

**L'ARTICLE 12 DE LA CHARTRE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE :
L'INTERDICTION DE DISCRIMINER EN MATIÈRE DE BIENS ET SERVICES
ORDINAIREMENT OFFERTS AU PUBLIC**

**Document adopté à la 406^e séance de la Commission,
tenue le 18 novembre 1996, par sa résolution, COM-406-3.3.3**

M^e André Labonté
Secrétaire de la Commission

Recherche et rédaction :
M^e Pierre-Yves Bourdeau, conseiller juridique
Direction de la recherche et de la planification

Traitement de texte :
Chantal Légaré

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
1. DÉTERMINATION DE LA NATURE D'UN BIEN OU D'UN SERVICE	6
2. «ORDINAIREMENT OFFERT»	8
3. DÉTERMINATION DE LA NATURE «PUBLIQUE» D'UN BIEN OU SERVICE	9
4. LA CONCLUSION D'UN ACTE JURIDIQUE	14
5. LA FOURNITURE DISCRÉTIONNAIRE DE BIENS OU DE SERVICES	17
5.1 Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire	17
5.2 Discrétion administrative et allocation des ressources	18
CONCLUSION	23

INTRODUCTION

La *Charte des droits et libertés de la personne* énonce à son article 12 une interdiction de refuser de conclure, par discrimination, un acte juridique ayant pour objet des «biens ou des services ordinairement offerts au public».

«**12.** Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.»

La notion de discrimination au sens de la Charte comporte, comme on le sait, les trois éléments suivants:

- 1) une distinction de traitement
- 2) fondée sur l'un des motifs interdits prévus à l'article 10 de la Charte
- 3) portant atteinte à un droit ou à une liberté protégée

«**10.** Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.»

La Cour suprême du Canada a rendu deux décisions, au cours des dernières années, nous permettant d'énoncer les principes devant nous guider lorsqu'un plaignant allègue qu'il a subi un traitement qui, sur la base d'un des motifs de discrimination énoncés à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, est interdit par l'article 12¹. Ces deux décisions interprètent des dispositions de même nature prévues à la *Loi sur les droits de la personne du Yukon* (L.R.Y. 1986 (Suppl.) ch. 11, art. 8) et de la Colombie-Britannique (*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3). Quoique la formulation de ces articles diffère légèrement de l'article 12, le Tribunal des droits de la personne n'a pas hésité à interpréter l'article 12 de la Charte québécoise à la lumière des principes mis de l'avant par la Cour suprême du Canada². D'ailleurs, cette cour n'a cessé de souligner qu'il convient de donner à une loi en matière de droits et libertés de la personne une interprétation large, libérale et fondée sur l'objet visé par la loi³.

1 *Commission des droits de la personne du Yukon c. Yukon Order of Pioneers (Gould v. Yukon Order of Pioneers)*, (1996) 1 R.C.S. 571. *Université de Colombie-Britannique c. Berg*, (1993) 2 R.C.S. 353.

2 *Commission des droits de la personne et Dr. G.G. et P.M. et Ordre des dentistes du Québec*, (1995) R.J.Q. 1601.

3 *Insurance Corp. of British Columbia & Heerspink*, (1982) 2 R.C.S. 145. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson's Sears Ltd*, (1985) 2 R.C.S. 536.

Soulignons que le législateur québécois a cru nécessaire d'instaurer deux dispositions distinctes prohibant la discrimination eu égard aux biens et services: en effet, l'article 15 de la Charte interdit plus spécifiquement les pratiques discriminatoires quant à l'accès aux moyens de transport et aux lieux publics et quant aux biens et services qui y sont disponibles⁴. L'article 12, de façon plus générale, prohibe la discrimination quant aux «biens et services ordinairement offerts au public». Un examen des dispositions pertinentes des diverses lois sur les droits de la personne au Canada permet de constater l'utilisation de formulations diverses: ainsi, certaines distinguent le «refus à une personne» de biens, services ou commodités destinés au public de «l'interdiction de faire preuve de discrimination» quant aux biens ou services destinés au public⁵. D'autres, de façon plus générale, interdisent les pratiques discriminatoires «quant à l'obtention de services, gîte, biens, installations, droits, etc.» ou quant à «l'offre ou la fourniture de services, biens ou avantages au public»⁶. D'autres encore, insistent sur «l'accès au public»: «la jouissance de biens ou services auxquels le public a accès»⁷ ou «auxquels le public est habituellement admis»⁸. La loi ontarienne nous apparaît, quant à elle, de texture plus ouverte puisqu'elle ne réfère pas au «caractère public» des services⁹.

Or, malgré les différentes formulations adoptées par les législatures provinciales en cette matière, le but de cette interdiction apparaît fort simple:

«Cette formulation vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination.»¹⁰

La Cour suprême a repris cet énoncé du juge Linden à son compte dans l'arrêt *Yukon Order of Pioneers*, en précisant sa portée:

4 **15.** Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping et de caravaning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.

5 - Human Rights Act, S.B.C. (1984) ch. 22, art. 3.
 - Individual's Rights Protection Act, R.S.A. (1980) ch. I-2, art. 3.
 - Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985) ch. H-6, art. 5.
 - Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick, L.R. N.-B. (1973) ch. H-11, art. 5(1).
 - Saskatchewan Human Rights Code S.S. (1979) ch. s-24.1, art. 12(1).
 - Human Rights Code, R.S.N. 1990 ch. H-14, par. 6(1).

6 Code des droits de la personne, L.M. (1987-1988) ch. 45, art. 13(1).
 Human Rights Act, S.Y., 1987, c. 3, art. 8.

7 Human Rights Act, R.S. P.E.I. (1988) ch. H-12, art. 2(1).
 Human Rights Code, R.S.N. 1990 ch. H-14, par. 6(1).

8 Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. s-24.1, par. 12(1).

9 Code des droits de la personne de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H-19, art. 1.

10 *Procureur général du Canada c. Rosin*, (1992) 16 C.H.R.R. (D/445) (C.A.F.).

«Ce qu'il faut retenir de ces diverses dispositions, c'est que toutes interdisent les pratiques discriminatoires relativement à des services qui sont offerts au public, ou auxquels le public a accès ou encore où il est admis. Une relation publique est donc requise entre le fournisseur du service et le bénéficiaire de ce service dans la mesure où le public doit se voir accorder l'accès ou l'admission, ou offrir le service par le fournisseur. La formulation des dispositions a une connotation transitive; ce n'est qu'une fois que le service, le logement, l'installation, etc. passe par le fournisseur et qu'il est mis à la disposition du public qu'il est visé par l'interdiction de la discrimination.»¹¹

Examinons donc les différentes facettes des problèmes pouvant être soulevés par l'interprétation et l'application de cette disposition afin de faciliter l'examen des cas d'espèce.

1. DÉTERMINATION DE LA NATURE D'UN BIEN OU D'UN SERVICE

La première étape consiste à définir le bien ou le service en cause. Il s'agit essentiellement d'une question de faits et chaque cas doit être examiné au mérite.

Dès 1979, dans l'arrêt *Gay Alliance*, le juge Martland de la Cour suprême établissait une liste de ce qu'il considérait être les «institutions» visées par l'article 3 de la Loi de la Colombie-Britannique quant à la «fourniture des choses généralement offertes au public»:

«On y vise des questions semblables à celles qui font l'objet de la législation américaine, tant celle du fédéral que celle des États. «Logement» renvoie notamment au logement dans un hôtel, une auberge ou un motel. «Services» renvoie aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-service, aux transports et aux services publics. «Installations» renvoie aux parcs publics et aux installations récréatives. Ces commodités sont toutes «habituellement offertes au public». La jurisprudence américaine sur les libertés publiques traite de sujets de cet ordre.»¹²

Cette vision restrictive de la notion de «services» a été interprétée par la juge Wilson dans l'arrêt *Ontario Rural Softball Association* comme une simple illustration indicative mais non exhaustive de l'évolution du droit dans le domaine¹³.

Par la suite, plusieurs décisions ont étendu la notion de «services» à des activités diverses par lesquelles

11 *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, supra, note 1, p. 604 (j. La Forest).

12 *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, (1979) 2 R.C.S. 435. Voir aussi: *Beattie c. Governors of Acadia University*, (1976) 72 D.L.R. 718 (3d).

13 Re: *Ontario H.R.C. and Ontario Rural Softball Ass.*, (1979) 26 O.R. (2d) 134 (C.A.).

un avantage est conféré à une personne ou à une collectivité¹⁴.

Mme la juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *Yukon Order of Pioneers* (précité) se réfère même aux dictionnaires quant à la notion de «services». Ainsi, le Nouveau Petit Robert (1994) définit le terme «service» comme comprenant des activités économiques ayant pour objet de fournir des biens immatériels et comprend aussi des fonctions d'utilité commune ou publique.

Compte tenu de la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Gay Alliance*, le terme «service» doit recevoir une interprétation large et il n'y aurait à peu près pas de restrictions quant à la nature du service visé. Comme le souligne la juge L'Heureux-Dubé, l'expression englobe des activités par lesquelles «un avantage autre qu'un bien matériel est conféré à quelqu'un ou à une collectivité, ou un effort déployé à son profit»¹⁵.

Quant à la notion de «bien», elle nous apparaît de texture tout aussi ouverte et comprendrait selon le

-
- 14
- En matière d'assurance:
Insurance Corp. of B.C. v. Heerspink, supra, note 3.
 - Quant aux prestations d'aide sociale:
Saskatchewan (H.R.C.) c. Saskatchewan (Dept. of Social Services), (1988) 52 D.L.R. (4th) 253.
 - En matière d'immigration de façon générale:
Re. Singh (1989) 1 C.F. 430
Le Deuff (1987) 9 C.H.R.R. D/4479 (C.H.R. Tribunal).
 - Quant à l'examen de demandes de statut d'immigrant reçu:
Anvari c. Canada (E.I.C.), (1991) 14 C.H.R.R. D/292 (H.R. Tribunal)
Menghani c. C.E.I.C., (1992) 17 C.H.R.R. D/236 (C.H.R. Tribunal).
 - Quant à l'octroi de la citoyenneté:
McKenna et C.H.R.C. c. Canada (Secrétariat d'État), (1993) 22 C.H.R.R. D/486 (C.H.R. Tribunal).
 - Quant à l'accès et à la participation à un régime de permis de chasse:
Rogers c. Newfoundland (Dept. of Culture, Recreation and Youth), (1991) 15 C.H.R.R. D/375 (1996) 25 C.H.R.R. D/235 (NFLD S.C.).
 - Quant aux services assurés dans un établissement d'enseignement:
Ross c. Le Conseil scolaire du district n° 15, (1996) 1 R.C.S. 825.
 - Quant à la fourniture d'une clé et d'un formulaire d'évaluation à des étudiants:
Berg, supra, note 1.
 - Quant à l'accès aux activités sportives en général:
Blainey c. Ontario Hockey Assoc., (1987) 9 C.H.R.R. D/4549 (Ont. Bd. Inq.)
Casselman et Ouellet c. Ontario Soccer Assoc., (1993) 23 C.H.R.R. D/397 (Ont. Bd. Inq.).
 - Quant aux compétitions sportives en milieu scolaire:
Saskatchewan High Schools Athletic Ass. c. Board of Education for the Regina Roman catholic School, (1994) 23 C.H.R.R. D/159 (Sask. H.R. Comm.).
 - Quant aux soins de dentisterie:
C.D.P. et Dr. G.G. et P.M. et Ordre des dentistes du Québec, supra, note 2.
 - Quant aux services d'insémination artificielle:
Korn c. Potter et Benson, (1996) 25 C.H.R.R. D/141 (B.C.S.C.).
 - En matière de collecte et de conservation de documents historiques:
Yukon Order of Pioneers, supra, note 1.

- 15 *Gould c. Yukon Order of Pioneers, supra*, note 1, p. 639.

dictionnaire «toute chose matérielle susceptible d'appropriation et tout droit faisant partie du patrimoine».

2. «ORDINAIREMENT OFFERT»

L'article 12 de la Charte québécoise interdit la discrimination relativement aux biens et services qui sont «ordinairement offerts» au public.

La doctrine définit «l'offre» de la façon suivante:

«L'offre ou pollicitation (art. 1388 et 1389 C.c.) est un acte extériorisé et unilatéral de volonté comprenant tous les éléments essentiels du futur contrat, émanant de la personne qui prend l'initiative du contrat, acte qui en détermine le contenu ou qui présente à l'approbation de l'autre le dernier élément essentiel de celui-ci.»¹⁶

L'offre peut être expresse ou tacite. Par exemple, le chauffeur de taxi arrêté devant l'entrée d'un hôtel dénote, par son comportement, une intention d'offrir ses services. L'offre n'a pas à être écrite. Elle peut être adressée à une personne déterminée ou au contraire s'adresser, de façon générale, au grand public:

«Ainsi, la personne qui met une annonce dans un journal pour engager un employé ou quelqu'un pour garder ses enfants, conserve le loisir de refuser tel ou tel postulant, à condition que les raisons de son refus ne soient pas abusives ou discriminatoires et contraires aux protections offertes par la loi ou la *Charte des droits et libertés de la personne*. Au contraire, lorsque l'offre est faite généralement à personnes indéterminées, l'offrant ne peut, en principe, refuser de contracter, si l'acceptation proposée rencontre les termes de l'offre. Ainsi, dans l'hypothèse d'une offre par une annonce ou circulaire, l'offrant ne peut décliner de vendre ou de servir, sauf s'il a de bonnes raisons de croire que l'acceptant éventuel ne pourra remplir ses obligations, par exemple, s'il est notoirement insolvable ou que la loi ne l'autorise pas à accepter l'offre.»¹⁷

Le législateur a cru bon utiliser un qualificatif quant à l'offre au public. En effet, l'interdiction de discriminer doit porter sur des biens ou services qui sont «ordinairement» offerts au public¹⁸.

16 BAUDOUIN, Jean-Louis, *Les obligations*, Les Éditions Yvon Blais Inc., 4^e éd. (1993), p. 97.

17 *Idem*, p. 98-99.

18 Ce qualificatif est aussi utilisé dans les législations suivantes:

- Human Rights Code, R.S.N. 1990 ch. H-14, par. 6(1).
- Saskatchewan Human Rights Code, S.S., 1979, ch. s-24.1, par. 12(1).
- Human Rights Act S.B.C. (1984) ch. 22, art. 3.
- Individual's Rights Protection Act, R.S.A. (1980) ch. I-2, art. 3.

Le terme «ordinairement» signifie «de manière habituelle», «couramment», «généralement». Dans *Berg*, il fut déterminé que des formulaires d'évaluation et une clé d'accès à des locaux de l'université étaient fournis immanquablement aux étudiants en faisant la demande. Selon le juge en chef Lamer, puisque ce formulaire et la clé furent refusés à la plaignante à cause de sa déficience mentale il s'agissait d'un refus discriminatoire:

«... bien qu'il existe une acception juridique du terme «habituellement», il s'agit également de savoir si, d'après la preuve, on a démontré suffisamment l'existence d'une «habitude» pour qu'une dérogation à cette habitude puisse être attribuable à un acte discriminatoire.»¹⁹

Ainsi, une fois qu'il est démontré que le bien ou le service est offert ou fourni de manière habituelle au public ciblé, nous sommes en face d'une situation visée par l'interdiction prévue en cette matière.

3. DÉTERMINATION DE LA NATURE «PUBLIQUE» D'UN BIEN OU SERVICE

Dans l'arrêt *Berg*, la Cour suprême du Canada a confirmé l'utilisation d'une méthode dite *relationnelle* afin de déterminer si un service est offert au «public».

«Pour déterminer quelles activités [...] sont visées par la loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la *relation* que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d'installations et l'utilisateur des services ou des installations...»²⁰

Il faut donc analyser la *nature* des biens ou des services offerts et la *relation* qu'ils établissent entre l'offrant (i.e. le fournisseur) et l'utilisateur. Certains biens ou services offerts créeront des relations de *nature publique* entre le fournisseur et l'utilisateur alors que d'autres n'établiront que des *liens privés*.

Quels sont les éléments pouvant être considérés dans la détermination de la «nature publique» d'un service?

Mentionnons, avant tout, trois éléments non pertinents dans cette détermination:

- i) Le public visé n'a pas à comprendre tous les membres d'une collectivité. Pour la Cour suprême, le mot «public» doit être défini en termes relationnels plutôt que quantitatifs. Ainsi, dans l'arrêt *Rosin* (précité), il a été décidé qu'un cours de parachutisme spécialement destiné aux membres des Forces Armées constituait un service destiné au public. Il n'est donc pas nécessaire que tous les citoyens aient accès à un bien ou service pour que s'établisse une relation publique entre le

19 *Université de Colombie-Britannique c. Berg, supra*, note 1, p. 370.

20 *Idem*, p. 384-386.

fournisseur et l'utilisateur.

- ii) Corrélativement, le fait de prescrire certaines exigences ou d'imposer certaines conditions d'admissibilité n'élimine pas le caractère public d'une activité. En matière de soins de santé par exemple, les services sont offerts à «un» public, ce terme pouvant se définir comme «toute personne ayant besoin de soins visés».

En général, la détermination de conditions d'admissibilité garantira que les biens ou services seront offerts uniquement au «public» qui en a besoin:

«Les critères d'admissibilité, *pourvu qu'ils ne soient pas discriminatoires*, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu'ils garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu'ils visent, c'est-à-dire leur «public» évitant ainsi l'utilisation abusive et l'épuisement inutile de ressources rares.»²¹

Ainsi, en matière d'admissibilité dans des établissements d'enseignement publics, il suffit que les services soient offerts à «toutes les personnes légalement ou suffisamment qualifiées» pour que l'on considère que s'établit une relation publique²².

D'ailleurs comme le souligne le juge Linden dans l'arrêt *Rosin*:

«Le fait de prescrire que certaines exigences ou que certaines conditions soient remplies n'élimine pas le caractère public d'une activité. La jurisprudence a montré que le terme «public» signifie «qui n'est pas privé», ce qui laisse, en vérité, très peu d'activités hors de la portée de la législation.»²³

Au surplus, il est fondamental de reconnaître qu'aucune distinction illicite ne peut émaner des critères d'admissibilité déterminant le «public-ciblé» admissible au bien ou au service. La qualification de la nature du bien ou du service en cause aura souvent pour effet de limiter l'accès à ce bien ou service à une catégorie particulière de personnes. Cependant, cette qualification ne doit pas entraîner l'exclusion d'une catégorie de personnes en fonction de motifs de discrimination énoncés à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Évidemment, la Commission, dans l'examen d'une plainte, ne pourrait substituer ses propres conditions d'admissibilité à celles déterminées par le fournisseur du service. En général, les critères

21 *Université de Colombie-Britannique c. Berg, supra*, note 1, p. 384. Voir aussi: *Yukon Order of Pioneers, supra*, note 1, p. 605, «Chaque service a son propre public, qu'il convient de définir au moyen de critères d'admissibilité non discriminatoires».

22 *Hobson c. British Columbia Institute of Technology*, (1988) 9 C.H.R.R. D/4666 (D/4670) (B.C.H.R. Council).

23 *P.G. Canada c. Rosin, supra*, note 10, p. 398.

retenus seront en relation avec la nature du service fourni. Cependant, les dits critères ne pourront engendrer une distinction fondée sur des motifs prohibés par l'article 10 de la Charte québécoise de manière à exclure ou à restreindre l'accès d'un individu à un bien ou à un service.

Comme le souligne la Cour suprême, la distinction entre la discrimination exercée au cours du processus d'admission et celle exercée dans la fourniture du service, une fois la personne admise, n'est pas fondée²⁴.

- iii) Ni l'intention ni la nature de l'organisme n'est déterminante dans la question de savoir si le bien ou le service est, de fait, offert au public. Ainsi, il n'y a pas lieu de distinguer entre un organisme public ou privé aux fins de l'applicabilité de l'article 12 de la Charte, à l'opposé de la conception américaine où les tribunaux ont abordé ce problème sous l'angle du caractère privé ou public de l'organisme concerné. Aux États-Unis, un organisme classé comme «privé» bénéficiera d'une immunité face à l'application d'une disposition comme l'article 12²⁵. Au Québec, il faut cependant avoir à l'esprit le deuxième volet de l'article 20 de la *Charte des droits et libertés de la personne* où une institution sans but lucratif ou une institution vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique peut invoquer qu'une distinction ou exclusion est justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif de l'organisme²⁶.

Quels sont donc les facteurs à considérer dans l'examen du «caractère public» d'un service?

Le juge La Forest dans l'arrêt *Yukon* en énumère plusieurs tout en précisant «qu'ils ne sont pas exhaustifs et qu'aucun n'est déterminant»:

- L'absence d'un processus privé de sélection dans la prestation du service.
- La diversité du public à qui le service est destiné.

Ces deux éléments sont tirés de l'arrêt *Berg*. En l'occurrence, fut qualifiée de publique la relation existant entre les représentants d'une université et ses étudiants. À l'opposé, dans l'arrêt *Yukon*, la participation aux services de collecte et de compilation de données historiques sur le Yukon étant réservée aux historiens de l'Ordre et l'Ordre ne sollicitant pas le grand public pour ses recherches, ce service fut qualifié de privé.

- L'objet du service.
- Le caractère commercial ou non du service.

24 *Université de Colombie-Britannique c. Berg, supra*, note 1, p. 381.

25 Voir la jurisprudence citée par M. le juge La Forest dans *Yukon Order of Pioneers, supra*, note 1, p. 608-610.

26 *Ville de Brossard c. Québec (C.D.P.)*, 1988 2 R.C.S. 279.

- La nature intime ou non du service.
- La participation de non-membres au service.

Dans l'arrêt *Yukon* se posait, entre autres, la question de l'appartenance ou de l'adhésion à l'Ordre. En effet, l'Ordre avait refusé à la plaignante le statut de membre, ce statut étant réservé aux hommes. La Cour suprême affirme dans un premier temps que:

«... dans certaines circonstances, l'appartenance à un organisme ou à un club en tant que source d'avantages peut effectivement constituer un service offert ou fourni au public et nécessiter, de ce fait, l'examen de la politique d'adhésion de cet organisme ou club en regard de la loi. Et cela même si l'organisme a, selon toute apparence un caractère privé.»²⁷

Or, un examen de la «gamme des avantages» découlant de l'appartenance à l'Ordre convainc la majorité que le service n'est pas offert ou fourni au public: l'objectif premier de l'Ordre, sa préoccupation fondamentale est «le bien-être de ses membres». Il s'agirait avant tout d'une «association intime offrant une occasion de fraterniser et un climat de camaraderie masculine permettant le développement affectif de ses membres»²⁸.

L'existence de l'Ordre ne serait pas vouée à des objectifs commerciaux ou publics. L'appartenance à l'Ordre tiendrait davantage de la relation familiale. De fait, les seules activités auxquelles les non-membres étaient associés étaient «la location des installations de l'Ordre et la mise à la disposition au public de données historiques».

Cette question de l'appartenance à un organisme ou à un club est susceptible d'être soulevée par un plaignant dans la mesure où une politique d'adhésion sélective pourrait avoir pour effet d'exclure un individu sur la base d'un motif prohibé par l'article 10 de la Charte québécoise²⁹.

De façon générale, on pourra affirmer qu'un organisme gouvernemental offrira toujours un service destiné au public:

27 *Yukon Order of Pioneers*, p. 617.

28 *Idem*. Voir aussi: *Martinie c. Italian Society of Port Arthur*, (1995) 24 C.H.R.R. D/169 (Ont. Bd. Inq.).

29 Par exemple, l'adhésion ou l'appartenance à un club de consommateurs limitée aux seules personnes membres d'un ordre professionnel ne serait-elle pas discriminatoire sur la base de la condition sociale?

«Les lois antidiscriminatoires visent à assurer l'égalité des chances en fonction du mérite individuel plutôt qu'en fonction de stéréotypes. Les tribunaux doivent être prêts à regarder au-delà des caractéristiques apparemment privées d'un organisme, notamment sa politique d'adhésion pour voir si, dans les faits, il offre des services ou des occasions au public.» *Yukon Order of Pioneers*, *supra*, note 1, p. 617.

«En fait, il serait permis de dire que pratiquement tout ce que fait le gouvernement, il le fait pour le public, est destiné au public et le public peut s'en prévaloir.»³⁰

De même, on peut affirmer que «si une université n'est pas une institution aussi «publique» que le gouvernement, elle se situe très près de l'extrémité «publique» de l'éventail»³¹. Finalement, en matière de soins de santé, on peut prétendre qu'il se crée une relation publique entre le fournisseur et l'utilisateur³².

Ce ne sont cependant pas toutes les «activités» d'un fournisseur de services qui seront automatiquement visées par l'interdiction de discrimination. Il peut, en effet, exister des situations où il faut distinguer entre des «activités» qui font partie du service et d'autres qui lui sont étrangères. Par exemple, dans l'arrêt *Yukon Order of Pioneers*, la majorité a scindé les «activités» de l'Ordre en deux services: la collecte et la compilation de documents historiques sur le Yukon et la diffusion de cette documentation au public. Le premier service ne donnait pas lieu à une «relation publique» puisque cette préparation des données historiques relevait d'un petit groupe (des historiens de l'Ordre) purement privé. Pour le juge La Forest, englober la collecte dans le service de diffusion «signifierait que chaque fois qu'un organisme offre, par exemple, des aliments ou de l'aide au public, il devrait associer celui-ci à la collecte ou la préparation de ces services»³³.

4. LA CONCLUSION D'UN ACTE JURIDIQUE

Tel que mentionné dans l'introduction, l'article 12 de la Charte québécoise est formulé en termes

30 *P.G. du Canada c. Rosin*, *supra*, note 10, D/446. Voir aussi: Greshner Donna, Why Chambers is wrong: A purposive Interpretation of «offered to the public» (1988) *Sask. Law Review*, 161 (p. 183). *Saskatchewan (H.R.C.) c. Saskatchewan (Dept. of services)*, (1988) 52 D.L.R. (4th) 253 où le versement de prestations d'aide sociale fut considéré comme un «service ordinairement offert au public» et une distinction basée sur l'état matrimonial d'une prestataire fut jugée discriminatoire. CARPENTIER, Daniel, «Le droit au service de garde pour les enfants atteints du VIH/SIDA», document adopté par la Commission des droits de la personne du Québec, COM-392-6.1.2, le 19 mai 1995 où l'accès aux services de garde à l'enfance fut considéré comme un service offert ordinairement au public.

31 *Université de Colombie-Britannique c. Berg*, *supra*, note 1, p. 387.

32 *C.D.P. et Dr. G.G. et P.M. et L'Ordre des dentistes du Québec*, *supra*, note 2. Quant à la nature publique de la relation entre un hôpital et un médecin, voir: *Sinha c. Eastern Shore Memorial Hospital* (1996) 25 C.H.R.R. D/263 (N.S. Bd. Inq.).

33 *Yukon Order of Pioneers*, *supra*, note 1, p. 614: Voir cependant la dissidence de Mme la juge L'Heureux-Dubé (p. 642-643) quant à l'opportunité de cette scission. Pour elle, la création d'un service ou la préparation d'un dossier est indissociable de sa communication au public. Voir aussi: CARPENTIER, Daniel, «L'exclusion par la Croix-Rouge de dons de sang de la part de certaines personnes», document adopté par la Commission des droits de la personne du Québec, COM-394-6.1.3, le 17 août 1995. Les services transfusionnels de la Croix-Rouge sont qualifiés de «services ordinairement offerts au public». Ainsi, autant l'activité de «cueillette de sang par les dons» que la «distribution du sang» aux établissements de santé par la Croix-Rouge pour fins de transfusion constituent, selon la Commission, des services ordinairement offerts au public. En l'occurrence, cependant, le refus d'accepter les dons de sang de la part d'hommes ayant eu une relation sexuelle avec un autre homme depuis 1977 fut considéré non discriminatoire en raison de l'exception prévue à l'article 20 de la Charte portant sur le caractère philanthropique de la Société canadienne de la Croix-Rouge.

d'interdiction. Une fois qu'il a été déterminé qu'un bien ou service offert est «ordinairement offert au public», nul ne peut refuser, pour un motif discriminatoire, de conclure un acte juridique ayant pour objet ce bien ou ce service.

Les différentes lois sur les droits de la personne au Canada ont toutes pour objectif d'interdire les pratiques discriminatoires relativement à des services qui sont offerts au public³⁴.

Au Québec, est-ce que l'utilisation d'une expression comme «refuser de conclure un acte juridique» pourrait restreindre la portée de l'interdiction de discriminer relativement à des biens ou services ordinairement offerts au public?

Dans l'arrêt *Berg*, le juge Lamer énonçait ce qui suit:

«[s]i les lois en matière de droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l'objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions à moins que la formulation n'indique la poursuite d'une fin différente de la part d'une législature provinciale particulière.»³⁵

Ainsi, une interprétation libérale et généreuse d'une législation sur les droits de la personne ne permet toutefois pas de faire abstraction des termes restrictifs d'une loi. En tout temps, l'intention du législateur doit être respectée.

La doctrine définit ainsi «l'acte juridique»:

«L'acte juridique est toute manifestation de volonté individuelle qui a pour effet de créer, de modifier ou d'éteindre un droit. Il est fondé sur la puissance de la volonté individuelle, créatrice de droits et d'obligations. Dans l'acte juridique, l'individu s'engage en prévision de certains effets que sa manifestation de volonté va entraîner.»³⁶

L'acte juridique peut être consensuel (le contrat par exemple) ou unilatéral (le testament). De même, il peut être à titre gratuit ou à titre onéreux. Le contrat de vente, comprenant une contrepartie, est à titre onéreux et la donation est à titre gratuit. Les actes juridiques peuvent également être à titre individuel ou à titre collectif.

Le contrat de service (où la considération de la personne avec laquelle on contracte est fondamentale) constituera un acte juridique à titre individuel, alors qu'une convention collective est l'exemple classique

34 *Supra*, notes 4 à 9.

35 *Université de Colombie-Britannique c. Berg, supra*, note 1, p. 373.

36 BAUDOUIN, Jean-Louis, *supra*, note 16, p. 32.

de l'acte juridique à titre collectif.

Le contrat constitue, de toute évidence, l'acte juridique le plus répandu³⁷. Tout contrat suppose à la base un accord de volontés entre parties et porte sur un objet. Or, ce contrat va habituellement se réaliser par une offre du fournisseur et une acceptation de cette offre.

Ainsi, lorsqu'un bien ou service est «ordinairement offert au public» l'offrant pose un acte unilatéral de volonté et l'acceptation (expresse ou tacite) d'une personne remplissant les critères d'admissibilité ou ayant besoin de ce service suffit à former le contrat. De façon générale, aucune forme particulière n'est requise. Ainsi, la personne qui se présente dans un restaurant se voit offrir un service. Si après lecture du menu, elle décide de se prévaloir de l'offre, il y a dès lors, conclusion d'un acte juridique:

«L'échange des consentements se fait, en général, au moyen d'une double opération. Dans un premier temps, l'une des parties fait une offre de contracter, c'est-à-dire se déclare prête à s'obliger sur certaines choses et à certaines conditions. Dans un second temps, l'autre partie décide d'accepter l'offre, et son acceptation suffit en principe à former le contrat et à lier les parties. La rencontre des deux volontés sur les éléments essentiels donne donc naissance au contrat, sauf naturellement dans l'hypothèse où la loi exige un élément supplémentaire à sa validité, comme par exemple le respect de certaines formalités.»³⁸

La «conclusion» de l'acte juridique constitue donc la concrétisation du processus de rencontre des volontés. Or, malgré l'utilisation d'une formulation civiliste, nous soumettons que le but de l'article 12 de la Charte québécoise demeure tout à fait conforme à l'objectif général des différents codes provinciaux en la matière, soit d'interdire aux personnes ou organismes desservant le public de faire preuve de discrimination.

Tel que mentionné au point 3, la Cour suprême a pris soin de préciser que l'interdiction de discrimination ne doit pas créer de distinctions artificielles quant à l'étape où elle pourrait se manifester et ce, afin de respecter l'objet visé par la disposition³⁹. Une interprétation littérale de l'article 12 limitant l'interdiction de discrimination à la seule étape de la «conclusion d'un contrat» portant sur des biens ou services ordinairement offerts au public ne respecterait pas, selon nous, l'objectif de la disposition⁴⁰.

Par exemple, une telle interprétation signifierait qu'un locataire de couleur noire ne pourrait se plaindre de discrimination si les services de conciergerie, ordinairement offerts aux autres locataires, lui étaient refusés en raison de la couleur de sa peau puisque la discrimination ne s'exercerait pas à l'étape de la «conclusion de l'acte juridique» (la signature du bail) mais plutôt au moment de l'obtention de services

37 *Idem*, p. 47 à 61.

38 *Idem*, p. 97.

39 *Supra*, note 24.

40 *C.D.P. et Dr. G.G. et P.M. et Ordre des dentistes du Québec, supra*, note 2, p. 1622.

découlant dudit acte juridique. Comme le soulignait le juge Lamer dans l'arrêt *Berg*, un tel raisonnement est erroné:

«On ne peut soutenir cette thèse. Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Heerspink, supra*, une telle distinction permettrait à ces institutions de contrecarrer l'objet de la loi en admettant des étudiants sans faire de discrimination, pour ensuite leur refuser l'accès au logement, aux services et aux installations qui leur sont nécessaires pour donner un sens à leur admission.»⁴¹

Il est donc interdit de discriminer autant à l'étape de «l'offre» (par exemple par des conditions d'admissibilité ayant un effet discriminatoire eu égard à la nature du bien ou du service) qu'à celle de la «fourniture» du bien ou du service⁴².

Conséquemment, une fois que le dispensateur de services a déterminé un «public-ciblé» en fonction de la qualification de la nature du service offert, il ne peut faire preuve de discrimination envers une personne quant à ces biens ou services disponibles au public:

«Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d'admissibilité, la Loi interdit d'établir des distinctions au sein de ce public.»⁴³

5. LA FOURNITURE DISCRÉTIONNAIRE DE BIENS OU DE SERVICES

5.1 Le contrôle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'offre ou de fourniture de biens ou de services au public soulève des questions complexes et qui risquent de prendre une ampleur considérable au cours des prochaines années.

Il existe un principe fondamental de droit administratif à l'effet qu'une personne ou un organisme investi

41 *Berg*, p. 381-382.

42 On peut penser à une municipalité offrant une subvention à la rénovation à tout propriétaire d'un immeuble évalué à moins de 100 000 \$ mais qui refuserait tout prestataire de la sécurité du revenu. Il s'agirait, selon nous, d'un refus discriminatoire, fondé sur la condition sociale, de «conclure un acte juridique» ayant pour objet un service ordinairement offert au public.

43 *Université de Colombie-Britannique c. Berg, supra*, note 1, p. 383.

d'un pouvoir discrétionnaire ne peut l'exercer que pour des motifs valables⁴⁴. Donc, une règle adoptée à la suite de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire:

«... ne peut être sujette à sanction judiciaire à moins d'avoir été faite de mauvaise foi, pour des fins impropres, selon des principes énoncés, en tenant compte de considérations non pertinentes ou encore que la discrétion se soit exercée de façon arbitraire, injuste, discriminatoire ou erronée.»⁴⁵

Par exemple, en matière de services de santé, l'article 2 de la *Loi sur l'assurance-maladie*⁴⁶, précise que le professionnel de la santé a discrétion d'accepter ou non de traiter un patient. De même, l'article 6 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*⁴⁷, accorde au professionnel la liberté de traiter ou non un patient.

Malgré tout, le Tribunal des droits de la personne concluait que le refus de fournir un service de dentisterie au motif qu'une personne est atteinte du VIH constitue un refus discriminatoire de conclure un acte juridique relativement à un service offert au public et non l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire qu'a un professionnel d'accepter ou non de traiter une personne.

«Le pouvoir discrétionnaire ne se situe pas en rupture de l'expression «service ordinairement offert au public», au contraire, son exercice doit se traduire par une démarche qui ne donne pas ouverture à des pratiques discriminatoires généralisées ou particulières.»⁴⁸

Dans l'affaire *Berg*, l'université soutenait que puisque la décision de remettre une clé d'accès aux locaux était laissée à la discrétion du directeur de l'école, par conséquent ce service n'était pas habituellement offert au public de l'école. En d'autres termes, l'exercice d'une discrétion ou l'existence d'éléments d'évaluation personnelle de la part du fournisseur avait pour effet de soustraire le bien ou le service de la «sphère publique».

La Cour suprême décide à ce propos qu'une fois que l'on conclut par ailleurs que les biens ou les services visés par ce pouvoir discrétionnaire sont ordinairement offerts au public, on ne peut tolérer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ayant pour effet de refuser de fournir ce bien ou ce service sur la base de motifs discriminatoires.

Dans ces deux affaires, le tribunal en était venu à la conclusion que le «service» en cause était

44 *Idem*, p. 392.

45 *Dlugosz c. Québec (Procureur-général)* (1987) R.J.Q. 2313 (2316) C.A.

46 *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q. c. A-29.

47 *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2.

48 *C.D.P. et Dr. G.G. et P.M. et Ordre des dentistes du Québec*, *supra*, note 2, p. 1625.

disponible au public et que le dispensateur ne pouvait exercer sa discrétion de fournir ce bien ou service de façon discriminatoire.

5.2 Discrétion administrative et allocation des ressources

La question de l'exercice d'une discrétion administrative risque de se poser de plus en plus fréquemment en matière d'allocation des ressources dans le secteur des services publics.

Ainsi, le Tribunal des droits de la personne vient de rendre une décision illustrant cette interaction possible entre l'article 12 de la Charte et le contrôle d'une politique budgétaire d'un organisme public⁴⁹.

Dans cette affaire, la Régie du logement refusait de fournir au plaignant un service d'interprète gestuel et refusait également d'acquitter les frais d'interprète encourus lors d'une audition en résiliation de bail devant la Régie. Le tribunal conclut, dans un premier temps, que la Régie du logement ayant compétence exclusive sur toute demande relative au bail d'un logement, offre des services judiciaires au public. Puis, il ajoute que:

«... lorsque le justiciable impliqué est une personne sourde gestuelle qui, comme monsieur Lagacé, ne s'exprime et ne comprend que la langue québécoise des signes et que la Régie refuse de fournir les services gratuits d'un interprète dans cette langue, la Régie offre ses services en faisant une distinction, une exclusion ou une préférence fondée sur le handicap et sur l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.»⁵⁰

Dans un deuxième temps, le tribunal rejette l'argument de la Régie voulant qu'elle ait le droit d'organiser ses services judiciaires de manière à faire assumer à chacune des parties ses propres frais. Selon le juge Sheehan, l'exercice de ce pouvoir de la Régie:

«... a pour effet d'établir une discrimination indirecte à l'endroit du plaignant et des membres de la communauté sourde gestuelle. Devant une telle situation, il appartient à la Régie de leur offrir un accommodement raisonnable.»⁵¹

Par ailleurs, la Cour d'appel du Québec a eu récemment l'occasion de se pencher sur la portée de l'article 52 de la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*⁵². L'Office des

49 *Le Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain Inc. et La Régie du logement et le Procureur-général du Québec* (1996) R.J.Q. 1776.

50 *Idem*, p. 1780.

51 *Idem*, p. 1781.

52 L.R.Q., c. E-20.1.

52. L'Office peut accorder de l'aide matérielle à toute personne handicapée qui est admissible à un plan de services, en vertu de la présente loi et des règlements.

personnes handicapées du Québec avait rejeté la demande d'aide matérielle d'une personne handicapée pour cause d'insuffisance budgétaire. Pour l'année 1991-1992, l'Office avait adopté une résolution à l'effet que seules les demandes de personnes bénéficiant déjà d'un programme d'aide seraient admissibles à une aide financière, refusant ainsi toute nouvelle demande. Pour la Cour d'appel, l'article 52 n'impose à l'Office aucune obligation d'agir et l'adoption de la résolution constitue l'exercice légitime d'un pouvoir discrétionnaire. Tout en concluant qu'il n'avait pas été démontré que la résolution adoptée était déraisonnable ou arbitraire, la Cour rejette également l'argument portant sur le caractère discriminatoire de la résolution:

«La décision rendue par l'Office rejetant la demande d'aide de l'appelant pour son fils n'a pas été rendue sous la base du handicap de celui-ci mais plutôt à cause du manque de ressources financières...

Au sens de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, il y a discrimination lorsqu'est démontrée une distinction, une exclusion ou une préférence qui est fondée sur l'un des éléments contenus au premier alinéa de l'article. De plus, cette distinction doit compromettre le droit à l'égalité dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.

Même s'il est vrai que le fils de l'appelant a fait l'objet d'une distinction ou d'une exclusion, il ne peut être affirmé que cette exclusion est fondée sur le type de handicap dont il souffre ou encore sur son âge.

Les seuls et vrais motifs qui ont amené l'Office à prendre la décision qu'il a prise sont le manque de ressources financières et le respect de ses engagements et des programmes récurrents. Il ne s'agit aucunement de motifs relatifs à des caractéristiques personnelles.»⁵³

Cet arrêt constitue, à notre avis, une illustration des limites de la portée de l'article 12 de la Charte (même si la Cour n'a pas traité de la question). En effet, si l'aide matérielle ne constitue pas un droit pour la personne handicapée admissible à un plan de services, nous soumettons qu'elle constitue néanmoins un service offert au public. Cependant, on constate que la Cour refuse de s'immiscer dans l'exercice de la discrétion de l'Office d'établir des priorités en matière d'allocation des ressources financières à moins qu'on ne lui démontre que cette discrétion a été exercée de façon déraisonnable, arbitraire ou discriminatoire. De fait, la Cour souligne que l'Office a pris sa décision

«... en se basant sur les fonds disponibles et sur la récurrence des demandes et non en cherchant à distinguer entre les différents handicaps dont souffrent les individus qui font une demande d'aide matérielle.»⁵⁴

53 *Baillargeon c. L'Office des personnes handicapées du Québec*, C.A.Q. 500-09-000596-924, le 28 août 1996, p. 35-36.

54 *Idem*, p. 36.

Est-ce à dire que si l'Office avait, par sa résolution, favorisé l'octroi d'aide matérielle aux personnes souffrant d'un handicap physique plutôt qu'intellectuel, la Cour aurait conclu au caractère discriminatoire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire?

L'accès aux services de santé et services sociaux constitue un autre secteur d'activités susceptible d'être examiné à la lumière de l'article 12 de la Charte et du contrôle de l'exercice d'une discrétion administrative.

Les articles 5 et 6 de la *Loi sur les services de santé et services sociaux* assurent à toute personne le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats et le droit de choisir le professionnel ou l'établissement qu'elle désire. L'article 13, quant à lui, balise ces droits, à première vue absolus, en énonçant qu'ils s'exercent en tenant compte de l'organisation et du fonctionnement d'un établissement ainsi que des ressources dont il dispose⁵⁵.

Le professeur Molinari considère, d'ailleurs, que les limites au droit d'accès aux services de santé énoncées par l'article 13 portent sur les circonstances et les conditions d'exercice et non sur le droit lui-même⁵⁶.

55 5. Toute personne a le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée.

6. Toute personne a le droit de choisir le professionnel ou l'établissement duquel elle désire recevoir des services de santé ou des services sociaux.

Rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a un professionnel d'accepter ou non de traiter une personne.

13. Le droit aux services de santé et aux services sociaux et le droit de choisir le professionnel et l'établissement prévus aux articles 5 et 6, s'exercent en tenant compte des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement ainsi que des ressources humaines, matérielles et financières dont il dispose.

Quant à la portée du droit aux services de santé, voir entre autres: LAJOIE, A., P.A. MOLINARI et J.M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981. Sur le droit aux services de santé, voir: LAJOIE, A., P.A. MOLINARI et J.L. BAUDOIN, «Le droit aux services de santé: légal ou contractuel», (1983) 43 *Revue du Barreau* 675. P.A. MOLINARI, *Le droit aux services de santé: de la rhétorique à la mise en oeuvre judiciaire*, dans: *Développements récents en droit de la santé (1991)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991.

56 MOLINARI, P.A., «L'accès aux soins de santé: réflexion sur les fondements juridiques de l'exclusion» dans *Les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne*. Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 41 à 57 (p. 51).

Quant au défaut d'un établissement de donner suite au droit aux services de santé, voir:

- *Poirier c. Hôpital du Haut-Richelieu* (1982) C.S. 511
- *Jasmin c. Cité de la santé de Laval* (1990) R.J.Q. 502
- *Bélanger c. Cité de la santé de Laval* (1990) R.J.Q. 1914 (C.S.)
- *Samson c. Hôpital Laval* (1992) R.J.Q. 2438 (C.A.) confirmant le jugement de la Cour supérieure

Cependant, ces limites sont de taille et se manifestent dorénavant dans l'interaction entre les droits de l'usager et les besoins de la collectivité. Une des facettes de cette problématique examinée par le professeur Molinari porte sur l'accès aux soins et l'allocation des ressources⁵⁷ :

«La gestion politique du système québécois des soins de santé passe par des nombreuses décisions qui, sans remettre en question le choix initial de l'universalité et de l'accessibilité gratuite introduit des modulations, tant au niveau du discours qu'à celui des pratiques, qui ont pour effet le retrait de certains services et le transfert de responsabilités sur d'autres agents. À titre de seul exemple des stratégies ainsi retenues, on peut mentionner la technique qui consiste à déplacer, certes implicitement, le coût de plusieurs services diagnostiques pour les faire supporter par les usagers qui, plutôt que de subir les délais imposés par les établissements publics, préfèrent les obtenir auprès des cliniques privées.»⁵⁸

Pour le professeur Molinari, se pose donc, en termes clairs, la question de l'étendue de l'obligation de fournir des soins de santé à la lumière des contraintes budgétaires auxquelles doivent faire face les dispensateurs de services.

Notre propos n'est pas d'étudier cette question très complexe qui d'ailleurs nécessiterait un examen à la lumière des droits fondamentaux:

«Si l'on est d'avis que le droit à des soins adéquats fait partie de la sécurité et l'intégrité de la personne et que dans certaines circonstances le choix du médecin fait partie des soins adéquats, il y aurait atteinte à un droit fondamental protégé que d'en interdire l'exercice, sujet aux limites permises pour la préservation de l'ordre public ou du bien-être général des citoyens.»⁵⁹

Soulignons simplement que l'article 12 de la Charte pourrait jouer un certain rôle dans l'analyse de cette problématique.

Précisons avant tout qu'il ne fait plus aucun doute que le droit d'accès aux soins de santé n'est pas absolu et que son exercice se limite à ce qui est exigible, c'est-à-dire aux services qui sont, par ailleurs, disponibles:

(. . . suite)

répertorié à J.E. 91-189

- *Vallée c. Foyer du Bonheur Inc. et al.* (1993) R.J.Q. 494.

57 Pour une vue générale de la problématique, voir: «Colloque sur l'allocation des ressources en milieu hospitalier» (1990) 20 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 2.

58 MOLINARI, P.A., «L'accès aux soins de santé...», supra, note 56, p. 55.

59 *Samson c. Hôpital Laval* C.S.Q. 200-05-001087-902, le 6 juin 1991, M. le juge Jacques Philippon.

«Ainsi, l'individu ne peut exiger d'un hôpital un service qu'il n'offre pas, ni un médecin qui n'y détient pas les privilèges appropriés.»⁶⁰

L'article 105 de la *Loi sur les services de santé et services sociaux* accorde ainsi à chaque établissement une certaine discrétion (sous réserve des plans régionaux d'organisation des services eux-mêmes soumis aux objectifs des programmes établis par le ministre) dans la détermination des services offerts à la population⁶¹.

De façon générale, on peut, sans doute, affirmer que l'exercice d'une discrétion administrative motivée par des impératifs budgétaires ne pourrait nier l'accès à des soins de santé sur des bases discriminatoires.

Par ailleurs, comment un établissement peut-il attribuer les ressources lorsque celles-ci sont insuffisantes à la demande? En vertu de quels critères peut-il exercer la discrétion qui lui incombe?

Par exemple, il y aurait sûrement lieu de mettre l'accent sur l'utilisation de facteurs médicaux dans la décision de retenir ou de rejeter un candidat à une chirurgie cardiaque ou à une greffe. L'utilisation de motifs illicites tels la race, la langue, la condition sociale ou le sexe seraient évidemment à proscrire. D'autres facteurs tels l'âge ou le handicap pourraient soulever, cependant, des préoccupations majeures du point de vue éthique ou moral.

Que pourrait-on penser, par exemple, de la politique administrative d'un établissement spécialisé dans les greffes d'organes qui privilégierait une personne saine plutôt que la personne atteinte d'un handicap mental ou qui exclurait d'un tel service le fumeur ou l'alcoolique?

On pourrait songer, dans ces domaines, à l'établissement de critères écrits et publics et à la mise sur pied d'un comité décisionnel multidisciplinaire dans chaque établissement.

Il s'agit là, croyons-nous, de sujets qui nécessiteront une étude plus poussée, dans un avenir rapproché, par la Commission.

60 *Hôpital Laval c. Samson* supra, note 56, p. 2443 (C.A.).
Voir aussi: *Turcotte-Gilbert c. C.H. R. de Beauce* C.S. Beauce 350-05-000034-841, le 9/3/84;
Bélanger c. Cité de la Santé de Laval (1990) R.J.Q. 1914 (C.S.); *Paré c. C.H. de Dolbeau* C.S. Roberval 155-05-000114-927, le 23/11/92.

61 **105.** L'établissement détermine les services de santé et les services sociaux qu'il dispense de même que les diverses activités qu'il organise, en tenant compte de la mission de tout centre qu'il exploite et des ressources disponibles et conformément aux plans régionaux d'organisation de services élaborés par la régie régionale pour l'atteinte des objectifs fixés aux divers programmes établis par le ministre.

L'établissement fixe également les paramètres des services de santé et des services sociaux qu'il dispense et soumet ces paramètres à l'approbation de la régie régionale.

CONCLUSION

Le plaignant alléguant discrimination à l'égard de biens ou de services destinés au public aura le fardeau de démontrer les éléments suivants:

- i) Que le bien ou le service en cause est «ordinairement offert au public»;
- ii) que le fournisseur a porté atteinte à son droit à l'égalité de traitement sans discrimination en le privant d'un bien ou d'un service ordinairement offert au public;

La méthode relationnelle adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'interprétation de la notion de «services ordinairement offerts au public» a pour but de contrer une approche restrictive qui prévalait à ce niveau depuis l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*⁶². Cet arrêt proposait une interprétation stricte de l'expression «habituellement offerts au public».

La détermination de la «nature publique» de la relation entre le fournisseur et l'utilisateur et ce, eu égard au bien ou service offert constitue l'étape fondamentale de l'analyse.

Rappelons, à cet effet, que le public visé par le service n'a pas à comprendre tous les membres d'une collectivité. De même, l'existence de critères d'admissibilité n'élimine pas le caractère public d'une activité et la nature de l'organisme visé ne permet pas de déterminer si le bien ou le service est, de fait, offert au public. Il faut plutôt examiner l'objet du service, la diversité du public à qui il s'adresse, le caractère commercial ou non du service, la nature intime du service, la participation de non-membres, l'absence d'un processus privé de sélection dans la prestation du service de même que tous les autres facteurs significatifs.

L'interdiction de discriminer n'autorise pas de distinctions artificielles quant à l'étape où la discrimination peut se manifester. Ainsi, une fois que le public visé a été déterminé par le biais de critères d'admissibilité non-discriminatoires (l'offre), l'article 12 interdit d'établir des distinctions au sein de ce public à l'étape de la fourniture du bien ou du service.

Finalement, la personne ou l'organisme investi d'un pouvoir discrétionnaire n'est jamais tenu de fournir un bien ou un service à quiconque en fait la demande. Cependant, l'exercice d'un tel pouvoir, autant au niveau de la détermination du «public ciblé» que de la décision de fournir le service offert, ne peut s'appuyer sur des pratiques discriminatoires.

Eu égard au statut privilégié des lois en matière de droits de la personne, il convient de donner à cette disposition une interprétation large, libérale et fondée sur l'objet visé qui est d'interdire les pratiques discriminatoires relativement à des biens ou services ordinairement offerts au public.

62 *Supra*, note 12.