walsh*, précité, la majorité a fondé sa décision sur le fait que, dans le contexte de la *Matrimonial Property Act*, il n’est pas discriminatoire pour le législateur d’établir une distinction basée sur le mariage, le juge Gonthier, dans ses motifs concordants, a adopté un raisonnement différent. Selon lui, « [l]es différences fondamentales entre conjoints de fait et les couples mariés font qu’ils ne constituent pas des groupes de comparaison appropriés sur ce point » (par. 205). Les demandeurs avaient donc, à son avis, cherché à bénéficier du même traitement qu’un groupe dont ils ne partageaient pas, aux fins pertinentes, les caractéristiques pertinentes eu égard au motif de discrimination.

L’affaire *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 2002 CSC 23, porte sur la préférence en matière d’embauche dans la fonction publique fédérale accordée aux citoyens canadiens. L’univers des demandeurs potentiels approprié est celui constitué des demandeurs ayant les qualités requises pour occuper un poste dans la fonction publique. La

29

30

31

otherwise qualified but were not Canadian citizens. Applying the proper comparator group, a majority of the Court found an infringement of s. 15(1), although the infringement was ultimately justified under s. 1.

32

Similarly, in *Granovsky*, the subject matter of the claim was a disability pension. The claimant was not eligible for two reasons: firstly, his disability was temporary rather than permanent; and secondly, he had not made the required CPP contributions. He contended that the proper comparator group consisted of able-bodied workers who were able to keep up their CPP contributions because they were *not* disabled. He was unable to do so because of his disability. The Court rejected his choice of comparator group because it ignored the basis of the benefit he was seeking, i.e., able-bodied workers are not within the universe of persons potentially eligible for a disability pension. If and when they did qualify, it would be because they were no longer able-bodied. In other words, the benefit sought by the claimant did not correspond with the personal characteristic of the comparator group that he asserted to be the basis of his s. 15(1) claim. The proper comparator group was the *permanently* disabled CPP contributors with whom Granovsky could not properly demand equal treatment.

33

If the claim to equality is to succeed, the ground has to be a personal characteristic enumerated or analogous to those listed in s. 15(1). This too is occasionally lost sight of. In *Martin*, the excluded chronic pain sufferers at one point attempted to compare themselves to another group of chronic pain sufferers who had suffered workplace injuries at an earlier date. The earlier group had obtained greater benefits under the *Workers' Compensation Act* than the later group of sufferers, but in the interim the benefit the earlier group had received had been terminated and the group grandfathered. Gonthier J. rejected the group of earlier sufferers as a relevant

distinction reprochée était faite entre ceux qui étaient citoyens canadiens et ceux qui étaient par ailleurs qualifiés sans être citoyens canadiens. Appliquant le groupe de comparaison approprié, la Cour a conclu, à la majorité, à une atteinte aux droits garantis par le par. 15(1), bien que celle-ci soit ultimement justifiée au titre de l'article premier.

De même, dans *Granovsky*, l'objet de la demande est une pension d'invalidité. Le demandeur n'était pas admissible pour deux raisons : premièrement, sa déficience était temporaire, au lieu d'être permanente; deuxièmement, il n'avait pas versé les cotisations au RPC requises. Il a soutenu que le groupe de comparaison approprié est celui constitué des travailleurs physiquement aptes qui avaient pu continuer à verser leurs cotisations au RPC parce qu'ils *ne* souffraient *pas* d'une déficience. Il n'avait pas pu le faire à cause de sa déficience. La Cour a rejeté son choix de groupe de comparaison parce qu'il ne tenait pas compte du fondement de l'avantage recherché, c'est-à-dire que les travailleurs physiquement aptes ne font pas partie de l'univers des personnes potentiellement admissibles à une pension d'invalidité. S'ils deviennent admissibles, le cas échéant, c'est parce qu'ils ne sont plus physiquement aptes. Autrement dit, l'avantage recherché par le demandeur ne correspond pas à la caractéristique personnelle du groupe de comparaison qu'il soutient être à la base de son allégation fondée sur le par. 15(1). Le groupe de comparaison approprié est celui des cotisants au RPC souffrant d'une déficience *permanente* avec lesquels Granovsky ne pouvait vraiment pas exiger d'être comparé.

Pour que la demande fondée sur le droit à l'égalité soit accueillie, le motif doit être une des caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1) ou une caractéristique analogue. Il arrive aussi que cet aspect soit perdu de vue. Dans *Martin*, les personnes souffrant de la douleur chronique exclue ont essayé, à un moment donné, de se comparer à un autre groupe de personnes souffrant de douleur chronique qui avaient subi des lésions professionnelles à une date antérieure. Les personnes faisant partie du second groupe avaient obtenu, en vertu de la *Workers' Compensation Act*, des prestations plus généreuses que celles auxquelles avaient droit les

comparator group because what differentiated them from the claimants was not the type of disability but simply the *date* of their respective workplace accidents, which was not a prohibited ground of discrimination.

In this respect, the facts in *Martin* and the facts in this case may usefully be compared with those in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. In that case, the subject matter of the impugned legislation was the right to vote, which the legislature extended to band members (which included the claimants) but drew a distinction between band members living *off* the reserve (who were denied the vote) and band members living *on* the reserve (who received it). The claimants were able to demonstrate that in every way relevant to the benefit (the vote) they were comparable to those who were favoured by the legislation except that they lived off the reserve. Unlike one of the claimed comparisons in *Martin*, the claimants in *Corbiere* belonged to the proposed comparator group at the same time.

The claimants in *Corbiere* would have found themselves in the position of the respondent here if they had altogether ceased being members of the band prior to the vote being called.

In *Gosselin, supra*, McLachlin C.J. for the majority noted, at para. 28:

The Regulation at issue made a distinction on the basis of an enumerated ground, age. People under 30 were subject to a different welfare regime than people 30 and over.

Much of the claimant's argument in *Gosselin* was rejected because it put the focus on the disadvantages attaching to welfare recipients as a class rather than differentiating *within* that general class

personnes du premier groupe, mais entre-temps le versement des prestations au second groupe avait cessé et on avait préservé le statu quo à l'égard du groupe. Le juge Gonthier a rejeté le choix du groupe des personnes ayant souffert de douleur chronique à une date antérieure comme groupe de comparaison approprié, car ce n'était pas le type d'incapacité qui différenciait les personnes de ce groupe des demandeurs, mais simplement la *date* de leurs accidents de travail respectifs, ce qui ne constituait pas un motif de discrimination prohibé.

À cet égard, l'affaire *Martin* et les faits de l'espèce peuvent être utilement comparés à l'affaire *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Dans cette cause, la loi contestée portait sur le droit de vote, que le législateur avait conféré aux membres de la bande (notamment les demandeurs), mais en établissant une distinction entre les membres de la bande qui résidaient *en dehors* de la réserve (lesquels n'avaient pas le droit de voter) et ceux de la bande résidant *dans* la réserve (lesquels jouissaient de ce droit). Les demandeurs ont réussi à démontrer qu'à tout point de vue pertinent pour ce qui est de l'avantage (le vote), ils pouvaient être comparés à ceux qui étaient favorisés par la loi, hormis le fait qu'ils vivaient en dehors de la réserve. Contrairement à l'une des comparaisons invoquées dans *Martin*, les demandeurs dans *Corbiere* appartenaient en même temps au groupe de comparaison proposé.

Les demandeurs dans *Corbiere* se seraient trouvés dans la même situation que l'intimée en l'espèce s'ils avaient complètement cessé d'être membres de la bande avant le vote.

Dans *Gosselin*, précité, la juge en chef McLachlin, au nom de la majorité, note au par. 28 :

Le Règlement en litige établissait une distinction fondée sur un motif énuméré, en l'occurrence l'âge. Les personnes de moins de 30 ans étaient assujetties à un régime d'aide sociale différent de celui applicable aux 30 ans et plus.

Une bonne partie de l'argumentation de la demanderesse dans *Gosselin* a été rejetée parce qu'elle mettait l'accent sur les désavantages dont souffraient les bénéficiaires d'aide sociale en tant

34

35

36

37

between the two age groups. The evidence of discrimination was therefore not properly aligned with the alleged ground of discrimination.

C. *The Appropriate Comparator Group in This Case*

38 In the present case, the claimant says that the group to which she belongs (separated *common law* spouses) shares all relevant characteristics with the group who receives a survivor's pension (separated *married* spouses) except for the personal characteristic of marital status. In other words, the universe of potential claimants, having regard to the benefit provided by the CPP, is the universe of separated spouses. I agree with that initial step.

39 The claimant then says that a distinction has been drawn within that group on the basis of a personal characteristic, namely marital status. There is no doubt that marital status is an analogous ground of discrimination prohibited when used in a discriminatory way by s. 15(1): *Miron, supra*, at para. 156; *Walsh, supra*, at para. 41. Having correctly laid the groundwork for the analysis by aligning the benefit and the prohibited ground of discrimination, the respondent must now bring herself within it.

D. *Does the Respondent Belong to the Comparator Group Thus Defined?*

40 Section 44(1)(d) of the CPP targets the benefit (survivor's pension) at surviving "spouses". The statutory definition includes common law spouses as well as married spouses. This presents a problem for the respondent. She was not in any sort of relationship at all with the deceased at the date of his death. The survivor's pension was denied on the basis that the respondent was not, at the relevant time, a spouse. It was not denied, as it was in *Miron*, because at the relevant time she was a *common law* spouse rather than a *married* spouse.

41 As stated, the respondent acknowledges that when she left the deceased in February 1994, she

que catégorie, plutôt que sur la différence qui existait *au sein* de cette catégorie, entre les deux groupes d'âge. La preuve de la discrimination n'a donc pas été bien mise en parallèle avec le motif de discrimination allégué.

C. *La définition du groupe de comparaison approprié en l'espèce*

Ici, la demanderesse affirme que le groupe auquel elle appartient (conjoints *de fait* séparés) possède les mêmes caractéristiques pertinentes que le groupe recevant une pension de survivant (conjoints *mariés* qui se sont séparés), à l'exception de la caractéristique personnelle de l'état matrimonial. Autrement dit, l'univers des demandeurs potentiels, en ce qui concerne l'avantage accordé par le RPC, est celui des conjoints séparés. Je souscris à cette première démarche.

La demanderesse affirme ensuite qu'une distinction fondée sur une caractéristique personnelle, soit l'état matrimonial, a été établie au sein de ce groupe. Il ne fait aucun doute que l'état matrimonial constitue un motif de distinction analogue prohibé par le par. 15(1) lorsqu'il est employé de façon discriminatoire : *Miron*, précité, par. 156; *Walsh*, précité, par. 41. Après avoir correctement jeté les bases de l'analyse en établissant un lien entre l'avantage et le motif de discrimination prohibé, l'intimée doit maintenant établir un rapport d'appartenance.

D. *La demanderesse appartient-elle au groupe de comparaison ainsi défini?*

L'avantage (pension de survivant) prévu par l'al. 44(1)(d) du RPC vise les « conjoints » survivants. La définition contenue dans la loi comprend aussi bien les conjoints de fait que les conjoints mariés. Cela présente un problème pour l'intimée. Elle n'entretenait absolument aucune relation avec le défunt au moment de son décès. La pension de survivant lui a été refusée au motif qu'au moment considéré elle n'avait pas qualité de conjoint. Elle ne lui a pas été refusée du fait qu'au moment considéré elle était un conjoint *de fait* plutôt qu'un conjoint *marié*, comme ce fut le cas dans *Miron*.

Comme nous l'avons vu, l'intimée convient que, lorsqu'elle a quitté le défunt en février 1994, elle

intended to and did terminate their relationship. This is to be contrasted with married spouses whose legal relationship continues to exist and who still have legal obligations to each other despite a separation, and despite any subjective intention on their part to put a *de facto* end to the marriage.

The respondent terminated cohabitation and cohabitation is a constituent element of a common law relationship. “Cohabitation” in this context is not synonymous with co-residence. Two people can cohabit even though they do not live under the same roof and, conversely, they may not be cohabiting in the relevant sense even if they are living under the same roof. Such periods of physical separation as the respondent and the deceased experienced in 1993 did not end the common law relationship if there was a mutual intention to continue. I agree with the observation of Morden J.A. in *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429 (C.A.), at p. 432, that, subject to whatever provision may be made in a statute, a common law relationship ends “when either party regards it as being at an end and, by his or her conduct, has demonstrated in a convincing manner that this particular state of mind is a settled one”. On this point, Professor Fodden observes:

... turning to a (constructed) mental phenomenon permits the court to make a decision as to the critical moment a relationship ended without having to place inordinate stress upon any particular event or lack of action. It allows for the bridging of gaps in the relationship as being “brief cooling-off period[s]” and perhaps gives courts some freedom to protract the continuation of cohabitation past the last physical symptom, where to do so might be just.

(S. R. Fodden, *Family Law* (1999), at p. 60)

The test for “cohabitation” has been developed and refined in a number of cases: see, e.g., *Arsenault v. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117 (P.E.I.S.C.T.D.), at paras. 15-17; *Tanouye v. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196 (Q.B.), at paras. 32-38. It is not an issue that requires extended consideration here because, on the respondent’s own

entendait mettre fin à leur relation et que c’est ce qu’elle a fait. Il faut distinguer cette situation de celle des conjoints mariés, dont le rapport juridique continue d’exister et qui ont encore des obligations juridiques l’un envers l’autre malgré la séparation et malgré toute intention subjective de leur part de mettre un terme *de facto* à leur mariage.

L’intimée a mis fin à la cohabitation. Or, la cohabitation est un élément essentiel de l’union de fait. La « cohabitation », dans ce contexte, n’est pas synonyme de corésidence. Deux personnes peuvent cohabiter même si elles ne vivent pas sous le même toit et, inversement, elles peuvent ne pas cohabiter au sens où il faut l’entendre même si elles vivent sous le même toit. Les périodes de séparation physique comme celle que l’intimée et le défunt ont vécue en 1993 ne mettent pas fin à l’union de fait s’il existe une intention commune de continuer. Je partage l’opinion du juge Morden dans *Re Sanderson and Russell* (1979), 24 O.R. (2d) 429 (C.A.), p. 432, selon laquelle, sous réserve de toute disposition contenue dans une loi, l’union de fait prend fin [TRADUCTION] « lorsque l’une ou l’autre des parties la considère comme terminée et affiche un comportement qui démontre, de manière convaincante, que cet état d’esprit particulier a un caractère définitif ». À cet égard, le professeur Fodden note :

[TRADUCTION] . . . recourir à un phénomène mental (abstrait) permet au tribunal de déterminer à quel moment critique une relation a pris fin sans avoir à accorder trop d’importance à un événement ou une inaction en particulier. Cela permet de considérer les brèches dans la relation comme de « courtes périodes de réflexion » et donne peut-être aux tribunaux une certaine liberté de prolonger l’aspect continu de la cohabitation au-delà du dernier symptôme physique, lorsqu’il peut être indiqué de le faire.

(S. R. Fodden, *Family Law* (1999), p. 60)

Le critère de la « cohabitation » a été élaboré et amélioré dans plusieurs décisions : voir, p. ex., *Arsenault c. Collier* (2001), 208 Nfld. & P.E.I.R. 117 (C.S.Î.-P.-É. 1<sup>re</sup> inst.), par. 15-17; *Tanouye c. Tanouye* (1993), 117 Sask. R. 196 (B.R.), par. 32-38. Il ne s’agit pas, en l’espèce, d’une question qui nécessite un examen approfondi parce que, selon

evidence, cohabitation was at an end. She brought it to an end.

44 The respondent's point, rather, is that the Court should extend the duration of the common law marriage beyond the termination of cohabitation for so long as a measure of economic dependency continues. She points out that such economic dependency may continue in the case of common law spouses who separate just as in the case of separated married couples. Statistics Canada reports that at the age of 75, 50 percent of unattached elderly women live in poverty, a figure the National Council of Welfare suggests is low because they say it excludes people living in institutions. The respondent points out that the "particular vulnerability" of these women "is due to the near impossibility of entering or re-entering the work force and the inadequacy of our pension systems in general". The legislature may, of course, extend the responsibility of common law spouses beyond the point where at common law the relationship would end, to deal with matters such as economic dependence, but Parliament has not done so in the CPP. On the contrary, s. 2(1) defines the requisite common law relationship in terms of cohabitation. In the absence of any demonstration that this definition itself runs afoul of s. 15(1), we are not at liberty to ignore it.

45 The respondent does not argue that limiting the survivor's pension to a "spouse" is itself discriminatory. Rather her position, as put by her counsel, is that "Betty Hodge does not compare herself to divorced spouses". In my view, with respect, the proper comparator group in her case *is* divorced spouses. Beginning in February 1994, there was both physical separation from her common law partner and an intention on her part to make it permanent. At the time of his death, therefore, she was not a "separated" common law spouse but a "former" common law spouse. Former common law spouses, like divorced spouses, are no longer spouses in any legal sense at common law. In neither case are they eligible for a survivor's pension under the CPP.

le propre témoignage de l'intimée, la cohabitation avait pris fin. Elle y avait mis fin.

Selon l'intimée, la Cour devrait plutôt prolonger la durée de l'union de fait au-delà de la fin de la cohabitation tant qu'il existe une dépendance économique. Elle fait valoir que cette dépendance économique peut persister aussi bien pour les conjoints de fait qui se séparent que pour les couples mariés qui se sont séparés. Selon Statistique Canada, 50 pour 100 des femmes âgées de 75 ans qui vivent seules sont dans la pauvreté, chiffre qui, d'après le Conseil national du bien-être social, est bas parce que, selon lui, il ne tient pas compte des personnes vivant dans des établissements. L'intimée fait observer que [TRADUCTION] « la vulnérabilité particulière » de ces femmes « est due à la quasi-impossibilité d'intégrer ou de réintégrer la population active et à l'insuffisance de notre régime de pensions en général ». Le législateur pourrait évidemment, pour régler des questions comme la dépendance économique, prolonger la responsabilité des conjoints de fait au-delà du moment où, en common law, la relation prendrait fin, mais il ne l'a pas fait dans le RPC. Au contraire, le par. 2(1) définit l'union de fait requise comme étant la cohabitation. En l'absence d'éléments de preuve établissant que cette définition elle-même va à l'encontre du par. 15(1), nous n'avons pas le droit de l'ignorer.

L'intimée ne prétend pas que le fait de restreindre au « conjoint » l'accès à la pension de survivant soit discriminatoire. Elle soutient plutôt, comme l'explique son avocat, que [TRADUCTION] « Betty Hodge ne se compare pas aux conjoints divorcés ». Malheureusement, je pense que, dans son cas, le groupe de comparaison approprié *est* celui des conjoints divorcés. À compter de février 1994, on a pu observer une séparation physique d'avec son conjoint de fait ainsi qu'une intention de sa part de rendre cette séparation permanente. Au moment du décès du cotisant, elle n'était donc pas un conjoint de fait « séparé », mais un « ancien » conjoint de fait. Les anciens conjoints de fait, comme les conjoints divorcés, ne sont plus des conjoints dans tout sens juridique reconnu en common law. Dans un cas comme dans l'autre, ils ne sont pas admissibles à une pension de survivant en vertu du RPC.

The respondent relies upon the decision of this Court in *M. v. H.* In that case, the Ontario *Family Law Act* provided support remedies on separation to opposite-sex partners (both married and “common law” as therein defined), but not to *same-sex* partners. The relevant comparison was therefore between “persons in an *opposite-sex*, conjugal relationship of some permanence” (the comparator group) and the claimant’s group of “persons in a *same-sex*, conjugal relationship of some permanence” (para. 61 (emphasis added)). Here there is a disconnect between the claimant group (former spouses) and the comparator group (existing spouses). In *M. v. H.*, the benefit was made available to persons with the same relevant characteristics as the claimant except for sexual orientation. Here *former* married spouses and *former* common law spouses are treated the same.

I appreciate of course that, as Iacobucci J. stated in *Law*, at para. 59, “[t]he determination of the appropriate comparator, and the evaluation of the contextual factors which determine whether legislation has the effect of demeaning a claimant’s dignity must be conducted from the perspective of the claimant.” However, the respondent’s perspective prior to the death of the deceased was that the common law relationship had ended. The purpose of the survivor’s pension is to deal with the financial dependency of a couple who at the date of death are in a relationship with mutual legal rights and obligations. The respondent may have had a measure of financial dependence, but she no longer had any legal relationship. A reasonable claimant in her position would, I think, not feel demeaned by being treated the same as other “former” spouses. In fact, as counsel for the appellant pointed out, the effect of the remedy sought by the respondent would itself create a form of inequality by providing survivors’ pensions to former common law spouses that are not available to former married spouses.

L’intimée invoque la décision rendue par la Cour dans *M. c. H.* Dans cette affaire, la *Family Law Act* de l’Ontario imposait une obligation alimentaire en cas de séparation aux conjoints de sexe opposé (tant mariés que « de fait », selon la définition y contenue), mais non aux conjoints de *même sexe*. La comparaison devait donc être faite entre les « personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne de *sexe différent* » (le groupe de comparaison) et le groupe, dont faisait partie la demanderesse, constitué des « personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne *du même sexe* » (par. 61 (italiques ajoutés)). En l’espèce, il n’y a pas de lien entre le groupe demandeur (anciens conjoints) et le groupe de comparaison (conjointes actuelles). Dans *M. c. H.*, l’avantage était offert à des personnes possédant les mêmes caractéristiques pertinentes que la demanderesse, sauf l’orientation sexuelle. Ici, les *anciens* conjoints mariés et les *anciens* conjoints de fait sont traités de la même manière.

Je suis tout à fait conscient du fait que, comme l’a affirmé le juge Iacobucci dans *Law*, par. 59, « [l]a détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation des facteurs contextuels qui établissent si les dispositions législatives ont pour effet de porter atteinte à la dignité d’un demandeur doivent s’effectuer dans la perspective de ce dernier. » Cependant, dans la perspective de l’intimée, l’union de fait avait pris fin avant le décès du cotisant. La pension de survivant a pour objet de remédier à la dépendance financière de personnes qui, au moment du décès, entretiennent une relation comportant des droits et obligations juridiques mutuels. L’intimée était peut-être dans un certain état de dépendance financière, mais elle n’entretenait plus aucun rapport juridique. Un demandeur raisonnable, dans sa situation, ne se sentirait pas, à mon avis, dévalorisé s’il était traité au même titre que les autres « anciens conjoints ». En fait, comme l’avocat de l’appelant l’a souligné, la réparation demandée par l’intimée, si elle était accordée, aurait elle-même pour effet de créer une certaine forme d’inégalité en allouant aux anciens conjoints de fait des pensions de survivant auxquelles les anciens conjoints mariés ne sont pas admissibles.

48 Having regard to the submission of the intervener, Canadian AIDS Society, I should add that the foregoing analysis deals with heterosexual couples, not homosexual couples. Until such time as the issue of same-sex marriage has been resolved, it is possible that different considerations would apply to gay and lesbian relationships in respect of a survivor's pension because, at least in the past, the institution of a legal marriage has not been available to them.

#### VI. Conclusion

49 For these reasons, it is my view that the respondent belongs to the category of "former spouses" for whom no survivor's pension is available under the CPP, irrespective of marital status.

#### VII. Disposition

50 The appeal must therefore be allowed and the decision of the Pension Appeals Board reinstated.

The constitutional questions should therefore be answered as follows:

1. Does the definition of "spouse" in s. 2(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

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

Answer: It is unnecessary to answer this question.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: South Ottawa Community Legal Services, Ottawa.*

En ce qui a trait aux observations de l'intervenante, la Société canadienne du sida, j'aimerais ajouter que l'analyse qui précède concerne les couples hétérosexuels, et non les couples homosexuels. En attendant que la question du mariage entre conjoints de même sexe soit résolue, il est possible qu'à l'égard de la pension de survivant, des considérations différentes s'appliquent aux unions de gais et de lesbiennes car, du moins par le passé, ceux-ci n'ont pas pu se prévaloir de l'institution du mariage légal.

#### VI. Conclusion

Pour ces motifs, j'estime que l'intimée appartient à la catégorie des « anciens conjoints », qui n'ont droit à aucune pension de survivant selon le RPC, peu importe l'état matrimonial.

#### VII. Dispositif

Le pourvoi est donc accueilli et la décision de la Commission d'appel des pensions, rétablie.

Les questions constitutionnelles devraient donc recevoir les réponses suivantes :

1. La définition de « conjoint » au par. 2(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, porte-t-elle atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : South Ottawa Community Legal Services, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: McGowan Elliott & Kim, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du sida : McGowan Elliott & Kim, Toronto.*