

T-1274-99  
2002 FCT 1058

T-1274-99  
2002 CFP1 1058

**Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker and Chief Bob Crawford, on his own behalf and on behalf of the Ardoch Algonquin First Nation, and Darwin Lewis, and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc. (*Applicants*)**

**Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker et le chef Bob Crawford, en son nom et au nom de la Première nation algonquaine d'Ardoch, et Darwin Lewis, et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc. (*demandeurs*)**

v.

c.

**The Attorney General of Canada (*Respondent*)**

**Le procureur général du Canada (*défendeur*)**

**INDEXED AS: ARDOCH ALGONQUIN FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION ALGONQUINE D'ARDOCH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Lemieux J.—Toronto, October 10, 2001; Ottawa, October 11, 2002.

Section de première instance, juge Lemieux—Toronto, 10 octobre 2001; Ottawa, 11 octobre 2002.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Applicants claiming federal program Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS) violates Charter, s. 15(1) by discriminating against urban, off-reserve Aboriginal individuals — Principles set out in case law governing Charter, s. 15 claims reviewed, applied — AHRDS drawing distinction between applicants' communities, those of comparator group (First Nation members living on reserves) — Distinction based on analogous ground of Aboriginality—residency — Distinction failing to recognize particular group i.e. First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities — Exclusion violating human dignity in fundamental way — Substantive discrimination established.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Les demandeurs prétendent qu'un programme fédéral la stratégie de développement des ressources autochtones (SDRHA) contrevient à l'art. 15(1) de la Charte parce qu'il fait preuve de discrimination contre les Autochtones vivant hors réserve et en milieu urbain — Examen et application des principes énoncés dans la jurisprudence se rattachant aux revendications fondées sur l'art. 15 de la Charte — La SDRHA établit une distinction entre les collectivités des demandeurs, et celles d'un groupe de comparaison (les membres de la Première nation vivant dans les réserves) — Distinction fondée sur le motif analogue d'autochtonité—lieu de résidence — La distinction ne reconnaît pas un groupe particulier, c'est-à-dire les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural — L'exclusion porte atteinte à la dignité humaine d'une façon fondamentale — Preuve d'une discrimination réelle.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS) substantively discriminating against First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities — Program pressing, substantial as helping Aboriginal people to get jobs — But means taken to implement AHRDS neither rationally connected to objective nor minimally impairing right as little as possible — Discrimination not justified under Charter, s. 1.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA) fait réellement preuve de discrimination contre les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural — Il s'agit d'un programme urgent et réel puisqu'il aide les Autochtones à se trouver des emplois — Mais le moyen pris pour appliquer la SDRHA n'a pas de lien rationnel avec l'objectif et l'atteinte aux droits n'est pas minimale — Cette discrimination n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Substantive discrimination resulting from AHRDS's exclusion of applicants' communities not justified under Charter, s. 1 — Appropriate remedy to undo exclusion by ordering inclusion — HRDC ordered to eliminate discrimination by providing community control over labour training programs to applicants' communities.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — La discrimination réelle résultant de l'exclusion des collectivités des demandeurs de la SDRHA n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte — Le recours approprié est de supprimer l'exclusion de ces collectivités en ordonnant leur inclusion — DRHC doit supprimer la discrimination en accordant aux collectivités des demandeurs le contrôle local des programmes de formation professionnelle.*

*Native Peoples — Federal program, Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), labour market initiative implemented through mechanism of funding agreements, discriminating against First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities because of decision to enter agreements only with representatives of First Nation members living on reserves — Breach of Charter, s. 15 not justified under Charter, s. 1 as means taken to implement AHRDS neither rationally connected to objective nor minimally impairing right as little as possible — Appropriate remedy to undo exclusion of applicants' communities by ordering HRDC to provide community control over labour training programs to applicants' communities.*

This was an application for judicial review of a decision by Human Resources Development Canada (HRDC) not to enter into an Aboriginal Human Resources Development Agreement (AHRDA) with representative organizations mandated by the applicants' communities. The challenged program is the Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), a labour market initiative of HRDC implemented through the mechanism of funding agreements (known as AHRDA). According to the applicants, HRDC substantially discriminated against them because of its decision to enter into AHRDAs only with the provincial or regional affiliates of the Assembly of First Nations, with the Métis National Council and the Inuit Tapirisat of Canada. The applicants did not want to deny the benefits of AHRDAs to those who currently enjoy them, but simply wanted HRDC to ensure that those benefits are provided to all Aboriginal peoples equally. It was agreed that Aboriginal peoples in Canada suffer a high rate of unemployment and face special problems and barriers in obtaining employment and employment skills. The objective of the AHRDS and its two predecessors was to assist Aboriginal peoples in obtaining employment skills by providing labour market development programs delivered by Aboriginal organizations with responsibility over human resources development and promoting their capacity to exercise that responsibility in a manner which addresses the needs of distinct Aboriginal groups and communities across Canada. The applicants claimed that, instead of negotiating AHRDAs with urban and non-status First Nation peoples through their communities and mandated organizations, HRDC unilaterally imposed the separate program, that is, the urban/off-reserve component, on them, adding that this component does not give urban and non-status First Nation communities any control over training funds. Three issues were raised: (1) whether AHRDS violated subsection 15(1) of the Charter by discriminating against urban and off-reserve Aboriginal individuals; (2) if so, whether that discrimination was justifiable under section 1 of the Charter; (3) if not justifiable, what was the appropriate remedy?

*Peuples autochtones — Un programme fédéral, la stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA), une initiative du marché du travail mise en œuvre par un mécanisme d'accords de financement, fait de la discrimination contre les collectivités de la Première nation vivant dans les villes et hors réserve en milieu rural à cause de la décision de ne conclure des accords qu'avec les représentants des membres de la Première nation vivant dans les réserves — La violation de l'art. 15 de la Charte n'est pas justifiée par l'art. premier de la Charte étant donné que les moyens pris pour mettre en œuvre la SDRHA n'ont pas de lien rationnel avec son objectif, et que l'atteinte aux droits n'est pas minimale — Le remède approprié consiste à supprimer l'exclusion des collectivités des demandeurs en ordonnant à DRHC de leur confier le contrôle local des programmes de formation professionnelle.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par Développement des ressources humaines Canada (DRHC) de ne pas conclure d'Accords de développement des ressources humaines autochtones (ADRHA) avec des organisations représentatives mandatées par les collectivités des demandeurs. Le programme contesté est la Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA), une initiative axée sur le marché du travail de DRHC mise en œuvre au moyen d'accords de financement (connus sous le nom d'ADRHA). Selon les demandeurs, DRHC a fait preuve de discrimination réelle contre eux en raison de sa décision de conclure des ADRHA uniquement avec des organisations provinciales ou régionales affiliées à l'Assemblée des premières nations, avec le Rassemblement national des Métis et Inuit Tapirisat du Canada. Les demandeurs ne veulent pas retirer les avantages des ADRHA aux personnes qui en profitent à l'heure actuelle, mais ils souhaitent que DRHC veille à ce que les avantages de cette stratégie soient offerts également à tous les peuples autochtones. Tous conviennent que les peuples autochtones du Canada sont aux prises avec un taux élevé de chômage et font face à des problèmes et à des obstacles particuliers dans leur recherche d'emploi et l'acquisition des compétences nécessaires. La SDRHA et ses deux prédécesseurs avaient pour objectif d'aider les peuples autochtones à développer leurs aptitudes au travail en les faisant participer à des programmes de développement du marché du travail élaborés et mis en œuvre par des organisations autochtones, qui sont responsables du développement des ressources humaines, et en développant leur capacité à s'acquitter de cette responsabilité d'une manière qui traite des besoins particuliers des groupes et des collectivités autochtones partout au Canada. Les demandeurs prétendent qu'au lieu de négocier des ADRHA avec les membres des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut en passant par leurs collectivités et leurs organismes représentatifs, DRHC leur a unilatéralement imposé un programme distinct, soit le volet réservé aux Autochtones vivant en milieu urbain et hors réserve, et ils ajoutent que ce volet n'accorde aux membres

*Held*, the application should be allowed.

(1) Principles governing claims under section 15 of the Charter are found in three Supreme Court of Canada decisions: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* and *Lovelace v. Ontario*. In *Law*, Iacobucci J. pointed out that the general approach to section 15 must always be purposive and contextual and mandates a three-stage inquiry concerning the impugned law or action: (1) whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others; (2) whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds; and (3) whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory. He identified four contextual factors concerning the issue of whether a claimant has made out a case of substantive discrimination. Those factors are: (1) the pre-existing disadvantage; (2) the relationship between grounds and the claimant's characteristics or circumstances; (3) the ameliorative purpose or effects; and (4) the nature of the interest affected. As to the second contextual factor, it is easier to establish discrimination where the impugned legislation or program fails to take into account a claimant's actual situation. The third factor was considered to be important because "the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society". In *Corbiere*, the Supreme Court of Canada followed the framework analysis for section 15 set out in *Law* and struck down, on Charter, section 15 grounds, *Indian Act*, section 77 which required Band members to be "ordinarily resident on the reserve" in order to vote in Band elections. The Court held that 'Aboriginality-residence' was an analogous ground, but there was a divergence of opinion as to whether this result was achieved by examining the purpose of section 15, or by looking at contextual factors. In *Lovelace*, the Supreme Court reiterated that the central purpose of the guarantee in subsection 15(1) is to protect against the violation of essential human dignity and confirmed the three broad inquiries required for the determination of a discrimination claim. The finding of non-discrimination turned mainly on the contextual factor which relates the grounds of the claim of discrimination to the needs, capacities

des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut aucun contrôle sur les fonds affectés à la formation. Trois questions ont été soulevées: 1) la SDRHA contrevient-elle au paragraphe 15(1) de la Charte en faisant preuve de discrimination à l'encontre des Autochtones vivant dans les villes et hors réserve; 2) dans l'affirmative, cette discrimination peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte; 3) dans la négative, quel est le redressement approprié?

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

1) Les principes qui régissent les revendications fondées sur l'article 15 de la Charte se trouvent dans trois décisions de la Cour suprême du Canada: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* et *Lovelace c. Ontario*. Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci a signalé que la démarche générale à suivre pour interpréter l'article 15 doit toujours être fondée sur l'objet visé et le contexte et exige que l'on se pose trois grandes questions concernant la loi ou la mesure contestée: 1) la loi, le programme ou l'activité crée-t-il une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? 2) cette différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues? et 3) la loi, le programme ou l'activité contesté a-t-il un objet ou un effet réellement discriminatoire? Il a identifié quatre facteurs contextuels pour déterminer si le demandeur a prouvé qu'il y avait réellement discrimination. Ces facteurs sont: 1) le désavantage préexistant; 2) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur; 3) l'objet ou l'effet d'amélioration; et 4) la nature du droit touché. Pour ce qui est du deuxième facteur contextuel, il est plus facile d'établir la discrimination lorsque la disposition législative ou le programme contesté ne prend pas en compte la situation véritable d'un demandeur. Le troisième facteur a été considéré comme important parce que «le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire». Dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour suprême du Canada a suivi le cadre d'analyse de l'article 15 énoncé dans l'arrêt *Law* et a annulé, pour des motifs fondés sur l'article 15 de la Charte, l'article 77 de la *Loi sur les Indiens* qui exigeait que les membres de la bande «réside[nt] ordinairement sur la réserve» pour avoir le droit de voter aux élections de la bande. La Cour a conclu que «l'autochtonité-lieu de résidence» est un motif analogue, mais il y a eu divergence d'opinions quant à savoir si on parvient à ce résultat en examinant l'objet de l'article 15 ou en tenant compte des facteurs contextuels. Dans l'arrêt *Lovelace*, la Cour suprême a réitéré que l'objectif essentiel de la garantie accordée par le paragraphe 15(1) est de protéger la population contre toute atteinte à la dignité humaine essentielle et a

and circumstances of the band communities.

The applicants were compared with First Nation members living on-reserve for the purpose of determining whether they and the communities they live in are treated differently by the impugned governmental program. The comparison was between First Nation band communities and First Nation urban and rural non-band communities, which was the comparison in *Lovelace*. There was no question that the AHRDS is subject to Charter scrutiny. The first stage of the discrimination inquiry under section 15 of the Charter was whether the program makes a distinction that denies equal benefit, or imposes an unequal burden or treatment between the applicants and those in the comparator group. The applicants claimed that the benefit denied or unequal treatment imposed is the inability under the AHRDS for the communities they live in to do what First Nation members living in on-reserve communities can do for their members, both on and off-reserve. Devolving decision-making for labour market programming to Aboriginal communities was the premise upon which AHRDS and its predecessors were built. AHRDS draws a distinction between the applicants' communities and those of the comparator group. First Nation band communities enjoy the benefits of local community control while the applicants' communities do not. The distinction was not overcome by the urban component of AHRDS, the purpose of which was different. The applicants met the first stage of the discrimination inquiry. They also crossed the second stage which asks whether the distinction drawn by AHRDS is based on enumerated grounds under section 15 of the Charter or analogous grounds. A finding of an analogous ground such as Aboriginality-residency has a permanency for application in future cases which does not vary in accordance with the circumstances. Off-reserve residency was accepted as an analogous ground in *Corbiere*. The distinction drawn by AHRDS was based on that analogous ground. HRDC's decision not to enter into an AHRDA encompassing the element of local community control, with the organizations mandated by the applicants, was based on where they lived, i.e. Aboriginality-residence. Under the third stage of the inquiry, the question was whether AHRDS has a purpose or effect that is substantive discrimination, which involved a consideration of the four contextual factors outlined in the case law. First, it was made clear in *Lovelace* that band and non-band communities suffer from historical disadvantage and a section 15 inquiry does not direct a "race to the bottom". All Aboriginal people are affected by "the legacy of stereotyping and prejudice". HRDC's decision not to enter into an AHRDA with representative organizations mandated by the applicants'

confirmé qu'il faut répondre aux trois grandes questions pour statuer sur une allégation de discrimination. La conclusion de non-discrimination s'appuyait principalement sur le facteur contextuel qui lie les motifs de l'allégation de discrimination aux besoins, capacités et situations personnelles des collectivités des bandes.

Les demandeurs ont été comparés aux membres des Premières nations qui vivent dans les réserves afin de déterminer si eux-mêmes et les collectivités dans lesquelles ils vivent sont traités différemment par le programme étatique contesté. La comparaison a été faite entre les communautés des Premières nations constituées en bandes et les communautés des Premières nations non constituées en bandes qui vivent en milieu urbain et rural, ce qui était le groupe de comparaison dans l'arrêt *Lovelace*. Il ne fait aucun doute que la SDRHA peut faire l'objet d'un examen au regard de la Charte. La première étape de l'examen relatif à la discrimination fondé sur l'article 15 de la Charte consiste à se demander si le programme établit une distinction qui nie l'égalité du bénéfice de la loi, impose un fardeau injuste ou un traitement inégal entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison. Les demandeurs ont fait valoir que l'avantage nié ou le traitement inégal imposé est l'incapacité des communautés dans lesquelles ils vivent de faire, dans le cadre de la SDRHA, ce que les membres des Premières nations vivant dans les réserves peuvent faire pour leurs membres, qu'ils vivent dans la réserve ou hors réserve. Déléguer la prise de décisions pour les programmes liés au marché du travail aux communautés autochtones était la prémisses à partir de laquelle la SDRHA et ses prédécesseurs ont été construits. La SDRHA établit une distinction entre les communautés des demandeurs et celles du groupe de comparaison. Les communautés des Premières nations constituées en bandes profitent des avantages du contrôle exercé par la communauté locale alors que les communautés des demandeurs ne peuvent en faire autant. La distinction n'est pas compensée par le volet urbain de la SDRHA, dont l'objectif est différent. Les demandeurs ont satisfait au premier critère. Ils ont également franchi la deuxième étape qui demande si la distinction établie par la SDRHA est fondée sur un motif énuméré à l'article 15 de la Charte ou sur un motif analogue. La détermination d'un motif analogue comme l'autochtonité-lieu de résidence lui donne un caractère de permanence qui permet de l'appliquer dans des causes à venir, indépendamment des circonstances. La résidence hors réserve a déjà été acceptée comme un motif analogue dans l'arrêt *Corbiere*. La distinction établie par la SDRHA était fondée sur ce motif analogue. La décision de DRHC de ne pas conclure d'ADRHA, englobant l'élément de contrôle communautaire local, avec les organisations mandatées par les demandeurs, était basée sur leur lieu de résidence, c'est-à-dire l'autochtonité-lieu de résidence. Dans le cadre de la troisième étape de l'analyse, il faut se demander si la SDRHA a un objet ou un effet qui constitue de la discrimination réelle,

communities perpetuated the historic disadvantage and continued the stereotype of the applicants being less worthy and less organized. The second contextual factor speaks to the relationship between the basis on which the differential treatment occurs and the characteristics of the claimant. There was no reliable evidence that the needs, capacities and circumstances of the applicants and the communities they live in are different from the needs of First Nations reserve-based communities. The applicants did not have to show that they are more disadvantaged than the reserve-based First Nation members. AHRDS is a universal program whose purpose is to provide enhanced employment opportunities for all Aboriginal peoples in Canada and the benefits of local community control do not differ whether a First Nation person lives on the reserve or not. The third contextual factor considers the ameliorative purpose. AHRDS is a general comprehensive program geared to assisting all Aboriginal peoples, wherever they live, in order to enhance their skills, so they can gain employment in the communities in which they live. It targets all Aboriginal people and seeks to ameliorate all. It is underexclusive in terms of First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities whom the applicants represent. They have been differentially treated by HRDC and unjustifiably excluded from the purpose and significant benefit of AHRDS. Finally, consideration was given to the nature of the interest affected. The distinction drawn by the AHRDS constitutes a complete non-recognition of a particular group, i.e. the communities in which the applicants live. Such exclusion violates their human dignity in a fundamental way and by ignoring their community, stereotypes them as less worthy of recognition. Substantive discrimination was established.

(2) The section 1 Charter analysis includes two elements, first whether the program meets a pressing and substantial objective, and second, the proportionality analysis which also has three steps. AHRDS is a program which is pressing and substantial since its purpose is to help Aboriginal people, who suffer high unemployment, to get jobs. However, the means taken to implement the AHRDS was neither rationally connected to the objective nor did it minimally impair the right as little as possible. The applicants' communities were

ce qui suppose que l'on examine les quatre facteurs contextuels énumérés dans la jurisprudence. Premièrement, l'arrêt *Lovelace* fait clairement ressortir que les communautés constituées en bandes et celles qui ne le sont pas ont subi un désavantage historique et un examen fondé sur l'article 15 n'engage pas les parties dans une «course vers le bas». Tous les peuples autochtones subissent «des effets de l'héritage de stéréotypes et préjugés». La décision de DRHC de ne pas conclure d'ADRHA avec les organismes représentatifs nommés par les communautés des demandeurs perpétue le désavantage historique et maintient le stéréotype selon lequel les demandeurs sont moins importants et moins organisés. Le deuxième facteur contextuel traite de la relation entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques du demandeur. Il n'y avait pas de preuve valable que les besoins, les capacités et la situation des demandeurs et des communautés dans lesquelles ils vivent sont différents des besoins des communautés des Premières nations vivant dans les réserves. Les demandeurs n'avaient pas à démontrer qu'ils sont plus défavorisés que les membres des Premières nations vivant dans des réserves. La SDRHA est un programme universel dont le but est de fournir de meilleures possibilités d'emploi à tous les peuples autochtones du Canada et les avantages que procure le contrôle communautaire local ne diffèrent pas selon qu'un membre d'une Première nation vit dans une réserve ou non. Le troisième facteur contextuel traite de l'objet améliorateur. La SDRHA est un programme complet qui a pour but d'aider tous les peuples autochtones, quel que soit l'endroit où ils vivent, afin d'améliorer leurs compétences, de façon à ce qu'ils puissent se trouver des emplois dans les collectivités où ils vivent. Elle cible tout les peuples autochtones et elle a pour but d'améliorer leur situation à tous. Elle a un caractère trop limitatif pour ce qui est des communautés des Premières nations vivant dans les villes ainsi que pour celles qui vivent hors réserve en milieu rural, que les demandeurs représentent. Ils ont été traités de façon différente par DRHC et injustement exclus de l'objet et des bienfaits importants offerts par la SDRHA. Finalement, on a examiné la nature du droit touché. La distinction établie par la SDRHA constitue une non-reconnaissance complète d'un groupe particulier, c'est-à-dire les communautés dans lesquelles les demandeurs vivent. Une telle exclusion porte atteinte à leur dignité humaine d'une façon fondamentale et le fait d'ignorer leur communauté les rend moins dignes de reconnaissance. Il y a eu discrimination réelle.

2) L'analyse de l'article premier de la Charte comporte deux éléments, dont le premier consiste à déterminer si le programme répond à un objectif urgent et réel; le deuxième élément est l'analyse de la proportionnalité qui comporte également trois étapes. La SDRHA est un programme qui est urgent et réel puisque son objectif est d'aider les peuples autochtones, qui connaissent un taux de chômage très élevé, à trouver des emplois. Toutefois, le moyen utilisé pour mettre en œuvre la SDRHA n'a pas de lien rationnel avec l'objectif

denied the key to making the program work successfully so that it could achieve its goal, that is local decision-making by representative groups mandated by the applicants' communities. The latter were excluded because they had no AHRDAs and this was without justification. The issue of critical mass was not relevant to the applicants' communities. Moreover, there was no clear evidence that the applicants' communities are fragmented as to who represents them in labour training matters. Canada led no evidence of any study or arrangements considered other than shutting out the applicants' communities from participation, on an equal basis, in decision-making about labour market programming. The discrimination was not justified under section 1 of the Charter.

(3) The discrimination to be remedied was specific to the applicants and their communities. The appropriate remedy was to undo AHRDS's exclusion of the applicants' communities by ordering inclusion. HRDC was therefore ordered to eliminate the discrimination by providing community control over labour training programs to the applicants' communities. These communities could then, through representative organizations responsible to the community members, design, implement and fund training programs which will meet the needs of the Aboriginal community where the applicants reside. This remedy substantially leaves in place the AHRDS and the AHRDAs which are in operation and preserves the integrity of the program.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 61 C.R.R. (2d) 189; 239 N.R. 1; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103;

et l'atteinte au droit n'est pas minimale. On a refusé aux communautés des demandeurs la clé du succès du programme de façon que son objectif puisse être atteint, savoir la prise de décisions à l'échelon local par des groupes représentatifs mandatés par les communautés des demandeurs. Ces derniers ont été exclus parce qu'ils n'ont pas conclu d'ADRHA et ce, sans justification. La question de la masse critique n'était pas pertinente eu égard aux collectivités des demandeurs. Qui plus est, il n'y a pas eu de preuve claire que les communautés des demandeurs ne s'entendent pas sur les organismes qui les représentent sur les questions de formation en matière d'emploi. Le Canada n'a produit aucune preuve d'études ou de mesures qui auraient été prises en compte afin d'exclure les communautés des demandeurs de la participation, sur une base égale, au processus décisionnel concernant les programmes de développement du marché du travail. La discrimination n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

3) La discrimination à laquelle il faut remédier était particulière aux demandeurs et à leurs communautés. Le redressement approprié était de supprimer l'exclusion des communautés des demandeurs de la SDRHA en ordonnant leur inclusion. La Cour a donc ordonné à DRHC de supprimer la discrimination en conférant aux communautés des demandeurs le contrôle sur les programmes de formation liés au marché du travail. Ces communautés pourront alors, par des organismes représentatifs responsables envers les membres de la communauté, concevoir, mettre en œuvre et financer des programmes de formation qui répondront aux besoins des communautés autochtones dans lesquelles demeurent les demandeurs. Ce redressement laisse en place la presque totalité de la SDRHA et des ADRHA qui sont en vigueur et préserve l'intégrité du programme.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 14).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 60 C.R.R. (2d) 1; 236 N.R. 1; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 61 C.R.R. (2d) 189; 239 N.R. 1; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1

(1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

REFERRED TO:

*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 23 O.R. (3d) 160; 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (2d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

AUTHORS CITED:

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vols. 3, 4, Ottawa: Minister of Supply and Services, 1996.

APPLICATION for judicial review of a decision by Human Resources Development Canada not to enter into an Aboriginal Human Resources Development Agreement with representative organizations mandated by the applicants' communities on the ground that it violated Charter, section 15. Application allowed.

APPEARANCES:

*Christopher M. Reid* for applicants Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, Chief Bob Crawford and the Ardoch Algonquin First Nation.  
*Greg Tramley* for applicants Darwin Lewis and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc.  
*Michael H. Morris, M. Sean Gaudet and Lara M. Speirs* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Christopher M. Reid*, Toronto, for applicants Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, Chief Bob Crawford and the Ardoch Algonquin First Nation.  
*McCandless & Associates*, Winnipeg, for applicants Darwin Lewis and the Aboriginal Council of Winnipeg Inc.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

DÉCISIONS CITÉES:

*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 23 O.R. (3d) 160; 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (2d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1.

DOCTRINE:

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, 4, Ottawa: Ministère des approvisionnements et services, 1996.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de Développement des ressources humaines Canada de ne pas conclure d'accord de développement des ressources humaines avec les organisations représentatives mandatées par les communautés des demandeurs au motif que cette décision contrevient à l'article 15 de la Charte. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

*Christopher M. Reid* pour les demandeurs Roger Misquadis, Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, le chef Bob Crawford et la Première nation algonquine d'Ardoch.  
*Greg Tramley* pour les demandeurs Darwin Lewis et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc.  
*Michael H. Morris, M. Sean Gaudet et Lara M. Speirs* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Christopher M. Reid*, Toronto, pour les demandeurs Roger Misquadis Peter Ogden, Mona Perry, Dorothy Phipps-Walker, le chef Bob Crawford et la Première nation algonquine d'Ardoch.  
*McCandless & Associates*, Winnipeg, pour les demandeurs Darwin Lewis et le Conseil autochtone de Winnipeg Inc.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

LEMIEUX J.:

#### A. INTRODUCTION

[1] The challenged program in this judicial review application is the Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS), a labour market initiative of Human Resources Development Canada (HRDC) implemented through the mechanism of funding agreements known as Aboriginal Human Resources Development Agreements (AHRDAs) which HRDC enters into with certain Aboriginal entities to whom are devolved considerable control over the planning, design and delivery of employment training programs for Aboriginal peoples to enhance their skills and employability and, once employed, to retain those jobs.

[2] The central issue in this application is whether HRDC violated section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 44]] (the Charter) by not entering AHRDAs with Aboriginal labour market organizations claimed by the applicants to have been mandated for spearheading labour market programming by and responsible to the Aboriginal communities they live in. The result of not having AHRDAs, the applicants claim, is to treat them differently compared to other Aboriginal individuals and communities who have AHRDAs, that is reserve-based First Nations and Métis organizations and to deny them and the Aboriginal communities they live in with equal benefits of the AHRDAs: local community control over labour market training initiatives by the local Aboriginal communities the applicants live in to whom the organizations they have mandated for planning, design and delivery are accountable.

[3] The applicants Roger Misquadis and Dorothy Phipps-Walker are both members of Indian bands

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE LEMIEUX:

#### A. INTRODUCTION

[1] Le programme contesté dans la présente demande de contrôle judiciaire est la Stratégie de développement des ressources humaines autochtones (SDRHA), une initiative axée sur le marché du travail de Développement des ressources humaines Canada (DRHC) mise en œuvre au moyen d'accords de financement connu sous le nom d'Accords de développement des ressources humaines autochtones (ADRHA) que DRHC a conclus avec certaines organisations autochtones à qui on a confié un contrôle considérable sur la planification, la conception et la prestation de programmes de formation professionnelle pour les peuples autochtones afin d'améliorer leurs aptitudes et leur employabilité et, une fois qu'ils ont trouvé des emplois, de les aider à les conserver.

[2] La question principale dans la présente demande consiste à déterminer si DRHC a contrevenu à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) en ne concluant pas d'ADRHA avec les organisations autochtones d'aide à l'emploi qui, selon les demandeurs, ont été mandatées pour promouvoir les programmes relatifs au marché du travail et qui rendent compte aux collectivités autochtones dans lesquelles ils vivent. L'absence d'ADRHA, au dire des demandeurs, a pour résultat qu'ils sont traités différemment des autres individus et collectivités autochtones qui ont signé des ADRHA, c'est-à-dire les organisations des Premières nations et des Métis qui vivent dans des réserves, et ainsi de leur refuser à eux et aux collectivités autochtones dans lesquelles ils vivent les avantages qu'offrent les ADRHA: soit le contrôle local des initiatives de formation professionnelle par les collectivités autochtones dans lesquelles les demandeurs vivent et à qui rendent compte les organisations mandatées par eux pour planifier, concevoir et assurer la prestation des services.

[3] Les demandeurs Roger Misquadis et Dorothy Phipps-Walker sont tous deux membres de bandes

recognized under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] and their names have been registered on the Indian Registry maintained under the *Indian Act*. They have lived all of their lives off-reserve in the Greater Toronto area (GTA) and are members of the Aboriginal community there. Neither have any connection with the band or reserve they are registered with.

[4] Chief Bob Crawford and Mona Perry are members of the Ardoch Algonquin First Nation and Allies (Ardoch). Both are Indians who, despite this fact like 100,000 others similarly situated, are not eligible to be registered as Indians under the *Indian Act*. Bob Crawford is the elected Chief of Ardoch, a First Nation which is an Aboriginal community of 500 persons located near Mattawa in the Ottawa Valley but is not an Indian Band recognized under the *Indian Act* and therefore has no reserve.

[5] Peter Ogden is a Mic-Mac originally from Nova Scotia who now lives in Hamilton with his family. He is not a registered Indian.

[6] Aboriginal Council of Winnipeg Inc. (ACW) was formed in 1990 as a result of an amalgamation of two organizations representing the interests of the members of the Winnipeg Aboriginal community, the largest one of Canada made up of approximately 60,000 to 70,000 residents. The amalgamated associations were the Urban Indian Association, representing non-status (essentially non-registered) First Nation Peoples and also individuals of Métis ancestry. The other organization, the Council of Status and Treaty Indians represented treaty and status First Nation individuals.

[7] According to the applicants, HRDC substantially discriminates against them because of its decision to enter into AHRDAs only with the provincial or regional affiliates of the Assembly of First Nations (AFN), with the Métis National Council (MNC) and the Inuit Tapirisat of Canada (ITC) with whom Canada signed National Framework Agreements in 1996 which is aggravated, they claim, by HRDC's unilateral decisions to implement the urban component of the AHRDS in urban First Nation communities and, in Ontario, to graft on the urban component rural non-status Aboriginal

indiennes reconnues dans la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] et leurs noms ont été inscrits dans le registre des Indiens tenu en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Ils ont toujours vécu hors réserve dans la région du Grand Toronto et ils sont membres de la collectivité autochtone de cette région. Ni l'un ni l'autre n'a de lien avec la bande ou la réserve dans laquelle il est inscrit.

[4] Le chef Bob Crawford et Mona Perry sont membres de la Première nation algonquine d'Ardoch et ses alliés (Ardoch). Ce sont deux Indiens qui, comme 100 000 autres se trouvant dans la même situation, n'ont pas le droit d'être inscrits comme Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Bob Crawford est le chef élu d'Ardoch, une Première nation qui regroupe 500 personnes, située près de Mattawa dans la vallée de l'Outaouais, mais qui n'est pas une bande indienne reconnue en vertu de la *Loi sur les Indiens* et qui n'a donc pas de réserve.

[5] Peter Ogden est un Mic-Mac originaire de la Nouvelle-Écosse qui vit maintenant à Hamilton avec sa famille. Son nom n'est pas inscrit au registre des Indiens.

[6] Le Conseil des Autochtones de Winnipeg Inc. (CAW) a été constitué en 1990 par suite de la fusion de deux organisations représentant les intérêts des membres de la collectivité autochtone de Winnipeg, la plus importante au Canada, comptant environ 60 000 à 70 000 résidents. Les associations fusionnées étaient l'Urban Indian Association, représentant des membres des Premières nations sans statut (essentiellement des Indiens non inscrits) de même que des personnes de descendance métisse. L'autre organisme, le Council of Status and Treaty Indians représentait les membres des Premières nations inscrits et visés par des traités.

[7] Selon les demandeurs, DRHC se rend coupable de discrimination réelle contre eux en raison de sa décision de conclure des ADRHA uniquement avec des organisations provinciales ou régionales affiliées à l'Assemblée des premières nations (APN), avec le Rassemblement national des Métis (RNM) et Inuit Tapirisat du Canada (ITC) avec lesquels le Canada a signé des accords types nationaux en 1996, ce qui est aggravé, d'après leurs prétentions, par la décision unilatérale de DRHC d'appliquer le volet urbain de la SDRHA dans les collectivités des Premières nations

First Nation communities such as Ardoch.

[8] The applicants do not want to deny the benefits of AHRDAs to those who currently enjoy them. They think the AHRDS is a sound strategy letting Aboriginal communities deal with Aboriginal labour market issues. The applicants want HRDC to ensure its benefits are provided to all Aboriginal peoples equally.

[9] The AHRDS had two predecessors. The Pathways to Success Strategy (Pathways), implemented in 1991 for a period of five years, was a new strategy providing for the direct involvement of Aboriginal peoples and organizations in employment training programs. Pathways was replaced by the New Relationship Strategy (the New Relationship), a three-year effort, in effect until March 31, 1999.

[10] Fundamentally, the applicants view Pathways as the program which was the most successful and without discrimination having as its central feature local control of decision-making by and accountability to Aboriginal peoples through representative organizations.

[11] The applicants claim the New Relationship, based as it was on the national accords with the AFN, MNC and ITC, and implemented through Regional Bilateral Agreements (RBAs) was a regressive step because it shifted exclusive control over labour market programming, at least in Winnipeg, Toronto, the Niagara Peninsula and in Ontario rural non-band communities to the reserve-based First Nation communities. HRDC, they assert, excluded them and the communities they live in from benefits of the strategy which they had participated in under Pathways. They say under the RBAs funding to urban and rural non-reserve Aboriginal First Nation communities declined with the result, for example, individual applications for grants towards the payment of fees to pay for attendance at training courses were denied. More important, they argue, is the loss of control, Pathways purpose, over their ability to fund training programs that best meet the

vivant dans les villes et, en Ontario, de rattacher à ce volet urbain les collectivités des Premières nations non inscrites vivant en milieu rural, comme Ardoch.

[8] Les demandeurs ne veulent pas retirer les avantages des ADRHA aux personnes qui en profitent à l'heure actuelle. Ils pensent que la SDRHA est une bonne stratégie qui laisse les collectivités autochtones traiter des problèmes autochtones liés au marché du travail. Les demandeurs souhaitent que DRHC veuille à ce que les avantages de cette stratégie soient offerts également à tous les peuples autochtones.

[9] La SDRHA a eu deux prédécesseurs. La stratégie intitulée «Les chemins de la réussite», adoptée en 1991 pour une période de cinq ans, était une nouvelle stratégie qui misait sur la participation directe des Autochtones et des organisations autochtones aux programmes de formation professionnelle. Cette stratégie a été remplacée par la stratégie de Vers une nouvelle relation, un programme de trois ans, qui est demeuré en vigueur jusqu'au 31 mars 1999.

[10] Fondamentalement, les demandeurs considèrent que Les chemins de la réussite a été le programme qui a connu le plus de succès, sans créer de discrimination, son objectif principal étant de confier le contrôle local du processus décisionnel et la responsabilité aux peuples autochtones par l'entremise d'organisations représentatives.

[11] Les demandeurs soutiennent que la stratégie Vers une nouvelle relation, qui était fondée sur les accords nationaux conclus avec l'APN, le RNM et ITC, et qui a été appliquée par l'entremise des ententes bilatérales régionales (EBR), a marqué un recul parce qu'elle a retiré aux collectivités rurales non constituées en bandes le contrôle exclusif des programmes d'aide à l'emploi, du moins à Winnipeg, à Toronto, dans la péninsule du Niagara et en Ontario, pour le confier aux collectivités des Premières nations vivant dans les réserves. Ils soutiennent que DRHC les a exclus eux, et les collectivités dans lesquelles ils vivent, des bienfaits de la stratégie Les chemins de la réussite à laquelle ils avaient participé. Ils prétendent que dans le cadre des EBR, le financement accordé aux collectivités des Premières nations vivant en milieu urbain et rural et non dans les réserves a diminué, avec pour résultat, par exemple, que des demandes individuelles de subventions

needs of their constituents.

[12] Despite the addition in the AHRDS of the urban component, the applicants submit the AHRDS is no better than the New Relationship, which also had an urban initiative, because of its continued focus on reserve-based First Nations. They think the urban component is nothing more than something cobbled together by HRDC to fill the urban gaps created by the RBAs.

[13] In argument, counsel for the Winnipeg applicants submitted, for purposes of determining discrimination under section 15 of the Charter, reserve-based First Nations are the appropriate comparator group. That is because reserve-based First Nations have AHRDAs, compared to the Winnipeg and Ontario applicants where in the communities they live in, there are no AHRDAs.

[14] Counsel for Ontario applicants suggested a wider comparator group, i.e. members of Aboriginal communities with AHRDAs (First Nation reserve-based as well as the Métis and the Inuit) compared to those who have no AHRDAs namely urban First Nation members and non-status First Nation members in rural communities such as Ardoch whom he represents.

[15] Sections 1 and 15 of the Charter read:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

visant à payer les frais d'inscription à des cours de formation leur ont été refusées. Ce qui est encore plus important, selon leurs prétentions, ils ont perdu le contrôle, qui était l'objectif des Chemins de la réussite, sur leur capacité de financer des programmes de formation qui répondaient davantage aux besoins de leurs électeurs.

[12] Malgré l'ajout du volet urbain dans la SDRHA, les demandeurs soutiennent que cette stratégie n'est pas meilleure que la stratégie Vers une nouvelle relation, qui comptait également un volet urbain, parce qu'elle continue de mettre l'accent sur les Premières nations vivant dans les réserves. Ils pensent que le volet urbain n'est rien de plus qu'une mesure concoctée par DRHC pour combler les lacunes constatées dans les villes et qui avaient été créées par les EBR.

[13] Dans sa plaidoirie, l'avocat représentant les demandeurs de Winnipeg a soutenu, pour les fins d'établir qu'il y a eu discrimination au sens de l'article 15 de la Charte, que les Premières nations vivant dans les réserves sont le groupe de comparaison approprié. Il en est ainsi parce que les Premières nations vivant dans les réserves ont conclu des ADRHA, alors que dans les collectivités dans lesquelles les demandeurs de Winnipeg et de l'Ontario vivent, il n'y a pas de tels accords.

[14] L'avocat des demandeurs de l'Ontario a suggéré un groupe de comparaison plus large, savoir les membres des collectivités autochtones ayant conclu des ADRHA (les Premières nations vivant dans les réserves de même que les Métis et les Inuit) comparativement à tous ceux qui n'ont pas signé d'ADRHA, c'est-à-dire les membres des Premières nations vivant dans les villes et les membres des Premières nations non inscrits vivant en milieu rural comme la Première nation d'Ardoch qu'il représente.

[15] Les articles premier et 15 de la Charte sont rédigés dans les termes suivants:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

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.

## B. FACTS

[16] Both the applicants and Canada agree Aboriginal peoples in Canada suffer a high rate of unemployment and face special problems and barriers in obtaining employment and employment skills. The objective of Pathways, the New Relationship and the AHRDS is to assist Aboriginal peoples in obtaining employment skills by providing labour market development programs developed and delivered by Aboriginal organizations with responsibility over human resources development and promoting their capacity to exercise that responsibility in a manner which addresses the needs of distinct Aboriginal groups and communities across Canada. Simply put, Aboriginal peoples, their communities and their mandated service providers know best in each local area they are in what the labour market calls for and what skills are needed to satisfy the market.

[17] Previous skill training initiatives by Canada failed the Aboriginal people because Aboriginal communities had not been involved in designing and implementing strategies to meet their respective local community's unique labour market needs, whether urban or rural off-reserve.

### (a) Pathways

[18] Pathways was based on HRDC's recognition that Aboriginal communities, whether First Nation reserve-based or in an urban setting, Métis or Inuit must be

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.

## B. LES FAITS

[16] Les demandeurs tout autant que le Canada conviennent que les peuples autochtones du Canada sont aux prises avec un taux élevé de chômage et font face à des problèmes et à des obstacles particuliers dans leur recherche d'emploi et l'acquisition des compétences nécessaires. Les chemins de la réussite, Vers une nouvelle relation et la SDRHA ont pour objectif d'aider les peuples autochtones à développer leurs aptitudes au travail en les faisant participer à des programmes de développement du marché du travail élaborés et mis en œuvre par des organisations autochtones, qui sont responsables du développement des ressources humaines, et en développant leur capacité à s'acquitter de cette responsabilité d'une manière qui traite des besoins particuliers des groupes et collectivités autochtones partout au Canada. Bref, ce sont les peuples autochtones, leurs collectivités et leurs fournisseurs de services autorisés qui connaissent le mieux, dans chaque région, les besoins du marché du travail et les aptitudes requises pour y répondre.

[17] Des initiatives antérieures de formation professionnelle mises en œuvre par le Canada n'ont pas connu de succès auprès des peuples autochtones parce que les collectivités autochtones n'ont pas participé à la conception et à la mise en œuvre de stratégies visant à répondre aux besoins uniques du marché du travail de leurs collectivités respectives, qu'il s'agisse d'Autochtones vivant hors réserve en milieu urbain ou rural.

### a) «Les chemins de la réussite»

[18] La stratégie Les chemins de la réussite reposait sur le fait que DRHC reconnaissait que les collectivités autochtones, qu'il s'agisse de Premières nations vivant

directly involved in managing and allocating funds for training programs within their particular communities.

[19] Pathways was based on the principle of local control of decision-making. The applicants' record at page 362 contains the following extract from HRDC's Pathways background paper:

These problems (high Aboriginal unemployment rates and low skill levels) will worsen unless economic, social and human resource development policies are more effective. In order to be successful, the capacity to develop and control these training and re-employment actions should be in the hands of Aboriginal communities and organizations. Such an approach would ensure that training and employment activities will be well-suited to the needs of Aboriginal people. [Emphasis mine.]

[20] Pathways was structured by the establishment, at the national level, of a national management board, made up of representatives of Aboriginal groups and HRDC officials and, at the local or regional level, by local and regional management boards made up this time exclusively by the representatives of Aboriginal groups residing in the local or regional areas.

[21] The applicants make the following assertions, as to Pathways, which are not challenged by Canada.

(i) In Winnipeg

[22] For Pathways, HRDC intended there be only one management board in Winnipeg which would fund labour development programs and services on a status blind basis to all Aboriginal peoples in that city regardless of whether that person was a registered Indian, a non-registered Indian, a treaty Indian, a Métis or an Inuit.

[23] However, the Assembly of Manitoba Chiefs (AMC) and the Manitoba Métis Federation (MMF) opposed this proposal because they each wanted a separate management board for their constituency.

dans les réserves ou en milieu urbain, de Métis ou d'Inuit, doivent participer directement à la gestion et à l'affectation des fonds pour les programmes de formation dans leurs collectivités respectives.

[19] La stratégie Les chemins de la réussite était fondée sur le principe du contrôle local du processus décisionnel. Le dossier des demandeurs renferme à la page 362 l'extrait suivant d'un document de travail de la stratégie Les chemins de la réussite de DRHC:

Ces problèmes (les taux élevés de chômage chez les Autochtones et le niveau très bas de compétences professionnelles) s'accroîtront à moins que l'on améliore l'efficacité des politiques et des programmes en matière de développement socio-économiques et de perfectionnement des ressources humaines. Pour que cette mesure réussisse, les collectivités et organismes autochtones doivent avoir en main les leviers d'exécution et de contrôle de ces activités de formation et de recyclage. Une telle approche garantirait l'adaptation de ces activités aux besoins particuliers des Autochtones. [Non souligné dans l'original.]

[20] La stratégie Les chemins de la réussite reposait sur l'établissement, au palier national, d'un conseil de gestion national, composé de représentants des groupes autochtones et de fonctionnaires de DRHC et, à l'échelon local ou régional, de conseils locaux et régionaux de gestion composés cette fois exclusivement de représentants des groupes autochtones résidant dans les régions ou localités visées.

[21] Les demandeurs font les affirmations suivantes, pour ce qui concerne la stratégie Les chemins de la réussite, qui ne sont pas contestées par le Canada.

(i) À Winnipeg

[22] Pour la stratégie Les chemins de la réussite, DRHC avait l'intention de n'établir qu'un seul conseil de gestion à Winnipeg qui financerait les programmes et services de mise en valeur de la main-d'œuvre à l'intention de tous les peuples autochtones dans cette ville sans savoir s'il s'agissait d'un Indien inscrit ou non inscrit, d'un Indien visé par un traité, d'un Métis ou d'un Inuit.

[23] Toutefois, l'Assemblée of Manitoba Chiefs (AMC) et la Manitoba Métis Federation (MMF) se sont opposées à cette proposition parce qu'elles voulaient l'une et l'autre un conseil de gestion distinct pour leur circonscription.

[24] Ultimately, HRDC acceded and, as a result, the control, management and delivery of Pathways for Aboriginal people living in Winnipeg on the following basis:

- a local management board created by AMC to service only First Nation registered band members;
- a local management board created by MMF to service only Métis people and
- the Winnipeg Area Management Board (WAMB) an organization created by the Aboriginal community in Winnipeg, to service all Aboriginal people on an inclusive basis regardless of status.

(ii) In Ontario

[25] In Ontario, under Pathways, there were several area management boards (AMBs) established including, in terms of the applicants' interests here:

- the Niagara Peninsula [Area Aboriginal] Management Board (NPAAMB) mandated by the Aboriginal communities in the Niagara Peninsula to deliver services to their residents who number 32,000;
- Miziwe Biik Aboriginal Employment and Training (Miziwe Biik) mandated in 1991 by the 70,000 strong Aboriginal community in Greater Toronto Area ("GTA") as an area management board to serve their community;
- Kajita Mikam Area Management Board established and mandated to serve Aboriginal communities in Eastern Ontario. Kajita Mikam included representatives of Indian Act bands, non-status First Nation communities such as Ardoch and Métis in its catchment areas.

(b) The New Relationship

[26] In 1995, HRDC undertook a review of Pathways. At pages 597 and 600 of the applicants' record, the following extract from structural review is found:

The Aboriginal population in Canada is not homogenous. Government policy initiatives based solely on the assumption of such homogeneity are likely to result in unproductive wrangling and ineffectiveness, deflecting energy from much higher priorities. Effective policies must take count of the reality of First Nation Métis, Inuit and urban Aboriginal populations. Policies must be sensitive to the widest regional variation of existing Aboriginal communities, governments, institutions and inter-governmental relationships.

[24] Au bout du compte, DRHC a cédé, ce qui a eu pour résultat que le contrôle, la gestion et la mise en œuvre de la stratégie Les chemins de la réussite pour les Autochtones vivant à Winnipeg s'est fait de la façon suivante:

- un conseil de gestion local créé par l'AMC pour desservir uniquement les membres inscrits des Premières nations constituées en bandes;
- un conseil de gestion local créé par la MMF pour desservir uniquement les Métis, et
- le conseil de gestion de la région de Winnipeg (CGRW), un organisme créé par la collectivité autochtone de Winnipeg, pour desservir tous les Autochtones sans tenir compte de leur statut.

(ii) En Ontario

[25] En Ontario, dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite, on a établi plusieurs conseils de gestion régionaux (CGR), notamment, pour ce qui concerne les intérêts des demandeurs en l'espèce:

- Le conseil de gestion régional autochtone de la péninsule du Niagara (le CGRAPN) mandaté par la collectivité autochtone de la péninsule du Niagara pour offrir les services à leurs résidents dont le nombre s'élève à 32 000;
- Emploi et formation des Autochtones Miziwe Biik (Miziwe Biik) mandaté en 1991 par les 70 000 membres de la grande collectivité autochtone de la région du Grand Toronto (RGT) en tant que conseil de gestion régional pour desservir la collectivité;
- Le conseil de gestion régional Kajita Mikam établi et mandaté pour desservir les collectivités autochtones de l'Est de l'Ontario. Kajita Mikam était composé de représentants des bandes visées par la *Loi sur les Indiens*, des collectivités des Premières nations non inscrites comme la Première nation d'Ardoch et des Métis dans les régions desservies.

b) «Vers une nouvelle relation»

[26] En 1995, DRHC a entrepris de revoir la stratégie Les chemins de la réussite. Aux pages 597 et 600 du dossier des demandeurs, on trouve l'extrait suivant du document sur l'examen de la structure:

[TRADUCTION] La population autochtone du Canada n'est pas homogène. Les initiatives prises dans le cadre de la politique gouvernementale se fondant uniquement sur l'hypothèse d'une telle homogénéité entraîneront vraisemblablement des conflits stériles et un manque d'efficacité, détournant des énergies qui auraient pu être consacrées à des priorités beaucoup plus importantes. Pour être efficaces, les politiques doivent tenir compte de la réalité des populations autochtones vivant en milieu urbain, des Inuit, des Métis et des Premières nations. Ces politiques doivent reconnaître la très grande

The diversity of Aboriginal communities that deliver services should be community based, through a wide variety of Aboriginal jurisdictions, development institutions and related authorities. The cutting edge of programs must be designed, managed and implemented by Aboriginal people in their communities. [Emphasis mine.]

[27] Pursuant to the National Framework Agreements, HRDC, throughout Canada, entered into 54 RBAs with affiliates of the AFN. HRDC did not enter RBAs with any urban or non-status rural First Nation Aboriginal communities. Canada did, however, create an urban initiative.

(i) In Manitoba

[28] HRDC entered into a province-wide RBA with the AMC which included responsibility for all First Nation urban residents in Manitoba registered under the *Indian Act*. It also entered into a province-wide RBA with the MMF with responsibility to serve all other Aboriginal peoples.

[29] In Winnipeg, as under Pathways, the AMC and the MMF set up local management boards but, unlike Pathways, WAMB [Winnipeg Area Management Board], under the New Relationship, was no longer involved in Aboriginal labour market initiatives because HRDC did not negotiate an RBA with either WAMB or ACW despite their expressed concern that without an RBA there would be no longer an organization in that city to deliver status blind services and because the Aboriginal community in Winnipeg and its people would lose local control over programming with all Aboriginal people not being treated equally.

(ii) In Ontario

[30] The New Relationship had similar results in Ontario. HRDC did not enter into RBAs with any urban or non-status First Nation communities. Control over

diversité régionale des collectivités autochtones existantes, de leurs gouvernements, de leurs institutions et des relations intergouvernementales.

La diversité des collectivités autochtones qui fournissent les services doit être basée sur le milieu communautaire, et faire appel à de très nombreuses autorités autochtones, établissements de perfectionnement et autres autorités connexes. L'aspect fondamental des programmes doit être conçu, géré et mis en œuvre par les Autochtones dans leurs collectivités. [Non souligné dans l'original.]

[27] Aux termes des accords cadres nationaux, DRHC a conclu dans tout le Canada 54 EBR avec des représentants de l'APN. DRHC n'a pas conclu d'EBR avec les collectivités des Premières nations vivant dans les villes ou les Indiens non inscrits vivant en milieu rural. Le Canada a cependant créé un programme urbain.

(i) Au Manitoba

[28] DRHC a conclu avec l'AMC, à l'échelon de la province, une EBR qui englobait la responsabilité pour tous les membres des Premières nations du Manitoba vivant dans les villes et inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Il a également conclu une EBR avec la MMF qui avait la responsabilité de desservir tous les autres peuples autochtones.

[29] À Winnipeg, comme dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite, l'AMC et la MMF ont mis sur pied des conseils de gestion locaux mais, contrairement à ce qui se passait dans la stratégie Les chemins de la réussite, le CGRW [Conseil de gestion de la région de Winnipeg], dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, ne participait plus aux initiatives autochtones axées sur le marché du travail parce que DRHC n'a pas négocié d'EBR ni avec le CGRW ni avec le CAW malgré que ces derniers aient exprimé leur crainte qu'en l'absence d'une EBR, il n'y ait plus dans cette ville d'organisme chargé de fournir les services autorisés sans tenir compte du statut et que la collectivité autochtone de Winnipeg et ses résidents perdraient le contrôle local sur la programmation, ce qui aurait pour effet de créer une inégalité de traitement pour les peuples autochtones.

(ii) En Ontario

[30] La stratégie Vers une nouvelle relation a eu des résultats semblables en Ontario. DRHC n'a pas conclu d'EBR avec les collectivités des Premières nations

funding, setting training priorities, designing training programs and approving applicants shifted to reserve-based First Nation bands. In Ontario, many First Nation bands joined together to establish one local area management board to service several Aboriginal on-reserve communities in a defined geographic area.

[31] Roger Misquadis had to apply to the Band on Manitoulin Island he is registered with but with which he says he has no connection having lived in Toronto all his life. Dorothy Phipps-Walker faces the same situation. According to HRDC, she is registered with the Lac Seul Band located on a reserve in Northwestern Ontario. She does not know the Band members, has never lived on the reserve and has never received any services from it.

[32] Kajita Mikam, the local management board in the Ottawa Valley, was reorganized to exclude the Ardoch.

[33] Miziwe Biik and the NPAAMB [Niagara Peninsula Area Aboriginal Management Board] continued to exist under the RBA regime but received funding to serve only unaffiliated Aboriginal individuals defined by HRDC as persons who were not members of Ontario bands or served by Métis organizations. These Ontario bands and Métis organizations are responsible for approximately 80% of the Aboriginal population in Ontario.

(iii) The Urban Aboriginal Employment Initiative under the New Relationship

[34] Counsel for the Ontario applicants reproduced the following two extracts from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (RCAP) to show that urban and non-status First Nation communities are extremely poor, marginalized and ignored (RCAP, vol. 3, p. 225; RCAP, vol. 4, p. 531):

vivant en milieu urbain ou non inscrites. Le contrôle sur le financement, l'établissement des priorités en matière de formation, la conception des programmes de formation et l'approbation des candidats sont passés aux bandes des Premières nations vivant dans les réserves. En Ontario, de nombreuses bandes des Premières nations se sont unies pour établir un conseil de gestion local afin de desservir plusieurs collectivités autochtones vivant dans des réserves dans une région géographique bien définie.

[31] Roger Misquadis a dû faire une demande à la bande de l'île Manitoulin dans laquelle il est inscrit, mais avec laquelle, selon ses prétentions, il n'a aucun lien puisqu'il a vécu à Toronto toute sa vie. Dorothy Phipps-Walker est dans la même situation. Selon DRHC, elle est inscrite dans la bande du Lac Seul dont la réserve est située dans le nord-ouest de l'Ontario. Elle ne connaît pas les membres de la bande, elle n'a jamais vécu dans la réserve et elle n'en n'a jamais reçu de service.

[32] Kajita Mikam, le conseil de gestion local dans la vallée de l'Outaouais, a été réorganisé pour exclure les Ardoch.

[33] Miziwe Biik et le CGRAPN [Conseil de gestion régional autochtone de la péninsule du Niagara] ont continué d'exister en vertu du régime des EBR mais n'ont reçu de financement que pour desservir les Autochtones non affiliés définis par DRHC comme étant des personnes qui n'étaient pas membres des bandes ontariennes ou qui étaient desservies par des organisations métisses. Ces bandes ontariennes et ces organisations métisses assument la responsabilité d'environ 80 % de la population autochtone de l'Ontario.

(iii) Le programme d'emploi à l'intention des Autochtones vivant en milieu urbain en vertu de la stratégie de Vers une nouvelle relation

[34] L'avocat des demandeurs de l'Ontario a reproduit les deux extraits suivants tirés du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (CRPA) pour démontrer que les collectivités des Premières nations vivant en milieu urbain et n'étant pas inscrites sont extrêmement pauvres, marginalisées et ignorées (CRPA, vol. 3, p. 253; CRPA, vol. 4, p. 597):

The arbitrary regulations and distinctions that have created unequal health and social service provision depending on a person's status as Indian, Métis or Inuit (and among First Nation, depending on residence on-or off-reserve), must be replaced with rules of access that give an equal chance for physical and social health to all Aboriginal peoples. . . .

Many urban Aboriginal people are impoverished and unorganized. No coherent or co-ordinated policies to meet their needs are in place. . . . They have been largely excluded from discussions about self-government and institutional development. Aboriginal people in urban areas have little collective visibility or power. It is clear that they urgently require resources and assistance to support existing organizations and create new institutions to enhance their cultural identity.

[35] Canada acknowledges in the course of and subsequent to the negotiations of the RBAs, concerns about perceived gaps in the ability of First Nation RBA-holders to serve all Aboriginal people living in urban and off-reserve areas were raised and in response HRDC implemented under the New Relationship a special program called the Urban Aboriginal Employment Initiative.

[36] Under this initiative, HRDC initially allocated \$21,000,000 in funding over three years of the New Relationship to three specific Aboriginal organizations in order to better address the labour market development needs of urban Aboriginal people. The three organizations receiving funds were the National Association of Friendship Centres (NAFC), the Native Women's Association of Canada (NWAC) and the Congress of Aboriginal People (CAP).

[37] NAFC represents the interests of seven provincial/territorial associations with 112 Friendship Centres. NWAC is a political organization representing the interests of Aboriginal women; and CAP is a national organization speaking for Aboriginal people not covered by the *Indian Act*, for Indians who have regained their status, and for the Aboriginal population

Il faudra remplacer la réglementation et les distinctions arbitraires qui ont débouché sur la prestation de services sociaux et de santé différents mais inégaux, basée sur le statut — Indien, Métis ou Inuit — (et chez les Premières nations, selon que la personne habite ou non dans une réserve), par des règles d'accès qui donnent à tous les peuples autochtones les mêmes possibilités en matière de santé physique et sociale.

Dans de nombreuses villes, les autochtones vivent dans la pauvreté et sont désorganisés. Les gouvernements n'ont pas adopté de politiques cohérentes et coordonnées pour répondre aux besoins des populations autochtones urbaines [. . .]. On les a en grande partie exclus des discussions sur l'autonomie gouvernementale et le développement institutionnel. Collectivement, les Autochtones citadins n'ont guère de visibilité et ils possèdent peu de pouvoirs. Il est évident que les autochtones vivant en ville ont besoin de toute urgence de ressources et d'assistance afin d'appuyer les organisations existantes et de créer de nouvelles institutions pour favoriser le renforcement de leur identité culturelle.

[35] Le Canada reconnaît que dans le cadre des négociations des EBR, et par la suite, des préoccupations ont été exprimées au sujet des lacunes perçues dans la capacité des Premières nations signataires d'une EBR de desservir toutes les populations autochtones vivant en ville et hors réserve et, pour répondre à ces préoccupations, DRHC a adopté, dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, un programme spécial appelé Programme d'emploi pour les Autochtones vivant en milieu urbain.

[36] En vertu de ce programme, DRHC a d'abord alloué, dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, 21 000 000 \$ à titre de financement réparti sur trois ans à trois organisations autochtones choisies afin de mieux cibler les besoins en perfectionnement des Autochtones vivant dans les villes pour leur donner accès au marché du travail. Les trois organisations qui ont reçu des fonds étaient l'Association nationale des centres d'amitié (ANCA), l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) et le Congrès des peuples autochtones (CPA).

[37] L'ANCA représente les intérêts de sept associations provinciales et territoriales et regroupe 112 centres d'amitié. L'AFAC est une organisation politique représentant les intérêts des femmes autochtones; et le CPA est un organisme national qui est le porte-parole des peuples autochtones non visés par la *Loi sur les Indiens*, des Indiens qui ont recouvré leur

not residing on-reserves. As a result of the agreements, HRDC maintains the urban Aboriginal people, including those residing in GTA and/or the Niagara Peninsula and Winnipeg, were able to apply for funding to support employment and training activities in urban areas.

(iv) A separate RBA—The Circle

[38] In addition to implementing the Urban Aboriginal Employment Initiative, HRDC entered into a separate RBA with the Aboriginal Labour Force Development Circle (the Circle) in May 1997. The Circle is made up of representatives of six Ontario Aboriginal organizations, including NPAAMB and Miziwe Biik. This RBA contained two funding components. First, a contribution of \$5.5 million in fiscal year 1997/98 and the same amount in fiscal year 1998/99 to support Aboriginal labour market development programming for urban Aboriginals in Ontario who are not covered by any other RBA.

[39] Funding, under this component, was limited to skills training and employment assistance to the following:

- (a) out of province First Nation individuals;
- (b) non-status individuals who did not consider themselves Métis and who were not members of a First Nation or Inuit community;
- (c) status Indians who had no connection to a band (registered on the General List); and
- (d) Aboriginal employers and institutions who were not aligned to any First Nation, Métis or individual community.

[40] The second component of the Circle RBA consisted of a contribution of approximately \$4,000,000 in fiscal year 1997/98 and close to that amount for fiscal year 1998/99 to support Aboriginal labour development programming in the geographic areas served by the six-member organizations of the Circle including the urban communities served by NPAAMB (Niagara Peninsula) and Miziwe Biik (Toronto).

statut et des populations autochtones qui ne résident pas dans les réserves. Par suite des accords, DRHC soutient que les populations autochtones des villes, y compris celles qui résidaient dans la région du Grand Toronto, ou dans la péninsule du Niagara et à Winnipeg, ont été en mesure de demander du financement pour appuyer les activités d'emploi et de formation dans les régions urbaines.

(iv) Une EBR distincte — Le Cercle

[38] En plus de mettre en œuvre le programme d'emploi pour les Autochtones vivant en milieu urbain, DRHC a conclu une EBR distincte avec le Cercle de développement du marché du travail pour les Autochtones (le Cercle) en mai 1997. Le Cercle est composé de représentants de six organisations autochtones de l'Ontario, y compris le CGRAPN et Miziwe Biik. Cette EBR compte deux volets de financement. Tout d'abord, une contribution de 5,5 millions \$ au cours de l'exercice financier 1997/1998 et la même somme versée au cours de l'exercice financier 1998/1999 pour appuyer les programmes de développement du marché du travail pour les Autochtones vivant dans les villes ontariennes qui ne sont pas visés par une autre EBR.

[39] En vertu de ce volet, le financement était limité à la formation professionnelle et à des services d'aide à l'emploi pour les personnes suivantes:

- a) les membres des Premières nations vivant à l'extérieur de la province;
- b) les personnes sans statut qui ne se considèrent pas comme Métis et qui n'étaient pas membres d'une Première nation ou d'une communauté inuit;
- c) les Indiens inscrits qui n'ont aucun lien avec une bande (inscrits sur la liste générale); et
- d) les employeurs et institutions autochtones qui n'étaient pas rattachés à une Première nation, à une communauté métisse ou autre.

[40] Le deuxième volet de l'EBR du Cercle consistait en une contribution d'environ 4 000 000 \$ dans l'exercice financier 1997/1998 et d'un montant presque identique pour l'exercice financier 1998/1999 afin d'appuyer les programmes de développement du marché du travail pour les Autochtones dans les régions géographiques desservies par les six organisations membres du Cercle, y compris les collectivités urbaines

(c) The Aboriginal Human Resources Development Strategy (AHRDS)

[41] The AHRDS is similar in purpose and structure as the New Relationship but seeks to improve, build and expand upon it. It had an urban component. As was the case under the New Relationship, HRDC entered into a direct relationship with the AFN, MNC, and ITC. AHRDAs were then entered into with provincial and sub-regional organizations affiliated with the three national Aboriginal organizations.

[42] HRDC claims AHRDS was implemented following an extensive consultation process carried out with Aboriginal stakeholders including AFN, MNC, ITC as well as CAP, NWAC and organizations and individuals purporting to represent urban and off-reserve Aboriginal people.

[43] For the applicants, the AHRDS is no better than its predecessor, the New Relationship, in its RBA form. Its effects are the same: exclusion from the benefits of the AHRDAs in terms of local control of labour market programming.

[44] In Manitoba, HRDC entered ARHDAs with the two RBA holders it had previously signed with, the AMC and the MMF, transferring to them the responsibility and control of training and employment programs for all their members, whether on or off-reserve. ACW asked HRDC to enter into an AHRDA with it covering Winnipeg but HRDC refused giving no reasons, the applicants say. As under Pathways and the New Relationship the AMC and MMF were to operate in Winnipeg through separate local management boards, each controlled by them. At the hearing of this application, I was told the AMC had dissolved their local management board. In replacement, AMC had implemented a plan under which services would be provided directly by First Nations through 20 sub-agreement holders who were expected to have offices in Winnipeg.

desservies par le CGRPN (péninsule du Niagara) et Miziwe Biik (Toronto).

c) La stratégie du développement des ressources humaines autochtones (SDRHA)

[41] L'objectif et la structure de la SDRHA sont semblables à ceux de la stratégie Vers une nouvelle relation, mais elle cherche en plus à améliorer cette stratégie et à l'étendre. Elle a un volet urbain. Comme il l'avait fait dans le cadre de la stratégie Vers une nouvelle relation, DRHC a établi des contacts directs avec l'APN, le RNM et ITC. Des ADRHA ont ensuite été conclus avec des organisations provinciales et sous-régionales affiliées aux trois organisations autochtones nationales.

[42] DRHC affirme que la SDRHA a été mise en œuvre à la suite d'un processus de consultation intensif qui a été mené auprès des porte-paroles autochtones, notamment l'APN, le RNM, ITC de même que le CPA, l'AFAC et des organisations et des personnes disant représenter les populations autochtones vivant dans les villes et hors réserve.

[43] Pour les demandeurs, la SDRHA n'a pas donné des résultats différents de son prédécesseur, Vers une nouvelle relation, pour ce qui est des EBR. Ses effets sont les mêmes: exclusion des bienfaits des ADRHA en termes de contrôle local des programmes liés au marché du travail.

[44] Au Manitoba, DRHC a conclu des ADRHA avec les deux signataires des EBR antérieurs, soit l'AMC et la MMF, en leur transférant la responsabilité et le contrôle des programmes de formation et d'emploi pour tous leurs membres, que ceux-ci vivent ou non dans des réserves. L'ACW a demandé à DRHC de conclure avec lui un ADRHA portant sur la ville de Winnipeg, mais DRHC a refusé sans fournir de raison, selon les demandeurs. Comme dans le cadre des stratégies Les chemins de la réussite et Vers une nouvelle relation, l'AMC et la MMF devaient travailler à Winnipeg par l'entremise des conseils de gestion locaux distincts qu'ils contrôlaient. À l'audition de la présente demande, j'ai été informé que l'AMC avait dissous son conseil de gestion local. Pour le remplacer, l'AMC a mis en œuvre un plan en vertu duquel des services seraient fournis directement par les Premières nations en passant par les

[45] The same scenario played out in Ontario. A RBA holder became a AHRDA holder. Miziwe Biik, NPAAMB and Ardoch Algonquins requested negotiations for inclusion as AHRDA holders but were refused, they say, without being given reasons.

[46] In argument, the focus was on how the separate component, the urban/off-reserve component, was put into place and how it differed from the AHRDAs. Controversy also swirled around the selection of the service provider through the means of a request for proposal (RFP).

[47] In certain centres such as Winnipeg or in a province such as Ontario, HRDC selected the service provider for the urban/off-reserve component by means of the RFP.

[48] In Manitoba, the service provider selected was the Centre for Aboriginal Human Resources Development (CAHRD). The ACW made a RFP submission and supported CAHRD's RFP proposal. ACW had informed Canada prior to the RFP for Winnipeg it felt entitled to enter into an AHRDA with HRDC and had a mandate from the Aboriginal community in Winnipeg to do so.

[49] CAHRD signed an agreement with HRDC which required it to provide human resources development programming including design of training programs and their delivery to all Aboriginal people in Winnipeg regardless of status. It delivers status blind labour programming services as WAMB previously did under Pathways.

[50] In Ontario, HRDC put out an RFP to provide Aboriginal labour market programming, province wide, to the unaffiliated Aboriginal population residing in Ontario.

20 signataires des sous-accords qui devaient avoir des bureaux à Winnipeg.

[45] Le même scénario s'est répété en Ontario. Un signataire d'une EBR est devenu le signataire d'un ADRHA. Miziwe Biik, le CGRAPN et les Algonquins d'Ardoch ont demandé qu'il y ait des négociations en vue de la signature d'un ADRHA, mais on leur a refusé cette possibilité sans leur donner de raison, toujours selon eux.

[46] Au cours des plaidoiries, l'accent a porté sur la façon dont le volet distinct, c'est-à-dire le volet visant les Indiens en ville et hors réserve, a été mis en place et comment il diffère des ADRHA. Il y a également eu controverse au sujet de la sélection du fournisseur de services au moyen d'une demande de proposition (DP).

[47] Dans certains centres, comme Winnipeg, ou dans une province comme l'Ontario, DRHC a choisi le fournisseur de services pour le volet visant les Autochtones citadins et vivant hors réserve en ayant recours à une DP.

[48] Au Manitoba, le fournisseur de services choisi a été le Centre for Aboriginal Human Resources Development (CAHRD). Le CAW a présenté une soumission en réponse à la demande de proposition et a appuyé la proposition du CAHRD. IL avait informé le Canada avant la demande de proposition visant Winnipeg qu'il estimait être habilité à conclure un ADRHA avec DRHC et que la collectivité autochtone de Winnipeg lui en avait confié le mandat.

[49] Le CAHRD a signé un accord avec DRHC qui exigeait qu'il mette en œuvre les programmes de développement des ressources humaines, et s'occupe entre autres choses de la conception de programmes de formation qui seraient assurés à toutes les populations autochtones de Winnipeg, sans tenir compte de leur statut. Il fournit donc des programmes d'aide à l'emploi sans tenir compte du statut, comme le CGRW l'avait fait auparavant dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite.

[50] En Ontario, DRHC a fait une demande de proposition afin que des programmes liés au marché du travail soient offerts, à l'échelon de la province, à toute la population autochtone non affiliée résidant en Ontario.

[51] The Circle, in which both Miziwe Biik and NPAAMB participated as proposed local delivery mechanisms, made an RFP response but it was not successful. The bid was won by the Ontario Federation of Indian Friendship Centers (OFIFC) coupled with Grand River Employment and Training (OFIFC/GREAT).

[52] However, OFIFC, because of a resolution passed at its general meeting, backed away from serving the GTA because it said it had no mandate to serve that area. HRDC then selected, without an RFP, Miziwe Biik who entered into an agreement with it.

[53] Under the AHRDS, there is no AHRDA with rural non-reserve First Nation communities such as Ardoch. Their members are lumped into the urban component where the holder is, as noted, OFIFC/GREAT who appointed, as its local delivery mechanism, Kajita Mikam to serve, in its area, the Ardoch community.

[54] The applicants are critical of HRDC. They claim, instead of negotiating AHRDAs with urban and non-status First Nation peoples through their communities and mandated organizations, HRDC unilaterally imposed the separate program—the urban/off-reserve component—on them. They say this component does not give urban and non-status First Nation communities any control over training funds. The service provider is not mandated by the Aboriginal community and is not responsible and accountable to that community but to HRDC as any commercial contractor would be accountable.

[55] Canada says HRDC added the urban/off-reserve component to the AHRDS in response to complaints made by certain groups purporting to represent urban and other off-reserve Aboriginal people about perceived problems they encountered in accessing programs administered by RBA holders. Canada states First Nation AHRDA holders are required to provide access to programming to their members or constituents,

[51] Le Cercle, auquel Miziwe Biik et le CGRAPN ont tous deux participé en tant que mécanismes locaux de prestation proposés, ont répondu à la demande de proposition, mais leur offre n'a pas été retenue. Les soumissions retenues ont été celles de l'Ontario Federation of Indian Friendship Centers (OFIFC) jumelée à celle du Grand River Employment and Training (OFIFC/GREAT).

[52] Toutefois, l'OFIFC, en raison d'une résolution adoptée à son assemblée générale, a abandonné sa proposition de desservir la région du Grand Toronto parce que, selon elle, elle n'avait pas le mandat de desservir cette région. DRHC a donc choisi, sans faire de demande de proposition, Miziwe Biik avec qui il a conclu un accord.

[53] Dans le cadre de la SDRHA, aucun ADRHA n'a été conclu avec les collectivités des Premières nations qui vivent dans les régions rurales hors réserve comme celle d'Ardoch. Leurs membres sont regroupés dans le volet urbain dont le signataire est, comme il est indiqué ci-dessus, OFIFC/GREAT qui a nommé, à titre d'organisme de prestation local, Kajita Mikam pour desservir, dans cette région, la collectivité d'Ardoch.

[54] Les demandeurs critiquent DRHC. Ils prétendent qu'au lieu de négocier des ADRHA avec les membres des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut en passant par leurs collectivités et leurs organismes représentatifs, DRHC leur a unilatéralement imposé un programme distinct, soit le volet réservé aux Autochtones vivant en milieu urbain et hors réserve. Ils prétendent que ce volet n'accorde aux membres des Premières nations vivant dans les villes et n'ayant pas de statut aucun contrôle sur les fonds affectés à la formation. Le fournisseur de services n'est pas mandaté par la collectivité autochtone et n'est ni responsable ni redevable à cette collectivité, mais bien à DRHC, comme le serait tout entrepreneur commercial.

[55] Le Canada prétend que DRHC a ajouté le volet visant les Autochtones vivant dans les villes et hors réserve à la SDRHA en réponse aux plaintes formulées par certains groupes qui prétendaient représenter ce groupe d'Autochtones au sujet des problèmes qu'ils disaient éprouver pour avoir accès aux programmes administrés par les signataires d'EBR. Le Canada affirme que les Premières nations qui ont signé des

whether they live on or off-reserve. There is a non-discrimination clause in each AHRDA. Canada says, because of this, the urban/off-reserve component is intended merely to provide an additional source of access to programming for Aboriginal people living off-reserves. The reserve-based AHRDA holder is primarily responsible for serving all of its members regardless of where they live.

[56] HRDC claims the difficulty it faced in selecting an appropriate service provider for Aboriginal people living off-reserve in many urban centres was the large number of organizations purporting to speak on their behalf. Accordingly, in order to select the appropriate representative organization, HRDC asserts it initially contacted Aboriginal stakeholders to see if there was a consensus as to which organization should be selected as the AHRDA-holder for any given city or region. In many cases, a consensus did exist as was the case, for example, in Saskatchewan, Alberta, and in parts of British Columbia. It was only where no consensus existed amongst Aboriginal stakeholders that HRDC resorted to the RFP. The RFP process was used to select service providers in Nova Scotia, New Brunswick, Ontario, the Winnipeg area, and the Greater Vancouver area.

### C. THE ISSUES

[57] The parties agree the following issues are raised in this proceeding:

- (a) does AHRDS violate subsection 15(1) of the Charter in that it discriminates against urban and off-reserve Aboriginal individuals?
- (b) if it does, is that discrimination justifiable under section 1 of the Charter?
- (c) if it is not justifiable, what is the appropriate remedy?

[58] Underlying these issues is a fundamental difference in approach between the applicants and

ADRHA sont tenues d'assurer l'accès aux programmes à leurs membres ou électeurs, que ceux-ci vivent ou non dans les réserves. Il y a une clause de non-discrimination dans chaque ADRHA. Par conséquent, le Canada prétend que le volet visant les Autochtones vivant en milieu urbain et hors réserve a simplement pour but de donner aux Autochtones vivant hors réserve une source additionnelle d'accès aux programmes. Le signataire de l'ADRHA, dont les membres vivent dans les réserves, est principalement responsable de desservir la totalité de ses membres peu importe l'endroit où ils vivent.

[56] DRHC prétend que le choix d'un fournisseur de services approprié pour les Autochtones vivant hors réserve dans bon nombre de centres urbains est rendu difficile en raison du grand nombre d'organismes qui prétendent parler en leur nom. Par conséquent, pour choisir l'organisme représentatif approprié, DRHC affirme avoir contacté en premier lieu les porte-parole autochtones pour vérifier s'il existait un consensus quant à savoir quel organisme devrait être choisi comme titulaire de l'ADRHA pour une ville ou une région donnée. Dans bon nombre de cas, ce consensus existait, par exemple, en Saskatchewan, en Alberta et dans certaines parties de la Colombie-Britannique. Ce n'est que lorsqu'il n'y avait pas de consensus entre les porte-parole autochtones que DRHC a eu recours à la demande de proposition. Ce processus a été utilisé pour choisir les fournisseurs de services en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, en Ontario, dans la région de Winnipeg et dans la région du Grand Vancouver.

### C. LES QUESTIONS EN LITIGE

[57] Les parties conviennent que les questions suivantes sont soulevées dans la présente instance:

- a) la SDRHA contrevient-elle au paragraphe 15(1) de la Charte en faisant de la discrimination à l'encontre des Autochtones vivant dans les villes et hors réserve?
- b) dans l'affirmative, cette discrimination peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte?
- c) dans la négative, quel est le redressement approprié?

[58] Ces questions en litige font ressortir une différence fondamentale entre l'approche utilisée par les

HRDC as to what the benefit generated by AHRDS is. HRDC is of the view the benefit of the AHRDS is access to programming with local community control stated as merely a goal of AHRDS but not a benefit.

[59] Canada takes on the “local community control issue” directly. It acknowledges that one of its stated objectives in establishing AHRDS was to transfer responsibility for the design and delivery of labour market programs directly to Aboriginal organizations themselves. Canada states the AHRDS was intended to be flexible to ensure Aboriginal organizations would have the authority to make decisions to meet the needs of their communities while being accountable for clear performance results.

[60] Canada argues the objective of local community control is a relative goal which can only be pursued by accounting for the diverse circumstances governing Canada’s Aboriginal population. This is what is written in Canada’s memorandum:

The concept of “local community control” was not intended to mean giving each and every individual aboriginal community in Canada control over the design and development of training and development programs. Rather, it was intended to try to bring control of human resources programs and services closer to the community level by involving Aboriginal people (through representative organizations) in the design and delivery of the programs at the levels and to the extent appropriate. The objective was to direct decision-making to the level that maximized the effective and efficient development and delivery of employment training and jobs for all Aboriginal people. The development of employment and training opportunities for Aboriginal people is the primary objective of AHRDS, not the degree of local control or empowerment. [Emphasis mine.]

[61] HRDC expands on this important objective of AHRDS of ensuring the effective and efficient delivery of programs to eligible recipients. It states in order to attain efficiencies and economies of scale, HRDC was required to strike a balance by negotiating AHRDAs

demandeurs et DRHC pour décrire les avantages de la SDRHA. DRHC est d’avis que le grand avantage de la SDRHA est de donner accès aux programmes, et que le contrôle exercé par la collectivité locale est simplement un objectif de la stratégie, mais pas un avantage.

[59] Le Canada aborde la «question du contrôle par la collectivité locale» de façon directe. Il reconnaît que l’un des objectifs qu’il poursuivait ouvertement en établissant la SDRHA était de transférer la responsabilité de la conception et de la prestation des programmes liés au marché du travail directement aux organisations autochtones. Le Canada déclare que la SDRHA devait avoir suffisamment de souplesse pour permettre aux organisations autochtones d’exercer le pouvoir de prendre les décisions nécessaires pour répondre aux besoins de leurs collectivités tout en ayant la responsabilité d’atteindre des résultats clairs sur le plan du rendement.

[60] Le Canada prétend que l’objectif du contrôle par la collectivité locale est un objectif relatif qui ne peut être atteint que si l’on tient compte de la diversité des situations que vivent les populations autochtones du Canada. C’est ce qui est d’ailleurs écrit dans le mémoire du Canada:

[TRADUCTION] Le Canada n’a jamais eu l’intention que le concept de «contrôle par la collectivité locale» signifie de confier à chaque collectivité autochtone au Canada le contrôle de la conception et de l’élaboration de programmes de formation et de perfectionnement. Au contraire, l’intention était d’essayer de ramener le contrôle des programmes et des services de ressources humaines plus près de la collectivité en faisant participer les populations autochtones (par l’entremise de leurs organismes représentatifs) à la conception et à la prestation des programmes dans la mesure et aux paliers appropriés. L’objectif était de confier le processus décisionnel au palier susceptible de maximiser l’efficacité de l’élaboration et de la prestation de programmes de formation et de recherche d’emplois pour tous les Autochtones. L’objectif premier de la SDRHA est d’augmenter les occasions d’emploi et de formation pour les Autochtones, non pas le degré de contrôle local ou d’habilitation. [Non souligné dans l’original.]

[61] DRHC élabore sur cet objectif important de la SDRHA qui consiste à assurer la prestation efficace de programmes aux personnes qui y sont admissibles. Il soutient que pour atteindre cette efficacité et réaliser des économies d’échelle, DRHC a dû parvenir à un

with community organizations who could demonstrate they had the infrastructure necessary to deliver programming.

[62] HRDC says it signed AHRDAs with organizations only where a critical mass existed in terms of numbers and the word "local" used in this context simply meant decisions would be made at a level most effective for the development and delivery of skills and/or employment and training opportunities for Aboriginal peoples.

[63] The applicants counter by stating AHRDS is a comprehensive program providing a number of key benefits and local community control is foremost amongst them since this benefit provides community control over program design, program delivery, program administration and funding allocation in an era when HRDC is no longer involved in those functions having transferred them through the AHRDAs. Applicants say the benefit of local community control allows communities the flexibility to design and implement labour market strategies tailored to meet their respective labour market needs. Moreover, AHRDS yields to Aboriginal individuals a locally controlled representative community organization accountable to them and having the required knowledge of the community.

[64] Applicants attack HRDC's stated rationale for exclusion: critical mass and lack of consensus after consultation with them. They argue critical mass is not an issue in Winnipeg and Toronto. That may be so in other areas. But, Ardoch has advised HRDC it is willing to join with NPAAMB or link up with other rural non-reserve First Nation communities in the Ottawa Valley.

[65] The applicants challenge HRDC on the degree of consultation it made to determine if a representative

équilibre en négociant des ADRHA avec les organisations communautaires qui pouvaient démontrer qu'elles avaient l'infrastructure nécessaire pour fournir les programmes.

[62] DRHC prétend avoir signé des ADRHA avec les organisations seulement lorsqu'il existait une masse critique, du point de vue du nombre d'habitants, et que le mot «local» utilisé dans ce contexte signifiait simplement que les décisions seraient prises au palier qui serait le mieux en mesure d'assurer le développement et la concrétisation d'occasions d'emplois, de formation et de perfectionnement des aptitudes professionnelles pour les Autochtones.

[63] Les demandeurs prétendent pour leur part que la SDRHA est un programme complet qui offre un certain nombre d'avantages clés, dont le contrôle par la collectivité locale est l'un des plus importants puisque cet avantage donne à la collectivité le contrôle sur la conception des programmes, leur prestation et leur mise en œuvre ainsi que sur la répartition du financement dans un domaine où DRHC ne participe plus à ces fonctions puisqu'il les leur a transférées par l'entremise des ADRHA. Les demandeurs prétendent que cet avantage que représente le contrôle par la collectivité locale donne aux collectivités la flexibilité de concevoir et de mettre en œuvre des stratégies axées sur le marché du travail conçues pour répondre à leurs besoins respectifs à cet égard. Qui plus est, grâce à la SDRHA, les Autochtones disposent d'une organisation communautaire représentative qui est contrôlée au palier local, qui doit répondre de ses gestes devant eux et qui connaît bien la collectivité.

[64] Les demandeurs contestent les raisons fournies par DRHC pour les avoir exclus: la masse critique et le manque de consensus après consultation avec eux. Ils prétendent que la masse critique n'est pas un problème à Winnipeg et à Toronto. C'est peut-être le cas dans d'autres régions. Mais, Ardoch a informé DRHC qu'elle est disposée à se joindre au CGRAPN ou à d'autres collectivités des Premières nations vivant hors réserve et en milieu rural dans la vallée de l'Outaouais.

[65] Les demandeurs contestent les affirmations de DRHC concernant le degré de consultations qu'il a

organization could be found in urban centres and refer to cross-examination of HRDC officials that such consultation never sought to determine whether there was a consensus in urban communities as to which organization should deliver the urban/off-reserve component.

#### D. ANALYSIS

##### (1) The principles

[66] In terms of the applicable principles governing section 15 of the Charter claims, three Supreme Court of Canada decisions were cited by both sides:

(1) *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497;

(2) *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; and

(3) *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950.

[67] The importance of *Law, supra*, lies in its synthesis of all previous Supreme Court of Canada decisions interpreting section 15 of the Charter. Justice Iacobucci, on behalf of the Court, translated his analysis into guidelines for use by courts in determining equality claims under section 15 of the Charter.

[68] *Corbiere, supra*, is significant. In a case brought by off-reserve members of the Batchewana Indian Band, the Supreme Court of Canada struck down, on section 15 Charter grounds, a section of the *Indian Act* which required Band members to be “ordinarily resident on the reserve” in order to vote in Band elections.

[69] *Lovelace, supra*, is of considerable application. That case challenged a program established by the Government of Ontario which distributes the proceeds of that province’s first reserve-based commercial casino only to Ontario First Nation communities registered as bands under the *Indian Act* to the exclusion of non-band

tenues pour déterminer si on pouvait trouver dans les centres urbains une organisation représentative et ils font référence au contre-interrogatoire des fonctionnaires de DRHC qui fait ressortir que cette consultation n’a jamais eu pour but de déterminer s’il y avait dans les collectivités urbaines un consensus quant à savoir quelle organisation devrait se charger du volet ayant trait aux Autochtones vivant dans les villes et hors réserve.

#### D. ANALYSE

##### 1) Les principes

[66] Pour ce qui concerne les principes qui régissent les revendications fondées sur l’article 15 de la Charte, trois décisions de la Cour suprême du Canada ont été citées par les deux parties:

1) *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497;

2) *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; et

3) *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950.

[67] L’importance de l’arrêt *Law*, précité, tient au fait qu’il fait la synthèse de toutes les décisions antérieures de la Cour suprême du Canada qui ont interprété l’article 15 de la Charte. Le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour, a traduit son analyse en directives à l’intention des tribunaux chargés de statuer sur les revendications fondées sur l’égalité en application de l’article 15 de la Charte.

[68] L’arrêt *Corbiere*, précité, est important. Dans une action intentée par des membres de la bande indienne de Batchewana vivant hors réserve, la Cour suprême du Canada a annulé, pour des motifs fondés sur l’article 15 de la Charte, un article de la *Loi sur les Indiens* qui exigeait que les membres de la bande «réside[nt] ordinairement sur la réserve» pour avoir le droit de voter aux élections de la bande.

[69] L’arrêt *Lovelace*, précité, a une application étendue. Dans cette affaire, on contestait un programme établi par le gouvernement de l’Ontario qui distribue les recettes du premier casino commercial exploité dans une réserve de cette province aux seules collectivités des Premières nations de l’Ontario inscrites en tant que

Aboriginal communities who were the plaintiffs at trial. The plaintiffs included Ardoch Algonquin First Nation and Allies, several other Ontario rural non-reserve First Nation communities, one Métis and non-status Indian association and the Ontario Métis Aboriginal Association. The Supreme Court of Canada decided Ontario's program did not violate section 15 of the Charter as the plaintiffs had not made out a case of substantive discrimination.

(a) The principles in *Law, supra*

[70] Justice Iacobucci in *Law, supra*, first addresses the general approach to section 15: “[o]n its face . . . guarantees the equal treatment of individuals by the state without discrimination” (paragraph 22). The approach must always be purposive and contextual and mandates a three-stage inquiry concerning the impugned law or action. He expresses this three-stage inquiry in the following terms, at paragraph 39:

First, does the impugned law [program] (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage?

[71] At paragraph 51 of the *Law* decision, Justice Iacobucci restates previous Supreme Court of Canada decisions on the purpose of section 15:

All of these statements share several key elements. It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social

bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens* à l'exclusion des collectivités autochtones non constituées en bandes qui étaient les demandesses au procès. Les demandesses incluait la Première nation algonquine d'Ardoch et ses alliés, plusieurs autres collectivités de Premières nations vivant hors réserve dans des régions rurales de l'Ontario, une association de Métis et d'Indiens non inscrits et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario. La Cour suprême du Canada a décidé que le programme ontarien ne contrevenait pas à l'article 15 de la Charte puisque les demandeurs n'avaient pas réussi à prouver qu'il y avait réellement eu discrimination.

a) Les principes énoncés dans l'arrêt *Law, précité*

[70] Dans l'arrêt *Law, précité*, le juge Iacobucci a tout d'abord traité de la démarche générale à suivre pour interpréter l'article 15: «À sa face même, [l'article 15] garantit à tous un traitement égal par l'État, indépendamment de toute discrimination» (paragraphe 22). L'approche doit toujours être fondée sur l'objet visé et le contexte et elle exige que l'on se pose trois grandes questions concernant la loi ou la mesure contestée. Il exprime ces trois grandes questions dans les termes suivants au paragraphe 39:

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique?

[71] Au paragraphe 51 de l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci reformule les décisions antérieures de la Cour suprême du Canada concernant l'objet de l'article 15:

Tous ces énoncés ont plusieurs éléments clés en commun. On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes

prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration. Legislation which effects differential treatment between individuals or groups will violate this fundamental purpose where those who are subject to differential treatment fall within one or more enumerated or analogous grounds, and where the differential treatment reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable, or less worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. Alternatively, differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of s. 15(1) where it does not violate the human dignity or freedom of a person or group in this way, and in particular where the differential treatment also assists in ameliorating the position of the disadvantaged within Canadian society.

[72] Justice Iacobucci, in the next paragraph, stated “in the articulation of the purpose of s. 15(1) . . . a focus is quite properly placed upon the goal of assuring human dignity by the remedying of discriminatory treatment”. He then proceeds, in paragraph 53, to analyse what human dignity is and concludes at paragraph 54 stating “[t]he overriding concern with protecting and promoting human dignity in the sense just described infuses all of the elements of the discrimination analysis”.

[73] He continued his analysis by stating in order to determine whether the fundamental purpose of subsection 15(1) is brought into play in a particular case, it was essential to engage in a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant. In discussing the comparative approach, he concluded at paragraph 56 “[u]ltimately, a court must identify differential treatment as compared to one or more other persons or groups. Locating the appropriate comparator is necessary in identifying differential treatment and the grounds of the distinction. Identifying the appropriate comparator will be relevant when considering many of the contextual factors in the discrimination analysis”.

et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération. Une disposition législative qui produit une différence de traitement entre des personnes ou des groupes est contraire à cet objectif fondamental si ceux qui font l'objet de la différence de traitement sont visés par un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues et si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. Subsidiairement, une différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne, ou d'un groupe de cette façon, surtout si la différence de traitement contribue à l'amélioration de la situation des défavorisés au sein de la société canadienne.

[72] Au paragraphe suivant, le juge Iacobucci déclare ceci: «dans la formulation de l'objet du par. 15(1) [. . .] l'accent est mis, à juste titre, sur le but de préserver la dignité humaine au moyen de l'élimination du traitement discriminatoire». Il commence ensuite, au paragraphe 53, à analyser en quoi consiste la dignité humaine et il conclut, au paragraphe 54 dans les termes suivants: «Tous les éléments de l'analyse relative à la discrimination sont imprégnés de la volonté supérieure de préserver et de promouvoir la dignité humaine, au sens susmentionné».

[73] Il poursuit son analyse en déclarant que, pour déterminer si l'objet fondamental du paragraphe 15(1) intervient dans le cadre d'une allégation donnée, il est essentiel d'effectuer une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l'allégation et le demandeur. Après avoir discuté de la nature de la méthode comparative, il conclut comme ceci, au paragraphe 56: «En dernière analyse, le tribunal doit établir la différence de traitement par comparaison avec une ou plusieurs autres personnes ou groupes. Il est nécessaire de trouver l'élément de comparaison approprié pour cerner la différence de traitement et les motifs de la distinction. Il y aura lieu de trouver l'élément de comparaison approprié au moment de l'examen des nombreux facteurs contextuels dans l'analyse de la discrimination».

[74] In *Law, supra*, Justice Iacobucci addressed the issue of contextual factors at length. He identified four such factors which may be referred to by a subsection 15(1) claimant “in order to demonstrate that legislation [government action or program] has the effect of demeaning his or her dignity” (paragraph 62) cautioning, however, there are “undoubtedly others, and not all four factors will necessarily be relevant in every case” (*ibid*). Those four factors go to the issue of whether a claimant has made out a case of substantive discrimination.

[75] The four contextual factors referred to were:

- (1) pre-existing disadvantage;
- (2) the relationship between grounds and the claimant’s characteristics or circumstances;
- (3) ameliorative purpose or effects; and
- (4) nature of the interest affected.

[76] He found that “probably the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed . . . is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice experienced by the individual or group” (paragraph 63):

These factors are relevant because, to the extent that the claimant is already subject to unfair circumstances or treatment in society by virtue of personal characteristics or circumstances, persons like him or her have often not been given equal concern, respect, and consideration. It is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization.

[77] My understanding of the Supreme Court of Canada’s second contextual factor “the relationship between grounds and the claimant’s characteristic or circumstances” is how an alleged Charter ground such as age, disability or sex corresponds to the claimant’s needs (requirements), capacity (ability) and circumstances. Justice Iacobucci remarked that “legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others

[74] Dans l’arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a traité en détail de la question des facteurs contextuels. Il a identifié quatre facteurs sur lesquels peut s’appuyer un demandeur «pour démontrer que des dispositions législatives [une mesure ou un programme gouvernemental] ont pour effet de saper sa dignité» (paragraphe 62) en faisant toutefois une mise en garde pour préciser qu’«il en existe évidemment d’autres, et que les quatre facteurs ne [sont] pas nécessairement tous pertinents dans chaque cas» (*ibid*). Ces quatre facteurs sont utilisés pour déterminer si le demandeur a prouvé qu’il y avait réellement discrimination.

[75] Les quatre facteurs contextuels sont les suivants:

- 1) le désavantage préexistant;
- 2) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur;
- 3) l’objet ou l’effet d’amélioration; et
- 4) la nature du droit touché.

[76] Il conclut que «le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu’une différence de traitement imposé [. . .] est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe» (paragraphe 63):

Ces facteurs sont pertinents parce que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l’objet d’un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d’une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n’aient pas fait l’objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s’ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l’accentuation de leur caractérisation sociale injuste [. . .].

[77] Pour ce qui est du deuxième facteur contextuel énoncé par la Cour suprême du Canada, soit «le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur», l’interprétation que j’en donne est de savoir comment un motif qui serait fondé sur la Charte, comme l’âge, l’incapacité ou le sexe, correspond aux besoins (exigences) du demandeur, à sa capacité (ses compétences) et à sa situation personnelle. Le juge

with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity” (paragraph 70). Conversely, where legislation or the program fails to take into account a claimant’s actual situation, it will be easier to establish discrimination.

[78] He considered an important contextual factor to be the ameliorative purpose or effects of the impugned legislation or government action upon a more disadvantaged person or group because, quoting from Justice Sopinka in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241 [paragraph 66], “the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society”. Justice Iacobucci continues (at paragraph 72):

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation.

[79] He emphasized this factor to be likely only relevant where the person or group that is excluded from the scope of ameliorative legislation or other State action is more advantaged in a relative sense adding “[u]nderinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of a historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination” (paragraph 72) (emphasis mine).

[80] The last contextual factor adverted to by Justice Iacobucci is the nature of the interest affected. He quoted from Justice L’Heureux-Dubé in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 [paragraph 63]:

Iacobucci fait remarquer que «la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d’autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d’une façon qui respecte leur[s] valeur[s] en tant qu’êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d’avoir un effet négatif sur la dignité humaine» (paragraphe 70). Réciproquement, lorsque la disposition législative ou le programme ne prend pas en compte la situation véritable d’un demandeur, il sera plus facile d’établir la discrimination.

[78] À son avis, un facteur contextuel important serait l’objet ou l’effet d’amélioration des dispositions législatives ou autres mesures étatiques contestées eu égard à une personne ou un groupe plus défavorisés dans la société parce que, comme le disait le juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 [paragraphe 66] «le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination par l’attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l’ensemble de la société ordinaire». Le juge Iacobucci poursuit en ces termes (au paragraphe 72):

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l’objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l’exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives.

[79] Il souligne que ce facteur ne sera probablement pertinent que dans la mesure où la personne ou le groupe exclu de l’application de dispositions ou d’une autre mesure étatique apportant une amélioration est relativement plus favorisé et il ajoute ceci: «Des dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d’un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination» (au paragraphe 72) (non souligné dans l’original).

[80] Le dernier facteur contextuel auquel fait allusion le juge Iacobucci est la nature du droit touché. Il cite M<sup>me</sup> le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 [paragraphe 63]:

If all other things are equal, the more severe and localized the . . . consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

[81] He noted Madam Justice L'Heureux-Dubé explained at paragraph 64 (of the *Egan* decision), that the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating not only the economic but also the constitutional and societal significance attributed to the interest or interests adversely affected by the legislation in question. Moreover, it is relevant to consider whether the distinction restricts access to a fundamental social institution, or affects «a basic aspect of full membership in Canadian society», or «constitute[s] a complete non-recognition of a particular group.»

[82] At paragraph 75 of his reasons, Justice Iacobucci concludes his analysis of the contextual factors a claimant may refer to in order to establish an infringement of equality rights in a purposive sense:

An infringement of s. 15(1) of the *Charter* exists if it can be demonstrated that, from the perspective of a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant who takes into account the contextual factors relevant to the claim, the legislative imposition of differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity: . . . Demonstrating the existence of discrimination in this purposive sense will require a claimant to advert to factors capable of supporting an inference that the purpose of s. 15(1) of the *Charter* has been infringed by the legislation [or government action].

(b) The findings in *Corbiere*

[83] In *Corbiere, supra*, the Supreme Court of Canada was unanimous in the result with the reasons written by McLachlin J. (now Chief Justice of Canada) and Bastarache J. subscribed to by three other Justices and those written by Justice L'Heureux-Dubé subscribed in by three other Justices. Both sets of reasons followed the framework analysis for section 15 outlined in *Law, supra*.

Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

[81] Il note que M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé a expliqué au paragraphe 64 (de l'arrêt *Egan*), qu'on ne peut évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. Qui plus est, il est pertinent d'examiner si la distinction restreint de quelque façon l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromet «un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne» ou «a pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier».

[82] Au paragraphe 75 de ses motifs, le juge Iacobucci conclut son analyse des facteurs contextuels sur lesquels peut s'appuyer un demandeur afin d'établir qu'il y a eu contravention aux principes d'égalité des droits dans un sens fondé sur l'objet visé dans les termes suivants:

Il y a violation du par. 15(1) de la *Charte* s'il peut être démontré que, dans la perspective d'une personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle où se trouve le demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents aux fins de l'allégation, l'imposition d'une différence de traitement dans la loi a pour effet de porter atteinte à sa dignité [. . .] Démontrer l'existence d'une discrimination suivant cette démarche fondée sur l'objet exigera du demandeur qu'il invoque des facteurs permettant d'inférer que les dispositions [ou la mesure étatique] constituent une atteinte à l'objet du par. 15(1) de la *Charte*.

b) Les conclusions de l'arrêt *Corbiere*

[83] Dans l'arrêt *Corbiere*, précité, la Cour suprême du Canada a été unanime quant au résultat, d'une part sous la plume de M<sup>me</sup> le juge McLachlin (maintenant juge en chef) et de M. le juge Bastarache, au raisonnement desquels ont souscrit trois autres juges et d'autre part sous la plume de M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé, au raisonnement de laquelle ont souscrit trois autres juges. Les deux séries de motifs ont suivi le cadre d'analyse de l'article 15 élaboré dans l'arrêt *Law*, précité.

[84] I take from *Corbiere, supra*, the following points in terms of the three-stage analysis:

(1) Section 77 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14] of the *Indian Act*'s exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies the first step which is "to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden" as *per* McLachlin and Bastarache JJ. (paragraph 4). Justice L'Heureux-Dubé characterized the distinction, namely the exclusion of the band members who live off-reserve from the definition of elector within the band under the *Indian Act* as differential treatment;

(2) The Court was satisfied on the second inquiry finding the denial of benefits/unequal burden or differential treatment was made on an analogous ground by looking at the purpose of section 15 and whether the analogous ground was like the enumerated grounds which "often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable costs to personal identity" as *per* McLachlin and Bastarache JJ. (paragraph 13) who also found "'Aboriginality-residence' as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is an analogous ground" (paragraph 14) because the distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity, the situation of off-reserve Aboriginal band members being unique and immutable.

Justice L'Heureux-Dubé found "Aboriginality-residence" to be an analogous ground reaching this conclusion, however, by not only examining the purpose of section 15 but also the contextual factors set out in *Law, supra*. In her perspective, the fact that band members living off-reserve had generally experienced disadvantage and prejudice and formed part of a "discrete and insular minority" defined by race and

[84] Je déduis de l'arrêt *Corbiere*, précité, les points suivants qui se rapportent à l'analyse en trois étapes:

1) l'exclusion, découlant de l'article 77 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 14] de la *Loi sur les Indiens*, des membres hors réserve des bandes indiennes quant au droit de voter à l'égard de l'administration de leur bande respecte la première exigence qui consiste «à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l'égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal», selon le raisonnement du juge McLachlin et du juge Bastarache (paragraphe 4). Le juge L'Heureux-Dubé qualifie cette distinction, c'est-à-dire l'exclusion des membres hors réserve des bandes indiennes de la définition d'électeur au sein de la bande en vertu de la *Loi sur les Indiens*, de différence de traitement;

2) la Cour s'est dite convaincue, pour ce qui est de la deuxième question à poser dans l'analyse, que le déni d'égalité de bénéfice de la loi ou le fardeau inégal ou la différence de traitement se fondait sur un motif analogue, en examinant l'objet de l'article 15 et en se demandant si le motif analogue était semblable aux motifs énumérés qui «sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inaccessible du point de vue de l'identité personnelle», selon le raisonnement des juges McLachlin et Bastarache (paragraphe 13) qui estiment également que "'l'autochtonité-lieu de résidence" constitue un motif analogue lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci» (paragraphe 14) parce que la distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes, la situation des membres hors réserve des bandes autochtones étant unique et immuable.

Le juge L'Heureux-Dubé a conclu que le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» est un motif analogue; toutefois, pour parvenir à cette conclusion, elle n'a pas examiné seulement l'objet de l'article 15, mais également les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law*, précité. Selon sa perspective, le fait que les membres hors réserve des bandes aient généralement connu des désavantages et subi des préjudices et qu'ils

place of residence was important.

McLachlin and Bastarache JJ. disagreed with her approach stating at paragraph 10 of their joint reasons:

If it is the intention of L'Heureux-Dubé J.'s reasons to affirm contextual dependency of the enumerated and analogous grounds, we must respectfully disagree. If "Aboriginality-residence" is to be an analogous ground. . . then it must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination, whether the challenge is to a governmental tax credit, a voting right, or a pension scheme. This established, the analysis moves to the third stage: whether the distinction amounts, in purpose or effect, to discrimination on the facts of the case. [Emphasis mine.]

(3) The third inquiry, a fact-finding and contextual one, is to determine whether the distinction amounts, in purpose or effect, to discrimination. McLachlin and Bastarache JJ. found substantive discrimination existed by reference to three contextual factors referred to in *Law, supra*: pre-existing disadvantage, correspondence and importance of the interests affected. They wrote, at paragraph 17:

The impugned distinction perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members by denying them the right to vote and participate in their band's governance. Off-reserve band members have important interests in band governance which the distinction denies. They are co-owners of the band's assets. The reserve, whether they live on or off it, is their and their children's land. [Emphasis mine.]

McLachlin and Bastarache JJ. concluded the section 77 disenfranchisement resulted in the denial of substantive equality because its message was clear: "off-reserve band members are not as deserving as those band members who live on reserves". This distinction was made on the arbitrary basis of a personal characteristic (paragraph 18).

[85] Justice L'Heureux-Dubé's opinion that the third inquiry was met was considerably more elaborate. She

soient membres de «minorités distinctes et isolées» du fait de leur race et de leur lieu de résidence était important.

Les juges McLachlin et Bastarache n'ont cependant pas accepté son raisonnement en déclarant ce qui suit au paragraphe 10 de leurs motifs:

Si les motifs du juge L'Heureux-Dubé visent à faire dépendre du contexte l'existence même des motifs énumérés et des motifs analogues, nous devons, avec égards, exprimer notre désaccord. Si le motif de l'«autochtonité-lieu de résidence» doit constituer un motif analogue [. . .], il doit alors constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle, que la contestation vise un crédit d'impôt gouvernemental, un droit de vote ou un régime de pension. Ceci étant établi, nous passons maintenant à la troisième étape de l'analyse, soit la question de savoir si, de par son objet ou ses effets, la distinction est source de discrimination à la lumière des faits de l'espèce. [Non souligné dans l'original.]

3) La troisième question à poser, qui est une question de recherche des faits et de contexte, consiste à déterminer si la distinction équivaut du point de vue de son objet ou de son effet, à de la discrimination. Les juges McLachlin et Bastarache ont conclu qu'il y avait réellement eu discrimination en s'appuyant sur trois des facteurs contextuels dont il est question dans l'arrêt *Law*, précité: la préexistence d'un désavantage, la correspondance du droit touché et son importance. Ils écrivent ceci au paragraphe 17:

La distinction reprochée perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes en les privant de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande. Ces personnes ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande, ce que la distinction les empêche de faire. Ils sont copropriétaires de l'actif de la bande. Qu'ils y vivent ou non, la réserve est leur territoire et celui de leurs enfants. [Non souligné dans l'original.]

Les juges McLachlin et Bastarache concluent que la privation du droit de vote découlant de l'article 77 entraîne un déni d'égalité du bénéfice de la loi parce que son message est clair: «les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas aussi méritants que les membres qui vivent dans les réserves». Cette distinction est faite sur la base arbitraire d'une caractéristique personnelle (paragraphe 18).

[85] L'opinion du juge L'Heureux-Dubé selon lequel le troisième critère a été établi était beaucoup plus

summarized her conclusions at paragraph 91 of her reasons in the following terms:

In summary, therefore, a contextual view of the people affected and the differential treatment in question leads to the conclusion that this legislative distinction conflicts with the purposes of s. 15(1). The people affected by this distinction, in general, are vulnerable and disadvantaged. They experience stereotyping and disadvantage as Aboriginal people and band members living away from reserves. They form part of a “discrete and insular minority” defined by race and residence, and it is more likely that further disadvantage will have a discriminatory impact upon them. Second, the distinction in question does not correspond with the characteristics or circumstances of the claimants and on-reserve band members in a manner which “respects and values their dignity and difference”: . . . The powers of the band council affect cultural, political, and financial interests and needs that are shared by band members living on and off the reserve. Third, the nature of the interests affected is fundamental. Given the form of representative democracy provided for in the *Indian Act*, failure to give any voice in that process to certain members of the band affects an important attribute of membership, and places a barrier between them and a community which has particular importance to them. . . . Finally, the interest affected is also significant because of the ways in which, in the past, ties between band members and the band or reserve have been involuntarily or reluctantly severed. Those affected or their parents may have left the reserve for many reasons that do not signal a lack of interest in the reserve given the various historical circumstances surrounding reserve communities in Canada such as an often inadequate land base, a serious lack of economic opportunities and housing, and the operation of past Indian status and band membership rules imposed by Parliament.

(c) What Lovelace, supra, holds

[86] In *Lovelace, supra*, Justice Iacobucci wrote the reasons on behalf of a unanimous Court. He continued the *Law* analytical framework for section 15 Charter equality cases. He considered “[a]t the centre of this appeal is the appellants’ claim that their exclusion from the First Nations Fund represents a contravention of the equality right guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*” (paragraph 51).

élaborée. Elle résume ses conclusions au paragraphe 91 de ses motifs dans les termes suivants:

En résumé donc, l’analyse contextuelle des personnes touchées et de la différence de traitement en question amène à conclure que la distinction établie par la loi est incompatible avec les objectifs du par. 15(1). Les personnes touchées par cette distinction sont, en général, vulnérables et défavorisées. Elles font l’objet de stéréotypes et souffrent de désavantages à la fois comme Autochtones et comme membres hors réserve des bandes indiennes. Elles font partie d’une «minorité discrète et isolée» qui est définie par la race et le lieu de résidence, et il est vraisemblable que l’imposition de désavantages additionnels aura sur elles un effet discriminatoire. Deuxièmement, la distinction en question ne correspond ni aux caractéristiques ni à la situation des demandeurs et des membres hors réserve des bandes indiennes d’une manière qui «respecte et valorise leur dignité et leur différence»; [. . .] Les pouvoirs des conseils de bande ont une incidence sur des droits et besoins économiques, culturels et politiques que partagent les membres qui habitent les réserves et ceux qui vivent à l’extérieur de celles-ci. Troisièmement, la nature des droits touchés est fondamentale. Compte tenu de la forme de démocratie représentative prévue par la *Loi sur les Indiens*, le fait de ne pas donner à certains membres de la bande la possibilité de s’exprimer dans le cadre de ce processus a des conséquences sur un attribut important de l’appartenance à la bande, et crée un obstacle entre ces personnes et une communauté qui a une importance particulière pour celles-ci. [. . .] Enfin, le droit touché est également important en raison des diverses façons par lesquelles les liens qui unissaient des membres d’une bande à celle-ci ou à la réserve ont, volontairement ou à contrecoeur, été rompus dans le passé. Il est possible que les personnes touchées ou leurs parents aient quitté la réserve pour des raisons qui ne témoignent pas d’un manque d’intérêt envers la réserve, compte tenu des diverses circonstances qui, historiquement, ont caractérisé la vie des communautés habitant les réserves au Canada, telles que des assises territoriales souvent insuffisantes, de graves pénuries de logement et de possibilités de développement économique et l’application des anciennes règles imposées par le Parlement qui régissaient le statut Indien et l’appartenance aux bandes.

c) Les conclusions de l’arrêt Lovelace, précité

[86] Dans l’arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci a rédigé les motifs au nom d’une Cour unanime. Il a poursuivi le cadre analytique élaboré dans l’arrêt *Law* pour l’interprétation de l’article 15 de la Charte portant sur les cas de droit à l’égalité. Il a estimé que «[l’]essence du présent pourvoi est la prétention des parties appelantes que leur exclusion du Fonds des Premières nations contrevient au droit à l’égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*» (paragraphe 51).

[87] He reiterated the central purpose of the guarantee in subsection 15(1) is to protect against the violation of essential human dignity and he confirmed the three broad inquiries required for the determination of a discrimination claim at paragraph 53 of his reasons:

First, we must examine whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others. Secondly, we must establish whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds. And finally, we must ask whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory.

[88] Justice Iacobucci emphasized the discrimination inquiry “demands a full contextual analysis . . . focused through the application of contextual factors which have been identified as being particularly sensitive to the potential existence of substantive discrimination . . . [which] proceeds on the basis of ‘a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant’” (paragraph 55).

[89] At the same paragraph, he stated:

Further, the determination of the appropriate comparator and the evaluation of the context must be examined from the reasonable perspective of the claimant. The question to be asked is whether, taking the perspective of a “reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim” . . . the law has the effect of demeaning a claimant’s human dignity. . . .

[90] I take the following principles from *Lovelace*, *supra*, as particularly relevant to this judicial review application.

[91] First, Justice Iacobucci confirmed a subsection 15(1) scrutiny was not limited to distinctions set out only in legislation. It was clearly available to review ameliorative programs established by government.

[92] Second, he acknowledged the historical disadvantage suffered by both claimant and the comparator group and rejected a relative disadvantage approach. He said a section 15 inquiry “does not direct the appellants and respondents to a ‘race to the bottom’,

[87] Il a réitéré que l’objectif essentiel de la garantie accordée par le paragraphe 15(1) est de protéger la population contre toute atteinte à la dignité humaine essentielle et il a confirmé qu’il faut répondre à trois grandes questions pour statuer sur une allégation de discrimination au paragraphe 53 de ses motifs:

Premièrement, il faut se demander si la loi, le programme ou l’activité traite le demandeur différemment d’autres personnes. Deuxièmement, il faut déterminer si cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues. Enfin, il faut se demander si la loi, le programme ou l’activité contesté a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle.

[88] Le juge Iacobucci a insisté sur le fait que l’analyse relative à la discrimination «commande un examen exhaustif du contexte [. . .] [qu’elle s’attache] à l’application de facteurs contextuels qui ont été considérés particulièrement susceptibles de révéler l’existence potentielle de discrimination réelle [. . .] [et qui] prend la forme d’ “une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l’allégation et le demandeur” (paragraphe 55).

[89] Il poursuit au même paragraphe dans les mots suivants:

En outre, la détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation du contexte doivent être réalisées à partir du point de vue raisonnable du demandeur. La question qu’il faut se poser est de savoir si, du point de vue d’une «personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents» [. . .] la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur.

[90] À mon avis, les principes suivants tirés de l’arrêt *Lovelace*, précité, sont particulièrement pertinents à la présente demande de contrôle judiciaire.

[91] Tout d’abord, le juge Iacobucci a confirmé qu’un examen du paragraphe 15(1) n’était pas limité aux seules distinctions établies par un texte de loi. Il est tout à fait possible d’examiner des programmes améliorateurs établis par l’État.

[92] Deuxièmement, il a reconnu le désavantage historique qu’ont subi le demandeur et le groupe de comparaison et il a rejeté la démarche fondée sur le désavantage relatif. Il a dit que l’examen de l’article 15 «n’engage pas les parties appelantes et les intimées dans

i.e. the claimants are not required to establish that they are more disadvantaged than the comparator group”. To him, it was important to acknowledge “that all Aboriginal peoples have been affected ‘by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples’ . . . Aboriginal peoples experience high rates of unemployment and poverty, and face serious disadvantages in the areas of education, health, and housing”, citing both *Corbiere, supra* and the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (paragraph 69).

[93] Third, he found the section 15 inquiry “must proceed on the basis of comparing band and non-band aboriginal communities” finding “no basis for limiting the comparison of band communities with rural non-band aboriginal communities” (emphasis mine) because “there is a great degree of diversity in the living circumstances of the appellant groups which cannot be properly reflected by this single descriptor” (paragraph 64).

[94] Fourth, in his analysis of the contextual factors and particularly the contextual factor related to correspondence of the grounds to the needs, capacities and circumstances, Justice Iacobucci emphasized it was important to fully understand the nature of the program.

[95] Fifth, relying on various passages from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (RCAP) he found the claimant groups faced a unique set of disadvantages in terms of inequalities existing between groups of Aboriginal people quoting from RCAP, vol. 3, at page 204 [paragraph 70]:

Since federal programs and services, with all their faults, typically are the only ones adapted to Aboriginal needs, they have long been a source of envy to non-status and urban Indians, to Inuit outside their northern communities, and to Métis people.

He continued at paragraphs 71 and 72 by writing:

une “course vers le bas”, en d’autres mots les demandeurs ne sont pas tenus de démontrer qu’ils sont plus défavorisés que le groupe de comparaison». Pour lui cependant, il était important de reconnaître que «tous les peuples autochtones subissent les effets “de l’héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones” [. . .]. Les peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et ils font face à d’importants désavantages dans les domaines de l’éducation, de la santé et du logement», citant à la fois l’arrêt *Corbiere*, précité et le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (paragraphe 69).

[93] Troisièmement, il estime que l’analyse fondée sur l’article 15 «doit être faite en comparant les communautés autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas [. . .] [concluant qu’il n’y a] aucune raison de comparer les communautés constituées en bandes aux seules communautés autochtones rurales non constituées en bandes» (non souligné dans l’original) parce qu’«il existe, dans les conditions de vie des groupes appelants, une grande diversité qui ne peut pas être reflétée convenablement par ce seul élément descriptif» (paragraphe 64).

[94] Quatrièmement, dans son analyse des facteurs contextuels et plus particulièrement du facteur contextuel lié à la correspondance entre les motifs et les besoins, les capacités et la situation, le juge Iacobucci a insisté pour dire qu’il était important de comprendre pleinement la nature du programme.

[95] Cinquièmement, s’appuyant sur différents passages du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (CRPA), il a conclu que les groupes demandeurs faisaient face à un ensemble unique de désavantages du point de vue des inégalités, existant entre les différents groupes de populations autochtones, et il se réfère à la page 230, vol. 3 du *Rapport de la CRPA* [paragraphe 70]:

Ces programmes fédéraux, malgré tous leurs défauts, sont habituellement les seuls qui soient adaptés aux besoins des autochtones, et cette situation fait l’envie des autochtones citadins, des Indiens non inscrits, des Inuit vivant à l’extérieur de leurs communautés nordiques et des Métis.

Il continue dans ces mots aux paragraphes 71 et 72:

Furthermore, the appellants have emphasized that these disadvantages have been exacerbated by continuing unfair treatment perpetuated by the stereotype that they are “less aboriginal”, with the result that they are generally treated as being less worthy of recognition, and viewed as being disorganized and less accountable than other aboriginal peoples. In *Law, supra*, this Court affirmed that the existence of substantive discrimination was highly correlated with the existence of a stigmatizing stereotype. In essence, a stereotype is a “misconception whereby a person or, more often, a group is unfairly portrayed as possessing undesirable traits, or traits which the group, or at least some of its members, do not possess” . . .

In *Corbiere, supra*, this Court recognized the vulnerability of off-reserve First Nations band members to unfair treatment on the basis of that group being stereotyped as “less Aboriginal” than band members living on a reserve. . . . While the appellants are situated differently from the Corbiere claimants, I accept that the appellants in this appeal are vulnerable to stereotyping in a similar and a somewhat related fashion. [Emphasis mine.]

[96] Justice Iacobucci in his reasons “having decided the relevant comparator group” considered the first and second stages of the discrimination inquiry. He characterized the first stage as an examination “whether the appellants were subject to differential treatment” and found “[c]learly, the appellants have been subjected to differential treatment since the province of Ontario confirmed, on May 2, 1996, that the appellants were excluded from a share of the First Nations Fund and any related negotiation process (paragraphs 65 and 66).

[97] He turned the second stage “whether this differential treatment was on the basis of an enumerated or analogous ground under s. 15(1)”. He considered the submissions of the Métis appellants that they were excluded on the basis of race or ethnicity. He contrasted this with the submission by the *Lovelace* appellants who submitted “that non-registration under the *Indian Act* is inextricably tied to a long-standing cultural, community and personal identity of a group of individuals constituting a discrete and insular minority within the larger aboriginal population. Further, they argue, that

En outre, les parties appelantes ont souligné que ces désavantages sont exacerbés par le traitement injuste continu que perpétue le stéréotype selon lequel elles seraient «moins autochtones», ce qui a pour résultat qu’elles sont généralement traitées comme étant moins dignes d’être reconnues et qu’elles sont considérées comme étant désorganisées et moins responsables que les autres peuples autochtones. Dans l’arrêt *Law*, précité, notre Cour a confirmé qu’il y avait une corrélation très étroite entre l’existence de discrimination réelle et l’existence d’un stéréotype stigmatisant. Essentiellement, un stéréotype est une «conception erronée à partir de laquelle une personne ou, la plupart du temps un groupe, est injustement dépeint comme possédant des caractéristiques indésirables, ou des caractéristiques que le groupe, ou au moins certains de ses membres, ne possède pas».

Dans *Corbiere*, précité, notre Cour a reconnu que les membres hors réserve des Premières nations constituées en bandes sont vulnérables aux traitements injustes du fait qu’on attache à ce groupe le stéréotype que ses membres sont «moins autochtones» que les membres de bandes vivant dans des réserves [ . . . ] Bien que, dans le présent pourvoi, les parties appelantes ne soient pas dans la même situation que les demandeurs dans *Corbiere*, j’estime qu’elles sont également vulnérables aux stéréotypes et ce d’une manière assez connexe. [Non souligné dans l’original.]

[96] Dans ses motifs, «[a]yant arrêté le choix du groupe [de] comparaison pertinent» le juge Iacobucci procède aux première et deuxième étapes de l’analyse relative à la discrimination. Il qualifie la première étape d’examen visant à savoir «si les parties appelantes ont fait l’objet d’un traitement différent» et il conclut en ces termes: «Les parties appelantes font manifestement l’objet d’un traitement différent depuis que la province d’Ontario a confirmé, le 2 mai 1996, qu’elles étaient exclues de la participation aux recettes du Fonds des Premières nations et de toute négociation à cet égard» (paragraphes 65 et 66).

[97] Il aborde ensuite la deuxième étape qui consiste à déterminer «si cette différence de traitement était fondée sur un motif énuméré à [l’]article 15] ou un motif analogue à ceux-ci». Il a examiné les prétentions des Métis appelants selon lesquelles ils étaient exclus en raison de leur race ou de leur origine ethnique. Il a comparé ces prétentions à celles fournies par les appelants dans l’arrêt *Lovelace* selon lesquelles «l’absence d’inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* est inextricablement liée à l’identité culturelle, communautaire et personnelle de longue date d’un

their exclusion from the *Indian Act* is constructively immutable” (paragraphs 65-66).

[98] He concluded he did not have to decide the point because of his finding that “even if these grounds are present there is no discrimination in these circumstances” (paragraph 67). He added, however, in the same paragraph, “[a]lthough there may be sound reasons for accepting either the Lovelace or Be-Wab-Bon submissions on the question of enumerated or analogous grounds, and as coming within previous jurisprudence of the Court such as outlined in *Corbiere, supra; Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paragraph 62; *Egan, supra*, and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418”.

[99] Justice Iacobucci then went on in the third stage to consider the four contextual factors set out in *Law, supra*. He found “[t]he appellants have most certainly established pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability, and the Be-Wab-Bon appellants legitimately emphasized that “[f]urther inequities should not be layered upon these widely acknowledged unfair historical exclusions”. He concluded, however, the appellants “have failed to establish that the First Nations Fund functioned by device of stereotype. . . . Instead, . . . this distinction corresponded to the actual situation of individuals it affects, and the exclusion did not undermine the ameliorative purpose of the targeted program. In short, the First Nations Fund does not conflict with the purpose of s. 15(1) and does not engage the remedial function of the equality right” (paragraph 73).

[100] As I read *Lovelace, supra*, the finding of non-discrimination turned mainly on the contextual factor which relates the grounds of the claim of discrimination to the needs, capacities and circumstances of the band communities. Justice Iacobucci looked at the First Nations Fund in the context of the overall project concluding the province and the First Nation bands had

groupe de personnes qui constituent une minorité distincte et isolée au sein de l’ensemble [de] la population autochtone. Ils prétendent également que leur exclusion de la *Loi sur les Indiens* est immuable» (paragraphes 65 et 66).

[98] Il conclut qu’il n’était pas nécessaire qu’il se prononce sur ce point compte tenu de sa conclusion selon laquelle «même si ces motifs sont présents, il n’y a pas de discrimination dans les circonstances» (paragraphe 67). Toutefois, il ajoute ceci dans le même paragraphe: «[q]uoiqu’il puisse y avoir des raisons valables d’accepter aussi bien les arguments des appelants Lovelace que ceux des appelantes Be-Wab-Bon sur la question des motifs énumérés ou analogues et de les considérer conformes à la jurisprudence antérieure de [la] Cour, notamment les arrêts *Corbiere*, précité; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, au paragraphe 62; *Egan*, précité; et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418».

[99] Le juge Iacobucci aborde ensuite la troisième étape qui consiste à examiner les quatre facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Law*, précité. Il conclut en ces termes: «Les parties appelantes ont certes établi la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes et d’une situation de vulnérabilité, et le groupe Be-Wab-Bon a à juste titre fait valoir qu’[TRADUCTION] “[i]l ne faut pas ajouter d’autres iniquités à ces exclusions historiques injustes et largement reconnues”. Il conclut toutefois que les parties appelantes «n’ont pas réussi à démontrer que le Fonds des Premières nations fonctionnait par l’application de stéréotypes [. . .]. Au contraire, [. . .] cette distinction correspond à la situation véritable des individus qu’elle touche, et l’exclusion ne comprenait pas l’objet améliorateur du programme ciblé. Bref, le Fonds des Premières nations n’est pas incompatible avec l’objet du par. 15(1) et ne fait pas entrer en jeu la fonction réparatrice du droit à l’égalité» (paragraphe 73).

[100] D’après l’interprétation que je donne de l’arrêt *Lovelace*, précité, la conclusion de non-discrimination s’appuie principalement sur le facteur contextuel qui lie les motifs de l’allégation de discrimination aux besoins, capacités et situations personnelles des collectivités des bandes. Le juge Iacobucci a examiné le Fonds des Premières nations dans le contexte d’un projet global,

agreed to much more than that the First Nations Fund revenues be directed to community development, etc. He stated [at paragraph 74]:

Specifically, it is critical to recognize that the province did not merely and unilaterally allocate this First Nations Fund from its general consolidated revenue pool. Rather, the First Nations Fund represents the proceeds of a partnered initiative designed to address several issues at once, namely: (i) to reconcile the differing positions of the province and First Nations bands with respect to the need to regulate reserve-based gambling activities, (ii) to support the development of a government-to-government relationship between First Nations bands and the provincial government, as a concretization of the SPR [Statement of Political Partnership], and (iii) to ameliorate the social, cultural and economic conditions of band communities.

[101] Justice Iacobucci stressed the casino project was not only a targeted ameliorative program but was a program that was developed on a partnered basis. He emphasized this partnership between Ontario and the Ontario bands because, in his view, “the casino arrangement must be distinguished from a universal or generally comprehensive benefits program” (paragraph 82).

[102] He found, in this context, it was not surprising “that there is a very high degree of correspondence between the program and the actual needs, circumstances, and capacities of the bands” (paragraph 82).

[103] Justice Iacobucci then examined the contextual factor of ameliorative purpose and extended it to situations “where disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability describes the excluded group or individual” and said the focus of the analysis “is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program in question was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than at disadvantage potentially experienced by any member of society. In other words, we are dealing here with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive”

concluant que la province et les Premières nations constituées en bandes avaient convenu bien davantage que simplement le fait que les recettes du Fonds des Premières nations seraient affectées au développement communautaire, etc. Il déclare ceci [au paragraphe 74]:

En particulier, il est essentiel de reconnaître que la province n’a pas simplement et unilatéralement créé ce Fonds au moyen de sommes prélevées sur le Trésor provincial. Au contraire, le Fonds est constitué des recettes d’une mesure qui a été établie en partenariat et vise à réaliser plusieurs objectifs en même temps, à savoir: (i) concilier les positions différentes de la province et des Premières nations constituées en bandes relativement à la nécessité de réglementer les activités de jeu dans les réserves; (ii) appuyer l’établissement de relations de gouvernement à gouvernement entre les Premières nations constituées en bandes et le gouvernement provincial en vue de donner effet au SPR; (iii) améliorer les conditions sociales, culturelles et économiques des communautés constituées en bandes.

[101] Le juge Iacobucci a insisté pour dire que le projet de casino n’était pas seulement un programme améliorateur ciblé, mais également un programme qui a été élaboré en partenariat. Il a insisté sur ce partenariat entre l’Ontario et les bandes ontariennes parce que, à son avis, «les arrangements concernant le casino doivent être distingués des programmes d’avantages universels ou généralement accessibles» (paragraphe 82).

[102] Dans ce contexte, il a conclu qu’il n’était pas étonnant qu’il existe un «degré très élevé de correspondance entre le programme et les besoins, la situation et les capacités véritables des bandes» (paragraphe 82).

[103] Le juge Iacobucci a ensuite examiné le facteur contextuel de l’objet améliorateur et l’a étendu à des situations «où le désavantage, les stéréotypes, les préjugés ou la vulnérabilité caractérisent le groupe ou l’individu exclu» et il ajoute que «l’aspect central de l’analyse n’est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme en question vise à améliorer la situation d’un groupe défavorisé précis plutôt qu’à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. En d’autres mots, nous sommes en présence d’un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d’avoir un caractère trop limitatif, et non d’un programme améliorateur plus complet auquel on

(paragraph 85). He then added [at paragraph 86]:

Having said this, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society. [Emphasis mine.]

[104] He found the ameliorative purpose of the overall casino project and related First Nations Fund had been clearly established and concluded “[t]he First Nations Fund has, therefore, a purpose that is consistent with s. 15(1) of the *Charter* and the exclusion of the appellants does not undermine this purpose since it is not associated with a misconception as to their actual needs, capacities and circumstances”(paragraph 87).

[105] He touched upon the nature of the interest affected by the program viewing that “that the severe and localized economic interest is interwoven with a compelling interest in a fundamental social institution, namely recognition as self-governing aboriginal communities” [paragraph 89]. He concluded:

However, I fail to see how the targeted arrangement and circumstances surrounding the First Nations Fund, including the special characteristics of First Nations bands as described above, results in any lack of recognition of the appellants as self-governing communities. To the extent that there is any such effect in this respect, I find it remote.

## (2) Application of the principles to this case

[106] Before embarking on the three-stage analysis mandated by the Supreme Court of Canada, I address, at the very start, who the claimants, First Nation members of urban Aboriginal communities living off-reserve in Winnipeg, Toronto and in the Niagara Peninsula and First Nation members who have no reserve and live in Aboriginal communities in the Ottawa Valley, are to be compared to for purposes of the discrimination analysis.

reproche d’avoir un caractère trop limitatif» (paragraphe 85). Il ajoute ensuite [au paragraphe 86]:

Cela dit, il faut reconnaître qu’il est peu probable que le fait d’exclure un groupe d’un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d’associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu’il est moins digne de reconnaissance et d’intégration au sein de la société dans son ensemble. [Non souligné dans l’original.]

[104] Il a aussi conclu que l’objet améliorateur du projet de casino dans son ensemble et du Fonds des Premières nations a clairement été établi et poursuit sur ces mots: «Le Fonds des Premières nations a donc un objet compatible avec le par. 15(1) de la *Charte*, et l’exclusion des parties appelantes ne compromet pas la réalisation de cet objet puisqu’elle n’est pas liée à une conception erronée de leurs besoins, capacités et situation véritables» (paragraphe 87).

[105] Il a aussi abordé la nature du droit touché par le programme estimant que «l’intérêt économique grave et localisé est intimement lié à un intérêt impérieux dans une institution sociale fondamentale, savoir la reconnaissance en tant que communautés autochtones jouissant de l’autonomie gouvernementale» [paragraphe 89]. Il conclut ainsi:

Je ne vois toutefois pas comment les mesures ciblées et les circonstances entourant le Fonds des Premières nations, notamment les caractéristiques spéciales des Premières nations constituées en bandes décrites précédemment, ont pour effet d’empêcher les parties appelantes d’être reconnues comme des communautés titulaires de l’autonomie gouvernementale. Dans la mesure où un tel effet existe, j’estime qu’il est ténu.

## (2) Application des principes à l’espèce

[106] Avant d’entamer l’analyse en trois étapes recommandée par la Cour suprême du Canada, je dois décider en tout premier lieu à quel groupe doivent être comparés, pour les fins de l’analyse relative à la discrimination, les demandeurs qui sont des membres des collectivités des Premières nations vivant dans les villes et hors réserve à Winnipeg, Toronto et dans la péninsule du Niagara et des membres des Premières nations qui ne sont pas rattachés à une réserve et qui vivent dans les communautés autochtones de la vallée de l’Outaouais.

[107] In *Lovelace, supra*, Justice Iacobucci emphasized that generally, the claimant chooses the relevant comparator group but the Court may, within the scope of the grounds pleaded, refine the comparison proposed.

[108] I accept the comparator group proposed by counsel for the Winnipeg applicants. The applicants are to be compared with First Nation members living on-reserve for the purpose of determining whether they and the communities they live in are treated differently by the impugned government program, the AHRDS. In this context, the comparison may also be said to be between First Nation band communities and First Nation urban and rural non-band communities (which was the comparison in *Lovelace, supra*, paragraph 64).

[109] There can be no question AHRDS is subject to Charter scrutiny. *Lovelace, supra*, makes this point quite emphatically.

[110] The existence and functioning of urban and rural Aboriginal communities is also beyond doubt. I need only refer to affidavits of Mary Richard and Wayne Helgason dealing with the Winnipeg Aboriginal community. The Toronto Aboriginal community was described in the affidavit of Joseph Hester and those in the Niagara Peninsula by Vince Hill. Chief Crawford deposed to the functioning of Ardoch.

[111] The first stage of the discrimination inquiry under section 15 of the Charter asks whether the program makes a distinction that denies equal benefit, imposes an unequal burden or put in other words, imposes unequal treatment between the applicants and those in the comparator group.

[112] The benefit denied or unequal treatment imposed claimed by the applicants is the inability under the AHRDS for the communities they live in to do what First Nation members living in on-reserve communities can do for their members, both on and off-reserve: decide how best to devise and implement training

[107] Dans l'arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci a insisté pour dire qu'en général le demandeur choisit le groupe de comparaison pertinent mais la Cour peut, dans le cadre des motifs plaidés, préciser la comparaison proposée.

[108] J'accepte le groupe de comparaison proposé par l'avocat des demandeurs de Winnipeg. Les demandeurs doivent être comparés aux membres des Premières nations qui vivent dans les réserves afin de déterminer si eux-mêmes et les communautés dans lesquelles ils vivent sont traités différemment par le programme étatique contesté, soit la SDRHA. Dans ce contexte, la comparaison peut également se faire entre les communautés des Premières nations constituées en bandes et les communautés des Premières nations non constituées en bandes et qui vivent en milieu urbain et rural (ce qui était le groupe de comparaison dans l'arrêt *Lovelace*, précité, paragraphe 64).

[109] Il ne fait aucun doute que la SDRHA peut faire l'objet d'un examen au regard de la Charte. L'arrêt *Lovelace*, précité, l'établit très clairement.

[110] L'existence et le fonctionnement des communautés autochtones vivant en milieu urbain et rural ne fait aucun doute non plus. Il me suffit de me référer aux affidavits de Mary Richard et de Wayne Helgason traitant de la communauté autochtone de Winnipeg. La communauté autochtone de Toronto a été décrite dans l'affidavit de Joseph Hester et celle de la péninsule du Niagara par Vince Hill. Le chef Crawford a témoigné sur le fonctionnement d'Ardoch.

[111] La première étape de l'examen relatif à la discrimination fondé sur l'article 15 de la Charte consiste à se demander si le programme établit une distinction qui nie l'égalité du bénéfice de la loi, impose un fardeau injuste ou, en d'autres mots, impose un traitement inégal entre les demandeurs et les membres du groupe de comparaison.

[112] L'avantage nié ou le traitement inégal imposé qu'allèguent les demandeurs est l'incapacité des communautés dans lesquelles ils vivent de faire, dans le cadre de la SDRHA, ce que les membres des Premières nations vivant dans les réserves peuvent faire pour leurs membres, qu'ils vivent dans la réserve ou hors réserve:

programs, decide which type of program is needed to serve Aboriginal peoples in their communities, allocate funding for this purpose and insure service providers function appropriately in a context of accountability.

[113] Devolving decision-making for labour market programming to Aboriginal communities was the premise upon which Pathways, the New Relationship and AHRDS were built and the reason is apparent and is acknowledged by HRDC. Experience has shown that labour market programming to serve Aboriginal peoples will not work unless decisions are made by those on the ground.

[114] I accept the evidence of David Hallman, David McCulloch and Robert Hawson, on behalf of HRDC, AHRDS did not envisage every Aboriginal community would have an AHRDAs. Efficiencies and economies of scale are relevant.

[115] I do not, however, accept their evidence critical mass was an issue relevant to the communities the applicants live in.

[116] AHRDS draws a distinction between the applicants' communities and those of the comparator group. First Nation band communities enjoy the benefits of local community control while the applicants' communities do not. The distinction is not overcome by the urban component of AHRDA whose purpose is different: to ensure access in urban and rural communities to supplement the primary responsibility of AHRDS holders (First Nation bands) to serve their members in those communities. As counsel for Canada argued this is not a case where the applicants allege they were denied funding when they applied for it. The applicants have met the first stage.

c'est-à-dire décider de la meilleure façon de concevoir et de mettre en œuvre des programmes de formation, décider quel type de programme est nécessaire pour desservir les membres de leurs communautés, allouer le financement à cette fin et s'assurer que les fournisseurs de services fonctionnent de façon appropriée dans un contexte de responsabilité.

[113] Déléguer la prise de décisions pour les programmes liés au marché du travail aux communautés autochtones était la prémisse à partir de laquelle les stratégies Les chemins de la réussite et Vers une nouvelle relation et la SDRHA ont été construites; la raison en est manifeste et reconnue par DRHC. L'expérience a démontré que les programmes de développement du marché du travail visant à desservir les peuples autochtones ne fonctionnent pas à moins que les décisions soient prises sur le terrain.

[114] J'accepte les témoignages de David Hallman, David McCulloch et Robert Hawson, qui ont déposé pour le compte de DRHC, selon lesquels la SDRHA n'envisageait pas que toutes les communautés autochtones signeraient un ADRHA. L'efficacité et les économies d'échelle sont des facteurs pertinents.

[115] Toutefois, je n'accepte pas leur témoignage concernant le fait que la masse critique était une question pertinente pour les communautés dans lesquelles les demandeurs vivent.

[116] La SDRHA établit une distinction entre les communautés des demandeurs et celles du groupe de comparaison. Les communautés des Premières nations constituées en bandes profitent des avantages du contrôle exercé par la communauté locale alors que les communautés des demandeurs ne peuvent en faire autant. La distinction n'est pas compensée par le volet urbain de la SDRHA dont l'objectif est différent: assurer aux communautés urbaines et rurales l'accès aux programmes pour aider les signataires des ADRHA (les Premières nations constituées en bandes) à s'acquitter de leur responsabilité primordiale, savoir desservir leurs membres dans ces collectivités. Comme l'avocat représentant le Canada l'a fait valoir, il ne s'agit pas d'un cas où les demandeurs allèguent qu'on leur a refusé du financement quand ils en ont fait la demande. Les demandeurs ont satisfait au premier critère.

[117] They have also crossed the second stage which asks whether the distinction drawn by AHRDS is based on enumerated section 15 Charter or analogous grounds.

[118] In *Corbiere, supra*, McLachlin and Bastarache JJ. described both enumerated and analogous grounds stand (at paragraph 8) “as constant markers of suspect decision making or potential discrimination”. Aboriginality-residence (off-reserve band member status) “must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination, whether the challenge is to a governmental tax credit, a voting right, or a pension scheme” (paragraph 10).

[119] What I take from these observations is that a finding of an analogous ground such as Aboriginality-residency has a permanency for application in future cases which does not vary in accordance with the circumstances. Varying circumstances may affect the determination of whether substantive discrimination has been made out because the markers are “only indicators of suspect grounds of distinction, it follows that decisions on these grounds are not always discriminatory” (paragraph 7).

[120] Off-reserve residency has already been accepted as an analogous ground in *Corbiere*. The only issue is whether the distinction was based on that analogous ground. I find that it did. HRDC’s decision not to enter into an AHRDA, encompassing the element of local community control, with the organizations mandated by the applicants was based on where they lived, i.e. Aboriginality-residence.

[121] I now move to the third stage where the question is whether AHRDS has a purpose or effect that is substantive discrimination which involves a consideration of the four contextual factors outlined in the jurisprudence.

[122] *Lovelace, supra*, made it clear band and non-band communities suffer from historical disadvantage

[117] Ils ont également franchi la deuxième étape qui demande si la distinction établie par la SDRHA est fondée sur un motif énuméré à l’article 15 de la Charte ou sur un motif analogue.

[118] Dans l’arrêt *Corbiere*, précité, les juges McLachlin et Bastarache ont conclu que les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. Le motif de l’autochtonité–lieu de résidence (le statut de membre d’une bande vivant hors réserve) «doit alors constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle, que la contestation vise un crédit d’impôt gouvernemental, un droit de vote ou un régime de pension» (paragraphe 10).

[119] Ce que je retiens de ces observations, c’est que la détermination d’un motif analogue comme l’autochtonité–lieu de résidence lui donne un caractère de permanence qui permet de l’appliquer dans des causes à venir, indépendamment des circonstances. La différence de circonstances peut modifier la décision portant sur la question de savoir s’il y a réellement eu discrimination parce que ces indicateurs ne sont «que des indicateurs de l’existence de motifs de distinction suspects, [et qu’]il s’ensuit que les décisions fondées sur ces motifs ne sont pas toujours discriminatoires» (paragraphe 7).

[120] La résidence hors réserve a déjà été acceptée comme un motif analogue dans l’arrêt *Corbiere*. La seule question à trancher est de savoir si la distinction était fondée sur ce motif analogue. Je conclus que tel est le cas. La décision de DRHC de ne pas conclure d’ADRHA, englobant l’élément de contrôle communautaire local, avec les organisations mandatées par les demandeurs était basée sur leur lieu de résidence, c’est-à-dire l’autochtonité–lieu de résidence.

[121] J’en viens maintenant à la troisième étape dans laquelle il faut se demander si la SDRHA a un objet ou un effet qui constitue de la discrimination réelle, ce qui suppose que l’on examine les quatre facteurs contextuels énumérés dans la jurisprudence.

[122] L’arrêt *Lovelace*, précité, faisait clairement ressortir que les communautés constituées en bandes et

and a section 15 inquiry does not direct a “race to the bottom”. All Aboriginal people are affected by “the legacy of stereotyping and prejudice”.

[123] Both *Corbiere* and *Lovelace*, *supra*, touched upon the inequalities existing between groups of Aboriginal peoples. It will be recalled *Corbiere* focussed on off-reserve First Nation members living around Sault Ste-Marie and, in *Lovelace*, the claimants included the Ardoch First Nation.

[124] Justice L’Heureux-Dubé, in *Corbiere*, *supra*, viewed off-reserve band members as “vulnerable and disadvantaged. They experience stereotyping and disadvantage as Aboriginal people and band members living away from reserves. They form part of a ‘discrete and insular minority’ defined by race and residence” [paragraph 91].

[125] In *Lovelace*, *supra*, Justice Iacobucci, quoting from RCAP addressed the issue of inequality between the claimants and reserve-based First Nation members.

[126] He considered the appellants’ argument the disadvantage they faced was “perpetuated by the stereotype that they are ‘less aboriginal’, with the result that they are generally treated as being less worthy of recognition, and viewed as being disorganized and less accountable than other Aboriginal peoples” [paragraph 71].

[127] He referred to *Corbiere* and said that case “recognized the vulnerability of off-reserve First Nations band members to unfair treatment on the basis of that group being stereotyped as ‘less Aboriginal’ than band members living on a reserve” [paragraph 72].

[128] Justice Iacobucci concluded at paragraph 72: While the appellants are situated differently from the *Corbiere* claimants, I accept that the appellants in this appeal are

celles qui ne sont pas constituées en bandes ont subi un désavantage historique et un examen fondé sur l’article 15 n’engage pas les parties dans une «course vers le bas». Tous les peuples autochtones subissent «les effets de l’héritage de stéréotypes et préjugés».

[123] Les deux arrêts *Corbiere* et *Lovelace*, précités, ont traité des inégalités qui existent entre les groupes d’Autochtones. On se rappellera que l’arrêt *Corbiere* mettait l’accent sur les membres des Premières nations vivant hors réserve dans la région de Sault Ste. Marie et, dans l’arrêt *Lovelace*, les demandeurs incluait la Première nation d’Ardoch.

[124] Dans l’arrêt *Corbiere*, précité, le juge L’Heureux-Dubé a estimé que les membres des bandes vivant hors réserve étaient «vulnérables et défavorisé[s]. [Ils] font l’objet de stéréotypes et souffrent de désavantages à la fois comme Autochtones et comme membres hors réserve des bandes indiennes. [Ils] font partie d’une “minorité discrète et isolée” qui est définie par la race et le lieu de résidence» [paragraphe 91].

[125] Dans l’arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci, citant le rapport de la CRPA, a traité la question de l’inégalité entre les demandeurs et les membres des Premières nations vivant dans des réserves.

[126] Il a examiné l’argument des appelants selon lequel le désavantage qu’ils connaissent est perpétué par «le stéréotype selon lequel [ils] seraient “moins autochtones”, ce qui a pour résultat qu’[ils] sont généralement traité[s] comme étant moins dignes d’être reconnu[s] et qu’[ils] sont considéré[s] comme étant désorganisés et moins responsables que les autres peuples autochtones» [paragraphe 71].

[127] Il a fait référence à l’arrêt *Corbiere* et a déclaré que cette affaire «[reconnaissait] que les membres hors réserve des Premières nations constituées en bandes sont vulnérables aux traitements injustes du fait qu’on attache à ce groupe le stéréotype que ses membres sont “moins autochtones” que les membres de bandes vivant dans les réserves» [paragraphe 72].

[128] Le juge Iacobucci concluait au paragraphe 72: Bien que, dans le présent pourvoi, les parties appelantes ne soient pas dans la même situation que les demandeurs dans

vulnerable to stereotyping in a similar and a somewhat related fashion.

[129] The distinction drawn in the AHRDS, as it has been applied to the applicants' communities, is a distinction similar to that found in *Corbiere*, and *Lovelace*, *supra*. HRDC's decision not to enter into an AHRDA with representative organizations mandated by the applicants' communities perpetuates the historic disadvantage and continues the stereotype of the applicants being less worthy and less organized. It is difficult to understand HRDC's reasoning since these communities were considered by it to be worthy under Pathways.

[130] The second contextual factor speaks to the relationship between the basis on which the differential treatment occurs and the characteristics of the claimant. Some distinctions may correspond to the needs, capacities, or circumstances of a group in a manner that does not affect their human dignity. (*Corbiere*, *supra*, paragraph 73.)

[131] The no discrimination finding in *Lovelace* was largely based on the Court's finding the targeted program, characterized as an ameliorative program developed on a partnership between Ontario and the First Nations in Ontario, corresponded to the needs, capacities and circumstances of those First Nations. This targeted program was put into place to address several issues between the Government of Ontario and Ontario First Nations and enumerated by Justice Iacobucci at paragraph 74 of his reasons. He also noted the First Nations Fund from which the claimants were excluded was not drawn from the province's general consolidated revenue pool. He distinguished the casino arrangement from a universal or generally comprehensive program.

[132] I agree with the applicants the AHRDS is completely different than the type of program than the one the Court considered in *Lovelace*, *supra*. There is no reliable evidence, the needs, capacities and circumstances of the applicants and the communities they live in are different than the needs of First Nations

*Corbiere*, j'estime qu'elles sont également vulnérables aux stéréotypes et ce d'une manière assez connexe.

[129] La distinction établie dans la SDRHA, telle qu'elle a été appliquée aux communautés des demandeurs, est une distinction semblable à celle qui a été constatée dans les arrêts *Corbiere* et *Lovelace*, précités. La décision de DRHC de ne pas conclure d'ADRHA avec les organismes représentatifs nommés par les communautés des demandeurs perpétue le désavantage historique et maintient le stéréotype selon lequel les demandeurs sont moins importants et moins organisés. Il est difficile de comprendre le raisonnement de DRHC étant donné qu'il a considéré ces communautés comme étant dignes de confiance dans la stratégie Les chemins de la réussite.

[130] Le deuxième facteur contextuel traite de la relation entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques du demandeur. Certaines distinctions peuvent correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation d'un groupe d'une manière qui n'a pas d'incidence sur la dignité humaine. (*Corbiere*, précité, paragraphe 73.)

[131] La conclusion dans l'arrêt *Lovelace* selon laquelle il n'y avait pas de discrimination était largement fondée sur la conclusion de la Cour selon laquelle le programme ciblé, qui a été qualifié de programme améliorateur mis au point dans le cadre d'un partenariat entre l'Ontario et les Premières nations ontariennes, correspondait aux besoins, aux capacités et à la situation de ces Premières nations. Ce programme ciblé avait été mis en place pour régler plusieurs problèmes entre le gouvernement de l'Ontario et les Premières nations de l'Ontario et qui ont été énumérés par le juge Iacobucci au paragraphe 74 de ses motifs. Il a également noté que le Fonds des Premières nations dont les demandeurs étaient exclus n'avait pas été créé au moyen de sommes prélevées sur le Trésor provincial. Il a distingué le projet de casino d'un programme universel et très largement intégré.

[132] Je reconnais avec les demandeurs que la SDRHA est complètement différente du type de programme que la Cour a examiné dans l'arrêt *Lovelace*, précité. Il n'y a pas de preuve valable que les besoins, les capacités et la situation des demandeurs et des communautés dans lesquelles ils vivent sont

reserve-based communities. The applicants do not have to show they are more disadvantaged than the reserve-based First Nation members. AHRDS is a universal program whose purpose is to provide enhanced employment opportunities for all Aboriginal peoples in Canada and the benefits of local community control do not differ whether a First Nation person lives on the reserve or not. Different treatment between band and non-band communities cannot be justified on the basis the Court did in *Lovelace*.

[133] The third contextual factor considers the ameliorative purpose. It is not disputed AHRDS's purpose is an ameliorative one geared to enhancing, through training programs, the employment opportunities of Aboriginal peoples who are disadvantaged by very high unemployment and special barriers they face in getting jobs.

[134] In *Lovelace, supra*, Justice Iacobucci said the Court was dealing "with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive" (paragraph 85). Noting his comment in *Law, supra*, the Court affirmed that "ameliorative legislation designed to benefit the population in general, yet which excludes historically disadvantaged claimants, will 'rarely escape the charge of discrimination'" (paragraph 84).

[135] As the Court stressed, it is important to appreciate the nature of the impugned program—AHRDS. It is a general comprehensive program geared to assisting all Aboriginal peoples, wherever they live, in order to enhance their skills, tuned to local labour market demand, so they can gain employment in the communities they live in.

[136] AHRDS is not a targeted program in the sense used in *Lovelace, supra*, where the program was tailored to ameliorate a specific group rather than the disadvantage potentially experienced by any member of society. AHRDS targets all Aboriginal people and seeks

différents des besoins des communautés des Premières nations vivant dans des réserves. Les demandeurs n'ont pas à démontrer qu'ils sont plus défavorisés que les membres des Premières nations vivant dans des réserves. La SDRHA est un programme universel dont le but est de fournir de meilleures possibilités d'emploi à tous les peuples autochtones du Canada et les avantages que procure le contrôle communautaire local ne diffèrent pas selon qu'un membre d'une Première nation vit dans une réserve ou non. La différence de traitement entre les communautés constituées en bandes et celles qui ne le sont pas ne peut se justifier sur la base des conclusions de la Cour dans *Lovelace*.

[133] Le troisième facteur contextuel traite de l'objet améliorateur. Il n'est pas contesté que l'ADRHA a un objectif améliorateur qui est conçu pour augmenter, au moyen de programmes de formation, les possibilités d'emploi des peuples autochtones qui sont désavantagés, connaissent un taux de chômage élevé et font face à des obstacles particuliers qui les empêchent de se trouver des emplois.

[134] Dans l'arrêt *Lovelace*, précité, le juge Iacobucci traitait «d'un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif, et non d'un programme améliorateur plus complet auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif» (paragraphe 85). Reprenant l'observation formulée dans l'arrêt *Law*, précité, la Cour a confirmé que «des dispositions législatives amélioratrices qui visent la population en général mais excluent des demandeurs historiquement défavorisés seront "presque toujours taxées de discriminatoires"» (paragraphe 84).

[135] Comme la Cour l'a signalé, il est important de bien comprendre la nature du programme contesté, savoir la SDRHA. Il s'agit d'un programme complet qui a pour but d'aider tous les peuples autochtones, quel que soit l'endroit où ils vivent, afin d'améliorer leurs compétences, de les adapter à la demande du marché du travail local, de façon à ce qu'ils puissent se trouver des emplois dans les collectivités où ils vivent.

[136] La SDRHA n'est pas un programme ciblé dans le sens utilisé dans *Lovelace*, précité, où le programme était conçu pour améliorer un groupe particulier et non pour contrer le désavantage que tout membre de la société était susceptible de connaître. La SDRHA cible

to ameliorate all.

[137] I find AHRDS is underexclusive in terms of First Nation urban and non-reserve rural First Nation communities whom the applicants represent.

[138] They have been excluded and unjustifiably differentially treated by HRDC from the purpose and significant benefit of AHRDS, that which HRDC itself recognizes without which the program will fail, local control of programming and funding tailored to each community's different needs in the labour market.

[139] Finally, consideration must be given to the nature of the interest affected.

[140] In *Lovelace, supra*, the Court endorsed what Justice L'Heureux-Dubé said about this factor. Included in the considerations involved in the analysis is whether the distinction constitutes a complete non-recognition of a particular group. In my view, it does in respect of the communities the applicants live in.

[141] What HRDC failed to recognize are the applicants' urban and rural First Nation communities, that they function as a community in which First Nation members participate, have traditional forms of governance which tasks organizations to carry out programs they consider necessary to address the needs of the members of that community. HRDC does not acknowledge a Roger Misquadis, a Mona Perry, a Peter Ogden, with others, has built an Aboriginal community in the places they live in.

[142] This conclusion is manifest by looking at which organizations HRDC entered AHRDAs with and which communities it did not.

[143] As the applicants' affidavits attest, such exclusion violates their human dignity in a fundamental way and ignoring their community stereotypes them as

tous les peuples autochtones et elle a pour but d'améliorer leur situation à tous.

[137] Je conclus que la SDRHA a un caractère trop limitatif pour ce qui est des communautés des Premières nations vivant dans les villes ainsi que pour celles qui vivent hors réserve en milieu rural, que les demandeurs représentent.

[138] Ils ont été traités de façon différente et injuste par DRHC et exclus de l'objet et des bienfaits importants offerts par la SDRHA, savoir le contrôle local des programmes et du financement adapté aux besoins différents de chaque collectivité relativement au marché du travail, bienfaits sans lesquels, DRHC le reconnaît lui-même, le programme sera un échec.

[139] Finalement, il faut examiner la nature du droit touché.

[140] Dans *Lovelace*, précité, la Cour a endossé les propos du juge L'Heureux-Dubé au sujet de ce facteur. Parmi les éléments faisant partie de l'analyse figure la question de savoir si la distinction constitue une non-reconnaissance complète d'un groupe particulier. À mon avis, c'est le cas pour les communautés dans lesquelles les demandeurs vivent.

[141] Ce que DRHC n'a pas reconnu, ce sont les communautés urbaines et rurales des Premières nations que représentent les demandeurs, le fait qu'elles fonctionnent comme une communauté à laquelle participent les membres des Premières nations, qu'elles ont des formes traditionnelles d'administration et qu'elles disposent d'organismes qui sont chargés de mettre en œuvre les programmes qu'elles estiment nécessaires pour répondre aux besoins des membres de cette communauté. DRHC ne reconnaît pas qu'un Roger Misquadis, une Mona Perry, un Peter Ogden, et bien d'autres ont construit une communauté autochtone là où ils vivent.

[142] Cette conclusion est manifeste si l'on examine les organismes avec lesquels DRHC a conclu des ADRHA et les collectivités avec lesquelles il ne l'a pas fait.

[143] Comme l'attestent les affidavits des demandeurs, une telle exclusion porte atteinte à leur dignité humaine d'une façon fondamentale et le fait

less worthy of recognition.

[144] I find substantive discrimination has been established. All of the contextual factors converge to establish this conclusion.

### (3) Justification—Section 1 of the Charter

[145] The section 1 Charter analysis is derived from *The Queen. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, with McLachlin and Bastarache JJ. in *Corbiere, supra*, endorsing the approach taken by Justice Iacobucci in *Egan, supra*. The first element is whether the program meets a pressing and substantial objective and the second element is the proportionality analysis which considers (a) whether the program is rationally connected to the objective; (b) the right is impaired as minimally as possible; and (c) the attainment of the goal is not outweighed by the abridgement of the right.

[146] I agree with counsel for Canada that AHRDS is a program which is pressing and substantial. Its purpose is to help Aboriginal people, who suffer high unemployment, get jobs.

[147] However, I find the means taken to implement the AHRDS is not rationally connected to the objective nor does it minimally impair the right as little as possible.

[148] The goal of the AHRDS is to help Aboriginal people get jobs but what is denied the applicants' communities is the key to making the program work successfully so that its goal can be achieved—local decision-making by representative groups mandated by the applicants' communities. The exclusion is because they have no AHRDAs and this without justification. I have already commented HRDC is entitled to apply efficiency criteria when it decides with whom AHRDAs should be entered with. I have decided the issue of critical mass is not relevant to the applicants' communities.

[149] HRDC raised another justification: fragmentation in the urban Aboriginal communities of Toronto and Winnipeg as to which representative organization is mandated by the community to plan,

d'ignorer leur communauté les rend moins dignes de reconnaissance.

[144] Je conclus qu'il y a eu discrimination réelle. Tous les facteurs contextuels convergent pour en venir à cette conclusion.

### 3) Justification—Article premier de la Charte

[145] L'analyse de l'article premier de la Charte est tirée de l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; dans *Corbiere*, précité, les juges McLachlin et Bastarache ont endossé la démarche suivie par le juge Iacobucci dans *Egan*, précité. Le premier élément consiste à déterminer si le programme répond à un objectif urgent et réel et le deuxième élément est l'analyse de la proportionnalité visant à déterminer a) si le programme a un lien rationnel avec son objectif; b) si l'atteinte au droit est minimale; et c) si l'atteinte au droit l'emporte sur la réalisation de l'objectif.

[146] Je conviens avec l'avocat du Canada que la SDRHA est un programme qui est urgent et réel. Son objectif est d'aider les peuples autochtones, qui connaissent un taux de chômage très élevé, à trouver des emplois.

[147] Toutefois, j'estime que le moyen utilisé pour mettre en œuvre la SDRHA n'a pas de lien rationnel avec l'objectif et que l'atteinte au droit n'est pas minimale.

[148] L'objectif de la SDRHA est d'aider les Autochtones à trouver des emplois, mais ce qu'on refuse aux communautés des demandeurs c'est la clé du succès du programme de façon que son objectif puisse être atteint — savoir la prise de décisions à l'échelon local par des groupes représentatifs mandatés par les communautés des demandeurs. L'exclusion découle du fait qu'ils n'ont pas d'ADRHA et ce, sans justification. J'ai déjà fait observer que DRHC a le droit d'appliquer des critères d'efficacité quand il décide avec qui il doit conclure des ADRHA. J'ai décidé que la question de la masse critique n'est pas pertinente eu égard aux collectivités des demandeurs.

[149] DRHC fait valoir une autre justification: l'absence de consensus dans les communautés autochtones urbaines de Toronto et de Winnipeg quant à savoir quel organisme représentatif est mandaté par la

deliver and find training programs. This justification cannot be argued seriously in the case of the Ardoch.

[150] I find this justification not to have been established in fact. There is no clear evidence the applicants' communities are fragmented as to who represents them in labour training matters, HRDC did not realistically try to find out and it ignored the very organizations which operated successfully under Pathways.

[151] The minimal impairment test requires Canada to lead evidence on what alternative measures it considered when it made its decision to exclude the applicants' communities from AHRDAs. Canada says it had to choose representative organizations and where, no consensus existed, it went to the RFP process.

[152] I have already held I was not satisfied with Canada's evidence on this point. Apart from that, Canada led no evidence of any study or arrangements considered short of shutting out the applicants' communities from participation, on an equal basis, in decision-making about labour market programming.

[153] In these circumstances, I find the discrimination not justified under section 1 of the Charter.

#### (4) The Remedy

[154] Canada's evidence amply demonstrates the varying conditions and circumstances experienced by Aboriginal peoples and communities across Canada. In terms of the AHRDS, I recognize the need for flexibility on HRDC's part.

[155] On the other hand, the applicants have led a great deal of evidence to demonstrate how their communities were organized and functioned under Pathways and how those communities make decisions on an issue-by-issue basis, such as Aboriginal health

communauté pour planifier, offrir et trouver les programmes de formation. Cette justification ne peut être défendue sérieusement dans le cas de la Première nation d'Ardoch.

[150] J'estime que cette justification n'a pas été établie par les faits. Il n'y a pas de preuve claire que les communautés des demandeurs ne s'entendent pas sur les organismes qui les représentent sur les questions de formation en matière d'emploi, et DRHC n'a pas vraiment essayé de le savoir et il a ignoré les organismes mêmes qui ont fonctionné avec succès dans la stratégie Les chemins de la réussite.

[151] Le critère de l'atteinte minimale exige que le Canada fournisse des preuves sur les mesures de remplacement qu'il a examinées quand il a pris la décision d'exclure les communautés des demandeurs des ADRHA. Le Canada prétend qu'il a dû choisir des organismes représentatifs et que, lorsqu'aucun consensus n'existait, il a utilisé le processus des demandes de propositions.

[152] J'ai déjà dit que je ne suis pas satisfait de la preuve fournie par le Canada sur ce point. Qui plus est, le Canada n'a produit aucune preuve d'études ou de mesures qui auraient été prises en compte afin d'exclure les communautés des demandeurs de la participation, sur une base égale, au processus décisionnel concernant les programmes de développement du marché du travail.

[153] Dans les circonstances, j'estime que la discrimination n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte.

#### 4) Le redressement

[154] La preuve fournie par le Canada démontre amplement les conditions et les situations variées dans lesquelles vivent les peuples et les communautés autochtones partout au Canada. Du point de vue de la SDRHA, je reconnais que DRHC se devait d'être flexible.

[155] Par ailleurs, les demandeurs ont déposé beaucoup d'éléments de preuve pour démontrer comment leurs communautés étaient organisées et fonctionnaient dans le cadre de la stratégie Les chemins de la réussite et comment elles ont pris des décisions au

matters and labour training issues which permits me to fashion a discrete remedy applicable to the applicants' communities which does not impair the generally satisfactory way the AHRDS has been implemented by HRDC.

[156] The discrimination which is to be remedied is specific to the applicants and their communities. I have no evidence of any other discriminatory implementation of AHRDS by HRDC. The discrimination I have found consists of AHRDS's exclusion when it embraces the applicants' communities.

[157] In the circumstances, the appropriate remedy is to undo the exclusion by ordering inclusion.

[158] I order HRDC to eliminate the discriminatory effect imposed on the applicants and the communities they live in by the manner which AHRDS has been implemented in those communities. HRDC is to eliminate the discrimination by providing community control over labour training programs to the applicants' communities. These communities can then, through representative organizations accountable and responsible to the community members, design, implement and fund training programs which will meet the needs of the Aboriginal community where the applicants reside.

[159] This remedy substantially leaves in place the AHRDS and the AHRDAs which are in operation and preserves the integrity of the program.

[160] I leave it to HRDC in consultation with the representative organizations of the applicants' communities who have been identified in these proceedings how best to fashion inclusion in a way which is respectful of the needs of all Aboriginal peoples in their communities.

[161] For all these reasons, this judicial review application is allowed with costs.

cas par cas, par exemple sur les questions de santé, de formation au marché du travail pour les Autochtones, ce qui m'a permis d'élaborer un redressement spécifiquement applicable aux communautés des demandeurs qui ne portera pas atteinte à la façon généralement satisfaisante dont la SDRHA a été appliquée par DRHC.

[156] La discrimination à laquelle il faut remédier est particulière aux demandeurs et à leurs communautés. Je n'ai aucune preuve d'une autre application discriminatoire de la SDRHA par DRHC. La discrimination que j'ai constatée est l'exclusion des communautés des demandeurs de la SDRHA.

[157] Dans les circonstances, le redressement approprié est de supprimer l'exclusion en ordonnant l'inclusion.

[158] J'ordonne donc que DRHC élimine l'effet discriminatoire imposé aux demandeurs et aux collectivités dans lesquelles ils vivent par la manière dont la SDRHA a été appliquée dans ces communautés. DRHC doit supprimer la discrimination en conférant aux communautés des demandeurs le contrôle sur les programmes de formation liés au marché du travail. Ces communautés pourront alors, par des organismes représentatifs responsables envers les membres de la communauté, concevoir, mettre en œuvre et financer des programmes de formation qui répondront aux besoins des communautés autochtones dans lesquelles demeurent les demandeurs.

[159] Ce redressement laisse en place la presque totalité de la SDRHA et des ADRHA qui sont en vigueur et préserve l'intégrité du programme.

[160] Je laisse à DRHC, en consultation avec les organismes représentatifs des communautés des demandeurs qui ont été identifiés dans la présente instance, le soin de trouver la meilleure façon de les inclure d'une façon qui respecte les besoins de tous les peuples autochtones dans leurs communautés.

[161] Pour tous ces motifs, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie avec dépens.