

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

39-09-CA

NEW BRUNSWICK HUMAN RIGHTS  
COMMISSION

(Respondent) APPELLANT

- and -

PROVINCE OF NEW BRUNSWICK as  
represented by THE DEPARTMENT OF SOCIAL  
DEVELOPMENT

(Applicant) RESPONDENT

New Brunswick Human Rights Commission v.  
Province of New Brunswick (Department of Social  
Development), 2010 NBCA 40

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
March 6, 2009

History of Case:

Decision under appeal:  
2009 NBQB 47

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
November 10, 2009

Judgment rendered:  
June 3, 2010

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Robertson

COMMISSION DES DROITS DE LA  
PERSONNE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

(intimée) APPELANTE

- et -

PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK  
représentée par le MINISTÈRE DU  
DÉVELOPPEMENT SOCIAL

(requérante) INTIMÉE

Commission des droits de la personne du  
Nouveau-Brunswick (Ministère du développement  
social), 2010 NBCA 40

CORAM :

L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 6 mars 2009

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2009 NBBR 47

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
Le 10 novembre 2009

Jugement rendu :  
Le 3 juin 2010

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Seamus I. Cox and  
Matthew R. Letson

Pour l'appelante :  
Seamus I. Cox et  
Matthew R. Letson

For the respondent:  
Krista L. Colford

Pour l'intimée :  
Krista L. Colford

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$3,500.

L'appel est rejeté avec dépens de 3500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Overview

[1] This appeal is from a decision of the Court of Queen’s Bench setting aside a recommendation of the New Brunswick Human Rights Commission that the Minister of Post-Secondary Education, Training and Labour appoint a Board of Inquiry to investigate a complaint of discrimination brought against the Province. The application judge also granted a stay of proceedings, as the Minister had accepted the recommendation and appointed a Board prior to the hearing of the application. What follows immediately is a synopsis of the essential facts and issues, together with a summary of the reasoning underscoring the dismissal of the appeal.

[2] On December 12, 2002, the parents of a 21-year-old autistic man filed a complaint with the Commission, alleging discrimination on the part of the Department of Family and Community Services (now the Department of Social Development). The complaint alleged a breach of s. 5 of the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11. Section 5 provides that no person shall be denied services available to the public and no person shall discriminate against any person with respect to services available to the public because of mental disability.

[3] The complainant had been living in Fredericton with his parents until they were no longer able to provide him with the level of care required. By agreement, he was placed in a government sponsored Level IV adult group home, located in the same city. Level IV represents the highest level of care offered by the Province to persons with the complainant’s degree of disability. When his Level IV caregivers could no longer provide the required care, the Province moved the complainant to a provincial facility in Saint John (Centracare) pursuant to a time-limited one-year court order. Centracare is a provincially operated long-term mental health facility. According to the Province, it was

the “best” service available in New Brunswick. Three years later the Province concluded the complainant’s care requirements were beyond what could be offered in New Brunswick. He was moved to a facility in the State of Maine (Spurwink) where he presently resides at a cost to the Province of \$500,000 a year (2 to 1 staffing ratio, on a 24 hour basis, and 3 to 1 on outings). Spurwink is a nationally accredited facility which provides resident and day programs for both children and adults with autism.

[4] The essence of the discrimination complaint revolves around the young man’s removal from Fredericton, institutionalization in Centracare, and subsequent placement at Spurwink. On August 12, 2008, nearly six years after the filing of the complaint, a preliminary investigation, and ongoing attempts at settlement, the Commission recommended the appointment of a Board of Inquiry to “investigate the matter” under s. 20 of the *Human Rights Act*. The Commission offered the Minister no formal reasons for its recommendation, nor did the Minister give reasons for his decision to accept the recommendation. Attached to the recommendation were supporting documents, including a chronological summary of events. With one exception, this was the same record on which the Commission based its recommendation. The Province responded by seeking judicial review, not of the Minister’s decision to appoint a Board of Inquiry, but of the Commission’s recommendation which had already been acted upon by a fellow Minister. The appeal is being decided on the understanding that if the Commission’s recommendation were infused with error, the same error may be imputed to the Minister’s decision.

[5] In comprehensive reasons, the application for judicial review was allowed, the Commission’s recommendation was set aside and the Board of Inquiry (New Brunswick Labour and Employment Board) prohibited from proceeding: (2009), 344 N.B.R. (2d) 210, [2009] N.B.J. No. 45 (QL), 2009 NBQB 47. In reaching his conclusion, the application judge isolated six breaches of the duty of procedural fairness (*e.g.*, delay amounting to abuse of process). He also ruled that the Commission’s failure to perform a “differential analysis” and to identify a “comparator group” was fatal to its

recommendatory decision, as there was no evidence to support the Commission's finding of *prima facie* discrimination (unequal treatment).

[6] While correctness is the proper standard of review with respect to allegations of a breach of the fairness duty, deference is otherwise owed to the Minister's decision to appoint a Board of Inquiry and, correlatively, to the Commission's recommendatory decision. In either case, the applicable standard of review is "reasonableness". In the context of "filtering decisions", this translates into a threshold test in which the reviewing court must be satisfied the reasons or record underscoring the recommendation or decision outline a reasonable basis in law and fact for the discrimination complaint to move to the adjudicative stage. In short, the formal reasons or record must disclose an arguable case. Correlatively, a finding of *prima facie* discrimination is unnecessary.

[7] I conclude the Commission did not breach the duty of procedural fairness in the manner identified by the application judge (*e.g.*, the delay did not cause prejudice or harm). However, the Commission's declaratory recommendation and supporting documentation placed before the Minister fail to outline an arguable case of discrimination within the meaning of s. 5 of the *Human Rights Act*. Not only does the record fail to isolate one or more possible comparator groups, with a view to demonstrating unequal treatment, the record makes no reference to the denial of a service which is available to others. Consequently, the Province has yet to learn the basis on which it allegedly discriminated against the complainant within the meaning of s. 5. The Commission responds with three arguments. First, whether or not the discrimination analysis should be based on the comparative model, is a question to be decided by the Board of Inquiry. It is the Board which rules on questions of law. Second, a comparative analysis is not always necessary. Third, the Commission concedes the remedial goal is not to have the Province fund a service for autistic adults, but rather to dictate where the service should be located. The Commission now alleges the service is being offered in a discriminatory fashion amounting to "escalating forms of banishment" and cites s. 6 of the *Charter of Rights and Freedoms* (mobility rights).

[8] True, the Board of Inquiry is entitled to address legal questions. But this does not displace the Commission's preliminary obligation to determine whether there is an arguable case. As for the necessity of performing a comparative analysis, there is a slender thread of jurisprudence supporting the proposition that such an analysis may be unnecessary or unhelpful in certain cases. The thread begins with *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, [1997] S.C.J. No. 86 (QL) and ends with *Moore v. British Columbia (Ministry of Education)*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 580 (QL), 2005 BCHRT 580, set aside in *British Columbia (Ministry of Education) v. Moore* (2008), 81 B.C.L.R. (4<sup>th</sup>) 107, [2008] B.C.J. No. 348 (QL), 2008 BCSC 264.

[9] The exceptional thread, however, is not even remotely applicable to the case under appeal. The thread involves persons with disabilities who are unable to gain equal access to a public service unless the government expends money to eliminate an existing barrier. Does not the dyslexic child who requires a remedial course or equipment in order to gain access to an education face the same type of hurdle as the child who uses a wheelchair and is unable to gain physical access to a school? How is their plight any different from the deaf patient who is unable to gain access to a medically necessary service without the assistance of a sign interpreter and who, according to the Supreme Court, must be accommodated accordingly? So goes the discrimination argument, but not in this case. We are left with the inescapable reality that equality is a comparative concept.

[10] As for the Commission's banishment argument, this is not a case where a person with a disability has been forced to go out-of-province to obtain the same service being offered in-province. This is a case where a person with a disability must go outside the province to receive a level of service that is simply unavailable in-province. Putting aside all rhetoric, the Commission's unrelenting determination to see this case go to adjudication is premised on the notion that it makes no economic sense for the government to send someone out-of-province for a service that could be offered in-province at the same cost. The objective is to not to compel government funding of a service but to tell the government where the money must be spent. Of course, the entire

argument is premised on the understanding that the Province is obligated to provide the service in the first place.

[11] In truth, the Commission lapsed into error when it forgot that the discrimination complaint is tied to s. 5 of the *Human Rights Act*, not ss. 6, 7 or 15 of the *Charter*. Complaints brought under s. 5 of the *Human Rights Act* are “service” driven. If the complainant has been denied a service available to the public, the service must be identified together with the persons who are receiving it to the exclusion of the complainant. If there is a serious disagreement as to the scope of the service and the comparator group, the record should outline either expressly or by implication an arguable case. If it does not, neither the Commission’s recommendation nor the Minister’s decision to accept the recommendation will survive an application for judicial review.

## II. Background

[12] The complainant was born in 1981 and is described as a person with autism and other mental disabilities. In September 2000, his care was transferred to the Long Term Care Program of the Department of Family and Community Services for the Province. The program is designed to assist families in the provision of long term care for adults with disabilities. Initially, the complainant began receiving services on a part-time basis in a Level IV group home, in Fredericton, run by Ms. E and funded under the LTC Program. As stated above, Level IV care represents the highest level of care for persons with the complainant’s degree of disability. In December 2000, and at the request of the complainant’s parents, the complainant was transferred to the same group home on a full-time basis because of his escalating aggressive behaviour. A permanent transfer occurred in January 2001.

[13] By late 2001, Ms. E advised the Province that the complainant’s needs exceeded the level of care that her facility could provide and, therefore, the Province would have to make other arrangements (there are other reasons outlined below). On

February 25, 2002, the Assistant Deputy Minister wrote to the complainant's parents advising them that a short-term placement at Centracare was recommended. The parents offered two alternatives. One would have cost \$300 a day and the other \$500. The Province found both options unacceptable as "[b]oth go beyond our ability to support both from a monetary and a programming perspective." The Province advised the parents that should they decline the Centracare option, they could opt to have their son return home, in which case the Department was willing to provide financial support equivalent to the cost of Level IV care (\$4,075.83 per month). The complainant's parents declined the offer because of their advancing age. They also rejected the option of sending their son to Centracare. In light of the disagreement, the Minister applied for and was granted a 12 month Supervisory Order effective May 1, 2002. Pursuant to that order, the complainant was placed in Centracare. During his stay at that facility, he was assaulted by another resident (sexual touching).

[14] On December 12, 2002, the parents of the complainant filed a complaint on his behalf with the Commission. The complaint was lodged against both Ms. E and the Department of Family and Community Services. With respect to Ms. E, the complaint alleged discrimination because of the alleged physical abuse the complainant received while under Ms. E's care and for failing to "investigate the nature of his injuries". With respect to their son's injuries and treatment, the parents had earlier complained to the Department which had investigated the complaint but was unable to substantiate it. The complaint also alleged discrimination, on the part of the Department, for failing to properly investigate the complainant's treatment while under Ms. E's care. Finally, the complaint alleged discrimination based on the complainant's institutionalization at Centracare. The concluding paragraph of the complaint is pointed:

I believe that my son [...] has been discriminated against on the basis of his mental disability by [Ms. E] and the Department of Family and Community Services, with respect to services, contrary to section 5 of the New Brunswick *Human Rights Act*.



[15] Following the filing of the complaint, the Province filed its response and in turn the complainant's parents filed a rebuttal. The same procedure was followed with respect to the complaint against Ms. E. On July 28, 2003, the complainant was assaulted while at Centracare. The incident led to the filing of a lawsuit against the Province (May 12, 2004). The Statement of Claim alleges negligence with respect to the assault and breaches of ss. 7 and 15 of the *Charter*.

[16] On September 30, 2003, a Human Rights Officer employed with the Commission, Mr. Mockler, completed his report and all three parties were given a copy and the opportunity to respond. All three parties responded and on October 16, 2003, the Commission was presented with all of the relevant documents. However, the Commission was not prepared to dismiss the complaints. Instead, the Commission requested Mr. Mockler to engage in "conciliation" efforts. The record discloses that conciliation efforts are confidential in nature and letters received on a "without prejudice" basis are not shared with members of the Commission. Conciliation efforts between the parties continued until January 2005. At that time the parents of the complainant wrote a letter to the Commission asking that no further steps be taken because they had entered into negotiations with the Province.

[17] In March 2005, the complainant was removed from Centracare and placed at the Spurwink facility. In its written submission to this Court, the Commission states that according to the "proposal for transfer" dated March 3, 2004, Spurwink was to hire and train a couple from Fredericton who would remain with the complainant during his stay at that facility for a period of 12 to 18 months and then return to Fredericton to establish a residence for the complainant. The submission refers to a document included in the Appeal Book. While the document referred to does not support the Commission's contention, the Province took no objection to this assertion of fact.

[18] From September 2005 to July 2007, the Commission and the Province exchanged correspondence regarding the complaint. In July of 2007, the complainant's father informed the Commission of his interest in pursuing settlement discussions with

the Province. The Commission contacted the Province with respect to the offer but the Province responded that mediation would not be beneficial because both parties were entrenched in their positions. Commission counsel continued to solicit information from the Province and the complainant in order to provide the Commission with legal advice. In particular, the Commission emailed the Province on August 23, 2007, asking for answers to four questions. The Province responded in a letter dated September 11, 2007. The significance of this letter is discussed below.

[19] The Commissioners were presented with the case at their December 13, 2007 meeting. In response, they directed the Commission's legal counsel to meet with government officials and discuss related "public issues". Counsel met with government officials to discuss the complaint and: "the public interest concern of removing a person from his community and then later sending him out of the country to receive services at Spurwink in the USA."

[20] At its meeting of March 26, 2008, the Commission was prepared to dismiss the complaint against Ms. E. However, it did not do so. Instead, the Commission requested further information from the Province. On May 13, 2008, the Commission wrote to the Province requesting information with respect to the complainant's stay at Spurwink and the cost of providing the same service in New Brunswick. The Province responded to the first part of the request but not the second. Armed with the Province's response, further "privileged legal advice" was prepared and considered by the Commission on July 23, 2008. But it was not until its August 12, 2008, meeting that the complaint against Ms. E was dismissed, as was that part of the complaint against the Province dealing with its investigation of the complaint against Ms. E. However, the Commission decided to refer the remaining portion of the complaint against the Province to the Minister responsible for the Commission: the Minister of Post-Secondary Education, Training and Labour.

[21] On August 18, 2008, the Commission wrote to the responsible Minister advising him that the Commission had been unable to effect a settlement of the complaint

against the Province and, therefore, the Commission recommended the Minister establish a Board of Inquiry for the purpose of investigating the complaint pursuant to s. 20(1)(b) of the *Act*. The letter does not explain the nature of the complaint or provide a synopsis of the underlying facts. Attached to the letter of recommendation were six documents: (1) the complaint filed on December 12, 2002; (2) the Department's response to the complaint; (3) the complainant's reply; (4) a document described as a "summary of complaint"; (5) copies of letters informing the complainant and the Province of the Commission's decision to recommend that a Board of inquiry be established; and (6) a contact list with respect to parties to the complaint. Item (4) is peculiar in this respect. Although it is described in the letter as a "summary of the complaint", the summary is titled "Human Rights Act, section 3 – Age/Employment" (Section 3 deals with discrimination in the employment/union context). The next heading on the summary document indicates that the complaint was filed on October 11, 2006 and amended on December 5, 2006. There is nothing in the record to explain these deviations from the original complaint. In any event, the summary was placed before the Minister. That summary also includes two paragraphs that outline the complainant's position:

The Complainant further alleged that [he] was discriminated against by the [Department of Family and Community Services] because [he] was institutionalized at Centracare instead of being placed in a community placement, contrary to advice provided by several medical professionals and that his disability was not adequately accommodated while at Centracare and in fact resulted in [the Complainant] being sexually assaulted while in care by another patient.

Subsequent to the complaint being filed, [the Complainant] was transferred from Centracare to a facility in Maine called Spurwink where he remains today. The Complainant alleged that it is discriminatory for [the Complainant] to now be housed in a facility in Maine rather than a community placement in the Fredericton area.

[22] Immediately following the above two paragraphs is the Commission's summary of the Department's position:

The Respondent FCS maintained that they consulted with a team of medical professionals and offered [the Complainant] the best service that was available within the province at the time was at Centracare (sic). FCS stated that when it was later decided that [the Complainant's] care requirements were beyond what they could offer in New Brunswick they placed [the Complainant] at the Spurwink Facility in Maine.

[23] After the Minister accepted the Commission's recommendation, the Province wrote to the Commission inquiring as to the contents of the record placed before the Commission for its consideration. The Commission wrote back. From this response the Province learned of two additional facts. First, the Commission did not have before it the Province's response letter of September 11, 2007. Second, the Commission was presented with a legal opinion authored by Commission counsel (not counsel on appeal) for which litigation privilege was being claimed.

### III. The Decision under Appeal

[24] In comprehensive reasons, the application judge recognized the discretionary nature of the Commission's decision to recommend to the Minister that a Board of Inquiry be established to deal with the complaint. At the same time, the application judge canvassed the jurisprudence establishing that no deference is owed when it comes to deciding whether a party has been accorded procedural fairness. The application judge went on to identify six instances in which the duty of procedural fairness was breached. Each is dealt with below. The application judge also concluded the failure of the Commission to perform a "differential analysis" and identify a "comparator group" was fatal to the Commission's finding of *prima facie* discrimination.

### IV. Standard of Review and Threshold Question

[25] Before turning to the standard of review issue, two preliminary matters must be addressed. First, it has yet to be explained how a government department, such as the Department of Social Development, possesses the legal standing to represent the

Province in litigation. One would expect the Attorney General, the Minister, or the statutory decision-maker to be identified in the style of cause. Quære: How do you enforce a court order against a government department? The question was not addressed in *Ontario (Community and Social Services)(Re)*, 1995 CanLii 6496 (ON.I.P.C.), a case cited to this Court. Second, why was judicial review sought of the Commission's recommendatory decision rather than the Minister's acceptance decision? There is an obvious and practical answer to that question. Had the Minister of Social Development or Attorney General been the applicant and the Minister of Post-Secondary Education, Training and Labour been respondent, the Province would have been both the applicant and the respondent in the same judicial review proceeding, thereby pitting one provincial Minister against another.

[26] Arguably, recommendations do not fall within the ambit of Rule 69.03 of the *Rules of Court* (see also *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1999] 4 F.C. 624 (C.A.), [1999] F.C.J. No. 1160 (QL)). Fortunately, I am able to side-step the issue in this way. Both the Commission and the Minister were faced with the same question: Did the record reveal an arguable case of discrimination? With one exception, which is discussed below, the record placed before the Minister was the same record considered by the Commission and the application judge. If that record does not reveal an arguable case, then both the Commission and the Minister must be faulted.

[27] I begin by acknowledging the precedential significance of the Supreme Court's decision in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, [2008] S.C.J. No. 9 (QL), 2008 SCC 9. In addition to reducing the number of applicable standards of review from three to two (correctness and reasonableness), this seminal decision holds that it is not always necessary to apply the four-part analytical framework for isolating the applicable standard. It may be appropriate to rely on and adopt a standard applied earlier in an analogous case. For example, in *New Brunswick (New Brunswick Human Rights Commission) v. Potash Corp. of Saskatchewan Inc.* (2006), 301 N.B.R. (2d) 204, [2006] N.B.J. No. 306 (QL), 2006 NBCA 74, aff'd [2008] 2 S.C.R. 604, [2008] S.C.J. No. 46 (QL), 2008 SCC 45, this Court held that the standard of review applicable to

questions of law decided by a Board of Inquiry is correctness (the interpretation of s. 3 of the *Human Rights Act*). On further appeal to the Supreme Court, the application of the correctness standard went unquestioned. It should follow that if a Board of Inquiry is owed no deference on a question of law, neither is the Commission nor the Minister for the Commission. Their decisions are not even insulated from review by a privative clause as are the decisions of Boards of Inquiry (pursuant to s. 21(1), all decisions of a Board are “final”).

[28]               There can be no doubt that the Minister’s decision to accept the Commission’s recommendation is owed deference on the review standard of “reasonableness”. Moreover, I am willing to infer that the same standard applies to the Commission’s recommendatory decision. The decisions emanating from the Federal Court, and cited to this Court, reinforce that understanding. The case law deals with the standard of review applicable to decisions of the Canadian Human Rights Commission. While differences between the federal and provincial human rights schemes exist, and must be identified, the jurisprudence is instructive.

[29]               Under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, an investigator, with the investigation branch of the Commission, conducts an investigation and submits a report to the Canadian Human Rights Commission together with a recommendation for the disposition of the complaint. In turn, the Commission either accepts or rejects the recommendation. If the Commission believes the complaint warrants formal adjudication, the complaint is handed over to the Human Rights Tribunal. However, it is the Commission’s prerogative to dismiss the complaint or to refer the matter to the Tribunal. Understandably, it is the Commission’s decision which is the subject of the judicial review application, not the investigator’s recommendation to either accept or reject the complaint (*e.g. Powell v. TD Canada Trust* (2007), 320 F.T.R. 17, [2007] F.C.J. No. 1579 (QL), 2007 FC 1227).

[30]               In cases where the Canadian Commission has accepted a recommendation to refer a complaint to the Tribunal, the Federal Court of Appeal has recognized the

Commission acts as an administrative and screening body. It does not decide cases on their merits: *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.), [1998] F.C.J. No. 1609 (QL), applying *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, [1996] S.C.J. No. 115 (QL), at p. 893. Under the federal legislation, it is sufficient for the Commission to be “satisfied that having regard to all of the circumstances of the complaint an inquiry into the complaint is warranted”. The Federal Court of Appeal acknowledges the threshold is “low” and that the Commission’s decision is entitled to deference so long as there is a reasonable basis in the evidence for proceeding to the adjudicative stage: *Syndicat des employes de production du Quebec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, [1989] S.C.J. No. 103 (QL), at para. 27. In a subsequent decision, the Federal Court of Appeal held that absent a breach of procedural fairness or an error of law, a reviewing court should only intervene when it is shown that the decision of the Commission is unreasonable: *Sketchley v. Canada (A.G.)*, [2006] 3 F.C. 392, [2005] F.C.J. No. 2056 (QL), 2005 FCA 404.

[31] Despite the deference being accorded to decisions of the Canadian Human Rights Commission, such deference does not extend to allegations with respect to breaches of the fairness duty, including the duty of procedural fairness. The duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected. The purpose of the participatory rights contained within it is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional and social context, with an opportunity for those affected to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker. Several factors are relevant to determining the content of the duty of fairness: (1) the nature of the decision being made and process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) the choices of procedure made by the agency

itself. This list is not exhaustive: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, [1999] S.C.J. No. 39 (QL), at paras. 23-28.

[32] Deference does not extend to allegations of breaches of the fairness duty because these decision-makers cannot claim a relative expertise over matters which do not bear upon the merits of the claim. As easy as it is to state that the duty of procedural fairness applies to pre-hearing procedures and the content of the duty varies with the circumstances, the review standard of correctness simply means that it is the reviewing court which has the last say as to whether the applicant was accorded procedural fairness in the circumstances: *Dunsmuir*, at para. 129 per Binnie J, concurring; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, [2002] S.C.J. No. 9 (QL), 2002 SCC 11, at paras. 74-75; *Fundy Linen Service Inc. v. New Brunswick (Workplace Health, Safety and Compensation Commission)* (2009), 341 N.B.R. (2d) 286, [2009] N.B.J. No. 41 (QL), 2009 NBCA 13, at para. 12 and cases cited therein.

[33] Much of the Federal Court's relevant jurisprudence deals with allegations of procedural unfairness. Invariably, the allegation focuses on the "thoroughness" of the investigator's efforts and it appears to make no difference whether judicial review is tied to the dismissal of a complaint or one that is referred to the Tribunal for adjudication. On this controversial point, see Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5<sup>th</sup> ed. (Toronto: Carswell, 2009) at p. 259 et seq.

[34] To succeed in the Federal Court on the ground of procedural unfairness, the applicant must establish the investigation was fundamentally flawed (e.g., failure to interview key witnesses). A flawed investigation means the Commission's decision is also flawed. The lead decision in the Federal Court with respect to the content of the duty of fairness in the context of an investigation leading to a dismissal of a complaint is *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (F.C.), [1994] F.C.J. No. 181 (QL), aff'd (1996) 205 N.R. 383 (F.C.A.), [1996] F.C.J. No. 385 (QL) (see *Sketchley*, at para. 114). Of course, consideration is and must be given to the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. See also *Sanderson v.*



*Canada (Attorney General)* (2006), 290 F.T.R. 83, [2006] F.C.J. No. 557 (QL), 2006 FC 447.

[35] There is an obvious difference between the New Brunswick and federal schemes. In New Brunswick, the legislation requires the approval of the Minister before the matter can be moved forward to an independent adjudicative tribunal. In the federal sphere, it is the prerogative of the Commission to decide whether a complaint should proceed to the adjudicative stage. There is another difference between the federal and provincial schemes which impacts on the present appeal. In New Brunswick, the *Human Rights Act* does not require an investigator to make recommendations to the Commission with respect to the disposition of discrimination complaints. This runs counter to the application judge's finding that the failure of the investigator to make a recommendation with supporting reasons was a contributing flaw in the Commission's decision-making process warranting judicial intervention. I return to this point below.

[36] There can be no doubt that the Minister's decision to accept the Commission's recommendation to appoint a Board of Inquiry is owed deference. By extrapolation, so too is the Commission's decision to make the recommendation. However, as a practical matter, we are still left with the task of explaining how the reviewing court is to assess the reasonableness of a decision which does not purport to determine the merits of a case. This is not a case where it is easy to apply the standard of reasonableness as articulated in *Dunsmuir*. With respect to adjudicative decisions, the reviewing court must review the range of possible and acceptable outcomes. However, that understanding is problematic when it comes to decisions to remit a discrimination complaint to an adjudicative tribunal. This is why it makes sense to adopt a threshold test. A number of possible formulations exist.

[37] The application judge's analysis proceeds on two premises: (1) the Commission made a finding of *prima facie* discrimination; and (2) because of that finding, the recommendation to appoint a Board was forwarded to the Minister. With respect, I see nothing in the record to support either premise. In any event, I am not

prepared to support a threshold test of “*prima facie* discrimination”. The threshold is simply too “high”. Moreover, there are cases where it would be premature to make such a determination at such a preliminary stage. Let me explain.

[38] With respect to allegations of discrimination, the complainant bears the ultimate burden of proving on a balance of probabilities a *prima facie* case of discrimination. The Supreme Court has stated a *prima facie* case of discrimination is “one which covers the allegations made and which, if [...] believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant’s favour in the absence of an answer from the respondent ...”: *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536 at p. 558, [1985] S.C.J. No. 74 (QL). Once a *prima facie* case has been established, the onus is on the respondent to reasonably accommodate the complainant’s disability (up to the point of undue hardship): *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, [2007] S.C.J. No. 15 (QL), 2007 SCC 15. In the employment context, the respondent bears the onus of establishing that the discriminatory conduct policy or behaviour is a *bona fide* occupational requirement or justification and that reasonable efforts have been made to accommodate the employee.

[39] Against this background, it is evident that a finding of *prima facie* discrimination is one of two critical and pivotal issues to be addressed by the adjudicative tribunal. Such a finding may involve a question of law alone or a question of mixed law and fact. Having regard to the fact that a critical primary function of the Commission is to act as a conduit for the filtering of human rights complaints, it makes no sense for the Commission to rule on this issue only to have the very same issue addressed by the tribunal. Nor does it make sense to bifurcate the decision-making process, with the Commission ruling on the issue of *prima facie* discrimination and the adjudicative tribunal ruling on the issue of accommodation.

[40] One final point on this issue: rejection of the *prima facie* threshold effectively disposes of the Province’s argument that the application judge’s findings of fact surrounding the conclusion that no case of *prima facie* discrimination had been made

out is owed deference on the review standard of “palpable and overriding error”. In short, it was not the role of the reviewing judge to make findings of fact.

[41] Another possible formulation of the threshold test is whether there is a reasonable prospect the complainant will succeed before an independent tribunal: *Cucek v. British Columbia (Ministry of Children and Family Development)*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 247 (QL), 2005 BCHRT 247. I am reluctant to express the threshold test in such terms for fear that the reviewing court will be tempted to interpret it as an elevated threshold (50% chance of success). Another possible test is the one found in s. 44(3) of the *Canadian Human Rights Act*: “having regard to all of the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted”. In my view, this formulation suffers from vagueness. The same cannot be said of the one alluded to in the Supreme Court’s jurisprudence and favoured by the Federal Court: Was there a reasonable basis in the evidence to support the recommendation to appoint a Board of Inquiry? In my view, this is the preferred administrative law test. In the civil context, the threshold question would be framed in terms of whether the recommendation and supporting documentation establish an “arguable case”, either in law or mixed law and fact. In my view, both the “reasonable basis” and “arguable case” formulations of the threshold test reflect the same deferential standard of review and can be used interchangeably. For ease of reference, I have settled on the test of arguable case. It clearly reflects the understanding that deference is owed to decisions, pertaining to the disposition of discrimination complaints, and that the threshold is “low”.

#### V. The Findings of Procedural Unfairness, Irregularity and Delay

[42] In total, the application judge identified six instances in which the Commission’s process breached the duty of procedural fairness. I canvass all six. The first two are tied to the initial or preliminary investigation of the complaint conducted by Mr. Mockler, a Human Rights Officer employed by the Commission. First, the application judge intimated that Mr. Mockler’s failure to offer an opinion or conclusions with respect to the merits of the discrimination complaint contributed to a breach of the

fairness duty. Second, the application judge held Mr. Mockler's failure to interview key potential witnesses was fatal to the Commission's recommendatory decision. I shall deal with both findings in the order stated.

[43] In New Brunswick, investigators do not make recommendations to the Commission as is done under the federal scheme. Complaints may be dealt with in one of four ways. Each must be explained.

[44] Alleged violations of the *Human Rights Act* must be in writing and filed with the Commission within one year after the occurrence (s. 17). Pursuant to s. 18(1), the Commission may inquire into the complaint and endeavour to effect a settlement of the matter. Section 18(2) provides that, if in the opinion of the Commission a complaint is without merit, the Commission may dismiss the complaint at any stage of the proceedings.

[45] The second procedural avenue is found in s. 19.2(1) of the *Human Rights Act*. That section grants the Commission the discretionary power to delegate to an employee of the Commission the duties and powers of the Commission under ss. 18(1) and (2). This means the Commission employee (investigator) has the power to investigate the complaint and pursue a settlement, or to dismiss the complaint if it is without merit. Section 19.2(2) provides that if either the complainant or the person alleged to have breached the *Act* is not satisfied with the decision of the investigator, the aggrieved person may request the Commission to review the decision. The Commission is empowered to uphold, vary or rescind the employee's decision. In brief, in cases where an employee of the Commission has been assigned the duty of investigating and deciding a complaint, pursuant to s. 19.2(1) of the *Human Rights Act*, it is the investigating officer who is required to make an initial determination as to whether there may have been a violation of the *Human Rights Act*. Anyone dissatisfied with that decision is entitled to ask the Commission to review the investigator's decision.

[46] In the present case, there is no evidence the Commission delegated its powers to Mr. Mockler under s. 19.2(1). This would explain why he offered no opinion or conclusion with respect to the merits of the discrimination complaint. Indeed, in Mr. Mockler's covering letter to the Province, to which his investigative report was attached, he indicates it is the Commission which will ultimately decide the fate of the complaint.

[47] The third procedural avenue available to the Commission is found in s. 18(3) of the *Human Rights Act*. If the Commission deems it necessary, it may apply to a judge of the Provincial Court to designate a person for the purpose of inquiring into the complaint and endeavoring to effect a settlement. If so designated, the person entrusted with the task of investigating the complaint is armed with additional investigative powers as set out in s. 19.

[48] Finally, regardless of the procedural avenue initially taken by the Commission, if a complaint is neither settled nor dismissed, the process available to the Commission is found in s. 20 of the *Human Rights Act*. Section 20 provides, if the Commission is unable to effect a settlement with respect to the complaint, the Commission may recommend to the Minister of Post Secondary Education, Training and Labour that a Board of Inquiry be established for the purpose of "investigating the matter". If the Minister accepts the recommendation, which we are told he or she invariably does, the complaint moves to the formal adjudicative stage. Pursuant to s. 20(4.1) the Commission is a party to the inquiry and has carriage of the complaint. At the end of the inquiry, the Board is to make a finding, on a balance of probabilities, as to whether the *Act* was breached. The Board is vested with broad remedial powers under s. 20(6.2). All decisions of the Board of Inquiry are "final" (s. 21(1)).

[49] Against the above background, I am of the view the application judge erred in faulting the investigator for failing to make a recommendation with respect to the disposition of the complaint. There is no evidence the Commission delegated its authority to the investigator under s. 19.2(1) of the *Human Rights Act*.

[50] This takes me to the second alleged error surrounding the investigation of the complaint. The Commission insists the application judge erred in holding the investigator failed to interview key potential witnesses at Centracare. I fail to see how this omission is relevant to the issue at hand once it is recognized that it was not Mr. Mockler's role as investigator to come to a definitive conclusion regarding the merits of the discrimination complaint, nor was it his role to provide the Commission with a recommendation. Moreover, the Commission made no ruling with respect to the whether the complainant had been adequately accommodated while at Centracare. Whether or not the complainant was adequately accommodated at that facility is largely a factual issue better suited to the adjudicative skills of a tribunal. Above all else, it was not the role of the investigator to interview key witnesses with respect to determining whether the staff at Centracare was somehow civilly responsible for failing to take sufficient measures to protect the complainant against an assault.

[51] The third ground of procedural unfairness is tied to the application judge's finding that the Commission had concluded that the complainant's disability had not been adequately accommodated at Centracare because of the incident surrounding an assault committed by another patient. The application judge ruled there was nothing in the record before him to indicate the Commission had considered a detailed review completed by the Province in regard to the incident. With great respect, the Commission made no ruling as to whether the complainant had been adequately accommodated while at Centracare. That was an allegation contained in the summary of the complaint prepared by the Commission and submitted to the Minister.

[52] The fourth ground of procedural unfairness is tied to the application judge's finding that the Commission failed to consider the Province's letter of September 11, 2007. The application judge held the omission fatal to the validity of the Commission's recommendation to the Minister. The letter in question was written in response to the Commission's request for further information and answers to the following questions: (1) Is the complainant a ward of the Province or does he fall within a particular program for which the Province is obligated to provide care?; (2) How does the

Province determine the level of care required and how many levels are there?; (3) How does the Province determine the appropriate placement for those with special needs?; and (4) What if any services is the Province obligated to provide the complainant? The letter of September 11, 2007, is a response to those questions. The application judge's finding that the Province's letter was not considered is based on a September 18, 2008, letter written by counsel to the Commission which sets out the record considered by the Commission in making its recommendation. The September 18, 2008, letter makes no reference to the Province's letter of September 11, 2007, having been considered.

[53] The Commission has always maintained that the Province's letter of September 11, 2007, was in fact summarized and contained in a confidential legal opinion prepared for which litigation privilege has been claimed. The Province argues it is simply untenable to suggest it blindly accept that the contents of the September 11, 2008, letter were effectively communicated to the Commissioners. I disagree. Having regard to the extensive meetings and communications between legal counsel and the Commissioners and having regard to the fact that legal counsel is an officer of the court, I have no reason to doubt the veracity of counsel's assertion as to what information was placed before the Commission. As the answers were as succinct as the questions posed, the possibility of misinterpreting the Province's response letter is too remote. However, there is a downside to the Commission's claim to litigation privilege. As discussed below, the Commission cannot rely on that opinion when it comes to the obligation to outline an arguable case of discrimination.

[54] The fifth finding of procedural irregularity is that the Commission broadened the ambit of the complaint without advising the Province. The record discloses that the complaint filed with the Commission in December 2002, pertained only to the complainant's placement at Centracare. Obviously, the complaint could not make any reference to the Spurwink facility as the complainant was not moved to that facility until March 2005. Nevertheless, the summary of the complaint provided to the Minister makes reference to the move to Spurwink being discriminatory and to an amended complaint. The application judge ruled that broadening the ambit of the complaint was fatal to the

Commission's recommendatory decision and that the defence of "continuous contravention" could not prevail over the requirement to provide procedural fairness.

[55] The real issue is whether, in broadening the ambit of the complaint, the Province was prejudiced because it was not given the opportunity to make representations with respect to the amended portion of the complaint. I agree with the Commission that it is problematic to require complainants to re-file a complaint each time there is a change in the "service" being provided. I also agree with the Commission that in the three years following the complainant's placement at Spurwink that fact was raised on several occasions with the Province. For example, at a meeting held in January 2008, Commission officials met with representatives of the government to discuss the case and the lack of in-province facilities to accommodate adults with autism. As well, the parties subsequently exchanged correspondence with respect to the Spurwink placement. In these circumstances, the Province cannot complain that it was taken by surprise that any Board of Inquiry to be appointed would be looking also at the facts surrounding the Spurwink placement. Surely, if the Province had a concern as to the ambit or scope of the complaint, one would have thought that the Province would have raised the matter during the three years that pre-dated the making of the recommendation. For these reasons, I agree that the application judge erred in granting a stay on this ground of procedural unfairness.

[56] The application judge's sixth finding of procedural unfairness is tied to the inordinate delay from the time the discrimination complaint was filed until the time the Commission made its recommendation to the Minister: a period approaching six years. The application judge held the excessive delay in prosecuting the complaint amounted to an abuse of process. The Supreme Court's decision in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, [2000] S.C.J. No. 43 (QL), 2000 SCC 44, was cited in support of his conclusion. Before turning to the precepts of that case, I pause here to note that everyone has assumed a six year delay is "inordinate". However, inordinate does not equate with unusual. An examination of the human rights jurisprudence reveals that it is not unusual to find the lapse of several years from the date



a complaint is filed and the day it moves forward for adjudication. For example, in *British Columbia (Ministry of Education) v. Moore* (2008), 81 B.C.L.R. (4<sup>th</sup>) 107, [2008] B.C.J. No. 348 (QL), 2008 BCSC 264, the human rights complaints were filed in 1997. The hearing before the British Columbia Human Rights Tribunal began in 2001, following a judicial review application concerning the scope of the complaints. The Tribunal released its decision in 2005. Judicial review of that decision was completed in 2008.

[57] Unlike *Blencoe*, this case does not involve the application of s. 7 of the Canadian *Charter of Rights and Freedoms* and the question of whether that section was breached because of state-caused delay (deprivation of life, liberty and security of the person). Thus, we need only examine the following principles. In the administrative law context, mere delay will not warrant a stay of proceedings for abuse of process, as that would be tantamount to imposing a judicially created limitation period. There must be proof of “significant prejudice” which results from an unacceptable delay. The delay must be such that a party’s ability to make full answer and defence to the complaint has been compromised (*e.g.*, witnesses have died or are unavailable or evidence has been lost). The Supreme Court has framed the applicable test in terms of whether proof of prejudice has been demonstrated to be of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing. In the present case, there is no evidence the Province was prejudiced by the delay.

[58] Significant prejudice is not the only test for establishing delay as an abuse of process and the right to a stay of proceedings. In *Blencoe*, the Supreme Court went on to address the further question of whether one could look to the psychological and sociological harm (stress and stigma) caused by the delay rather than merely looking to the party’s ability to make full answer and defence. After reviewing the provincial jurisprudence, the Supreme Court held it was prepared to recognize that unacceptable delay may amount to an abuse of process even though the fairness of the hearing has not been compromised. The Supreme Court framed the circumstances as follows: “Where inordinate delay has directly caused significant psychological harm to a person, or

attached a stigma to a person's reputation, such that the human rights system would be brought into disrepute, such prejudice may be sufficient to constitute an abuse of process" (para. 115). Obviously, the facts of the present case do not fall within this carefully crafted exception. For these reasons, the finding of abuse of process and the granting of the stay were errors. Indeed, if anyone were to have the right to complain of the delay with respect to the Commission's pace of its decision-making process, it would have been Ms. E. But even she would have difficulty in clearing the legal hurdles carefully erected by the Supreme Court.

[59] A few final observations on this issue. While this case may not run afoul of the abuse of process doctrine, the length of the delay is a source of embarrassment. I also agree with the application judge with respect to his critical comments concerning the lack of procedural rules and adherence to an effective process for dealing with complaints (see para. 43). As will become evident from the reasons that follow, those accused of discrimination should be vigilant in demanding an explanation of how the so-called discriminatory treatment falls within one of the provisions of the *Human Rights Act*. It makes no sense to enter into years of negotiations without ever knowing the tenets of the arguable case. This case is also complicated by an additional reality. For several years the Commission has been brokering a settlement and in receipt of information supplied by the Province on a confidential basis. Yet, it is the Commission which will have carriage of the complaint before the Board of Inquiry. I find this reality truly problematic, as would the Province had the matter gone to the Board of Inquiry for adjudication. In the absence of Chinese walls separating Commission staff, a bystander might well accuse the Commission of pursuing protracted negotiations with a view to advancing the prosecution of the discrimination complaint, thereby abandoning its role as neutral arbitrator.

#### VI. The Threshold Test – Arguable Case

[60] I have already concluded the Commission's decision to recommend the appointment of a Board of Inquiry is owed deference in the same way the Minister's

decision to accept the recommendation would have been owed deference had his decision been subjected to judicial review. Thus, the applicable standard of review must be reasonableness. This means the reviewing court must be satisfied that the reasons underscoring the recommendation outline a reasonable basis in law or mixed law and fact. In short, the reasons or record must disclose an arguable case of discrimination. However, that is not how the application judge approached the issue.

[61] The application judge ruled the failure of the Commission to identify a comparator group was fatal to its obligation to establish a case of *prima facie* discrimination. The Commission insists the issue of whether the discrimination analysis should be based on a “comparative analysis” or on “individual accommodation” must be made by the Board of Inquiry after legal argument. This submission is revealing. The Commission is effectively asserting that a finding of discrimination may be made without conducting a comparator group analysis and a finding of adverse differential treatment. In its written submission to this Court, the Commission offers a further glimpse of its discrimination argument when it argues the application judge mischaracterized the true nature of the complaint. The Commission now acknowledges the essence of the complaint is not that the Province failed to fund a particular service but rather that the service is being provided in a discriminatory fashion, that is to say, in a manner that amounts to “escalating forms of banishment” severing the complainant from his family and community. The Commission goes on to assert that the service is being provided in a context that “permanently and absolutely abrogates his constitutional rights to remain in Canada as guaranteed by s. 6 of the *Charter*”.

[62] The Commission insists questions of law and the validity of legal arguments are not subject to formal rulings at the recommendation stage, nor is there a hearing in which such arguments could be pursued. The Commission goes on to maintain that the Commissioners are entitled to consider a legal opinion and as that opinion is subject to a claim of litigation privilege, the opinion is immune from review. For these reasons, the Commission insists the application judge erred in concluding it was necessary for the Commission to perform a full comparator group analysis. In support of

its privilege argument, the Commission cites *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, [2004] 1 S.C.R. 809, [2004] S.C.J. No. 16 (QL), 2004 SCC 31. *Pritchard* stands for the proposition that a legal opinion prepared for a human rights commission when deciding whether to accept or reject a complaint falls within the category of solicitor-client privilege and, therefore, need not be disclosed on a motion for production of all documents tendered to the Commission for its consideration.

[63] No one disputes the legal proposition set out in *Pritchard*. Quite frankly, and with great respect, no one is interested in the counsel's opinion as to whether a comparative group analysis is an essential element of every finding of *prima facie* discrimination. What the Province needs to know and what the Minister should have been looking for is for someone to articulate the legal argument (the arguable case) on which the discrimination complaint would be pursued before the Board of Inquiry. The obligation to do so rested with the Commission. This case is analogous to a civil action in which the plaintiff sues the defendant in tort for negligence but refuses to outline in its pleadings the basis on which the defendant breached the duty and standard of care. Better still: the plaintiff refuses to give particulars. In administrative law, the omission would qualify as a breach of the procedural fairness duty and be raised as a preliminary objection before the adjudicative tribunal.

[64] Had the Minister's decision been subjected to judicial review, we would be asking whether the record placed before him outlined an arguable case. Since the challenge was to the Commission's recommendatory decision, the question must be reformulated: Did the record placed before the Commissioners meet the threshold test of arguable case (in law or mixed law and fact)? The answer is "no" unless the record is deemed to include the legal opinion, for which the Commission is asserting litigation privilege, and unless the legal opinion outlines an arguable case. As no one is or was in a position to evaluate the validity of any arguments that might be outlined in that privileged communication, the Commission is left with the record that was placed before the Minister for the purpose of establishing an arguable case.

[65] There is yet another problem facing this Court. While the Commission's written submission outlines two threads of an arguable case, those threads do not form part of the record below. I am prepared to pursue them for the following reasons. First, the complainant and his parents need to be assured the complaint does not raise an arguable case within the meaning of s. 5 of the *Human Rights Act*. Second, the Province did not object to the tardiness of the arguments. Third, the litigation has gone on for far too long. If the complaint involves a continuous contravention, it is all too inviting to file another complaint and to outline what is mistakenly perceived to be an arguable case. Fourth, virtually all of the cases mentioned below were cited and discussed in the written submissions. Finally, the analysis below does not purport to make binding conclusions with respect to the law of discrimination. We are only dealing with the question of an arguable case.

[66] No authority need be cited for the proposition that the cornerstone of a finding of discrimination is a finding of differential or unequal treatment. I am unaware of a Supreme Court decision which does not identify a comparator group in its search to determine whether a *prima facie* case of discrimination had been established. Equality is an inescapably "comparative" concept: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, [1989] S.C.J. No. 6 (QL), at p. 164. I am also aware of the Supreme Court's repeated caution that, absent demonstration of a discriminatory purpose, policy or effect, legislatures are under no obligation to create a particular benefit: *Auton v. British Columbia*, [2004] 3 S.C.R. 657, [2004] S.C.J. No. 71 (QL), 2004 SCC 78, at para. 41.

[67] The leading discrimination cases decided by the Supreme Court have been brought under s. 15 of the *Charter*. In such cases, the applicant must establish he or she suffered a disadvantage by reason of possessing one of the characteristics identified in s. 15 (including mental or physical disability) or an analogous characteristic. For a legislative distinction to amount to discrimination against an individual, the distinction must be one which has the effect of imposing a disadvantage on the individual which is not imposed on others: *Andrews v. Law Society of British Columbia*. It is the requirement of disadvantage that involves a comparison with others. I need only refer to two cases of

the Supreme Court to illustrate the importance of identifying the appropriate comparator group.

[68] In *Auton v. British Columbia*, a claim of discrimination was made by autistic children and their parents after the province refused to fund a “novel” program of applied behavioral therapy, regarded as the most effective treatment for autism. The province’s statutory health care scheme provided full funding for all medically necessary services (core services) provided by physicians. Funding was also provided for medically necessary non-core services provided by non-physicians (health care practitioners), but not for autism therapy which would have been administered by non-physicians. Both the trial judge and the Court of Appeal held the province to be in breach of s. 15 because it funded some medically necessary therapies provided by health care practitioners but not therapies for autistic children. The Supreme Court reversed. The Court held that the appropriate comparator group was comprised of persons without a mental disability who were receiving “novel” therapies. As the government was not funding any novel non-core therapies, the discrimination complaint failed. There was no unequal treatment.

[69] As is evident, the degree to which the comparator group is circumscribed is critical to the outcome of s. 15 discrimination cases. In *Auton*, the Supreme Court identified a group much narrower than the one identified by the lower courts. Indeed, it could be argued the Supreme Court narrowed the comparator group by narrowing the service being provided (“novel therapies”). By contrast, in *Nova Scotia v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, [2003] S.C.J. No. 54 (QL), 2003 SCC 54, the Court identified a comparator group much broader than the one identified in the courts below. In *Martin*, it was held the workers’ compensation legislation of Nova Scotia violated s. 15 of the *Charter* for providing only short-term benefits to workers suffering from work-related chronic pain. Curiously, the Supreme Court acknowledged that chronic pain was unlike other work-related injuries in that it had no physical manifestations and there was no accepted method of diagnosis and treatment. As Professor Hogg points out, if the Court had defined the comparator group with the same specificity as it did in *Auton*, the claimant in *Martin* would have been forced to find another group of persons suffering from work-

related injuries that, like chronic pain, had no physical manifestations and no accepted method of diagnosis and treatment. Of course, that would have defeated the discrimination claim. Instead, as Professor Hogg writes, the Court “brushed aside” the problems of fully funding chronic pain cases and held the comparator group was those workers eligible for compensation benefits but who do not suffer from chronic pain. By adopting a broad definition of the comparator group, the claim of the worker was bound to succeed (see Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>th</sup> ed. loose-leaf (Scarborough: Carswell, 2009) at p. 55-35 and *Wynberg v. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561 (C.A.), [2006] O.J. No. 2732 (QL).

[70] The decisions in *Auton* and *Martin* demonstrate that the identification of the comparator group is critical to the outcome of s. 15 cases. The broader the comparator group the easier it is to establish *prima facie* discrimination. Conversely, if the comparator group is narrowed, the more difficult it is to meet that threshold condition precedent. At the same time, the Supreme Court has recently recognized the criticism leveled at its jurisprudence that had allowed the Court’s post-*Andrews* jurisprudence “to resurface in the form of an artificial comparator analysis focused on treating likes alike”: *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, [2008] S.C.J. No. 42 (QL), 2008 SCC 41, at para. 22, referring to *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, [1999] S.C.J. No. 12 (QL).

[71] Before the Supreme Court decided *Andrews*, Canadian courts were applying a version of the Aristotelian principle of equality known as the “similarly situated” test. According to that test, a denial of equality was made out if it could be shown that the law accorded the complainant worse treatment than others who were similarly situated. The test was found to be too general and used to justify laws that discriminated against Jews or Blacks: *Andrews*, at p. 146. As Professor Hogg points out, the true problem with the test is the lack of criteria to determine who is similarly situated to whom and what kinds of treatment are appropriate to those who are not similarly situated: Hogg, at p. 55-15. A related problem arises in cases where the comparator group

is too narrow (one minority group is treated no differently than another minority group). It is too easy to end up applying the similarly situated test.

[72] Just as the identification of comparator groups is critical to the outcome of s. 15 cases, the same is generally thought to be true with respect to discrimination claims brought under provincial human rights legislation, such as s. 5 of the New Brunswick *Human Rights Act*. However, provisions such as s. 5 add a further dimension to the discrimination analysis. Recall, s. 5 provides no person shall discriminate against any person with respect to any *services* available to the *public*. The significance of the italicized words was addressed by the Supreme Court in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, [1993] S.C.J. No. 55 (QL). In that case, the Court was dealing with s. 3 of the British Columbia *Human Rights Act* which prohibited discrimination with respect to any service “customarily available to the public”. The Court reviewed the equivalent legislation in each of the provinces, including New Brunswick, and held there were no substantive differences between the provisions despite the subtle differences in wording.

[73] The facts and reasoning in *Berg* are instructive. The appellant Berg had been accepted into a graduate program at the University of British Columbia. Subsequently, she suffered from depression and at one point attempted to jump through a plate glass window of the graduate school. When the faculty moved to another building the appellant was denied a key to the new facility. She protested the denial and was given a key. However, because of the appellant’s behaviour, a faculty member refused to complete the appellant’s “rating sheet” which had to be submitted with every application for a hospital internship. The appellant filed a discrimination complaint. The tribunal held that discrimination resulted from the failure to provide the key and the rating sheet. In the Supreme Court, it was conceded that the provision of a key and rating sheet fell within the meaning of the word “services”. The only issue was whether the service was one “customarily available to the public”. The Supreme Court answered the question positively. The appellant did not cease to be a member of the public simply because she passed through a selective admissions process. The offering of graduate programs



qualified as a service customarily available to the public as were the offering of keys and rating sheets to those admitted to the graduate school.

[74] The precedential significance of cases such as *Berg* can be reduced to the proposition that a discrimination complaint brought under s. 5 of the *Human Rights Act* may raise three distinct questions: (1) What is the service being offered?; (2) Is it offered to the public?; and (3) Who is the public? As is so often true, the difficulty does not lie in posing the questions but in seeking out the proper responses. A case on point is *Moore v. British Columbia (Ministry of Education)*, quashed on judicial review (*British Columbia (Ministry of Education) v. Moore*).

[75] *Moore* is a case dealing with the statutory equivalent of s. 5 of the New Brunswick *Human Rights Act*. The essential and truncated facts are as follows. A local school district had been offering an intensive program for students with severe learning disabilities entering grade three, including students who were dyslexic. The program was cancelled before the complainant entered grade three. The complainant suffered from dyslexia and filed two discrimination complaints: individual and systemic. The individual case of discrimination alleged the complainant was not provided with the support and services necessary to allow him to access the education services being offered at the local school. The systemic case of discrimination hinged on the contention that the school district's students with severe learning disabilities were not provided with a sufficient range of services to allow them to access the educational services otherwise available. The human rights tribunal upheld the complaints. It found *prima facie* individual discrimination when the district failed to ensure the complainant's disability needs were appropriately accommodated because of a failure to provide him with sufficiently early, intensive and effective remediation. The tribunal went on to find systemic discrimination on the part of the school district when services were disproportionately cut to the students with severe learning disabilities.

[76] In reaching its decision, the human rights tribunal reasoned it was unnecessary to focus on a comparator group because the issue was not whether the

claimant was treated equally but whether the complainant's disability had been accommodated such that he could access the benefits of the education service. Thus, the tribunal framed the true question in terms of whether the complainant was able to access the benefits of the "educational programs offered by the Ministry and school district". Applying the Supreme Court's decision in *Eldridge v. British Columbia (Attorney general)*, [1997] 3 S.C.R. 624, [1997] S.C.J. No. 86 (QL), the tribunal reasoned that a comparator analysis is unnecessary where there is denial of accommodation necessary to achieve equal access to an education. Alternatively, the tribunal held if it were found to be in error on this point, the true issue in the case was with respect to the quality of the education that the complainant was receiving and not whether he received a service. Therefore, the appropriate comparator group consisted of other students, in the public school system, not requiring additional support or accommodation to access educational services. In short, the Commission's fallback position was to identify a broad comparator group.

[77] To understand the tribunal's reasoning in *Moore*, it is necessary to appreciate the significance of the Supreme Court's ruling in *Eldridge*. In that case, the issue was whether the provisions of the British Columbia *Medicare Protection Act* breached s. 15 of the *Charter* by failing to require hospitals to provide sign language interpreters for the deaf in circumstances where such services were necessary for effective communication. The Supreme Court answered the question in the affirmative. The Court reasoned that a cornerstone of human rights jurisprudence is the duty to take positive action to ensure that members of a disadvantaged group are to benefit equally from government services available to the general public. The failure to provide sign language interpreters denied deaf persons the equal benefit of the law and discriminated against them in comparison with hearing persons. See also *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, [2000] S.C.J. No. 29 (QL), 2000 SCC 28, at para. 78 and *Auton*, at para. 41, which speak to the precedential significance of *Eldridge*. See also P. Rosenbaum and E. Chadha, "Reconstructing Disability" (2006) 33 Sup. Ct. L. Rev. (2d) 343.

[78] Using the Supreme Court's decision in *Eldridge* as a springboard, the reasoning of the human rights tribunal in *Moore* has a logical foundation. The reasoning is as follows. Once the decision is made to provide public education, dyslexic children have as much a right to that education as do children without learning disabilities. Without the provision of a remedial course or program, dyslexic children are unable to access the educational services available to children without learning disabilities and, therefore, like deaf persons who are entitled to sign language interpreters in order to access health care services, dyslexic students are entitled to the equivalent remedial services. Analogies persist. One child is wheel-chair enabled, the other is not. However, their school is not wheel-chair accessible. Today, no one would question the student's right to physical access to the school, nor the obligation of government to expend the funds necessary, up to the point of undue hardship, to accommodate the physical needs of persons with disabilities such that they are able to gain access to a public benefit or service. Within this simplistic framework, one can accept that the tribunal in *Moore* was faced with an arguable case of discrimination.

[79] On judicial review, the parties in *Moore* remained at odds as to the "service" in issue. The complainant adopted the one the tribunal had settled on: "educational programs offered by the Ministry and school district". The Ministry argued for "special education services". The school district argued for a narrower definition: the "specific services" sought by the complainant. The reviewing judge agreed with the Ministry that the service at issue was "special education services" while the public was "special needs students". The reviewing judge went on to deal with the issue of whether it was necessary to seek out a comparator group. Citing *Auton*, at paragraphs 51-54, he rejected the tribunal's finding that the search for a comparator group was unnecessary. He also explained *Auton* as a case in which the claimants wanted the government to fund additional health care services unavailable to anyone. On the other hand, *Eldridge* involved a deaf claimant who sought equivalent access to core health services that the government had decided to fund. By contrast, the reviewing judge in *Moore* held that as no funding was being provided for programs for special needs students, the allegation of discrimination failed.

[80] Against this background, we are left to decide whether the Commission's recommendatory decision meets the threshold of an arguable case when it comes to the issue of *prima facie* discrimination. To me, the answer is obvious. The present case does not fall within the arguable category. We are not dealing with a person with a disability who is seeking access to existing government benefits or services as was true in *Eldridge*, *Auton* and *Moore*. Specifically, we are not dealing with a case in which one party is arguing that the relief being sought amounts to the funding of a benefit or service not otherwise available to the public and the other party is arguing that the relief being sought is necessary in order for the person with a disability to gain access to an existing service. This is why the Commission's belief there is no need to isolate an appropriate comparator group is without legal foundation. In any event, it is evident that the success of the competing arguments will depend on how narrow or broad the terms "service" and "public" are defined.

[81] The disposition of this appeal and the human rights complaint falls to be decided on the potential application of s. 5 of the *Human Rights Act*. Once again recall, s. 5 provides no person is to deny any person services available to the public, or discriminate against any person with respect to any services or facilities available to the public, because of mental disability. It is common ground that the complainant's autism qualifies as a mental disability. The next question is whether the complainant has been denied a service or facility otherwise available to the public. That question required the Commission to reflect on the service which is otherwise available to the public but not to persons, such as the complainant, who have a mental disability. The only relevant service which the Province makes available to the public is the Province's Level IV – Long Term Care Program. But this is not a case where the complainant was denied access to a Level IV residential facility. Unfortunately, it is a case in which the Level IV facility could not accommodate the care needs of the complainant. Indeed, there is no facility in the Fredericton area, or for that matter the Province, available to persons with mental disabilities, which provides the level of care needed for someone with severe autism. In the circumstances, there is no logical basis to conclude there was an arguable case that

the complainant was denied access to a level of service that was available to the public generally or to other persons with mental disabilities.

[82] In response, the Commission argues, and belatedly so, that the complaint does not allege a failure to fund a service for adults with autism. Instead, the service is being offered in a discriminatory fashion, *i.e.* in a manner that amounts to “escalating forms of banishment”. The phrase “banishment of disabled persons” is traceable to the Supreme Court’s decision in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, [1996] S.C.J. No. 98 (QL), at para. 67. In that case, the Court held that a child’s equality rights under s. 15(1) were not violated when a child who had been placed in a “regular classroom” with a full-time assistant was subsequently placed in a “special education classroom”. The Supreme Court reasoned that while integration of persons with disabilities is the preferred accommodation, discrimination did not result if the segregated placement was superior to the integrated one, as held by the tribunal. In my view, *Eaton* undermines any argument the Commission might have made in support of an arguable case.

[83] The banishment argument invites a comparison between those who are banished and those who are not. But the argument assumes that both groups have access to the same benefit. As the Commission has carriage of the complaint before a Board of Inquiry, the Commission sought the opportunity to argue that the Province is obligated to accommodate the complainant by providing him with the same level of service in Fredericton that he is presently receiving at Spurwink. Does this argument raise an arguable case? The answer must be “no” because the argument has nothing to do with s. 5 of the *Human Rights Act*, which speaks only of discrimination with respect to services that are offered to the public. There can be no duty to accommodate a person with a disability until one establishes discriminatory treatment within the meaning of that section. In that regard, the Commission has consistently refused to outline the legal framework or arguments to support the allegation of discriminatory treatment. The omission has nothing to do with the merits of the arguments – something upon which a lawyer may express an opinion and for which litigation privilege could be asserted.

[84] This is not a case where New Brunswickers with disabilities are being provided with a service in New Brunswick, while the complainant is forced to receive the same service outside the province. Indeed, this is not a case about access to an existing benefit or service. This is a case in which the complainant is being provided a service that, on the record, does not appear to be available to any other person in New Brunswick. The irony of this case may well be that the Province will be accused of discrimination in providing the complainant with a service not otherwise available to those whose care needs are the same as the complainant and yet have no access to a facility such as Spurwink.

[85] As stated at the outset, this case comes down to the unstated premise that it makes no economic sense to pay for a service being provided for in the State of Maine when, arguably, the same service could be offered in Fredericton at the same cost. If that is the true source of the grievance, this case is not about forcing a government to expend money to provide persons with disabilities with access to public services. Rather, the objective is to tell the government where the money must be spent. But it is too late for the Commission to characterize the Province's decisions as escalating forms of banishment and to refer to s. 6 of the *Charter* (mobility rights).

## VII. Disposition

[86] In conclusion, the Commission's recommendation and supporting documentation fail to disclose an arguable case of discrimination under s. 5 of the *Human Rights Act*. I would dismiss the appeal with costs of \$3,500.

LE JUGE ROBERTSON

I. Cadre général

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine annulant une recommandation de la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick portant que le ministre de l'Éducation postsecondaire, de la Formation et du Travail nomme une commission d'enquête pour enquêter sur une plainte de discrimination à l'encontre de la Province. Le juge saisi de la requête a également accordé un arrêt des procédures, le Ministre ayant accepté la recommandation et nommé une commission avant l'audition de la requête. Voici un bref exposé des faits essentiels et des principales questions en litige, ainsi qu'un résumé du raisonnement qui sous-tend le rejet de l'appel.

[2] Le 12 décembre 2002, les parents d'un autiste âgé de 21 ans ont déposé auprès de la Commission une plainte dans laquelle ils alléguaient que le ministère des Services familiaux et communautaires (devenu le ministère du Développement social) avait fait preuve de discrimination en violant l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, c. H-11. L'article 5 prévoit que nul ne doit se voir refuser des services disponibles au public et que nul ne doit faire preuve de discrimination contre une personne quant aux services disponibles au public pour des raisons d'incapacité mentale.

[3] Le plaignant avait vécu sous le toit de ses parents à Fredericton jusqu'à ce qu'ils ne soient plus en mesure de lui prodiguer le niveau de soins dont il avait besoin. Ils ont accepté son placement dans un foyer de groupe gouvernemental pour adultes de niveau IV situé dans la même ville. Le niveau IV constitue le niveau de soins le plus élevé que la Province offre aux personnes atteintes d'une incapacité telle que celle du plaignant. Lorsque ses fournisseurs de soins de niveau IV sont devenus incapables de lui donner les soins nécessaires, la Province a transféré le plaignant dans un établissement

provincial à Saint John (Centracare) en vertu d'une ordonnance judiciaire d'une durée d'application de douze mois. Centracare est un établissement psychiatrique provincial de soins de longue durée. Selon la Province, il s'agissait du « meilleur » service disponible au Nouveau-Brunswick. Trois ans plus tard, la Province a conclu que les besoins de soins du plaignant dépassaient ce qu'on pouvait offrir au Nouveau-Brunswick. Il a donc été placé dans un établissement de l'État du Maine (Spurwink) dans lequel il réside actuellement, ce qui coûte 500 000 \$ par an à la Province (deux membres du personnel par patient vingt-quatre heures sur vingt-quatre et trois par patient lors des sorties). Spurwink est un établissement bénéficiant d'une accréditation nationale qui offre aux enfants et aux adultes autistes des programmes pour résidants ainsi que des programmes de jour.

[4] Fondamentalement, la plainte de discrimination tourne autour du fait que le jeune homme a été déplacé de Fredericton, transféré à Centracare et ensuite placé à Spurwink. Le 12 août 2008, soit près de six années après le dépôt de la plainte, la tenue d'une enquête préliminaire et des tentatives continues pour parvenir à un règlement, la Commission a recommandé la nomination d'une commission d'enquête afin « d'étudier la question » comme le prévoit l'art. 20 de la *Loi sur les droits de la personne*. La Commission n'a communiqué formellement au Ministre aucun motif pour expliquer sa recommandation et le Ministre n'a pas non plus donné les raisons pour lesquelles il avait accepté la recommandation, laquelle était accompagnée de documents à l'appui, y compris un résumé chronologique des événements. À une exception près, il s'agissait du dossier sur lequel la Commission avait fondé sa recommandation. La Province a sollicité une révision judiciaire non pas de la décision du Ministre de nommer une commission d'enquête, mais plutôt de la recommandation de la Commission à laquelle un autre ministre avait déjà donné suite. La décision rendue en l'espèce est fondée sur le postulat que si la recommandation de la Commission était empreinte d'une erreur, la même erreur pourrait être imputée à la décision du Ministre.

[5] Dans des motifs détaillés, la requête en révision judiciaire a été accueillie, la recommandation de la Commission a été annulée et il a été interdit à la commission



d'enquête (la Commission du travail et de l'emploi du Nouveau-Brunswick) de poursuivre l'affaire : (2009), 344 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 210, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 45 (QL), 2009 NBBR 47. Pour arriver à sa conclusion, le juge saisi de la requête a isolé six manquements à l'obligation d'équité procédurale (par ex., un retard constituant un abus de procédure). Il a également statué que l'omission de la Commission de procéder à une « analyse différentielle » et de montrer un [TRADUCTION] « groupe de comparaison » était fatale à sa recommandation étant donné qu'aucune preuve n'étayait la conclusion de discrimination à première vue (inégalité de traitement).

[6] Bien que la norme de contrôle applicable aux allégations de manquement à l'obligation d'équité procédurale soit celle de la décision correcte, il faut par ailleurs faire preuve de retenue envers la décision du Ministre de nommer une commission d'enquête et, corrélativement, à l'égard de la recommandation de la Commission. Dans un cas comme dans l'autre, la norme de contrôle applicable est celle de la « raisonabilité ». Dans le contexte de [TRADUCTION] « décisions destinées à filtrer les cas », cela se traduit par un critère préliminaire selon lequel la cour de révision doit avoir la conviction que les motifs ou le dossier qui sous-tendent la recommandation ou la décision sont raisonnablement fondés sur le plan du droit et des faits pour que la plainte de discrimination passe à l'étape décisionnelle. Bref, les motifs officiels ou le dossier doivent faire état d'une cause défendable. Corrélativement, une conclusion de discrimination à première vue n'est pas nécessaire.

[7] Je conclus que la Commission n'a pas manqué à son obligation d'équité procédurale comme l'a précisé le juge saisi de la requête (par ex. le retard n'a causé aucun préjudice ou dommage). Toutefois, la recommandation de la Commission et les documents à l'appui qui ont été présentés au Ministre ne font pas état d'une cause défendable de discrimination au sens de l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*. En plus de ne pas isoler un ou plusieurs groupes de comparaison pour démontrer l'existence d'une inégalité de traitement, le dossier ne fait aucunement mention du refus d'un service offert à d'autres personnes. Par conséquent, la Province n'a toujours pas été informée du fondement sur lequel repose l'allégation de discrimination au sens de l'art. 5 dont elle

aurait fait preuve à l'encontre du plaignant. La Commission répond en faisant valoir trois arguments. Premièrement, il appartient à la commission d'enquête de déterminer si son analyse de la discrimination devrait être fondée sur le modèle comparatif. C'est en effet elle qui statue sur les questions de droit. Deuxièmement, une analyse comparative n'est pas toujours nécessaire. Troisièmement, la Commission admet que l'objectif réparateur n'est pas de faire en sorte que la Province finance un service à l'intention des adultes autistes, mais plutôt de dicter l'endroit où le service devrait être offert. La Commission allègue maintenant que le service est offert de manière discriminatoire correspondant à [TRADUCTION] « des formes croissantes de non-participation » et elle invoque l'art. 6 de la *Charte des droits et libertés* (liberté de circulation et d'établissement).

[8] Certes, la commission d'enquête est en droit de trancher les questions de droit. Toutefois, cela ne saurait soustraire la Commission à son obligation préliminaire de déterminer s'il existe une cause défendable. Pour ce qui est de la nécessité de procéder à une analyse comparative, il existe une jurisprudence fragile à l'appui de la proposition selon laquelle une telle analyse peut être superflue ou inutile dans certains cas. Cette jurisprudence commence par l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 S.C.R. 624, [1997] A.C.S. n° 86 (QL), et se termine avec *Moore c. British Columbia (Ministry of Education)*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 580 (QL), 2005 BCHRT 580, annulé par *British Columbia (Ministry of Education) c. Moore* (2008), 81 B.C.L.R. (4<sup>th</sup>) 107, [2008] B.C.J. No. 348 (QL), 2008 BCSC 264.

[9] Cependant, ce courant exceptionnel de jurisprudence ne s'applique aucunement, loin s'en faut, à la cause portée en appel. Il vise en effet des personnes frappées d'incapacité qui sont dans l'impossibilité d'obtenir un accès égal à un service public à moins que les pouvoirs publics n'engagent des dépenses pour supprimer une barrière existante. L'enfant dyslexique qui a besoin d'un enseignement ou de matériel correctif pour avoir accès à l'éducation ne fait-il pas face au même type d'obstacle que l'enfant en fauteuil roulant qui est incapable d'avoir physiquement accès à une école? En quoi leur situation critique est-elle différente de celle d'un patient atteint de surdité qui est incapable d'avoir accès à un service médicalement nécessaire sans l'aide d'un

interprète gestuel et qui, selon la Cour suprême, a droit à un accommodement particulier? Voilà en quoi consiste l'argument de discrimination, mais pas dans la présente instance. Nous nous retrouvons devant la réalité incontournable que l'égalité est une notion comparative.

[10] En ce qui concerne l'argument de la Commission relatif à la non-participation, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où une personne frappée d'incapacité a été forcée de quitter la province pour obtenir un service identique à celui qui est offert sur son territoire. Il s'agit plutôt d'un cas dans lequel une personne frappée d'incapacité doit sortir de la province pour recevoir un niveau de service qui n'existe tout simplement pas ici. Si l'on fait abstraction des paroles excessives, la ténacité avec laquelle la Commission a cherché à obtenir une décision part du principe que pour les pouvoirs publics, il est financièrement déraisonnable d'envoyer quelqu'un à l'extérieur de la province pour obtenir un service qui pouvait être offert à l'intérieur de cette dernière, au même coût. L'objectif n'est pas d'obliger le gouvernement à financer un service mais de lui dire où son argent doit être dépensé. Bien entendu, l'argument repose entièrement sur la prémisse que la Province a de toute façon l'obligation d'offrir le service.

[11] En réalité, la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a oublié que la plainte de discrimination est liée à l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*, et non aux art. 6, 7 ou 15 de la *Charte*. En effet, les plaintes déposées en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne* sont axées sur un « service ». Si le plaignant s'est vu refuser un service offert au public, il faut préciser quelle est la nature de ce service et quelles sont les personnes qui en bénéficient à l'exclusion du plaignant. En cas de profond désaccord au sujet de l'étendue du service et du groupe de comparaison, le dossier devrait, de façon expresse ou implicite, faire état d'une cause défendable. Si ce n'est pas le cas, ni la recommandation de la Commission, ni la décision du Ministre d'accepter la recommandation ne survivront à une requête en révision judiciaire.

## II. Contexte

[12] Le plaignant est né en 1981. Il est décrit comme un autiste ayant également d'autres handicaps mentaux. En septembre 2000, il a été transféré au Programme de soins de longue durée du ministère des Services familiaux et communautaires de la Province. Ce programme est conçu pour aider les familles à dispenser des soins de longue durée aux adultes handicapés. Initialement, le plaignant a reçu des services à temps partiel à Fredericton, dans un foyer de groupe de niveau IV administré par M<sup>me</sup> E et financé dans le cadre du Programme de soins de longue durée. Comme je l'ai indiqué plus haut, le niveau IV représente le plus haut niveau de soins offerts aux personnes atteintes d'une incapacité telle que celle du plaignant. En décembre 2000, et à la demande des parents du plaignant, ce dernier a été placé à plein temps dans le même foyer de groupe étant donné que son comportement devenait de plus en plus agressif. Un transfert permanent a eu lieu en janvier 2001.

[13] Vers la fin de l'année 2001, M<sup>me</sup> E a informé la Province que les besoins du plaignant dépassaient le niveau de soins que son établissement pouvait dispenser et que par conséquent, la Province devrait prendre d'autres mesures (il y a d'autres motifs qui sont décrits plus loin). Le 25 février 2002, le sous-ministre adjoint a écrit aux parents du plaignant pour les informer qu'un placement à court terme à Centracare était recommandé. Les parents ont proposé deux solutions de rechange. L'une aurait coûté 300 \$ par jour et l'autre 500 \$. La Province les a trouvées toutes les deux inacceptables car [TRADUCTION] « les deux placements dépassent notre capacité de soutien, du point de vue tant des coûts que des programmes ». La Province a informé les parents que s'ils refusaient l'option Centracare, ils pouvaient choisir de reprendre leur fils chez eux, auquel cas le Ministère était disposé à leur accorder un soutien financier équivalent au coût des soins de niveau IV (4075,83 \$ par mois). Les parents du plaignant ont décliné l'offre parce qu'ils avançaient en âge. Ils ont également rejeté l'option du transfert de leur fils à Centracare. Devant ce désaccord, le Ministre a demandé et obtenu une ordonnance de surveillance pour une période de douze mois commençant le 1<sup>er</sup> mai 2002. En vertu de

cette ordonnance, le plaignant a été placé à Centracare. Pendant son séjour dans cet établissement, il a été agressé par un autre résident (contacts sexuels).

[14] Le 12 décembre 2002, les parents du plaignant ont déposé en son nom une plainte auprès de la Commission. La plainte visait à la fois M<sup>me</sup> E et le ministère des Services familiaux et communautaires. En ce qui concerne M<sup>me</sup> E, il était allégué qu'elle avait fait de la discrimination du fait que le plaignant avait été maltraité physiquement alors qu'il était confié aux soins de M<sup>me</sup> E et qu'elle avait omis de « faire enquête sur la nature de ses blessures ». Pour ce qui est des blessures et du traitement de leur fils, les parents avait déjà porté plainte auprès du Ministère qui avait alors fait enquête sans pouvoir conclure qu'elle était fondée. La plainte alléguait également que le Ministère avait fait preuve de discrimination en omettant de mener une enquête appropriée sur le traitement que le plaignant avait subi pendant qu'il était confié aux soins de M<sup>me</sup> E. Finalement, la plainte renfermait une autre allégation de discrimination du fait que le plaignant avait été placé en établissement à Centracare. Le dernier paragraphe de la plainte est significatif :

[TRADUCTION]

Je crois que [M<sup>me</sup> E] et le ministère des Services familiaux et communautaires ont pratiqué contre mon fils [...] une discrimination fondée sur son incapacité mentale quant aux services, enfreignant ainsi l'article 5 de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick.

[15] La Province a ensuite répondu à la plainte et les parents du plaignant ont à leur tour déposé une réplique. La même procédure a été suivie relativement à la plainte déposée à l'encontre de M<sup>me</sup> E. Le 28 juillet 2003, le plaignant a été agressé pendant qu'il se trouvait à Centracare. L'incident a mené au dépôt d'une poursuite contre la Province (le 12 mai 2004). L'exposé de la demande allègue la négligence relativement à l'agression ainsi que la violation des art. 7 et 15 de la *Charte*.

[16] Le 30 septembre 2003, un agent des droits de la personne travaillant pour la Commission, M. Mockler, a terminé son rapport; les trois parties en ont reçu copie et ont eu la possibilité d'y répondre. Elles ont toutes déposé une réponse et le 16 octobre 2003, la Commission a reçu communication de tous les documents pertinents. Toutefois, la Commission n'était pas disposée à rejeter les plaintes. Elle a plutôt demandé à M. Mockler d'engager des efforts de « conciliation ». Le dossier indique que ces efforts de conciliation sont de nature confidentielle et que les lettres qui ont été reçues « sous toutes réserves » n'ont pas été partagées avec les membres de la Commission. Les efforts de conciliation entre les parties se sont poursuivis jusqu'en janvier 2005. Les parents du plaignant ont alors envoyé à la Commission une lettre dans laquelle ils demandaient qu'aucune mesure additionnelle ne soit prise parce qu'ils avaient entamé des négociations avec la Province.

[17] En mars 2005, le plaignant a été retiré de Centracare pour être placé à l'établissement Spurwink. Dans le mémoire qu'elle a présenté à notre Cour, la Commission déclare que selon la [TRADUCTION] « proposition de transfert » datée du 3 mars 2004, Spurwink devait engager et former un couple de Fredericton qui resterait à demeure avec le plaignant pendant son séjour dans cet établissement pendant une période de 12 à 18 mois pour ensuite retourner à Fredericton afin d'y établir une résidence pour le plaignant. Le mémoire cite un document qui se trouve dans le cahier d'appel. Bien que le document cité n'étaye aucunement les dires de la Commission, la Province n'a soulevé aucune objection à cette déclaration de fait.

[18] Entre les mois de septembre 2005 et juillet 2007, la Commission et la Province ont eu un échange de correspondance au sujet de la plainte. En juillet 2007, le père du plaignant a informé la Commission qu'il était intéressé à engager des discussions de règlement amiable avec la Province. La Commission a communiqué avec la Province au sujet de cette offre, mais la Province a répondu que la médiation ne serait d'aucune utilité étant donné que les deux parties étaient campées sur leurs positions respectives. L'avocate de la Commission a continué à demander de l'information à la Province et au plaignant afin de pouvoir donner un avis juridique à la Commission. En particulier, le 23

août 2007, la Commission a envoyé à la Province un courriel dans lequel elle demandait des réponses à quatre questions. La Province a répondu au moyen d'une lettre datée du 11 septembre 2007. Je reviendrai sur l'importance de cette lettre.

[19] Le cas a été soumis aux commissaires lors de leur réunion du 13 décembre 2007. Ils ont alors ordonné à la conseillère juridique de la Commission de rencontrer les fonctionnaires du ministère pour discuter des « questions d'intérêt public ». Elle a alors eu une rencontre avec les fonctionnaires pour discuter de la plainte et de [TRADUCTION] « la question d'intérêt public que soulevait le fait de séparer quelqu'un de sa collectivité pour ensuite l'envoyer hors du pays pour recevoir des services à l'établissement Spurwink aux États-Unis ».

[20] Lors de sa réunion du 26 mars 2008, la Commission était prête à rejeter la plainte à l'encontre de M<sup>me</sup> E mais elle ne l'a pas fait. La Commission a plutôt décidé de demander de plus amples renseignements à la Province. Le 13 mai 2008, la Commission a écrit à la Province pour lui demander de l'information sur le séjour du plaignant à Spurwink et le coût de prestation d'un service équivalent au Nouveau-Brunswick. La Province a répondu à la première partie de la demande mais pas à la seconde. La réponse de la Province obtenue, un autre [TRADUCTION] « avis juridique privilégié » a été préparé et examiné par la Commission le 23 juillet 2008. Ce n'est toutefois qu'à sa réunion du 12 août 2008 que la plainte à l'encontre de M<sup>me</sup> E a été rejetée, tout comme le volet de la plainte contre la Province qui traitait de l'enquête qu'elle avait menée sur la plainte dont M<sup>me</sup> E avait fait l'objet. Toutefois, la Commission a décidé de transmettre le volet restant de la plainte contre la Province au ministre responsable de la Commission, le ministre de l'Éducation postsecondaire, de la Formation et du Travail.

[21] Le 18 août 2008, la Commission a écrit au ministre compétent pour l'informer qu'elle n'était pas parvenue à régler à l'amiable la plainte déposée contre la Province et qu'elle recommandait donc au Ministre de former une commission d'enquête dans le but de faire enquête sur la plainte conformément à l'al. 20(1)b) de la *Loi*. La lettre n'explique pas la nature de la plainte et ne renferme aucun résumé des faits sous-jacents.

Six documents étaient annexés à la lettre de recommandation : (1) la plainte déposée le 12 décembre 2002; (2) la réponse du Ministère à la plainte; (3) la réponse du plaignant; (4) un document qualifié de « résumé de la plainte »; (5) des copies de lettres informant le plaignant et la Province que la Commission avait décidé de recommander la mise sur pied d'une commission d'enquête; et (6) une liste de personnes-ressources relative aux parties à la plainte. Le document (4) est singulier à cet égard. Bien que qualifié dans la lettre de « résumé de la plainte », le résumé est intitulé [TRADUCTION] « *Loi sur les droits de la personne, article 3 – Âge/Emploi* » (l'article 3 traite de la discrimination dans le contexte de l'emploi et des syndicats). Le titre suivant du résumé indique que la plainte a été déposée le 11 octobre 2006 et modifiée le 5 décembre 2006. Rien dans le dossier n'explique ces divergences par rapport à la plainte initiale. Quoiqu'il en soit, le résumé a été communiqué au Ministre. Ce résumé renferme également deux paragraphes précisant la position du plaignant :

[TRADUCTION]

La plainte alléguait en outre [qu'il] a été victime de discrimination de la part [du ministère des Services familiaux et communautaires] parce qu'il a été placé en établissement à Centracare plutôt qu'en milieu communautaire, contrairement aux avis exprimés par plusieurs professionnels de la santé, et qu'on n'a pas pris des mesures suffisantes pour son invalidité quand il était à Centracare, ce qui a eu en fait pour résultat que [le plaignant] a été agressé sexuellement dans cet établissement par un autre patient.

À la suite du dépôt de la plainte, [le plaignant] a été transféré de Centracare à un établissement du Maine appelé Spurwink, où il demeure aujourd'hui. Le plaignant a allégué qu'il est discriminatoire d'héberger actuellement [le plaignant] dans un établissement du Maine plutôt qu'en milieu communautaire dans la région de Fredericton.



[22] Le résumé que la Commission fait de la position du Ministère suit immédiatement ces deux paragraphes :

[TRADUCTION]

L'intimée SFC a soutenu qu'elle avait consulté une équipe de professionnels de la santé et avait offert [au plaignant] le meilleur service accessible dans la province à l'époque, soit celui de Centracare. SFC a déclaré que, lorsqu'il a été déterminé plus tard que les besoins de soins [du plaignant] dépassaient ce qu'on pouvait offrir au Nouveau-Brunswick, on a placé [le plaignant] à l'établissement de Spurwink, dans le Maine.

[23] Après que le Ministre eut accepté la recommandation de la Commission, la Province a écrit à cette dernière pour s'enquérir du contenu du dossier qui avait été soumis à l'examen de la Commission. La Commission a répondu par écrit. Cette réponse a permis à la Province de prendre connaissance de deux faits supplémentaires. Premièrement, la Commission n'avait pas reçu communication de la lettre de réponse de la Province datée du 11 septembre 2007. Deuxièmement, la Commission avait reçu un avis juridique préparé par l'avocate de la Commission (elle est représentée par un autre avocat dans le présent appel) pour lequel un privilège relatif au litige était revendiqué.

### III. La décision portée en appel

[24] Dans des motifs très complets, le juge saisi de la requête a reconnu la nature discrétionnaire de la décision de la Commission de recommander au Ministre de constituer une commission d'enquête pour étudier la plainte. En même temps, il a passé en revue la jurisprudence établissant qu'aucune obligation de retenue ne s'impose lorsqu'il s'agit de décider si une partie a eu droit à l'équité procédurale. Le juge saisi de la requête a ensuite constaté six cas de manquement à l'équité procédurale. Chacun d'eux est traité plus loin. Il a également conclu que l'omission par la Commission de procéder à

une « analyse différentielle » et de désigner un « groupe de comparaison » était fatale à la conclusion de discrimination à première vue de la Commission.

#### IV. Norme de contrôle et question préliminaire

[25] Avant de déterminer quelle est la norme de contrôle applicable, il faut répondre à deux questions préliminaires. Premièrement, on ne nous a toujours pas expliqué comment un ministère comme le ministère du Développement social possède la capacité juridique de représenter la Province dans une poursuite en justice. On s'attendrait à ce que l'intitulé de l'instance fasse état du Procureur général, du Ministre ou du décideur légal. Question : Comment faire respecter une ordonnance judiciaire rendue contre un ministère? La question n'a pas été traitée dans l'affaire *Ontario (Community and Social Services) (Re)*, 1995 CanLII 6496 (ON I.P.C.), une cause qui a été citée devant notre Cour. Deuxièmement, pourquoi a-t-on sollicité le contrôle judiciaire de la recommandation de la Commission plutôt que de la décision du Ministre d'accepter cette recommandation? Il existe une réponse évidente et pratique à cette question. Si le ministre du Développement social ou le Procureur général avait été le requérant et le ministre de l'Éducation postsecondaire, de la Formation et du Travail avait été l'intimé, la Province aurait été à la fois la requérante et l'intimée dans la procédure de contrôle judiciaire qui aurait ainsi opposé deux ministres provinciaux.

[26] On peut soutenir que les recommandations ne relèvent pas de la règle 69.03 des *Règles de procédure* (voir également *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités du renseignement de sécurité (C.A.))*, [1999] 4 C.F. 624 (C.A.), [1999] A.C.F. n° 1160 (QL)). Heureusement, je peux éluder la question de la façon suivante. La Commission et le Ministre étaient confrontés à la même question : Le dossier révélait-il l'existence d'une cause défendable de discrimination? À une exception près sur laquelle je reviendrai, le dossier dont le Ministre était saisi était identique à celui sur lequel la Commission et le juge saisi de la requête se sont penchés. Si ce dossier ne révèle pas de cause défendable, alors la Commission et le Ministre sont tous deux en défaut.

[27] Je commencerai par reconnaître la valeur de précédent de l'arrêt que la Cour suprême a rendu dans l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, [2008] A.C.S. n° 9 (QL), 2008 CSC 9. En plus de ramener le nombre de normes de contrôle applicables de trois à deux (décision correcte et raisonnable), la Cour suprême a statué dans cet arrêt-clé qu'il n'est pas toujours nécessaire d'appliquer le cadre d'analyse en quatre volets pour isoler la norme applicable. Il peut être approprié d'invoquer et d'adopter une norme qui a déjà été appliquée dans une affaire analogue. Par exemple, dans l'arrêt *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. c. Scott et al.* (2006), 301 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 204, [2006] A.N.-B. n° 306 (QL), 2006 NBCA 74, confirmé [2008] 2 R.C.S. 604, [2008] A.C.S. n° 46 (QL), 2008 CSC 45, notre Cour a statué que la norme de contrôle applicable aux questions de droit tranchées par une commission d'enquête est celle de la décision correcte (interprétation de l'art. 3 de la *Loi sur les droits de la personne*). Dans un pourvoi postérieur à la Cour suprême, l'application de la norme de la décision correcte n'a pas été contestée. Il devrait en découler que si les décisions rendues par une commission d'enquête sur une question de droit ne commandent aucune déférence, c'est également le cas aussi bien de celles de la Commission que de celles du Ministre dont relève la Commission. Leurs décisions ne sont même pas protégées contre le contrôle judiciaire par une clause privative, contrairement à celles des commissions d'enquête (en vertu du par. 21(1), toutes les décisions d'une commission d'enquête sont « définitives »).

[28] Il ne fait donc aucun doute que la norme de la « raisonnable » oblige à faire preuve de déférence envers la décision du Ministre d'accepter la recommandation de la Commission. De plus, je suis prêt à inférer que la même norme s'applique à la recommandation de la Commission. Les décisions de la Cour fédérale qui ont été citées devant notre Cour renforcent cette interprétation. La jurisprudence traite de la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission canadienne des droits de la personne. Bien qu'il existe des différences qui doivent être mises en évidence entre les régimes des droits de la personne aux paliers fédéral et provincial, la jurisprudence est instructive.

[29] Aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, un enquêteur de la division des enquêtes de la Commission canadienne des droits de la personne mène une enquête et présente ensuite à la Commission un rapport accompagné d'une recommandation sur la suite à donner à la plainte. À son tour, la Commission accepte ou rejette la recommandation. Si la Commission est convaincue qu'il est justifié de statuer officiellement sur la plainte, celle-ci est renvoyée au Tribunal canadien des droits de la personne. Toutefois, la Commission a la prérogative de rejeter la plainte ou de la renvoyer au Tribunal. Bien entendu, c'est la décision de la Commission qui fait l'objet de la requête en révision, et non la recommandation de l'enquêteur d'accepter ou de rejeter la plainte (par ex., *Powell c. TD Canada Trust*, [2007] A.C.F. n° 1579 (QL), 320 F.T.R. 17, 2007 CF 1227).

[30] Dans les cas où la Commission canadienne a accepté une recommandation de renvoi d'une plainte au Tribunal, la Cour d'appel fédérale a reconnu que la Commission a des fonctions d'administration et d'examen préalable. Elle ne se prononce pas sur le bien-fondé d'une plainte : *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (C.A.)*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.), [1998] C.A.F. n° 1609 (QL), appliquant *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, [1996] A.C.S. n° 115 (QL), à la page 893. En vertu de la loi fédérale, il suffit que la Commission soit « convaincue [que], compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié ». La Cour d'appel fédérale reconnaît qu'il s'agit là d'un seuil « peu élevé » et que la décision de la Commission commande la retenue à condition que la preuve fournisse une justification raisonnable pour passer à l'étape de la décision : *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 S.C.R. 879, [1989] A.C.S. n° 103 (QL), au paragraphe 27. Dans une décision postérieure, la Cour d'appel fédérale a statué que lorsqu'il n'y a pas eu violation de l'obligation d'équité procédurale ou une erreur de droit, une cour de révision ne devrait intervenir que s'il est démontré que la décision de la Commission est déraisonnable : *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392, [2005] A.C.F. n° 2056 (QL), 2005 CAF 404.

[31] Malgré la retenue que commandent les décisions de la Commission canadienne des droits de la personne, une telle retenue ne s'étend pas aux allégations de manquement au devoir d'agir équitablement, dont l'obligation d'équité procédurale. L'obligation d'équité procédurale est souple et variable et dépend d'une appréciation du contexte de la loi en cause et des droits visés. Les droits de participation qui en font partie visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur. Plusieurs facteurs sont pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale : (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; et (5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même. Cette liste n'est pas exhaustive : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, [1999] A.C.S. n° 39 (QL), aux paragraphes 23 à 28.

[32] La retenue ne s'étend pas aux allégations de manquement au devoir d'agir équitablement parce que les décideurs ne peuvent revendiquer une expertise relative au sujet de questions qui n'influent pas sur le bien-fondé de la revendication. Aussi facile qu'il soit d'affirmer que l'obligation d'équité procédurale s'applique aux procédures préalables à l'audience et que la teneur de l'obligation varie selon les circonstances, la norme de contrôle de la décision correcte signifie simplement qu'il appartient en dernier ressort à la cour de révision de déterminer si le requérant a eu droit à l'équité procédurale dans les circonstances : *Dunsmuir*, au paragraphe 129, le juge Binnie souscrivant aux motifs; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, [2002] A.C.S. n° 9 (QL), 2002 CSC 11, aux paragraphes 74 et 75; *Fundy Linen Service Inc. c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)*

(2009), 341 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 286, [2009] A.N.-B. n<sup>o</sup> 41 (QL), 2009 NBCA 13, au par. 12, et la jurisprudence citée.

[33] Une grande partie de la jurisprudence pertinente de la Cour fédérale traite d'allégations de manquement à l'équité procédurale. Invariablement, l'allégation vise plus particulièrement la « rigueur » des efforts de l'enquêteur et il semble qu'il importe peu que le contrôle judiciaire soit lié au rejet d'une plainte ou au renvoi d'une plainte au Tribunal pour qu'il se prononce sur son bien-fondé. Sur ce point controversé, voir Jones et de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 2009) aux pages 259 et suivantes.

[34] Pour obtenir gain de cause devant la Cour fédérale relativement à une allégation de manquement à l'équité procédurale, le requérant doit démontrer que l'enquête était fondamentalement défectueuse (par ex., omission d'interroger des témoins clés). Une enquête défectueuse signifie que la décision de la Commission est également défectueuse. L'arrêt-clé de la Cour fédérale sur le contenu de l'obligation d'équité dans le contexte d'une enquête menant au rejet d'une plainte est l'affaire *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (C.F.), [1994] A.C.F. n<sup>o</sup> 181 (QL), conf. (1996) 205 N.R. 383 (C.A.F.), (1<sup>re</sup> inst.) [1996] A.C.F. n<sup>o</sup> 385 (QL) (voir *Sketchley*, au par. 114). Bien entendu, les facteurs énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* sont pris en considération, comme il se doit. Voir également *Sanderson c. Canada (Procureur général)*, [2006] A.C.F. n<sup>o</sup> 557 (QL), 290 F.T.R. 83, 2006 CF 447.

[35] Il existe une différence évidente entre les régimes fédéral et néo-brunswickois. Au Nouveau-Brunswick, la loi exige l'approbation du Ministre avant que l'affaire ne puisse être transmise à un tribunal indépendant. Au niveau fédéral, la Commission a la prérogative de décider si une plainte devrait passer à l'étape de la décision. Il existe entre les régimes fédéral et provincial une autre différence qui influe sur le présent appel. Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les droits de la personne* n'exige pas qu'un enquêteur fasse des recommandations à la Commission au sujet de la suite à

donner aux plaintes de discrimination. Cela va à l'encontre de la conclusion du juge du procès selon laquelle l'omission de l'enquêteur de faire une recommandation dûment motivée a contribué au caractère défectueux du processus décisionnel de la Commission qui justifiait une intervention judiciaire. Je reviendrai sur ce point un peu plus loin.

[36] Il ne fait aucun doute que la décision du Ministre d'accepter la recommandation de la Commission de nommer une commission d'enquête commande la retenue. Par extrapolation, il en va de même de la décision de la Commission de faire la recommandation. Toutefois, en pratique, il nous reste toujours à expliquer comment la cour de révision doit procéder pour évaluer le caractère raisonnable d'une décision qui n'est pas censée statuer sur le bien-fondé d'une plainte. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où il est facile d'appliquer la norme de raisonabilité qui a été énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir*. En ce qui concerne les décisions arbitrales, la cour de révision doit passer en revue la gamme des issues possibles et acceptables. Cependant, cette interprétation pose problème lorsqu'il s'agit de décisions de renvoyer une plainte de discrimination à un tribunal pour qu'il statue. C'est pourquoi il est judicieux d'adopter un critère préliminaire. Un certain nombre de formulations sont possibles.

[37] L'analyse du juge saisi de la requête s'appuie sur deux postulats : (1) la Commission a tiré une conclusion de discrimination à première vue et (2) sur le fondement de cette conclusion, elle a recommandé au Ministre de constituer une commission d'enquête. En toute déférence, je ne vois rien dans le dossier qui étaye l'un ou l'autre de ces postulats. De toute manière, je ne suis pas disposé à accepter l'existence d'un critère préliminaire de « discrimination à première vue ». Le critère préliminaire est simplement trop « élevé ». De plus, il y a des cas dans lesquels il serait prématuré de rendre une telle décision à un stade aussi préliminaire. Je m'explique.

[38] En ce qui concerne les allégations de discrimination, il appartient en dernier ressort au plaignant de prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'une preuve suffisante à première vue de discrimination. La Cour suprême a déclaré qu'une preuve suffisante à première vue de discrimination est « celle qui porte sur

les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de [l'intimé] » : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 à la page 558, [1985] A.C.S. n° 74 (QL). Une fois qu'une preuve suffisante à première vue a été établie, il incombe alors à l'intimé de prendre des mesures raisonnables adaptées à l'incapacité du plaignant (tant qu'il n'en résulte pas une contrainte excessive) : *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, [2007] A.C.S. n° 15 (QL), 2007 CSC 15. Dans le contexte du monde du travail, l'intimé a le fardeau de prouver que la conduite, la politique ou le comportement discriminatoire est une exigence professionnelle justifiée et que des efforts raisonnables ont été faits pour composer avec les besoins de l'employé.

[39] Dans ce contexte, il est évident qu'une conclusion de discrimination à première vue est l'une des deux questions critiques et essentielles que doit trancher l'instance juridictionnelle. Une telle conclusion peut comporter une question de droit seulement ou une question mixte de droit et de fait. Étant donné qu'une des fonctions premières essentielles de la Commission est de faire office d'intermédiaire chargé de filtrer les plaintes en matière de droits de la personne, il ne fait aucun sens que la Commission se prononce sur cette question pour voir ensuite le tribunal statuer sur la même question. Il n'est pas non plus logique de scinder le processus décisionnel, la Commission se prononçant sur la question de la discrimination à première vue et l'instance juridictionnelle sur la question de l'accommodement.

[40] Une dernière observation sur cette question : le rejet du critère préliminaire de discrimination à première vue permet effectivement d'écarter l'argument de la Province selon lequel la norme de contrôle de l'« erreur manifeste et dominante » impose une obligation de retenue envers les conclusions de fait que le juge saisi de la requête a tirées pour statuer qu'aucune preuve de discrimination à première vue n'avait été établie. Bref, il n'appartenait pas au juge siégeant en révision de tirer des conclusions de fait.



[41] Une autre formulation possible du critère préliminaire consiste à se demander s'il existe une perspective raisonnable que le plaignant obtienne gain de cause devant un tribunal indépendant : *Cucek c. British Columbia (Ministry of Children and Family Development)*, [2005] B.C.H.R.T.D. No. 247 (QL), 2005 BCHRT 247. Je suis réticent à exprimer le critère préliminaire en ces termes de crainte que la cour de révision ne soit tentée de l'interpréter comme élevé (50 % de chances de succès). Une autre formulation possible du critère est celle qui se trouve au par. 44(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : « [C]ompte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié ». Selon moi, cette formulation a le défaut de manquer de précision. Il n'en est pas de même de celle dont la jurisprudence de la Cour suprême fait état et qui a été préconisée par la Cour fédérale : La preuve fournissait-elle une justification raisonnable pour appuyer la recommandation de nommer une commission d'enquête? À mes yeux, il s'agit du critère de prédilection en droit administratif. Dans le contexte d'une affaire civile, la question préliminaire serait formulée de façon à se demander si la recommandation et la documentation à l'appui établissent l'existence d'« une cause défendable », soit sur le plan du droit, soit sur celui mixte du droit et des faits. À mon avis, les deux formulations du critère préliminaire, soit la « justification raisonnable » et la « cause défendable », reflètent la même norme de contrôle appelant à la retenue et peuvent être employées de façon interchangeable. Par souci de commodité, j'ai retenu la formulation dite de la cause défendable. Elle reflète clairement la notion qu'il faut faire preuve de déférence envers les décisions rendues relativement aux plaintes de discrimination et que le seuil est « peu élevé ».

V. Les conclusions de manquement à l'équité procédurale, d'irrégularité et de retard

[42] Au total, le juge saisi de la requête a énuméré six cas dans lesquels le processus suivi par la Commission constituait un manquement à l'obligation d'équité procédurale. Je vais les examiner tous les six. Les deux premiers sont liés à l'enquête initiale ou préliminaire que M. Mockler, un agent des droits de la personne employé par la Commission, a menée sur la plainte. Premièrement, le juge saisi de la requête a laissé entendre que l'omission de M. Mockler de présenter une opinion ou des conclusions au

sujet du bien-fondé de la plainte de discrimination avait contribué à un manquement à l'obligation d'agir équitablement. Deuxièmement, le juge saisi de la requête a statué que l'omission de M. Mockler d'interroger d'éventuels témoins-clés portait un coup fatal à la recommandation de la Commission. Je vais examiner ces deux conclusions dans l'ordre où je les ai abordées.

[43] Au Nouveau-Brunswick, les enquêteurs ne font pas de recommandations à la Commission, contrairement à ce que prévoit la loi fédérale. Les plaintes peuvent être traitées de quatre manières. Chacune doit être expliquée.

[44] Les plaintes de violation présumée de la *Loi sur les droits de la personne* doivent être présentées par écrit et déposées auprès de la Commission dans l'année qui suit la violation (art. 17). Conformément au par. 18(1), la Commission doit examiner la plainte et s'efforcer de parvenir à un règlement de la question qui en fait l'objet. Le par. 18(2) prévoit que si la Commission estime une plainte non fondée, elle peut la rejeter à toute étape des procédures.

[45] Le second moyen procédural se trouve au par. 19.2(1) de la *Loi sur les droits de la personne*. Cette disposition confère à la Commission le pouvoir discrétionnaire de déléguer à un de ses employés les fonctions et les pouvoirs conférés à la Commission en application des par. 18(1) et (2). Cela signifie que l'employé (l'enquêteur) de la Commission a le pouvoir d'enquêter sur la plainte et de s'efforcer de parvenir à un règlement, ou encore de rejeter la plainte si elle est non fondée. Le par. 19.2(2) prévoit que si le plaignant ou la personne nommée comme ayant commis une infraction à la *Loi* est mécontente de la décision de l'enquêteur, elle peut demander à la Commission d'en faire la révision. La Commission est habilitée à confirmer, modifier ou infirmer la décision de l'employé. En résumé, dans les cas où la fonction d'enquêter et de statuer sur une plainte a été déléguée à un employé de la Commission conformément au par. 19.2(1) de la *Loi sur les droits de la personne*, c'est l'agent chargé de l'enquête qui est tenu de déterminer initialement si la *Loi sur les droits de la personne* peut avoir été

violée. Quiconque est mécontent de cette décision est en droit de demander à la Commission d'en faire la révision.

[46] Dans la présente instance, il n'existe aucune preuve que la Commission ait délégué ses pouvoirs à M. Mockler en vertu du par. 19.2(1). Cela expliquerait pourquoi il n'a présenté aucune opinion ou conclusion sur le bien-fondé de la plainte de discrimination. De fait, dans la lettre d'accompagnement qu'il a envoyée à la Province, lettre à laquelle son rapport d'enquête était annexé, M. Mockler indique qu'il appartiendra en dernier ressort à la Commission de décider du sort de la plainte.

[47] Le troisième moyen procédural dont la Commission peut se prévaloir se trouve au par. 18(3) de la *Loi sur les droits de la personne*. Si la Commission l'estime nécessaire, elle peut demander à un juge de la Cour provinciale de désigner une personne afin d'examiner la plainte et dans l'effort de parvenir à un règlement. Une fois ainsi désignée, la personne chargée d'enquêter sur la plainte jouit des pouvoirs d'enquête supplémentaires énoncés à l'art. 19.

[48] Finalement, indépendamment du moyen procédural initialement adopté par la Commission, si une plainte n'est ni réglée, ni rejetée, le processus dont dispose la Commission se trouve à l'art. 20 de la *Loi sur les droits de la personne*. L'article 20 prévoit que lorsque la Commission ne peut parvenir à un règlement de la plainte, elle peut recommander au ministre de l'Éducation postsecondaire, de la Formation et du Travail de nommer une commission d'enquête afin « d'étudier la question ». Si le Ministre accepte la recommandation, ce qui, nous dit-on, est invariablement le cas, la plainte passe formellement à l'étape de la décision. En vertu du par. 20(4.1), la Commission est partie à l'enquête et a charge de la plainte. À la fin de l'enquête, la commission d'enquête doit déterminer si, selon la prépondérance des probabilités, une violation de la *Loi* a été commise. Le par. 20(6.2) confère à la commission d'enquête de vastes pouvoirs réparateurs. Toutes les décisions d'une commission d'enquête sont « définitives » (par. 21(1)).

[49] À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que le juge saisi de la requête a commis une erreur en blâmant l'enquêteur pour avoir omis de faire une recommandation sur la suite à donner à la plainte. En effet, il n'existe aucune preuve que la Commission a délégué ses pouvoirs à l'enquêteur en vertu du paragraphe 19.2(1) de la *Loi sur les droits de la personne*.

[50] Cela m'amène à la seconde erreur qui aurait entaché l'enquête dont la plainte a fait l'objet. La Commission affirme que le juge saisi de la requête a commis une erreur en statuant que l'enquêteur avait omis d'interroger d'éventuels témoins-clés à Centracare. Je ne vois pas en quoi cette omission a une pertinence quelconque en l'espèce dès lors que l'on reconnaît qu'il n'appartenait à M. Mockler, dans son rôle d'enquêteur, ni d'arriver à une conclusion définitive quant au bien-fondé de la plainte de discrimination, ni de présenter une recommandation à la Commission. De plus, la Commission ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si on avait convenablement composé avec les besoins du plaignant pendant son séjour à Centracare. Il s'agit essentiellement d'une question de fait qu'un tribunal est plus apte à trancher en raison de ses compétences de nature juridictionnelle. Par-dessus tout, le rôle de l'enquêteur n'était pas d'interroger les témoins-clés pour déterminer si le personnel de Centracare était quelque peu responsable sur le plan civil pour avoir omis de prendre des mesures suffisantes pour protéger le plaignant contre une agression.

[51] La troisième allégation de manquement à l'équité procédurale est liée à la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle la Commission avait conclu que le personnel de Centracare n'avait pas convenablement composé avec l'incapacité du plaignant en raison de l'incident entourant une agression commise par un autre patient. Le juge saisi de la requête a statué que le dossier qui lui avait été présenté ne renfermait aucun élément indiquant que la Commission avait pris en considération l'examen détaillé de l'incident auquel la Province avait procédé. En toute déférence, la Commission n'a rendu aucune décision sur la question de savoir si on avait pris des mesures suffisantes pour composer avec l'incapacité du plaignant pendant son séjour à Centracare. Il

s'agissait d'une allégation qui se trouvait dans le résumé de la plainte préparé par la Commission et présenté au Ministre.

[52] La quatrième allégation de manquement à l'équité procédurale est liée à la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle la Commission aurait omis de tenir compte de la lettre de la Province datée du 11 septembre 2007. Le juge saisi de la requête a statué que cette omission portait un coup fatal à la validité de la recommandation que la Commission avait faite au Ministre. La lettre en question a été rédigée en réponse à une demande de la Commission dans laquelle cette dernière voulait obtenir de plus amples renseignements ainsi que des réponses aux questions suivantes : (1) le plaignant est-il un pupille de la Province ou relève-t-il d'un programme particulier pour lequel la Province est tenue de fournir des soins?; (2) comment la Province détermine-t-elle le niveau de soins requis et combien existe-t-il de niveaux?; (3) comment la Province détermine-t-elle l'endroit où les personnes ayant des besoins spéciaux doivent être placées?; et (4) quels sont les services, s'il en est, que la Province est tenue d'offrir au plaignant? La lettre du 11 septembre 2007 est une réponse à ces questions. La conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle la lettre de la Province n'a pas été prise en considération est fondée sur une lettre du 18 septembre 2008 rédigée par l'avocate de la Commission qui fait état du dossier que la Commission a examiné pour faire sa recommandation. La lettre du 18 septembre 2008 ne mentionne pas que la lettre du 11 septembre 2007 de la Province a été examinée.

[53] La Commission a toujours soutenu que la lettre du 11 septembre 2007 de la Province était en fait résumée et contenue dans un avis juridique confidentiel pour lequel un privilège relatif au litige a été revendiqué. La Province fait valoir qu'il est tout simplement insoutenable de laisser entendre qu'elle doit aveuglément accepter que le contenu de la lettre du 11 septembre 2008 a bel et bien été communiqué aux commissaires. Je ne suis pas d'accord. En effet, compte tenu à la fois des nombreuses réunions et communications qui se sont déroulées entre l'avocate et les commissaires et du fait que l'avocate est une auxiliaire de justice, je n'ai aucune raison de mettre en doute la véracité de l'assertion de cette dernière relativement à la nature de l'information dont

la Commission a été saisie. Étant donné que les réponses étaient aussi succinctes que les questions posées, la possibilité de faire une interprétation erronée de la lettre de réponse de la Province est trop éloignée. Toutefois, la revendication d'un privilège relatif au litige par la Commission présente aussi un aspect négatif. Comme nous le verrons plus loin, la Commission ne peut se fonder sur cet avis pour s'acquitter de son obligation de démontrer l'existence d'une cause défendable de discrimination.

[54] La cinquième conclusion d'irrégularité procédurale est que la Commission a élargi la portée de la plainte sans en informer la Province. Selon le dossier, la plainte déposée auprès de la Commission en décembre 2002 ne visait que le placement du plaignant à Centracare. Il va de soi que la plainte ne pouvait faire état de l'établissement Spurwink étant donné que ce n'est qu'en mars 2005 que le plaignant y a été transféré. Néanmoins, le résumé de la plainte communiqué au Ministre fait référence au caractère discriminatoire du transfert à Spurwink et à une plainte dont le fond a été modifié. Le juge saisi de la requête a statué que l'élargissement de la portée de la plainte était fatal à la recommandation de la Commission et que la défense de [TRADUCTION] « contravention continue » ne pouvait l'emporter sur l'obligation d'équité procédurale.

[55] Il s'agit véritablement de savoir si l'élargissement de la portée de la plainte a porté un préjudice à la Province du fait qu'elle n'a pas eu la possibilité de présenter des observations au sujet de la partie modifiée de la plainte. Tout comme la Commission, je pense qu'il serait problématique d'exiger des plaignants qu'ils déposent de nouveau leur plainte à chaque modification du « service » dispensé. J'estime également en accord avec la Commission qu'au cours des trois années qui ont suivi le placement du plaignant à Spurwink, ce fait a été soulevé à plusieurs reprises auprès de la Province. Par exemple, lors d'une réunion qui a eu lieu en janvier 2008, des agents de la Commission ont rencontré des fonctionnaires pour discuter du cas et de l'absence, sur le territoire de la Province, d'établissements permettant de composer avec les besoins d'adultes autistes. Par ailleurs, les parties ont eu ensuite un échange de correspondance au sujet du placement à Spurwink. Dans ces circonstances, la Province ne peut pas se plaindre d'avoir été prise par surprise par le fait que la commission d'enquête qui pourrait

être nommée se penche également sur les faits entourant le placement à Spurwink. Assurément, si la Province avait une préoccupation quelconque au sujet de la portée ou de l'étendue de la plainte, on pourrait penser qu'elle aurait soulevé la question au cours des trois années qui ont précédé la recommandation. Pour ces motifs, je conviens que le juge saisi de la requête a commis une erreur en accordant une suspension fondée sur cette allégation de manquement à l'équité procédurale.

[56] La sixième conclusion de manquement à l'équité procédurale tirée par le juge saisi de la requête est liée au délai excessif qui s'est écoulé entre le dépôt de la plainte de discrimination et la date de la recommandation de la Commission au Ministre, soit près de six ans. Le juge saisi de la requête a statué que le retard excessif dans l'instruction de la plainte constituait un abus de procédure. La décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, [2000] A.C.S. n° 43 (QL), 2000 CSC 44, a été citée à l'appui de sa conclusion. Avant d'examiner les préceptes de cette affaire, je marque ici une pause pour observer que tout le monde a présumé qu'un délai de six ans était « excessif ». Cependant, excessif ne veut pas dire inhabituel. Un examen de la jurisprudence en matière de droits de la personne révèle qu'il n'est pas inhabituel qu'une période de plusieurs années s'écoule entre la date à laquelle une plainte est déposée et la date à laquelle elle passe au stade de la décision. Par exemple, dans l'affaire *British Columbia (Ministry of Education) c. Moore* (2008), 81 B.C.L.R. (4<sup>th</sup>) 107, [2008] B.C.J. No. 348 (QL), 2008 BCSC 264, les plaintes de violation des droits de la personne ont été déposées en 1997. L'audience devant le Human Rights Tribunal de la Colombie-Britannique a commencé en 2001, après qu'il eut été statué sur une requête en révision judiciaire concernant l'étendue des plaintes. Le Tribunal a rendu publique sa décision en 2005. La révision judiciaire de cette décision est arrivée à son terme en 2008.

[57] À la différence de l'arrêt *Blencoe*, la présente instance ne vise pas l'application de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la question de savoir si cet article a été violé en raison d'un retard imputable à l'État (atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne). Par conséquent, il nous suffit

d'examiner les principes suivants. En droit administratif, un simple retard ne justifie pas une suspension des procédures pour abus de procédure, car cela reviendrait à imposer une prescription d'origine judiciaire. Il faut prouver qu'un délai inacceptable a provoqué un « préjudice important ». Le retard doit être tel que la capacité d'une partie de présenter une défense pleine et entière à la plainte a été compromise (par ex., des témoins sont décédés ou ne sont pas disponibles ou des éléments de preuve ont été perdus). Selon la Cour suprême, le critère applicable consiste à se demander s'il a ou non été établi que le préjudice subi est assez important pour nuire à l'équité de l'audience. Dans la présente instance, rien ne prouve que le retard a causé un préjudice à la Province.

[58] L'existence d'un préjudice important n'est pas le seul critère permettant d'établir qu'un retard justifie une suspension des procédures pour abus de procédure. Dans l'arrêt *Blencoe*, la Cour suprême s'est ensuite penchée sur la question distincte de savoir si on peut tenir compte du préjudice psychologique et sociologique (stress et stigmatisation) causé par le retard et non seulement de la question de la capacité de présenter une défense pleine et entière. Après avoir passé en revue la jurisprudence provinciale, la Cour suprême a statué qu'elle était disposée à reconnaître qu'un retard inacceptable peut constituer un abus de procédure, même lorsque l'équité de l'audience n'a pas été compromise. La Cour suprême a décrit les circonstances en ces termes : « Dans le cas où un délai excessif a causé directement un préjudice psychologique important à une personne ou entaché sa réputation au point de déconsidérer le régime de protection des droits de la personne, le préjudice subi peut être suffisant pour constituer un abus de procédure » (par. 115). Manifestement, les faits en cause dans la présente instance ne relèvent pas de cette exception soigneusement formulée. Pour ces raisons, la conclusion d'abus de procédure et l'octroi d'une suspension étaient des erreurs. De fait, si quelqu'un avait bel et bien le droit de se plaindre du retard relatif au processus décisionnel de la Commission, ce serait M<sup>me</sup> E, mais même elle aurait du mal à franchir les obstacles juridiques soigneusement placés par la Cour suprême.

[59] Je voudrais faire quelques dernières observations sur ce point. Bien que la présente instance ne contrevienne peut-être pas à la doctrine de l'abus de procédure, la



longueur du retard est une source d'embarras. Je souscris également aux observations très critiques que le juge saisi de la requête a faites sur l'absence de règles de procédure et de processus efficace pour traiter des plaintes (voir le par. 43). Comme les motifs qui suivent le montreront, ceux qui sont accusés de discrimination devraient songer à exiger qu'on explique en quoi le traitement prétendument discriminatoire est couvert par l'une des dispositions de la *Loi sur les droits de la personne*. Il est en effet insensé de se lancer dans de longues années de négociation sans même savoir quels sont les principes cardinaux d'une cause défendable. Une réalité supplémentaire ajoute à la complexité de la présente instance. Depuis plusieurs années, la Commission offre ses bons offices en vue d'obtenir un règlement tout en recevant des renseignements de la Province sur une base confidentielle. Pourtant, c'est la Commission qui a charge de la plainte devant la commission d'enquête. Je trouve vraiment que cette réalité pose problème, et la Province serait du même avis si l'affaire avait été soumise à la commission d'enquête pour qu'elle statue. En l'absence d'une muraille de Chine isolant le personnel de la Commission, un observateur pourrait fort bien accuser la Commission de se lancer dans de très longues négociations dans le but de favoriser la poursuite de la plainte de discrimination, abandonnant ainsi son rôle d'arbitre neutre.

#### VI. Le critère préliminaire – Cause défendable

[60] J'ai déjà conclu qu'il fallait faire preuve de retenue envers la décision de la Commission de recommander la nomination d'une commission d'enquête de la même manière que la décision du Ministre d'accepter la recommandation aurait commandé la retenue si cette décision avait fait l'objet d'une révision judiciaire. Par conséquent, la norme de contrôle applicable doit être celle de la raisonnable. Cela signifie que la cour de révision doit être convaincue que les motifs qui sous-tendent la recommandation renferment un fondement raisonnable sur le plan du droit ou sur celui mixte du droit et des faits. Bref, les motifs ou le dossier doivent faire état d'une cause défendable de discrimination. Toutefois, ce n'est pas comme cela que le juge saisi de la requête a abordé la question.

[61] Le juge saisi de la requête a statué que l'omission par la Commission d'identifier un groupe de comparaison portait un coup fatal à son obligation de prouver l'existence d'une discrimination à première vue. La Commission soutient que c'est à la commission d'enquête qu'il appartient de déterminer, après avoir entendu les arguments juridiques, si l'analyse de la discrimination devrait être fondée sur une [TRADUCTION] « analyse comparative » ou sur un [TRADUCTION] « accommodement sur une base individuelle ». Cette assertion est éloquente. La Commission soutient en réalité qu'il est possible de tirer une conclusion de discrimination sans effectuer une analyse sur un groupe de comparaison et conclure à l'existence d'un traitement différentiel défavorable. Dans le mémoire qu'elle a présenté à la Cour, la Commission donne un autre aperçu de son allégation de discrimination lorsqu'elle fait valoir que le juge saisi de la requête a mal qualifié la véritable nature de la plainte. La Commission admet maintenant que l'essence de la plainte n'est pas que la Province a omis de financer un service donné mais plutôt que le service est offert de manière discriminatoire, c'est-à-dire d'une manière que l'on peut assimiler à [TRADUCTION] « des formes croissantes de non-participation » qui ont pour effet de séparer le plaignant de sa famille et de sa collectivité. La Commission soutient ensuite que le service est offert dans un contexte qui [TRADUCTION] « abroge de façon permanente et totale ses droits constitutionnels de demeurer au Canada comme le garantit l'art. 6 de la *Charte* ».

[62] La Commission affirme que les questions de droit et la validité des arguments juridiques ne peuvent être formellement tranchées au stade de la recommandation et qu'aucune audience ne permet la présentation de ces arguments. La Commission fait ensuite valoir que les commissaires sont en droit de prendre en considération un avis juridique et que comme cet avis fait l'objet d'une revendication de privilège relatif au litige, l'avis n'est pas susceptible de révision. Pour ces motifs, la Commission soutient que le juge saisi de la requête a commis une erreur en concluant que la Commission avait l'obligation de procéder à une analyse comparative complète. À l'appui de son argument concernant le privilège, la Commission invoque l'arrêt *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [2004] 1 R.C.S. 809, [2004] A.C.S. n° 16 (QL), 2004 CSC 31. *Pritchard* appuie la proposition voulant qu'un avis juridique

rédigé pour une commission des droits de la personne qui doit statuer sur l'acceptation ou le rejet d'une plainte entre dans la catégorie des communications protégées par le privilège avocat-client et n'est donc pas soumis à l'obligation de divulgation en cas de dépôt d'une motion visant à obtenir la production de tous les documents soumis à la Commission pour examen.

[63] Nul ne conteste la proposition juridique énoncée dans l'arrêt *Pritchard*. Bien franchement, et en toute déférence, nul n'est intéressé par l'opinion de l'avocate sur la question de savoir si une analyse au moyen d'un groupe de comparaison constitue un élément essentiel de chaque conclusion de discrimination à première vue. Ce dont la Province avait besoin et ce que le Ministre aurait dû demander, c'est que quelqu'un expose l'argument juridique (la cause défendable) permettant de soumettre la plainte de discrimination à la commission d'enquête. C'est à la Commission qu'il incombait de le faire. La présente instance est analogue à une poursuite civile dans laquelle le demandeur intenterait au défendeur une action en responsabilité délictuelle pour négligence mais refuserait de préciser dans ses plaidoiries en quoi le défendeur a manqué au devoir et à la norme de diligence. Mieux encore, le demandeur refuse de donner des précisions. En droit administratif, une telle omission constituerait un manquement à l'obligation d'équité procédurale et servirait de fondement à une objection préliminaire devant l'instance juridictionnelle.

[64] Si la décision du Ministre avait fait l'objet d'une révision judiciaire, nous demanderions si le dossier dont il était saisi faisait état d'une cause défendable. Étant donné que c'est la recommandation de la Commission qui a été contestée, la question doit être reformulée : Le dossier soumis aux commissaires répondait-il au critère préliminaire relatif à l'existence d'une cause défendable (sur le plan du droit ou sur celui mixte du droit et des faits)? La réponse est « non » à moins que le dossier ne soit réputé renfermer l'avis juridique pour lequel la Commission revendique un privilège relatif au litige, et que l'avis juridique n'expose une cause défendable. Étant donné que personne n'est ou n'était en mesure d'évaluer la validité des éventuels arguments que pouvait renfermer cette

communication privilégiée, la Commission ne dispose que du dossier qui a été soumis au Ministre pour démontrer l'existence d'une cause défendable.

[65] Notre Cour est également aux prises avec un autre problème. En effet, bien que le mémoire de la Commission décrive deux arguments à l'appui d'une cause défendable, ces deux arguments ne font pas partie du dossier qui a été soumis à l'instance inférieure. Je suis cependant disposé à en tenir compte pour les raisons suivantes. Premièrement, il faut que le plaignant et ses parents aient l'assurance que la plainte ne soulève pas une cause défendable au sens de l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*. Deuxièmement, la Province n'a pas soulevé d'objection devant le caractère tardif des arguments. Troisièmement, l'instance dure déjà depuis bien trop longtemps. Si la plainte vise une contravention continue, il n'est que trop tentant de déposer une autre plainte faisant état de ce que l'on croit à tort constituer une cause défendable. Quatrièmement, la presque totalité de la jurisprudence citée plus loin a été invoquée et traitée dans les mémoires qui ont été déposés. Finalement, l'analyse qui suit n'a pas la prétention de tirer des conclusions exécutoires relativement au droit en matière de discrimination. Nous ne traitons que de la question d'une cause défendable.

[66] Nul n'est besoin d'invoquer des sources doctrinales ou jurisprudentielles à l'appui de la proposition selon laquelle conclure à une différence ou à une inégalité de traitement constitue la pierre angulaire d'une conclusion de discrimination. À ma connaissance, il n'existe pas de décision de la Cour suprême qui n'identifie pas un groupe de comparaison dans le but de déterminer si une preuve suffisante à première vue de discrimination a été établie. L'égalité est un concept inévitablement « comparatif » : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, [1989] A.C.S. n° 6 (QL), à la page 164. Je suis également conscient du fait que la Cour suprême a réitéré la mise en garde voulant que, lorsque l'existence d'un objectif, d'une politique ou d'un effet discriminatoire n'est pas établie, le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier : *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, [2004] A.C.S. n° 71 (QL), 2004 CSC 78, au par. 41.

[67] Les principales affaires de discrimination sur lesquelles la Cour suprême s'est prononcée visaient des actions intentées en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Dans des causes de ce type, le requérant doit démontrer qu'il a été défavorisé du fait qu'il possédait l'une des caractéristiques énumérées à l'art. 15 (dont une déficience mentale ou physique) ou une caractéristique analogue. Pour qu'une distinction législative constitue de la discrimination contre un individu, il doit s'agir d'une distinction qui a pour effet de lui imposer un désavantage non imposé à d'autres : *Andrews c. Law Society of British Columbia*. C'est l'exigence d'un désavantage qui nécessite une comparaison avec d'autres. Il me suffit d'invoquer deux arrêts de la Cour suprême pour illustrer à quel point il est important de bien définir le groupe de comparaison approprié.

[68] Dans *Auton c. Colombie-Britannique*, des enfants autistes et leurs parents ont intenté une action pour discrimination après que la Province eut refusé de financer un programme « nouveau » de thérapie comportementale considéré comme le traitement le plus efficace de l'autisme. Le régime de soins de santé d'origine législative de la province prévoyait le financement intégral de tous les services médicalement nécessaires (services essentiels) fournis par des médecins. Le financement de services médicalement nécessaires non essentiels offerts par des personnes qui ne sont pas médecins (professionnels de la santé) était également prévu, mais pas la thérapie pour le traitement de l'autisme qui aurait été administrée par des personnes qui n'étaient pas médecins. La juge du procès et la Cour d'appel ont toutes deux statué que la Province avait violé l'art. 15 au motif qu'elle finançait certaines thérapies médicalement nécessaires offertes par des professionnels de la santé mais pas les thérapies destinées aux enfants autistes. La Cour suprême a infirmé la décision, statuant que le groupe de comparaison approprié se composait des personnes sans déficience mentale qui recevaient des thérapies « nouvelles ». Étant donné que les pouvoirs publics ne finançaient pas de nouvelles thérapies qui constituaient un service non essentiel, la plainte de discrimination a été rejetée. Il n'y avait pas d'inégalité de traitement.

[69] À l'évidence, le degré de précision avec lequel un groupe de comparaison est défini joue un rôle déterminant dans l'issue des causes de discrimination fondées sur

l'art. 15. Dans l'arrêt *Auton*, la Cour suprême a identifié un groupe plus restreint que celui qu'avaient retenu les instances inférieures. De fait, on pourrait soutenir que la Cour suprême a restreint le groupe de comparaison en circonscrivant le service offert (« thérapies nouvelles »). À l'opposé, dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (W.C.B.) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, [2003] A.C.S. n° 54 (QL), 2003 CSC 54, la Cour a identifié un groupe de comparaison beaucoup plus large que celui que les tribunaux inférieurs avaient défini. Dans l'arrêt *Martin*, il a été statué que la loi sur les accidents du travail de la Nouvelle-Écosse violait l'art. 15 de la *Charte* en ne prévoyant que le versement de prestations à court terme aux travailleurs souffrant d'une douleur chronique liée au travail. Curieusement, la Cour suprême a reconnu qu'à la différence des autres lésions liées au travail, la douleur chronique ne présentait aucun symptôme physique et qu'il n'existait pas de méthode reconnue de diagnostic et de traitement. Comme le souligne le professeur Hogg, si la Cour avait défini le groupe de comparaison avec la même degré de précision qu'elle l'a fait dans l'arrêt *Auton*, le demandeur dans l'affaire *Martin* aurait été forcé de trouver un autre groupe de personnes souffrant de lésions liées au travail qui, comme la douleur chronique, ne présentaient aucun symptôme physique et pour lesquelles il n'existait pas de méthode reconnue de diagnostic et de traitement. Bien entendu, la plainte de discrimination aurait alors été rejetée. Comme l'a écrit le professeur Hogg, au lieu de cela, la Cour a [TRADUCTION] « écarté » les problèmes que posait le financement intégral des cas de douleur chronique et statué que le groupe de comparaison se composait des travailleurs admissibles à des indemnités pour accident du travail mais qui ne souffrent pas de douleur chronique. Grâce à l'adoption d'une définition large du groupe de comparaison, il était inévitable que la demande formée par le travailleur soit acceptée (voir Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles (Scarborough : Carswell, 2009) à la page 55-35 et *Wynberg c. Ontario* (2006), 82 O.R. (3d) 561 (C.A.), [2006] O.J. No. 2732 (QL)).

[70] Les décisions rendues dans *Auton* et *Martin* démontrent que l'identification du groupe de comparaison est déterminante dans l'issue des affaires fondées sur l'art. 15. Plus le groupe de comparaison est étendu, plus il est facile d'établir l'existence d'une discrimination à première vue. Inversement, si l'on restreint le groupe

de comparaison, il est d'autant plus difficile de satisfaire à cette condition préliminaire qui constitue un préalable. En même temps, la Cour suprême a récemment reconnu la critique dont a fait l'objet sa jurisprudence qui avait permis à ses arrêts postérieurs à *Andrews* « de ressurgir sous la forme d'une analyse comparative artificielle axée sur l'égalité de traitement des individus égaux » : *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, [2008] A.C.S. n° 42 (QL), 2008 CSC 41, au par. 22, en référence à l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, [1999] A.C.S. n° 12 (QL).

[71] Avant que la Cour suprême ne statue sur l'affaire *Andrews*, les tribunaux canadiens appliquaient une version du principe aristotélicien de l'égalité appelé critère de la « situation analogue ». Selon ce critère, une négation de l'égalité était établie s'il pouvait être démontré que la loi traitait moins bien le plaignant que d'autres personnes qui se trouvaient dans une situation identique. On est arrivé à la conclusion que le critère était trop général et avait servi à justifier des lois discriminatoires envers les Juifs ou les Noirs : *Andrews*, à la page 146. Comme le souligne le professeur Hogg, le véritable problème que pose le critère est le manque d'éléments d'appréciation permettant de déterminer qui se trouve dans une situation identique par rapport à qui et quels types de traitement il convient d'appliquer aux personnes qui ne se trouvent pas dans une situation identique : Hogg, à la page 55-15. Les cas dans lesquels le groupe de comparaison est trop restreint (un groupe minoritaire n'est pas traité différemment d'un autre groupe minoritaire) soulèvent un problème connexe. Il est trop facile de finir par appliquer le critère de la situation analogue.

[72] De la même façon que l'identification des groupes de comparaison est déterminante pour l'issue des affaires fondées sur l'art. 15, on pense généralement qu'il en est de même des allégations de discrimination donnant lieu à des poursuites en vertu des dispositions de lois provinciales sur les droits de la personne, comme l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick. Cependant, des dispositions comme l'art. 5 ajoutent une dimension supplémentaire à l'analyse de discrimination. Rappelons que l'art. 5 prévoit que nul ne doit agir de façon discriminatoire envers une personne

quant aux *services* offerts au *public*. Dans l'arrêt *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, [1993] A.C.S. n° 55 (QL), la Cour suprême s'est penchée sur l'importance des termes en italiques. Dans cette affaire, la Cour s'intéressait à l'art. 3 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique qui interdisait d'agir de façon discriminatoire envers une personne à l'égard de services [TRADUCTION] « habituellement offerts au public ». La Cour a passé en revue les dispositions équivalentes des lois de chacune des provinces, dont le Nouveau-Brunswick, et elle a statué qu'il n'y avait pas de différences majeures entre elles bien que le libellé puisse varier légèrement.

[73] Les faits et le raisonnement de l'arrêt *Berg* sont instructifs. L'appelante Berg avait été acceptée dans un programme de maîtrise à l'Université de la Colombie-Britannique. Par la suite, elle a souffert de dépression et a même essayé de passer à travers une baie vitrée de l'école des études supérieures. Lorsque la faculté a déménagé, l'appelante s'est vu refuser une clé donnant accès au nouvel édifice. Elle a alors protesté contre ce refus et a obtenu une clé. Toutefois, en raison du comportement de l'appelante, un membre du corps professoral a refusé de remplir le « formulaire d'évaluation » de l'appelante qui devait accompagner une demande d'internat en milieu hospitalier. L'appelante a déposé une plainte de discrimination. Le tribunal a statué que l'omission de remettre la clé et le formulaire d'évaluation à l'appelante était discriminatoire. Devant la Cour suprême, on a admis que la remise d'une clé et d'un formulaire d'évaluation étaient bel et bien des [TRADUCTION] « services » au sens de la *Loi*. La seule question consistait à déterminer s'il s'agissait d'un service [TRADUCTION] « habituellement offert au public ». La Cour suprême a répondu par l'affirmative à cette question. L'appelante n'avait pas cessé de faire partie du public du simple fait qu'elle avait franchi avec succès le processus d'admission sélective. L'offre de programmes d'études supérieures constituait un service habituellement offert au public, tout comme la remise de clés et de formulaires d'évaluation aux étudiants admis à l'école des études supérieures.



[74] L'importance jurisprudentielle de causes comme l'arrêt *Berg* peut être ramenée à la proposition selon laquelle une plainte de discrimination déposée en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne* peut soulever trois questions distinctes : (1) en quoi consiste le service offert?; (2) est-il offert au public?; et (3) qui est le public? Comme c'est souvent le cas, la difficulté n'est pas de poser les questions mais bien de trouver les bonnes réponses. L'affaire *Moore c. British Columbia (Ministry of Education)*, annulée à l'issue d'une révision judiciaire (*British Columbia (Ministry of Education) c. Moore*), est pertinente à cet égard.

[75] *Moore* est une affaire traitant d'une disposition équivalente à l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick. La version tronquée des faits essentiels est la suivante. Un district scolaire offrait un programme intensif à des élèves souffrant de graves troubles d'apprentissage qui entraient en troisième année, dont des enfants dyslexiques. Le programme a été annulé avant que le plaignant n'entre en troisième année. Le plaignant était atteint de dyslexie et a déposé deux plaintes de discrimination : sur le plan individuel et sur le plan systémique. La plainte de discrimination sur le plan individuel alléguait que le plaignant n'avait pas reçu le soutien et les services nécessaires pour lui permettre d'avoir accès aux services éducatifs offerts à l'école locale. L'allégation de discrimination systémique reposait sur l'affirmation que les élèves du district scolaire souffrant de graves troubles d'apprentissage ne recevaient pas une gamme de services de nature à leur permettre d'accéder aux services éducatifs par ailleurs disponibles. Le tribunal des droits de la personne a accueilli les plaintes. Il a conclu à l'existence d'une discrimination individuelle à première vue du fait que le district avait omis de composer convenablement avec les besoins du plaignant en ne lui offrant pas suffisamment tôt un enseignement correctif intensif et efficace. Le tribunal a également conclu que le district scolaire avait fait preuve de discrimination systémique en réduisant de manière disproportionnée les services offerts aux élèves souffrant de graves troubles d'apprentissage.

[76] Pour parvenir à sa décision, le tribunal des droits de la personne a jugé qu'il était superflu de s'intéresser à un groupe de comparaison étant donné qu'il ne

s'agissait pas de déterminer si le plaignant avait bénéficié d'une égalité de traitement mais plutôt de savoir si l'on avait convenablement composé avec son incapacité pour lui permettre de se prévaloir des avantages des services éducatifs. Ainsi, le tribunal a posé la question de savoir si le plaignant avait été en mesure de se prévaloir des avantages des [TRADUCTION] « programmes d'éducation offerts par le Ministère et le district scolaire ». Appliquant la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, [1997] A.C.S. n° 86 (QL), le tribunal a fait le raisonnement que l'identification du groupe de comparaison est superflue dans les cas où on refuse de prendre les mesures d'accommodement nécessaires pour obtenir une égalité d'accès à l'éducation. Subsidiairement, le tribunal a statué que si sa décision sur ce point était déclarée erronée, la véritable question soulevée était la qualité de l'éducation que recevait le plaignant et non l'obtention du service en cause. Par conséquent, le groupe de comparaison approprié se composait des autres élèves du système d'écoles publiques qui n'avaient pas besoin de soutien ou de mesures d'accommodement supplémentaires pour avoir accès aux services éducatifs. En résumé, la position de repli de la Commission consistait à identifier un groupe de comparaison très large.

[77] Pour comprendre le raisonnement du tribunal dans l'affaire *Moore*, il faut comprendre l'importance de la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Eldridge*. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si les dispositions de la *Medicare Protection Act* de la Colombie-Britannique violaient l'art. 15 de la *Charte* en omettant d'imposer aux hôpitaux l'obligation de fournir aux personnes atteintes de surdité des services d'interprétation gestuelle dans des circonstances où de tels services étaient nécessaires pour permettre des communications efficaces. La Cour suprême a répondu à la question par l'affirmative. La Cour a observé que l'obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d'un groupe défavorisé bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général constituait une pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne. L'omission de fournir des services d'interprétation gestuelle privait les personnes atteintes de surdité de l'égalité de bénéfice de la loi et créait de la discrimination à leur endroit par comparaison

avec les entendants. Voir également *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, [2000] A.C.S. n° 29 (QL), 2000 CSC 28, au par. 78 et *Auton*, au par. 41, qui traitent de l'importance jurisprudentielle de l'arrêt *Eldridge*. Voir également P. Rosenbaum et E. Chadha, « Reconstructing Disability » (2006), 33 S.C.L.R. (2d) 343.

[78] Se servant de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Eldridge* comme d'un tremplin, le raisonnement du tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Moore* a un fondement logique. Ce raisonnement est le suivant. Une fois que la décision d'offrir un enseignement public est prise, les enfants dyslexiques ont droit à cet enseignement tout autant que les enfants ne souffrant pas de troubles d'apprentissage. Si aucun cours ou programme correctif ne leur est offert, les enfants dyslexiques sont incapables d'avoir accès aux services éducatifs offerts aux enfants qui ne souffrent pas de troubles d'apprentissage et par conséquent, à l'instar des personnes atteintes de surdité qui ont droit à des services d'interprétation gestuelle pour avoir accès aux services de soins de santé, les élèves dyslexiques ont droit à des services correctifs équivalents. Les analogies sont légion. Un enfant se déplace en fauteuil roulant, l'autre non. Cependant, leur école n'est pas accessible en fauteuil roulant. À l'heure actuelle, personne ne viendrait contester le droit de l'élève d'avoir accès à son école, ni l'obligation des pouvoirs publics de dépenser les fonds nécessaires, dans la mesure où cela ne cause pas une contrainte excessive, pour composer avec les besoins physiques des personnes souffrant d'une incapacité afin qu'elles puissent se prévaloir d'un avantage ou d'un service public. Si l'on s'en tient à ce cadre simpliste, il est possible d'accepter que, dans l'affaire *Moore*, le tribunal était saisi d'une cause défendable de discrimination.

[79] Lors de la révision judiciaire dans l'affaire *Moore*, les parties sont restées en conflit au sujet de la nature du « service » en cause. Le plaignant a préconisé le libellé adopté par le tribunal : les [TRADUCTION] « programmes d'éducation offerts par le Ministère et le district scolaire ». Pour sa part, le Ministère a fait valoir qu'il s'agissait des [TRADUCTION] « services destinés à l'enfance en difficulté ». Le district scolaire a préconisé une définition plus étroite : les [TRADUCTION] « services précis » demandés

par le plaignant. Le juge siégeant en révision a souscrit à la thèse du Ministère selon laquelle le service en cause était des [TRADUCTION] « services destinés à l'enfance en difficulté » tandis que le public visé était composé des [TRADUCTION] « enfants ayant des besoins spéciaux ». Le juge siégeant en révision s'est ensuite penché sur la question de savoir s'il était nécessaire d'identifier un groupe de comparaison. Citant l'arrêt *Auton*, aux par. 51 à 54, il a rejeté la conclusion du tribunal selon laquelle la recherche d'un groupe de comparaison était superflue. Il a également expliqué que l'arrêt *Auton* était une cause dans laquelle les demandeurs voulaient que les pouvoirs publics financent des services additionnels de soins de santé auxquels personne n'avait accès. Par contre, l'arrêt *Eldridge* visait un demandeur atteint de surdité qui désirait obtenir un accès équivalent à des services de santé essentiels que le gouvernement avait décidé de financer.   l'opposé, le juge siégeant en révision dans l'affaire *Moore* a stat  qu'étant donné que les programmes destinés aux élèves ayant des besoins spéciaux n'étaient pas financés, l'allégation de discrimination devait être rejetée.

[80] Dans ce contexte, il nous reste à déterminer si, s'agissant de l'allégation de discrimination à première vue, la recommandation de la Commission satisfait au critère préliminaire d'une cause défendable. En ce qui me concerne, la réponse est évidente. La présente instance n'entre pas dans la catégorie d'une cause défendable. Il ne s'agit pas d'un cas dans lequel une personne atteinte d'une incapacité veut avoir accès à des avantages ou à des services offerts par les pouvoirs publics, comme dans les affaires *Eldridge*, *Auton* et *Moore*. Plus particulièrement, nous ne sommes pas saisis d'un cas dans lequel l'une des parties fait valoir que le redressement sollicité nécessite le financement d'un avantage ou service qui n'est pas par ailleurs offert au public tandis que l'autre soutient que le redressement sollicité est nécessaire afin de permettre à la personne souffrant d'une incapacité d'avoir accès à un service existant. C'est la raison pour laquelle la conviction de la Commission selon laquelle il est inutile d'identifier un groupe de comparaison approprié est dénuée de fondement juridique. Quoi qu'il en soit, il est évident que le succès des arguments contradictoires dépend de l'interprétation étroite ou large que l'on fait des termes « service » et « public ».

[81] L'issue du présent appel et de la plainte de violation des droits de la personne repose sur l'application éventuelle de l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*. Je le répète, l'art. 5 prévoit que nul ne doit refuser à une personne des services ou commodités offerts au public, ou faire preuve de discrimination envers une personne quant aux installations ou services offerts au public, pour des raisons d'incapacité mentale. Les parties s'entendent sur le fait que l'autisme dont est atteint le plaignant constitue une incapacité mentale. Il s'agit ensuite de déterminer si le plaignant s'est vu refuser une installation ou un service par ailleurs offert au public. Cette question obligeait la Commission à se demander quel est le service qui est par ailleurs offert au public mais pas aux personnes qui, comme le plaignant, souffrent d'une incapacité mentale. Le seul service pertinent que la Province offre au public est le programme provincial de soins à long terme de niveau IV. Cependant, nous ne sommes pas devant un cas où le plaignant s'est vu refuser l'accès à un établissement résidentiel de niveau IV. Malheureusement, il s'agit plutôt d'un cas où un établissement de niveau IV ne pouvait répondre aux besoins de soins du plaignant. De fait, il n'existe pas dans la région de Fredericton, ni d'ailleurs dans la Province, d'établissement destiné aux personnes atteintes d'incapacité mentale qui dispense le niveau de soins que doit recevoir quelqu'un qui est atteint d'autisme grave. Dans les circonstances, il n'existe aucun fondement logique pour conclure à l'existence d'une cause défendable dans laquelle il était allégué que le plaignant s'était vu refuser l'accès à un niveau de service qui était offert au public en général ou aux autres personnes souffrant d'incapacité mentale.

[82] En réponse, la Commission fait valoir, certes tardivement, que la plainte vise non pas l'omission de financer un service destiné aux adultes atteints d'autisme, mais plutôt le fait que le service est offert de façon discriminatoire, c'est-à-dire d'une manière qui peut être assimilée à [TRADUCTION] « une forme croissante de non-participation ». L'expression « non-participation des personnes handicapées » trouve son origine dans la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, [1996] A.C.S. n° 98 (QL), au par. 67. Dans cette affaire, la Cour a statué que les droits à l'égalité que le par. 15(1) garantissait à un enfant n'avaient pas été violés lorsqu'un enfant qui avait été placée dans une « salle

de classe ordinaire » avec l'aide d'une éducatrice à temps plein avait été ensuite transférée dans une « classe pour élèves en difficulté ». La Cour suprême a déclaré que même si l'intégration des personnes handicapées était le moyen d'accommodement privilégié, il n'y avait pas discrimination si le placement dans un milieu à part était supérieur au placement intégré, comme l'avait conclu le tribunal. Selon moi, l'arrêt *Eaton* affaiblit les éventuels arguments que la Commission aurait pu invoquer à l'appui de l'existence d'une cause défendable.

[83] L'argument de non-participation invite une comparaison entre les personnes auxquelles la participation est refusée et celles auxquelles elle est permise. Toutefois, l'argument repose sur l'hypothèse que les deux groupes ont accès au même avantage. Comme elle a la charge de la plainte devant une commission d'enquête, la Commission a tenté de faire valoir que la Province est tenue de composer avec les besoins du plaignant en lui offrant à Fredericton un niveau de service identique à celui qui lui est actuellement dispensé à Spurwink. Cet argument soulève-t-il une cause défendable? La réponse doit être « non » parce que l'argument n'a rien à voir avec l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*, qui ne vise que la discrimination quant aux services qui sont offerts au public. Il ne peut exister d'obligation de composer avec les besoins d'une personne atteinte d'une incapacité tant que l'on n'a pas prouvé l'existence d'un traitement discriminatoire au sens de cette disposition. À cet égard, la Commission a systématiquement refusé de préciser le cadre ou les arguments juridiques qu'elle invoquait à l'appui de son allégation de traitement discriminatoire. L'omission n'a rien à voir avec le bien-fondé des arguments – qui peut faire l'objet d'un avis juridique et donner lieu à la revendication d'un privilège relatif au litige.

[84] Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas dans lequel des Néo-Brunswickois souffrant d'une incapacité reçoivent un service au Nouveau-Brunswick alors que le plaignant est forcé de bénéficier du même service à l'extérieur de la province. En fait, nous ne sommes pas devant une affaire d'accès à un avantage ou service existant. Il s'agit d'un cas dans lequel le plaignant reçoit un service qui, selon le dossier, ne semble offert à personne d'autre au Nouveau-Brunswick. L'ironie de la présente instance pourrait bien

être que la Province sera accusée de discrimination pour avoir offert au plaignant un service qui n'est pas par ailleurs offert à celles et ceux dont les besoins de soins sont identiques à ceux du plaignant et qui n'ont pourtant pas accès à un établissement comme Spurwink.

[85] Comme je l'ai déclaré d'emblée, la présente instance se résume à la prémisse implicite qu'il est financièrement déraisonnable de payer pour obtenir un service dans l'État du Maine lorsque le même service pourrait peut-être être offert à Fredericton au même coût. S'il s'agit de la véritable origine du grief, la présente instance n'a pas pour objet de forcer le gouvernement à dépenser des fonds pour permettre aux personnes atteintes d'une incapacité d'avoir accès à des services publics. L'objectif est plutôt de dire au gouvernement où dépenser l'argent. Cependant, il est trop tard pour que la Commission puisse qualifier les décisions de la Province de formes croissantes de non-participation et invoquer l'art. 6 de la *Charte* (liberté de circulation et d'établissement).

## VII. Dispositif

[86] En conclusion, la recommandation de la Commission et la documentation à l'appui de celle-ci ne permettent pas d'établir l'existence d'une cause défendable de discrimination prévue à l'art. 5 de la *Loi sur les droits de la personne*. Je rejeterais l'appel avec dépens de 3 500 \$.