

LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AUX BIENS ET AUX SERVICES : L'ORIGINALITÉ DES GARANTIES OFFERTES PAR LA CHARTE QUÉBÉCOISE

Mélanie Samson

Volume 38, Number 2, 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107394ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11586>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Samson, M. (2008). LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AUX BIENS ET AUX SERVICES : L'ORIGINALITÉ DES GARANTIES OFFERTES PAR LA CHARTE QUÉBÉCOISE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 38(2), 413–481. <https://doi.org/10.17118/11143/11586>

Article abstract

The current debate concerning reasonable accommodation notwithstanding and despite the fact that the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* has recently been modified to improve the protection of equality rights between men and women, it must be noted that certain provisions of the *Charter* adopted over thirty years ago are still being transgressed and their scope remains imprecisely defined. The present article examines protections set out by sections 12 and 15 of the *Charter* which prohibit discrimination in the provision of goods or services ordinarily offered to the public. The writer analyses certain factors which must be established in order to determine whether discrimination has in fact occurred in providing access to goods or services. In the second part of the paper, the writer examines certain limitations to equality rights with a view to specifying what constitutes reasonable accommodation and what amounts to undue hardship regarding the provision of goods and services to the public. In essence, the writer seeks to demonstrate that the protections afforded by the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms* are not precisely the same as those extended by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or by the various human rights statutes of the other provinces. By taking into account these differences, better protection of the right to equality is ensured.

LE DROIT À L'ÉGALITÉ DANS L'ACCÈS AUX BIENS ET AUX SERVICES : L'ORIGINALITÉ DES GARANTIES OFFERTES PAR LA CHARTE QUÉBÉCOISE*

par Mélanie SAMSON**

Alors qu'un débat de société est en cours sur la question des accommodements raisonnables et qu'il a récemment été jugé nécessaire de modifier la Charte des droits et libertés de la personne pour assurer une protection accrue du droit à l'égalité entre les hommes et les femmes, force est de constater que certaines dispositions anti-discrimination qui existent depuis plus de trente ans en droit québécois sont encore fréquemment bafouées et que leur portée demeure mal définie. Dans le texte qui suit, l'auteure cherche à délimiter l'étendue de la protection offerte par les articles 12 et 15 de la Charte québécoise en matière d'égalité dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public. La première partie du texte est consacrée aux éléments constitutifs d'une discrimination dans l'accès à un bien ou à un service couramment offert au public. Dans la seconde partie, l'auteure s'intéresse aux limites au droit à l'égalité. L'objectif est de définir en quoi consistent une mesure d'accommodement raisonnable et une contrainte excessive en matière de fourniture de biens ou de services. Essentiellement, l'auteure cherche à démontrer qu'en matière d'égalité, la Charte québécoise se démarque tant de la Charte canadienne que des lois anti-discrimination en vigueur dans les autres provinces; tenir compte de cette différence assurerait une meilleure protection du droit à l'égalité, notamment dans l'accès aux biens et aux services destinés au public.

The current debate concerning reasonable accomodation notwithstanding and despite the fact that the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms has recently been modified to improve the protection of equality rights between men and women, it must be noted that certain provisions of the Charter adopted over thirty years ago are still being transgressed and their scope remains imprecisely defined. The present article examines protections set out by sections 12 and 15 of the Charter which prohibit discrimination in the provision of goods or services ordinarily offered to the public. The writer analyses certain factors which must be established in order to determine whether discrimination has in fact occurred in providing access to goods or services. In the second part of the paper, the writer examines certain limitations to equality rights with a view to specifying what constitutes reasonable accomodation and what amounts to undue hardship regarding the provision of goods and services to the public. In essence, the writer seeks to demonstrate that the protections afforded by the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms are not precisely the same as those extended by the Canadian Charter of Rights and Freedoms or by the various human rights statutes of the other provinces. By taking into account these differences, better protection of the right to equality is ensured.

*. La présente étude a été rendue possible grâce au soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

** . LL.B. (Laval), LL.M. (Laval); avocate; doctorante, Faculté de droit, Université Laval. L'auteure tient à remercier le professeur Christian Brunelle qui a lu et commenté une version préliminaire du présent texte.

SOMMAIRE

I. La protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services	417
A. La présence d'une différence de traitement	419
B. Le fondement de la différence de traitement.....	424
C. L'atteinte à un droit ou à une liberté protégés.....	427
D. L'exigence d'une atteinte à la dignité?	450
 II. Les limites à la protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services	 454
A. L'obligation d'accommodement raisonnable dans le contexte d'une relation entre le fournisseur de biens ou de services et le public.....	455
B. La défense de contrainte excessive dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public.....	461
C. Quelques moyens de défense rejetés par les tribunaux	466
D. Le besoin des minorités de se rassembler : un moyen de défense valable?	471
 Conclusion	 480

Quelle différence y a-t-il entre un propriétaire de logements qui refuse de louer à des personnes de race noire¹, une municipalité qui interdit aux citoyens en fauteuil roulant l'accès à ses patinoires² et un club de golf qui refuse aux femmes l'accès à certaines de ses aires de restauration³? À première vue, il n'y en a aucune; tous ont un comportement discriminatoire. Pourtant, dans l'état actuel de la jurisprudence, seul le premier est susceptible d'être trouvé responsable d'une discrimination illicite.

Alors qu'un débat de société est en cours sur la question des accommodements raisonnables⁴ et qu'il a récemment été jugé nécessaire de modifier la *Charte des droits et libertés de la personne* pour assurer une protection accrue du droit à l'égalité

-
1. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Caci* (8 octobre 1998), Montréal 500-53-000089-985, J.E. 98-2279 (T.D.P.Q.) [*Caci*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Gestion S.I.B. inc.* (25 janvier 2000), Montréal 500-53-000107-993, J.E. 2000-343 (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 500-09-009313-008 (29 mai 2000); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Yazbeck* (3 août 2001), Montréal 500-53-000145-001, J.E. 2001-1793 (T.D.P.Q.) [*Yazbeck*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bétit* (28 mai 2003), Québec 200-53-000023-023, J.E. 2003-1463 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Pettas* (12 avril 2005), Montréal 500-53-000211-043, E.Y.B. 2005-89801 (T.D.P.Q.) [*Pettas*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dion* (10 mars 2008), Terrebonne 700-53-000001-077, J.E. 2008-744 (T.D.P.Q.) [*Dion*].
 2. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Repentigny (Ville de)* (13 janvier 2005), Joliette 705-53-000016-017, J.E. 2003-495 (T.D.P.Q.) [*Repentigny*].
 3. *Marine Drive Golf Club v. Buntain*, (2007) 278 D.L.R. (4e) 309 (B.C.C.A.) [*Marine Drive Golf*], autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, 31907 (28 juin 2007).
 4. Créée en février 2007, la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles avait pour mandat de «formuler des recommandations au gouvernement visant à s'assurer que les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles sont conformes aux valeurs de la société québécoise en tant que société pluraliste, démocratique et égalitaire» (Décret 95-2007). Son rapport final a été rendu public le 22 mai 2008 et est disponible à l'adresse suivante : <http://www.accommodements.qc.ca/index.html>.

entre les hommes et les femmes⁵, force est de constater que certaines dispositions anti-discrimination qui existent depuis plus de trente ans en droit québécois sont encore fréquemment bafouées et que leur portée demeure mal définie. La présente étude cherche à délimiter l'étendue de la protection offerte par les articles 12 et 15 de la *Charte québécoise* en matière d'égalité dans l'accès aux biens et aux services offerts au public. Rappelons dès maintenant que la première de ces dispositions prohibe de manière générale la discrimination quant aux biens et aux services ordinairement offerts au public⁶ alors que la seconde interdit plus spécifiquement les pratiques discriminatoires dans l'accès aux moyens de transport et aux lieux publics de même qu'aux biens et aux services qui y sont disponibles⁷.

Dans une première partie (I), nous traiterons des éléments constitutifs de la discrimination dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public. Il est désormais bien établi qu'une discrimination au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise* implique la réunion des trois éléments suivants : (A) une «distinction, exclusion ou préférence», (B) fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa et (C) qui «a pour effet de détruire ou de compromettre» le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne⁸. Notre exposé sur les deux premiers points se veut sommaire puisque d'autres auteurs ont déjà fort bien cerné ces

5. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 2008, c. 15.

6. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 12 : «Nul ne peut, par discrimination, refuser de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public.» [*Charte québécoise*].

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

8. *Forget c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 90 [*Forget*]. Voir aussi : *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712 [*Ford*]; *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790 [*Devine*]; *Commission scolaire de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 [*Bergevin*].

composantes de la discrimination, lesquelles ne posent d'ailleurs aucune difficulté particulière en matière de fourniture de biens et de services. Une plus grande attention sera accordée au troisième élément constitutif, le législateur ayant employé dans la rédaction des articles 12 et 15 plusieurs termes et expressions qui demandent à être définis. Enfin, nous nous interrogerons sur la question de savoir si l'article 10 de la *Charte québécoise* pose ou non l'exigence supplémentaire d'une atteinte à la dignité (D).

Après avoir relevé les éléments constitutifs de la discrimination dans l'accès aux biens et aux services offerts au public, nous consacrerons la seconde partie de l'étude aux limites du droit à l'égalité en cette même matière (II). Nous nous intéresserons d'abord à l'obligation d'accommodement qui incombe aux fournisseurs de biens et de services (A). Nous étudierons sa portée et quelques-unes de ses manifestations, notamment en matière de logement, d'accès à un commerce et d'éducation. Nous traiterons, ensuite, plus amplement de la notion de contrainte excessive (B). Nous débiterons par une revue des facteurs pris en compte par les tribunaux pour déterminer si une mesure d'accommodement constitue une contrainte excessive pour le fournisseur de biens ou de services. Puis, nous étudierons le résultat de l'application de ces critères en matière de loisirs, de soins médicaux et de louage résidentiel. Par la suite, nous examinerons quelques arguments souvent soulevés par les fournisseurs de biens ou de services à qui un comportement discriminatoire est reproché, mais auxquels les tribunaux refusent invariablement d'accorder du poids (C). Enfin, nous discuterons de l'argument selon lequel le besoin des minorités de se regrouper peut justifier la discrimination en certaines circonstances (D).

I. La protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services

«Le mouvement qui a été à l'origine de l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne* était porteur d'une

importante quête d'égalité.»⁹ Le deuxième considérant de son préambule¹⁰ identifie d'ailleurs la protection de l'égalité comme l'un des objectifs principaux de la Charte¹¹. La protection de l'égalité proprement dite est, au surplus, prévue à l'article 10 :

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

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.¹²

En dépit de toute l'importance qu'il lui accorde, le législateur n'a pas choisi d'accorder au droit à l'égalité une protection absolue. Ainsi, pour qu'il y ait discrimination illicite au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, il faut pouvoir démontrer :

-
9. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Le droit à l'égalité : des progrès remarquables, des inégalités persistantes*, (Étude no 2), Muriel Garon et Pierre Bosset, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003 à la p. 61.
 10. *Charte québécoise*, préambule : «Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi».
 11. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville de)*, [2000] 1 R.C.S. 665 au para. 34 : «Nous trouvons dans ce préambule une indication que l'objectif poursuivi par la Charte est la protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain et, comme suite logique, la suppression de la discrimination.» [Boisbriand].
 12. *Charte québécoise*, art. 10.

[A] qu'il existe une "distinction, exclusion ou préférence",
[B] que cette "distinction, exclusion ou préférence" est fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10 de la Charte québécoise, et
[C] que la "distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre" le "droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne".¹³

S'inspirant de l'approche retenue par la Cour suprême du Canada dans l'application de la garantie d'égalité prévue à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁴, les tribunaux québécois posent parfois l'exigence supplémentaire d'une atteinte à la dignité (D)¹⁵.

A. La présence d'une différence de traitement

S'il est un point sur lequel presque tout le monde s'entend au sujet du droit à l'égalité, c'est qu'il s'agit d'un concept comparatif¹⁶. »Si tout le monde est mal traité, sans distinction de race, de sexe ou de religion, on pourra peut-être se plaindre du caractère injuste ou inadéquat de ce traitement, mais non de son caractère discriminatoire.»¹⁷ «Ainsi, toute allégation de discrimination requiert une analyse comparative pour déterminer

13. Bergevin, *supra* note 8 à la p. 538. Voir aussi : Forget, *supra* note 8; Ford, *supra* note 8; Devine, *supra* note 8.

14. *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [Law].

15. *Québec (P.G.) c. Lambert*, [2002] R.J.Q. 599 (C.A.) [Lambert]; *Amselem c. Syndicat Northcrest*, [2002] R.J.Q. 906 (C.A.) [Amselem]; *Syndicat des infirmières du Nord-Est québécois c. Sylvestre*, [2003] R.J.Q. 1392 (C.A.) [Sylvestre].

16. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [Andrews]; Michelle Boivin, «Le besoin urgent d'un nouveau cadre conceptuel en matière de droits à l'égalité», (2004) 45 C. de D. 327 à la p. 329. [Boivin, «Besoin»] Voir cependant : Sophia Reibetanz Moreau, «Equality Rights and the Relevance of Comparator», (2006) 5 J.L. & Equality 81.

17. Daniel Proulx, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles», (mars 2003) Numéro spécial R. du B. 485 à la p. 514 [Proulx, «Dignité»].

si le traitement réservé au demandeur est, en fait, différent de celui accordé aux «autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l'égalité», «dans le contexte socio-économique où la question est soulevée».»¹⁸

En prohibant toute «distinction, exclusion ou préférence», l'article 10 laisse entrevoir à quel point la différence de traitement peut prendre des formes variées. Dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public, elle consiste souvent en un refus de prestation. On pense, par exemple, au locateur qui refuse de louer un logement à une personne au motif qu'elle est d'origine arabe¹⁹, prestataire d'aide sociale²⁰, parent²¹, enceinte²², homosexuelle²³, handicapée²⁴ ou

-
18. Christian Brunelle, «Les droits et libertés dans le contexte civil», dans Collection de droit 2007-2008, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007 à la p. 54 [Brunelle, «Droits et libertés»] [Citations omises].
 19. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Quévillon* (8 avril 1999), Terrebonne 700-53-000004-980, J.E. 99-909 (T.D.P.Q.).
 20. *Whittom c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [1997] R.J.Q. 1823 (C.A.) [Whittom]; *Commission des droits de la personne c. J.M. Brouillette inc.* (22 avril 1994), Joliette 705-53-000001-936, J.E. 94-801 (T.D.P.Q.) [Brouillette]; *Commission des droits de la personne c. Gauthier*, [1994] R.J.Q. 253 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Briand* (6 mai 1997), Québec 200-53-000003-967, J.E. 97-1477 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Latreille* (27 avril 2000), Laval 540-53-000012-991, J.E. 2000-1082 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Lauréat Richard inc.* (24 avril 2001), St-François 450-53-000002-002, J.E. 2001-1251, (T.D.P.Q.) [Lauréat Richard]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Fondation Abbé Charles-Émile Gadbois* (27 août 2001), Montréal 500-53-000149-003, J.E. 2001-1792 (T.D.P.Q.) [Fondation Abbé]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Huong* (1er mars 2005), Montréal 500-53-000200-038, J.E. 2005-609 (T.D.P.Q.) [Huong]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bernier* (10 janvier 2005), Laval 540-53-000020-044 J.E. 2005-335 (T.D.P.Q.) [Bernier].
 21. *Desroches c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1997] R.J.Q. 1540 (C.A.) [Desroches]; *Québec (Commission des droits de la*

jugée trop jeune²⁵, à l'hôtelier qui refuse de louer une chambre à une personne qui se déplace en fauteuil roulant²⁶, au restaurateur

-
- personne et des droits de la jeunesse*) c. *Thi Van*, [2001] R.J.Q. 2039 (T.D.P.Q.) [*Thi Van*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bastien* (16 octobre 2003), Terrebonne 700-53-000002-026, J.E. 2003-2235 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Jacques* (15 juin 2004), Montréal 500-53-000193-035, J.E. 2004-1520 (T.D.P.Q.) [*Jacques*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Poirier* (15 avril 2004), Longueuil 505-53-000009-032, J.E. 2004-1016 (T.D.P.Q.) [*Poirier*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Grandmont* (14 décembre 2006), Trois-Rivières 400-53-000008-061, J.E. 2007-161 (T.D.P.Q.) [*Grandmont*]. Notons qu'en cette matière, l'article 1899 du *Code civil du Québec* trouve aussi application : «Le locateur ne peut refuser de consentir un bail à une personne, refuser de la maintenir dans ses droits ou lui imposer des conditions plus onéreuses pour le seul motif qu'elle est enceinte ou qu'elle a un ou plusieurs enfants, à moins que son refus ne soit justifié par les dimensions du logement; il ne peut, non plus, agir ainsi pour le seul motif que cette personne a exercé un droit qui lui est accordé en vertu du présent chapitre ou en vertu de la Loi sur la Régie du logement. Il peut être attribué des dommages-intérêts punitifs en cas de violation de cette disposition.» (*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64 [C.c.Q.]).
22. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Bergeron* (15 janvier 2002), Alma 160-53-000002-015, J.E. 2002-406 (T.D.P.Q.) [*Bergeron*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *9020-6376 Québec inc.* (4 octobre 2006), Trois-Rivières 400-53-000007-055, J.E. 2006-2183 (T.D.P.Q.). Dans une telle situation, l'aspirante locataire jouit également d'une protection prévue à l'article 1899 C.c.Q., *ibid.*
 23. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Martin* (2 juin 1997), Kamouraska 250-53-000001-966, J.E. 97-1476 (T.D.P.Q.).
 24. *Commission des droits de la personne du Québec* c. *Poirier* (9 décembre 1992), Longueuil 505-53-000003-928, J.E. 93-286 (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 500-09-000043-935 (13 janvier 1993). Pour un exemple plus récent tiré de la jurisprudence de la Colombie-Britannique, voir la décision *McDonald* c. *Schuster Real Estate Co.*, [2005] B.C.H.R.T.D. no. 177, où un propriétaire a été condamné au paiement de dommages-intérêts pour avoir refusé de louer un logement à une personne parce qu'elle avait le sida.
 25. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Maurice* (27 juin 2003), Laval 540-53-000016-034, J.E. 2003-1561 (T.D.P.Q.) [*Maurice*]; *Québec (Commission des droits de la*

qui interdit l'accès de son établissement aux familles avec de jeunes enfants²⁷ ou encore au commerçant qui prie la personne assistée d'un chien-guide²⁸ ou la femme qui allaite son enfant de quitter son établissement²⁹.

Si certains affichent clairement leur politique d'exclusion, la plupart des fournisseurs de biens ou de services ont plutôt le réflexe d'employer des moyens détournés pour décourager la clientèle jugée indésirable. La jurisprudence du Tribunal des droits de la personne en fait foi. Les propriétaires de logements sont capables de beaucoup d'imagination lorsqu'un aspirant locataire ne leur plaît pas : «le logement est déjà loué, ils possèdent une longue liste d'autres candidatures, ils ne peuvent faire visiter le logement parce qu'ils n'ont pas la clef, etc.»³⁰.

Outre le refus de fournir le bien ou le service pourtant généralement offert au public, la différence de traitement peut consister en l'imposition aux membres d'un groupe protégé par la Charte des conditions ou des restrictions qui diffèrent de celles offertes au public en général³¹. Des propriétaires de logements ont,

personne et des droits de la jeunesse) c. *Lacombe* (16 mai 2003), Longueuil 505-53-000004-025, J.E. 2003-1464 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Gagné* (25 février 2003), Longueuil 505-53-000003-027, J.E. 2003-496 (T.D.P.Q.) [*Gagné*].

26. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* c. *Hôtel Villa de France* (26 février 1998), Montréal 500-53-000073-971, J.E. 98-796 (T.D.P.Q.) [*Villa de France*].

27. *Commission des droits de la personne* c. *Bizouarn* (21 novembre 1995), Terrebonne 700-53-000001-952, J.E. 96-144 (T.D.P.Q.) [*Bizouarn*].

28. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Roi du dollar et plus* (18 février 2003), Montréal 500-53-000159-010, J.E. 2003-684 (T.D.P.Q.) [*Roi du dollar*].

29. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Lee (Meubles Accents)*, [2005] R.J.Q. 2807 (T.D.P.Q.).

30. *Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Pauvreté et droit à l'égalité dans le logement : une approche systémique*, Québec, Commission des droits de la personne, 1997 à la p. 17 [*Commission, «Pauvreté»*].

31. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)* c. *Sinatra*, [2000] J.L. 45 (T.D.P.Q.) [*Sinatra*].

ainsi, fait l'objet de condamnations pour avoir établi à l'égard des prestataires d'aide sociale une ligne de conduite différente de celle adoptée à l'égard des autres clients, que ce soit en exigeant d'eux des garanties supplémentaires³² ou en leur refusant l'accès aux logements de meilleure qualité³³.

Enfin, la différence de traitement peut aussi résulter du maintien d'une condition habituelle d'accès à un bien ou à un service qui s'avère impossible ou plus difficile à remplir pour les membres d'un groupe protégé par la Charte. Les faits de l'affaire *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire des Draveurs*³⁴ l'illustrent bien. Saisi du litige, le Tribunal des droits de la personne a conclu que la défenderesse avait fait preuve de discrimination en refusant d'adapter la grille d'évaluation d'un cours d'agent de voyage pour tenir compte du handicap d'un étudiant bègue. La grille d'évaluation était une règle en apparence neutre, mais parce qu'elle accordait une grande importance à la communication verbale, son application sans adaptation aurait nécessairement signifié l'échec de l'étudiant. Dans les circonstances, la Commission scolaire se devait d'accommoder l'étudiant en modifiant le nombre de manquements tolérés à l'égard des objectifs de son évaluation.

En terminant, rappelons qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe concerné fassent l'objet d'un traitement différent pour qu'il y ait discrimination. Énoncé par la Cour suprême du Canada alors qu'elle avait à décider d'un litige en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* du Manitoba³⁵, le principe a été repris par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Desroches*³⁶, une affaire qui portait sur la légalité d'une politique

32. *Fondation Abbé*, *supra* note 20.

33. *Brouillette*, *supra* note 20.

34. (5 mai 1999), Hull 550-53-000005-986, J.E. 99-1061 (T.D.P.Q.) [*Draveurs*].

35. *Janzen c. Platy enterprises ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252. Voir aussi : *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566.

36. *Desroches*, *supra* note 21.

adoptée par le propriétaire d'un immeuble locatif qui souhaitait limiter à deux le nombre d'occupants par logement. Concluant que la politique avait un effet discriminatoire à l'endroit des enfants, la Cour a précisé que : «Indirect discrimination exists even if not **everyone** in a distinct class is treated in the same discriminatory manner. Accordingly, the mere fact that there were children living in Appellant's building does not, in itself, disprove a claim of indirect discrimination.»³⁷

B. Le fondement de la différence de traitement

Nous l'avons vu, la garantie d'égalité conférée par la *Charte québécoise* n'est pas absolue. Pour être discriminatoire, un traitement différent doit nécessairement être «fondé sur» l'un des motifs exhaustivement énumérés à l'article 10³⁸. Ces motifs sont «la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.»³⁹

Si certains motifs visés par l'article 10 ont parfois posé un problème de définition, force est de constater que la principale difficulté concerne la nature du lien qui doit exister entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination. À ce sujet, la jurisprudence demeure partagée. D'un côté, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec exigent que le motif illicite de discrimination soit la «cause efficiente» de la différence de traitement⁴⁰. Empruntée au droit civil, «la notion de

37. *Ibid.* à la p. 1550.

38. *Modes Cohoes Inc. c. Québec (P.G.)*, [1993] R.J.Q. 2801 à la p. 2806 (C.A.); *Ruel c. Québec (Ministre de l'Éducation)*, [2001] R.J.Q. 2590 au para. 128. (C.A.).

39. *Charte québécoise*, art. 10.

40. *Brossard (Ville de) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Boisbriand, supra* note 11; *B. c. Ontario*, [2002] 3 R.C.S. 403 [B. c. Ontario]; *Compagnie minière Québec-Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)* (7 décembre 1998), Québec 200-09-000495-942, J.E. 99-211 (C.A.).

causalité efficiente s'entend comme la cause qui a eu «un rôle prépondérant dans la réalisation du préjudice», comme la cause génératrice, la cause déterminante.»⁴¹ D'un autre côté, le Tribunal des droits de la personne requiert simplement que le motif prohibé ait eu une «influence»⁴², un «effet quelconque»⁴³ sur la décision prise.

Clairement, le critère adopté par le Tribunal des droits de la personne est davantage conforme au texte, à l'esprit et aux objectifs de la Charte que celui retenu par les tribunaux supérieurs⁴⁴. D'une part, en prohibant toutes distinctions «fondées sur» l'un des motifs énumérés, l'article 10 n'énonce «pas que le

41. Louise Langevin, «Réflexion sur le lien de causalité en matière de discrimination : une difficile intégration», (1996) 22 Queen's L.J. 51 à la p. 63 [Langevin, «Causalité»] [renvois omis].

42. *Sinatra*, *supra* note 31; *Gagné*, *supra* note 25; *Jacques*, *supra* note 21; *Poirier*, *supra* note 21; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Poulin* (10 février 2004), Beauharnois 760-53-000001-030, J.E. 2004-719 (T.D.P.Q.); *Huong*, *supra* note 20; *Bernier*, *supra* note 20.

43. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Collège Mérici*, [1990] R.J.Q. 604 (C.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne) c. Immeubles Ni/Dia inc.*, [1992] R.J.Q. 2977 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne) c. Petite-Rivière-St-François (Municipalité de)*, [1993] R.J.Q. 2279 (T.D.P.Q.); *Lauréat Richard*, *supra* note 20. Notons que la jurisprudence de la Cour fédérale d'appel est au même effet : *Lang c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, 91T-881 (C.F.A.).

44. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 à la p. 1112 [Brun, «Constitutionnel»]; Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La dynamique juridique de la Charte*, (Étude no 6), Michel Coutu et Pierre Bosset), Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2003, 246 à la p. 275 [Commission, «Dynamique»]; Sylvie Gagnon, «Quelques observations critiques sur le droit à une réparation en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*», dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 261 aux pp. 284-286 [Gagnon, «Réparation»]; Langevin, «Causalité», *supra* note 41; Hailou Wolde-Giorghis, «Le fardeau de la preuve en matière de discrimination», (1987) 21 R.J.T. 169 à la p. 193.

critère illicite doit avoir à lui seul déterminé l'acte discriminatoire⁴⁵, ni même qu'il doit avoir joué un rôle déterminant dans sa réalisation. En fait, l'article 10 de la *Charte québécoise* n'exige pas tant un «lien de causalité» qu'une «corrélation»⁴⁶ entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination. D'autre part, un critère voulant qu'il n'y ait discrimination que si la distinction interdite est la cause efficiente de l'acte contesté est tout simplement inconciliable avec la doctrine admise de la discrimination indirecte⁴⁷.

Le lien entre la différence de traitement et un motif illicite de discrimination doit être établi selon la prépondérance des probabilités⁴⁸. Cette preuve peut être faite par présomption⁴⁹, mais «des hypothèses ou de simples possibilités»⁵⁰ ne sauraient suffire. Il faut, en effet, éviter de considérer la seule démonstration d'une caractéristique énumérée à l'article 10 comme équivalant à celle d'une corrélation entre cette caractéristique et l'acte litigieux. En interdisant la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, l'âge, le sexe ou tout autre critère interdit, la Charte n'a pas pour autant aboli le droit de refuser de contracter avec des gens présentant, incidemment, l'une ou l'autre de ces caractéristiques personnelles⁵¹. Ce que la Charte exige, c'est qu'aucune distinction, exclusion ou préférence ne repose sur l'un ou l'autre de ces

45. Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Notion de discrimination : analyse de la notion de discrimination contenue dans la Charte des droits et libertés de la personne*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1980 à la p. 21.

46. Langevin, «Causalité», *supra* note 41 à la p. 76.

47. Brun, «Constitutionnel», *supra* note 44 à la p. 1112.

48. Daniel Proulx, *La discrimination dans l'emploi : les moyens de défense*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 à la p. 16.

49. *Commission des droits de la personne du Québec et De Longchamp c. Ministère de la Justice du Québec*, (1995) 22 C.H.R.R. D/519 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Construction Robert Godard inc.* (2 juillet 2002), Terrebonne 700-53-000003-016, J.E. 2002-1470 (T.D.P.Q.) [Godard].

50. *Québec (Commission des droits de la personne) c. L'Homme*, J.E. 81-41 (C.A.) [L'Homme]; Godard, *ibid.*

51. Godard., *ibid.*

critères interdits⁵². En d'autres termes, dans la mesure où toutes les conditions nécessaires à la conclusion d'un acte juridique ne sont pas remplies, nul ne saurait être tenu de contracter et le fait que le cocontractant potentiel possède l'une ou l'autre des caractéristiques personnelles énumérées à l'article 10 ne modifie en rien cette règle⁵³. Par exemple, en matière de logement, l'interdiction de discriminer sur la base de la condition sociale ne prive en rien le locateur de son droit de ne pas louer à un locataire potentiel manifestement incapable de payer⁵⁴ ou qui refuse «de fournir les informations utiles, pertinentes et raisonnables à la conclusion d'un bail»⁵⁵.

C. L'atteinte à un droit ou à une liberté protégés

Pour être discriminatoire au sens de l'article 10 de la *Charte québécoise*, une distinction, exclusion ou préférence doit avoir pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne.

«[P]ar les mots «détruire ou compromettre ce droit», le troisième élément de l'article 10 pose l'exigence d'un préjudice.»⁵⁶ La distinction doit avoir pour effet d'imposer à l'individu concerné «des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.»⁵⁷ Un auteur a déjà donné l'exemple des toilettes publiques séparées sur la base du sexe pour démontrer qu'une distinction fondée sur un motif mentionné à l'article 10 n'est pas discriminatoire lorsqu'il n'en résulte aucun préjudice réel⁵⁸. Le

52. *Ibid.*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Habitations communautaires de Côte-des-Neiges* (7 mars 2007), Montréal 500-53-000228-054, J.E. 2007-722 (T.D.P.Q.).

53. *Lauréat Richard*, *supra* note 20; *Godard*, *ibid.*

54. *Whittom*, *supra* note 20.

55. *Lauréat Richard*, *supra* note 20 au para. 30.

56. Proulx, «Dignité», *supra* note 17 à la p. 516.

57. *Andrews*, *supra* note 16 à la p. 174.

58. Proulx, «Dignité», *supra* note 17 à la p. 517.

principe vaut aussi pour les salles de douches publiques et les dortoirs⁵⁹. Pour donner un exemple plus près de notre sujet d'étude, il nous semble qu'un centre de conditionnement physique ne fait pas une distinction préjudiciable en réservant aux femmes certaines de ses salles d'entraînement. Notre opinion est, cependant, différente en ce qui a trait aux centres de conditionnement physique qui, plutôt que de répartir l'espace entre les personnes des deux sexes, optent pour une clientèle exclusivement féminine. Nous y reviendrons.

En plus de la démonstration d'un préjudice, le troisième et dernier élément de l'article 10 pose l'exigence d'un rattachement à une autre disposition de la *Charte québécoise*. De fait, l'article 10 de la *Charte québécoise* «proclame le droit à l'égalité mais uniquement dans la reconnaissance et l'exercice des droits et libertés garantis. Aussi, une personne ne peut fonder un recours sur le droit à l'égalité prévu à l'art. 10 en tant que droit indépendant.»⁶⁰ En matière d'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public, l'article 10 doit être combiné à l'article 12 ou 15 :

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

15. Nul ne peut, par discrimination, empêcher autrui d'avoir accès aux moyens de transport ou aux lieux publics, tels les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres, cinémas, parcs, terrains de camping

59. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Fédération québécoise de hockey sur glace Inc.*, [1978] C.S. 1076 [*Fédération québécoise*].

60. *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429 au para. 430. Le professeur David Robitaille fait remarquer avec justesse que lorsque combiné à l'un des articles 11 à 18 ou à l'article 19 de la Charte, l'article 10 constitue une norme d'égalité indépendante des autres droits et libertés de la personne (David Robitaille, «Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts «fondateurs» qui méritent d'être mieux connus», (2004) 35 R.D.U.S. 103 aux pp. 117-119) [Robitaille, «Non-indépendance»].

et de caravanning, et d'y obtenir les biens et les services qui y sont disponibles.

Il importe maintenant de déterminer la portée de chacune de ces dispositions.

1. Le droit à l'égalité dans la conclusion d'un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public

À l'instar des dispositions analogues adoptées par les assemblées législatives des autres provinces canadiennes⁶¹, l'article 12 «vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination.»⁶² Vu l'interprétation large et libérale qu'il convient de donner aux lois visant la protection des droits de la personne⁶³, les tribunaux font peu de cas des différences de formulation observables entre les libellés des diverses lois provinciales sur les droits de la personne⁶⁴. «[U]ne interprétation libérale et généreuse d'une législation sur les droits de la personne ne permet toutefois pas de faire abstraction

61. *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19, art. 1; *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, art. 13; *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, art. 5; *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, art. 2; *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S.A. 2000, c. H-14, art. 4; *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 8; *Human Rights Code*, R.S.N.L. 1990, c. H-14, art. 6; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, c. H-11, art. 5; *Loi sur les droits de la personne*, L.R.Y. 2002, c. 116, art. 9; *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, c. 18, art. 11; *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, art. 12. Au fédéral, voir aussi la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6, art. 5.

62. *Canada (P.G.) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 à la p. 398 (C.A.) [Rosin].

63. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353 à la p. 370 [Berg]; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571 [Gould]; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 [Meiorin]; *Boisbriand*, *supra* note 11; *B. c. Ontario*, *supra* note 40; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513 au para. 33.

64. *Berg*, *ibid.*

des termes restrictifs d'une loi.»⁶⁵ Dans cette optique, il paraît utile de préciser la portée des différents concepts employés par le législateur dans la rédaction de l'article 12.

a) La notion d' «acte juridique»

Le libellé de l'article 12 précise que la disposition vise à interdire la discrimination dans la conclusion d'un «acte juridique». Une telle formulation est susceptible de limiter la protection offerte par la disposition d'au moins deux façons.

Des auteurs ont, d'abord, craint qu'une interprétation littérale de la disposition ne vienne limiter l'interdiction de la discrimination à la seule étape de la «conclusion d'un contrat», laissant ainsi le public sans protection au stade de l'obtention des services découlant de l'acte juridique⁶⁶. Dans un litige opposant une institution d'enseignement à un étudiant handicapé qui se disait victime de discrimination au stade de l'évaluation des connaissances acquises, le Tribunal des droits de la personne a fait observer qu'une telle interprétation aurait pour effet de priver l'article 12 de tout effet utile :

Le fait que cette exclusion se produirait après qu'il ait été admis à suivre le cours, ne change rien à sa nature

65. Québec, Commission des droits de la personne du Québec, *L'article 12 de la Charte des droits et libertés de la personne: l'interdiction de discriminer en matière de biens et services ordinairement offerts au public*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1996 à la p. 14 [Commission, «Article 12»]. Voir aussi : Gould, *supra* note 63 au para. 50 : «Les termes de la Loi doivent certes être interprétés généreusement, mais sans qu'il soit pour autant permis de récrire la Loi.»; Donna Greschner, «Why Chambers is wrong: a purposive interpretation of «offered to the public»», (1988) 52 Sask. L. Rev. 161 à la p. 176 : «The purposive approach does not ignore the words of the legislation. A broad interpretation is one which the words can bear, as seen in the light of the law's purposes. The interpretative quest pays attention to the words because its mission is to give meaning to those words. What purposive method recognizes is that meaning is derived from context and purposes.» [Greschner, «Chambers»].

66. Commission, «Article 12», *ibid.* aux pp. 15-16.

discriminatoire. Dans **Berg**, la Cour suprême du Canada souligne que la distinction entre la discrimination exercée au cours du processus d'admission d'un étudiant et celle exercée dans la fourniture de services envers l'étudiant déjà admis, n'est pas convaincante.

Cette distinction est contraire à l'objet des lois en matière de droits et libertés de la personne. Si elle était retenue, elle permettrait à une institution de contrecarrer l'objet de la *Charte* en admettant des étudiants sans faire de discrimination pour ensuite leur refuser l'accès aux services requis pour donner un sens à leur admission.⁶⁷

[Renvoi omis]

En se prononçant en faveur de son applicabilité à toutes les étapes de la relation contractuelle, le Tribunal des droits de la personne n'a pas mis fin aux débats entourant l'article 12 de la *Charte québécoise*. De fait, encore fallait-il définir ce qu'est un «acte juridique» au sens de cette disposition.

En droit civil, l'acte juridique se définit comme «toute manifestation de volonté individuelle qui est destinée à créer, modifier ou éteindre un droit. Il est fondé sur la puissance de la volonté individuelle, créatrice de droits et d'obligations.»⁶⁸ La notion doit-elle recevoir la même interprétation dans le contexte de l'article 12 de la *Charte québécoise*? La question a son importance; en y répondant par l'affirmative, on exclut du champ d'application de la disposition tous les services offerts par l'administration publique en application d'une loi plutôt que par le fait de sa propre volonté. L'accès en pleine égalité aux prestations d'aide

67. *Draveurs*, *supra* note 34 aux para. 24-25. Sur la même question, voir aussi : *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

68. Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 au para. 44. Voir aussi : Vincent Karim, *Les obligations*, 2e éd., vol.1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, art. 1372; Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 au para. 53.

sociale, aux allocations familiales, aux prêts et bourses destinés aux étudiants, aux régimes publics de retraite, d'assurance et de rente et à bien d'autres services ordinairement offerts au public ne serait donc pas garanti.

Considérant les objectifs de la *Charte québécoise* et sa primauté sur les autres lois, les tribunaux ont d'abord semblé vouloir donner une interprétation élargie à la notion d'acte juridique. Dans une affaire concernant le versement d'une indemnité de remplacement de revenu par la Société de l'assurance automobile du Québec, la Cour supérieure a renversé une décision du Tribunal administratif du Québec (T.A.Q.) qui avait retenu la conception civiliste de l'acte juridique :

En un mot, restreindre la notion d'acte juridique à un concept contractuel, bilatéral ou unilatéral, dans son sens traditionnel aurait pour effet d'enlever à l'ensemble de la population sa garantie d'être protégé contre toute discrimination émanant du législateur ou d'un des organismes chargés d'appliquer sa loi.

Adopter l'analyse réductrice du Procureur général du Québec limiterait la protection de la Charte qu'aux seuls individus qui contractent avec l'État et ne tiendrait pas compte de l'esprit de l'article 52 qui assure la suprématie de la Charte sur toute autre loi.

Pour ces motifs, nous rejetons la prétention du Procureur général du Québec quant à l'inapplicabilité des articles 12 et 13 à la présente cause.⁶⁹

Cette décision de la Cour supérieure a à son tour été cassée en appel. Si la Cour d'appel s'est montrée peu volubile dans ses motifs⁷⁰, l'occasion lui a rapidement été donnée de préciser sa pensée. De fait, dans l'affaire *Bertrand*, un autre litige concernant

69. *Champagne c. Tribunal administratif du Québec*, [2001] R.J.Q. 1788 aux para. 104-106 (C.S.) [*Champagne*].

70. *Champagne c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] J.Q. (Quicklaw) no. 13948 (C.A.).

le versement d'une indemnité, la Cour a explicitement choisi de transposer, en matière de discrimination, la définition donnée en droit civil à la notion d'acte juridique : «I agree with the trial judge that the phrase «make a juridical act» in s. 12 of the Quebec Charter refers to the civil law concept of a juridical act. Such an act is the manifestation of the will of a person to create or modify obligations, such as entering into a contract or making a will.»⁷¹

Avec égard, il nous semble que la Cour d'appel a coupé un peu court en adhérant aux arguments de texte qui lui étaient soumis et, surtout, en reprenant à son compte ce raisonnement du T.A.Q. : «[s]i, dans la Charte, le législateur voulait déroger au concept d'acte juridique traditionnellement retenu, il devait l'indiquer»⁷². C'est oublier bien vite la position hiérarchiquement plus élevée de la Charte par rapport au Code⁷³. Si les dispositions du Code doivent être conformes à la Charte, il faut à l'inverse éviter le développement de ce que l'on pourrait appeler une interprétation de la Charte «conforme à la loi»⁷⁴. La Disposition préliminaire du Code civil prévoit d'ailleurs que c'est ce dernier qui doit s'interpréter «en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne*»⁷⁵, et non le contraire⁷⁶. Le rapport de

71. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (P.G.)*, [2006] R.J.Q. 2706 à la p. 2718 (C.A.).

72. *Ibid.*

73. *Charte québécoise*, art. 52.

74. Sur l'utilisation de textes infra-constitutionnels dans l'interprétation de textes constitutionnels, voir Friedrich Müller, *Discours de la méthode juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996 à la p. 270 : «Pour l'interprétation systématique des droits fondamentaux en particulier, il convient d'éviter de remplir directement le programme normatif du droit fondamental au moyen des champs normatifs et programmes normatifs de prescriptions infra-constitutionnelles.».

75. *C.c.Q.*, Disposition préliminaire: «Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.
Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.».

subordination entre la Charte et le Code commande donc de procéder à une redéfinition des concepts civilistes qui tiennent compte de l'objet de la *Charte québécoise*⁷⁷, et ce, à plus forte raison lorsque des notions de droit civil sont utilisées dans le texte même de la Charte⁷⁸.

La façon dont la Cour d'appel a procédé est d'autant plus regrettable que l'interprétation retenue fait en sorte que la *Charte québécoise* offre une protection moindre que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁷⁹ et les lois anti-discrimination en vigueur dans les autres provinces canadiennes⁸⁰. Un tel résultat paraît «bizarre»⁸¹, surtout que la *Charte québécoise* est reconnue pour offrir une protection «d'une ampleur inégalée»⁸², et ce, même en matière d'égalité :

76. Gagnon, «Réparation», *supra* note 44 à la p. 272.

77. Pierre-Gabriel Jobin, «Contrats et droits de la personne : un arrimage laborieux», dans *Mélanges Jean Pineau*, B. Moore (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2003, 357 à la p. 371; Gagnon, «Réparation», *supra* note 44 à la p. 274 et s.

78. Bertrand Mathieu, «Droit constitutionnel civil», dans *Juris-classeurs Administratif*, fascicule 1449, Paris, Éditions Techniques, 1993, à la p. 8.

79. De fait, la Cour fédérale d'appel a reconnu que la fourniture de prestations d'assurance-chômage en vertu d'une loi peut être considérée comme un service destiné au public au sens de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, une disposition analogue à l'article 12 de la Charte québécoise (*Canada (P.G.) c. Druken*, (1989) 2 C.F. 24 (C.A.)).

80. Hélène Tessier, «Les articles 12 et 13 de la Charte, ces méconnus : quand le droit privé rencontre le droit public», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 142, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 119 aux pp. 136 et 137 [Tessier, «Articles 12 et 13»].

81. *Ibid.*, citée avec approbation par la Cour supérieure dans *Champagne*, *supra* note 69.

82. André Morel, «La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne», (1987) 21 R.J.T. 1 à la p. 16; André Morel, «L'originalité de la Charte québécoise en péril», dans Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, vol. 45, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65 à la p. 66 [Morel, «Originalité»]. Pour des textes plus récents, voir : Pierre Bosset, «La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois : «acte fondateur» ou «loi ordinaire» ?» *Bulletin*

Bien plus et sur la même lancée, la *Charte québécoise* ne se limite pas à interdire les actes discriminatoires dans certains secteurs, tels que l'emploi, le logement, la publicité, l'accès aux lieux publics ou la fourniture de biens et de services, comme le font les *Human Rights Acts*. Elle étend l'application de la norme d'égalité bien au-delà, en garantissant à tous la reconnaissance et l'exercice, sans discrimination, de chacun des droits et de chacune des libertés de la personne, qu'il s'agisse des libertés et des droits fondamentaux, des droits judiciaires ou même des droits économiques et sociaux. Si l'on ajoute à cela les critères de distinction considérés comme illicites et dont la variété n'a guère d'équivalent ailleurs, la *Charte québécoise*, même dans un domaine comme la discrimination que réglementent aussi tant la législation fédérale que celle des autres provinces et des territoires, est marquée au coin d'une réelle originalité que l'on a eu tendance parfois à oublier.⁸³

[Renvois omis]

En somme, il conviendrait selon nous que la Cour suprême du Canada vienne clarifier la situation et confirmer l'applicabilité de l'article 12 de la *Charte des droits et libertés de la personne* aux services ordinairement offerts au public en application d'une loi.

b) Les notions de «biens» et de «services»

La garantie d'égalité prévue à l'article 12 de la *Charte québécoise* vise les biens et les services ordinairement offerts au public. Son champ d'application dépend donc de la définition donnée aux termes «biens» et «services» et de ce que l'on entend par «ordinairement offerts au public».

La notion de «bien» a fait couler peu d'encre. Il semble qu'elle soit de texture ouverte et qu'elle comprenne «toute chose

québécois de droit constitutionnel no 1 (hiver 2006) 3 à la p. 11; Commission, «Dynamique», *supra* note 44 à la p. 271.

83. Morel, «Originalité», *ibid.* aux pp. 66 et 67.

matérielle susceptible d'appropriation et tout droit faisant partie du patrimoine»⁸⁴. Les logements sont sans contredit les biens qui donnent le plus souvent lieu à l'application de l'article 12 de la Charte⁸⁵.

Quant à la notion de «service», la Cour suprême du Canada en a précisé la portée en 1979 dans l'arrêt *Gay Alliance*⁸⁶, rendu en application de la loi anti-discrimination de la Colombie-Britannique. À cette occasion, le terme a été défini comme renvoyant «aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-service, aux transports et aux services publics»⁸⁷. Il semble toutefois maintenant acquis que cette énumération était indicative, mais non exhaustive⁸⁸ et que la notion de «service» doit être interprétée largement⁸⁹. De fait, une foule d'activités telles que l'octroi de permis⁹⁰, de prestations d'assistance sociale⁹¹ ou d'indemnités aux travailleurs⁹² et les services d'enseignement⁹³ ont été reconnues comme des services au sens des différentes lois anti-discrimination en vigueur dans les provinces autres que le Québec.

Au Québec, la situation diffère quelque peu puisque, comme nous l'avons vu, la notion d'acte juridique, ou plutôt

84. Commission, «Article 12», *supra* note 65 aux pp. 7-8.

85. Tessier, «Articles 12 et 13», *supra* note 80 à la p. 125.

86. *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435.

87. *Ibid.* à la p. 455.

88. *Re : Ontario H.R.C. c. Ontario Rural Softball Ass.*, (1980) 26 O.R. (2d) 134 (C.A.) (J. Wilson, dissident); *O'Quinn v. Nova Scotia (Workers' Compensation Board)*, (1995) 131 D.L.R. (4e) 31 (NSCA) [O'Quinn].

89. Commission, «Article 12», *supra* note 65 à la p. 15; Tessier, «Articles 12 et 13», *supra* note 80 à la p. 133.

90. *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 [Grismer]; *McLoughlin c. British Columbia*, (1999) 36 C.H.R.R. D/307 (BCCounHumRts).

91. *Re : Sask. Human Rights Com'n and Dept. Of Social Services*, (1988) 52 D.L.R. (4th) 253 (Sask. C.A.).

92. *O'Quinn*, *supra* note 88.

93. *Berg*, *supra* note 63; *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

l'interprétation qui en a été retenue, restreint la liste des services susceptibles d'entraîner l'application de l'article 12. Outre les services financiers⁹⁴, d'hôtellerie⁹⁵ et de loisirs⁹⁶ et le commerce de détail⁹⁷, les tribunaux ont reconnu les services fournis dans les milieux scolaires et d'enseignement⁹⁸ et en matière de santé⁹⁹ comme faisant partie de ceux visés par la disposition. L'octroi de permis de conduire a aussi déjà été classé dans cette catégorie¹⁰⁰, mais encore là, l'interprétation restrictive de la notion d'acte juridique adoptée récemment par la Cour d'appel pourrait venir changer la donne¹⁰¹.

c) La nature publique du bien ou du service

Pour que la discrimination soit interdite par l'article 12, les biens et les services doivent être ordinairement offerts au public. L'adverbe «ordinairement» doit être entendu dans son sens

-
94. *D'Aoust c. Vallières* (19 novembre 1993), Hull 550-53-000002-926, J.E. 94-85 (T.D.P.Q.) [D'Aoust].
95. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Lambert* (10 août 2000), St-François 450-53-000002-994, J.E. 2000-1660 (T.D.P.Q.).
96. *Fédération hockey*, *supra* note 59.
97. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Emergency Car Rental Inc.*, [1980] C.P. 121; *Sejko c. Gabriel Aubé inc.*, [1999] R.R.A. 784 (C.Q.).
98. *Québec (Commission des droits de la personne) c. Corp. du Collège Notre-Dame du Sacré-Cœur*, [2002] R.J.Q. 5 (C.A.) [Collège Notre-Dame]; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Commission scolaire régionale Chauveau*, [1993] R.J.Q. 929 (T.D.P.) [Chauveau], appel accueilli pour d'autres motifs : [1994] R.J.Q. 1196 (C.A.); *Draveurs*, *supra* note 34; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Collège Montmorency*, [2004] R.J.Q. 1381 (T.D.P.Q.).
99. *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.); *D'Aoust*, *supra* note 94; *Québec (Commission des droits de la personne) c. G. (G.)*, [1995] 1 R.J.Q. 1601 (T.D.P.Q.) [G. (G.)]; *Lapointe et Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Doucet*, [1999] R.J.Q. 2151 (T.D.P.Q.) [Lapointe]; Bruno Guillot-Hurtubise, «Dentiste trouvé coupable de discrimination» dans *Bulletin canadien VIH, sida et droit*, vol. 1, no 4, juillet 1995.
100. *Drouin c. Régie de l'assurance automobile du Québec*, [1990] 1 R.J.Q. 899 (C.Q.) [Drouin].
101. *Supra* aux pp. 18-23.

courant, pour ne pas dire «ordinaire»¹⁰². Il signifie «de manière habituelle», «couramment», «généralement»,¹⁰³ Là où le travail d'interprétation est plus délicat, c'est dans la détermination de la nature publique ou privée du bien ou du service. Les tribunaux ont, d'abord, semblé s'orienter vers une approche quantitative voulant que seuls les services offerts «au public en général, par opposition à des segments ou groupes choisis ou restreints de celui-ci», soient visés par les mesures anti-discrimination¹⁰⁴. Vivement critiquée par la doctrine¹⁰⁵, cette approche a été répudiée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Berg*, et ce, au profit d'une méthode dite relationnelle :

[P]our déterminer quelles activités de l'École sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d'installations et l'utilisateur des services ou des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l'École et ses étudiants, tandis que d'autres services ou installations pourront établir seulement des relations privées entre les mêmes individus.¹⁰⁶

Les critères pour déterminer si un bien ou un service crée une relation publique ont été davantage précisés dans un arrêt subséquent de la Cour :

102. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 330.

103. Commission, «Article 12», *supra* note 65 à la p. 9.

104. *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island*, (1986) 31 D.L.R. (4th) 536 (P.E.I. S.C.), tel que traduit et cité dans *Berg*, *supra* note 63.

105. Greschner, «Chambers», *supra* note 65.

106. *Berg*, *supra* note 63 à la p. 384. Pour une analyse approfondie de l'arrêt, voir : M.C. Crane, «The University and its Students – A «Very Public Relationship» : A Comment on the Decision of the Supreme Court of Canada in *University of British Columbia v. Berg*», (1993) 27 U.B.C.L. Rev. 339.

Pour vérifier si le service donne lieu à une «relation publique», les critères suivants seront tous pertinents, sans être exhaustifs, savoir la sélectivité dans la prestation du service, la diversité du public à qui il est destiné, la participation de non-membres, son caractère commercial ou non, sa nature intime et son objet. Je tiens à souligner qu'aucun de ces critères n'est déterminant; par exemple, le simple fait qu'une organisation offre ou fournisse son service de façon exclusive ne met pas nécessairement ce service à l'abri des lois antidiscriminatoires. Une relation publique doit être déterminée par un examen des critères pertinents en fonction du contexte.¹⁰⁷

En définitive, le public peut comprendre «un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.»¹⁰⁸ «Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d'admissibilité, la Loi interdit d'établir des distinctions au sein de ce public.»¹⁰⁹

Si elle constitue un progrès par rapport à l'ancienne approche, la grille d'analyse de la méthode relationnelle n'en demeure pas moins d'application difficile. Certes, il semble qu'elle offre l'avantage de placer tous les biens et les services offerts par le gouvernement dans le champ d'application des dispositions anti-discrimination¹¹⁰. Le résultat de son application dans les rapports de droit privé est cependant parfois moins heureux.

107. *Gould, supra* note 63 au para. 68.

108. *Berg, supra* note 63 à la p. 386.

109. *Ibid.* à la p. 383; *Johnson c. Commission scolaire Lester B. Pearson/Lester B. Pearson School Board*, [2000] R.J.Q. 1961 (C.A.) [*Johnson*], autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28166 (6 septembre 2001).

110. *Rosin, supra* note 62; Greschner, «Chambers», *supra* note 65 à la p. 183. Rappelons qu'au Québec, il faut au surplus, comme nous l'avons vu, que le bien ou le service fasse l'objet d'un acte juridique au sens civiliste du terme.

Dans une décision rendue à sept contre deux¹¹¹, la Cour suprême du Canada a conclu que l'adhésion à une association visant la promotion et la conservation de l'histoire du Yukon n'était pas un service offert au public compte tenu du caractère plus social qu'économique de l'organisme¹¹². Or, en mettant l'accent sur la camaraderie masculine que l'organisme souhaitait privilégier et sur sa politique d'adhésion sélective, les juges de la majorité ont omis de tenir compte de son «influence énorme sur la vie, tant politique que sociale, de la collectivité» dans laquelle il se trouve¹¹³. Le résultat net est «qu'une grande partie de la population se trouve systématiquement privée du droit de participer à certaines activités sociales, politiques et économiques de la communauté»¹¹⁴.

111. Hasard ou fait révélateur, la Cour s'est partagée en fonction du sexe des juges. Voir à ce sujet : Marie-France Major, «Neuf à zéro ne suffit plus : Gould c. Yukon Order of Pioneers et la perspective féminine», (1996) 34 Osgoode Hall L.J. 271 [Major, «Perspective féminine»].

112. Se livrant à une interprétation de l'article 8 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon que l'on pourrait qualifier de «grammaticale», la Cour a considéré que la disposition prohibait la discrimination dans l'appartenance aux «organismes voués collectivement aux relations relevant du domaine de l'économie et des moyens de subsistance, mais non aux relations sociales ou culturelles» (Gould, *supra* note 63 au para. 12).

113. Major, «Perspective féminine», *supra* note 111 à la p. 285. Pour un exemple d'organisme dont le rôle politique lui confère un caractère public, voir : *Bentley v. Royal Canadian Legion Pacific Branch* 60 (1996), 24 C.H.R.R. D/416 (BCCounHumRts) au para. 16 : «The Legion has a public profile which imbues the relationship between the Legion and its membership pool with a public aspect. In my view, the nature of the services and facilities provided by the Legion and the size of its membership pool establish that membership in the Legion is of a public character, and is part of a public relationship between the Legion and its membership pool. I consider it contrary to the intent of human rights legislation that access to membership in an organization with a public aspect, such as the Legion, not be subject to Section 3 of the Act. The furtherance of human rights and equality of all people would be unreasonably restricted if an organization with a public image and role such as the Legion's could restrict its membership on the discriminatory grounds that are protected in human rights legislation.».

114. Major, «Perspective féminine», *ibid.*

L'arrêt *Marine Drive Golf Club*, rendu récemment par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, fournit un autre exemple d'application difficile de la méthode relationnelle dans les rapports de droit privé¹¹⁵. Dans cette affaire, le tribunal devait décider s'il était discriminatoire pour un club de golf privé de réserver aux hommes l'accès à l'un de ses salons. Tenant compte du caractère plus social qu'économique du club et du processus de sélection de ses membres, la Cour a conclu que le club n'était pas assujéti à la loi anti-discrimination, tant dans le choix de ses membres que dans le contenu de ses règlements :

49 The Golf Club and its members have come together as a result of a private selection process based on attributes personal to the members. Thus, the nature of the service-provider and the service-user indicate a private, not a public, relationship. The Golf Club is closer to the "purely social" rather than "purely economic" end of the organizational spectrum. It is entitled to discriminate at the initial stage of admission to its organization. Since the *Code* does not apply at the initial stage of admission to membership, it does not apply within the private organization.

[...]

51 The Golf Club to which the appellants sought and attained membership has a selection process, a dress code, and a high financial obligation to its members. The entire structure of the Golf Club, as revealed in the evidence, forecloses any suggestion that it is a public club, but rather illustrates that the Golf Club is "private" and that the relationship between the Golf Club and its users is "private." The appellants joined the Golf Club knowing that it considered itself "private" within any definition of that concept. All members - male and female - knew upon joining that there were rules restricting access to certain areas of the clubhouse based on their genders. They joined accepting the benefits of membership and, in my

115. *Marine Drive Golf*, *supra* note 3.

view, subjecting themselves to the Golf Club's restrictions.¹¹⁶

Il suffit d'imaginer qu'un club de golf tel que le Marine Drive Golf Club décide de réserver l'usage de ses équipements aux personnes de race blanche pour réaliser à quel point l'arrêt de la Cour d'appel ouvre la porte à des distinctions rétrogrades et indéfendables, même à l'intérieur d'un club qui se veut «privé». Se sentant visiblement coincée par les termes de l'article 8 du *Human Rights Code*¹¹⁷, la Cour d'appel n'a d'ailleurs pas manqué d'apporter la précision suivante :

Why Marine Drive Golf Club considers it necessary, or even acceptable, to cordon off a prime part of the clubhouse and restrict its use to one gender is worthy of debate. However, what is before this Court is not a debate. The issue is whether such an action is subject to section 8 of the *Code*.¹¹⁸

Selon nous, ce n'est pas tant aux termes de la Loi qu'il faut s'en prendre qu'aux critères élaborés par la jurisprudence pour évaluer le caractère public ou non d'un bien ou d'un service. À notre avis, en reconnaissant qu'il n'était pas «sage ou pratique d'essayer d'appliquer des sanctions légales dans des cas de nature purement privée»¹¹⁹, les législateurs des différentes provinces ont entendu exclure du champ d'application des lois anti-

116. *Ibid.* à la p. 331.

117. *Supra* note 61. Le libellé de la disposition ressemble à celui de l'article 12 de la Charte québécoise :

8(1) A person must not, without a bona fide and reasonable justification,
a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or
b) discriminate against a person or class of persons regarding any accommodation, service or facility customarily available to the public because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex or sexual orientation of that person or class of persons.

118. *Marine Drive Golf*, *supra* note 3 au para. 48.

119. *Charter v. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512 (H.L.), cité avec approbation dans l'arrêt *Berg*, *supra* note 63.

discrimination les relations intimes, de caractère amical ou familial, mais pas les activités organisées et structurées d'un club comptant des centaines de membres, à qui sont offerts des services de formation, de divertissement, de restauration et de réception et à qui est donnée l'occasion non seulement de faire du sport, de se détendre et de se restaurer, mais aussi, sans aucun doute, de se créer un réseau de contacts et de parler affaires. La Cour suprême ayant refusé d'entendre le pourvoi¹²⁰, il faudra attendre qu'une autre occasion lui soit donnée de préciser le poids à accorder à chacun des facteurs pertinents à la détermination du caractère public ou privé d'un service. Notons qu'au Québec, l'article 13 de la *Charte québécoise*, qui prohibe toute clause discriminatoire dans un acte juridique, aurait vraisemblablement pu faire en sorte que le litige connaisse une issue différente. C'est du moins sur la base de cette disposition que le Tribunal des droits de la personne a déjà ordonné à un club de golf de cesser une pratique discriminatoire concernant le droit d'entrée¹²¹. Sans s'inquiéter du caractère public ou privé des services offerts, on aurait pu, par ailleurs, faire valoir une discrimination dans la reconnaissance du droit à la dignité, protégé par l'article 4 de la Charte¹²².

d) La nature discrétionnaire du bien ou du service¹²³

Il arrive que l'accès à un bien ou à un service ordinairement offert au public soit assujéti au pouvoir discrétionnaire du fournisseur. On pense notamment à la liberté de contracter accordée aux professionnels de la santé. La question se pose évidemment de savoir si l'existence d'une marge de manœuvre pour le fournisseur de services met en échec la garantie offerte par l'article 12 de la Charte. S'inspirant de l'approche adoptée par la

120. *Marine Drive Golf*, *supra* note 3.

121. *Quon c. Club de golf de la vallée du Richelieu Inc.*, (1994) 21 C.H.R.R. D/55 (T.D.P.Q.).

122. *Girard et Commission des droits de la personne du Québec c. Choeur Laurentien de Pointe-aux-Trembles* (7 juin 1995), Montréal 500-53-000015-949, J.E. 95-1449 (T.D.P.Q.).

123. Pour une étude plus approfondie de la question, voir Commission, «Article 12», *supra* note 65 aux pp. 16-22.

Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Berg*¹²⁴, le Tribunal des droits de la personne y a répondu par la négative :

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

Lorsque l'analyse des faits conduit à conclure qu'en l'absence de la caractéristique personnelle identifiable à l'un des motifs de discrimination interdite, il n'y aurait pas eu de refus, il est indéniable qu'il ne s'agit plus de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il s'agit alors d'un geste discriminatoire portant atteinte au droit de la personne «de conclure un acte juridique ayant pour objet des biens ou des services ordinairement offerts au public». ¹²⁵

En d'autres termes, une interprétation de l'article 12 en fonction de son objet ne permet pas «l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur des motifs de distinction illicites, une fois que l'on conclut par ailleurs que les services ou les installations visés par ce pouvoir discrétionnaire relèvent de la Loi, c'est-à-dire qu'ils sont habituellement offerts au public.»¹²⁶

2. Le droit à l'égalité dans l'accès aux moyens de transport ou aux lieux publics

L'article 15 agit dans un champ connexe à celui de l'article 12 en interdisant la discrimination dans l'accès aux moyens de transport et aux lieux publics et quant aux biens et aux services qui y sont disponibles. Le législateur s'est fait plus précis en énumérant une série de lieux où la discrimination est prohibée : «les établissements commerciaux, hôtels, restaurants, théâtres,

124. *Berg*, *supra* note 63.

125. *G. (G.)*, *supra* note 99 à la p. 1625; *Lapointe*, *supra* note 99.

126. *Berg*, *supra* note 63 à la p. 391.

cinémas, parcs, terrains de camping et de caravanning»¹²⁷. Puisque cette énumération n'est pas exhaustive¹²⁸, il convient de s'interroger sur le sens à donner à l'expression «lieu public». Mais avant d'entreprendre cette réflexion, il importe de définir un autre terme susceptible de poser difficulté, le mot «accès».

a) La notion d'«accès»

Dans le contexte d'une disposition prohibant la discrimination, l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public implique l'absence d'interdiction formelle, mais aussi de barrières physiques. En d'autres termes, l'accès doit être autorisé, mais aussi physiquement possible.

Le fournisseur de transport et le propriétaire ou l'administrateur d'un lieu public doivent, d'abord, s'abstenir de refuser l'accès à leur service ou à leur établissement sur la base d'un motif prohibé de discrimination¹²⁹. Par exemple, les établissements hôteliers et les restaurants ne peuvent refuser d'accueillir en leurs murs les personnes en fauteuil roulant¹³⁰, les jeunes enfants accompagnés d'adultes¹³¹ ou les personnes transsexuelles¹³² et les bars ne peuvent choisir leur clientèle sur la

127. *Charte québécoise*, art. 15.

128. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bertrand*, [2001] R.J.Q. au para. 89. (T.D.P.Q.).

129. Mentionnons au passage que l'article 15 de la *Charte québécoise* ne paraît pas avoir pour objectif d'interdire que l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public soit subordonné au paiement d'un droit d'entrée fixé en fonction d'une caractéristique personnelle énumérée à l'article 10. Il nous semble toutefois qu'un recours pourrait alors réussir sur la base de l'article 13, sous réserve, bien sûr, des moyens de défense possibles en la matière.

130. *Commission des droits de la personne c. Restaurant Scampinata inc.* (15 juillet 1994), Laval 540-53-000002-935, J.E. 94-1297 (T.D.P.Q.) (accès à un restaurant) [*Restaurant Scampinata*]; *Villa de France*, *supra* note 26 (accès à un hôtel).

131. *Bizouarn*, *supra* note 27 (accès à un restaurant); *Lambert*, *supra* note 95 (accès à une auberge).

132. *Commission des droits de la personne c. Anglsberger*, [1982] C.P. 82 (accès à un restaurant).

base de la race ou de la couleur¹³³ ni décider d'une limite d'âge autre que celle prévue par la loi¹³⁴. De même, un terrain de camping ne saurait restreindre sa clientèle aux familles et aux couples hétérosexuels¹³⁵.

Si un organisme comme la Fondation Mira jouit d'une bonne réputation auprès de la population, l'utilisation d'un chien-guide ou d'un chien d'assistance pour pallier un handicap n'en demeure pas moins un motif fréquent d'exclusion¹³⁶. De manière constante, la jurisprudence a déclaré illégaux les refus d'accueillir ces animaux dans les taxis¹³⁷, les moyens de transport adapté¹³⁸,

-
133. *Commission des droits de la personne c. Restaurant Alexandre inc.* (15 novembre 1993), Montréal 500-53-000025-922, J.E. 94-45 (T.D.P.Q.) [*Restaurant Alexandre*], autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 500-09-002198-935 (24 janvier 1994); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 2955-5158 Québec inc.* (30 août 2000), Joliette 705-53-000013-998, J.E. 2000-1871 (T.D.P.Q.) [2955-5158 Québec inc.]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 2314-4207 Québec inc. (Resto-bar Le Surf)* (8 mars 2007), Longueuil 505-53-000001-062, J.E. 2007-723 (T.D.P.Q.) [*Le Surf*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Blais* (8 mars 2007), Mingan 650-53-000007-063, J.E. 2007-973 (T.D.P.Q.) [*Blais*], autorisation de pourvoir à la C.A. refusée, 200-09-005932-071 (1er mai 2007).
134. *Commission des droits de la personne c. 2755-9046 Québec inc.* (15 décembre 1993), Beauharnois 760-53-000002-939, J.E. 94-287 (T.D.P.Q.) [2755-9046 Québec inc.]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Charos* (13 février 1997), Iberville 755-53-000002-962, J.E. 97-786 (T.D.P.Q.) [*Charos*].
135. *Commission des droits de la personne c. Camping & plage Gilles Fortier inc.* (13 décembre 1994), Québec 200-53-000004-940, J.E. 95-287 (T.D.P.Q.).
136. Pour un état récent de la question, voir : Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Personnes sourdes ou malentendantes et chien d'assistance : la reconnaissance d'un nouveau moyen pour pallier le handicap auditif (dans l'accès aux moyens de transport) - Un état de la question*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2007 à la p. 26 et s.
137. *Commission des droits de la personne c. Taxis Coop. de Trois-Rivières* (7 août 1992), Trois-Rivières 400-02-001866-902, J.E. 92-1368 (C.Q.); *Bell c. 107910 Canada inc.*, B.E. 97BE-381 (C.Q.); *Commission des droits de la personne c. Héту* (20 octobre 1992), Longueuil 505-53-000002-920, J.E. 92-1750 (T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des*

les hôpitaux¹³⁹, les restaurants¹⁴⁰, les bars¹⁴¹, les commerces¹⁴², les cinémas, les salles de quilles¹⁴³ et les hôtels¹⁴⁴ au motif «qu'exiger l'expulsion d'un chien-guide revient à exiger en quelque sorte l'expulsion même de la personne handicapée»¹⁴⁵. Le droit à l'égalité dans l'accès aux établissements publics implique, par ailleurs, que la personne handicapée «puisse avoir son chien-guide

-
- droits de la jeunesse c. Régis (24 septembre 1997), Montréal 500-53-000069-979, J.E. 97-1911(T.D.P.Q.); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Macrisopoulos* (16 octobre 1998), Montréal 500-53-000090-983, J.E. 98-2327 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Charbel* (3 mars 2003), Montréal 500-53-000183-028, J.E. 2003-788 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Coopérative de taxis de Montréal* (14 mars 2008), Montréal 500-53-000264-075, J.E. 2008-855 (T.D.P.Q.).
138. *Pilon c. Corp. intermunicipale de transport des Forges* (12 janvier 1995), Trois-Rivières, 400-05-000528-944, J.E. 95-536 (C.S.).
139. *Peters c. University Hospital Board* (1983), 4 C.H.R.R. D/1464 (Sask. C.A.).
140. *Gaulin c. Snack St-Louis inc.*, B.E. 97BE-566 (C.Q.); *Québec Human Rights Commission c. 2858029 Canada inc.* (24 octobre 1995), Montréal 500-53-000007-953, J.E. 95-2224 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9096-4545 Québec inc.* (16 décembre 2003), Montréal 500-53-000199-032, J.E. 2004-175 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. 9107-9194 Québec inc. (Restaurant Jing Hua)* (21 décembre 2005), Longueuil 505-53-000011-053, J.E. 2006-466 (T.D.P.Q.) [*Restaurant Jing Hua*]; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Restaurant 59 Bangkok* (8 décembre 2005), Montréal 500-53-000218-055, J.E. 2006-465 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montuori Holdings Corporation (Pizzeria Napoli enr.)* (9 janvier 2008), Montréal 500-53-000254-076, J.E. 2008-405 (T.D.P.Q.) [*Montuori*].
141. *Commission des droits de la personne c. Bar La Divergence*, [1994] R.J.Q. 847 (T.D.P.Q.) [*Bar La Divergence*].
142. *Westfair Food Ltd c. Feldman*, (1998) 34 C.H.R.R. D/394 (B.C.S.C.); *Roi du dollar*, *supra* note 28; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Kayode*, [2007] J.T.D.P.Q. (Quicklaw) no 25.
143. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Quillorama de l'Anse inc.* (20 novembre 1998), Rimouski 100-53-000004-983, J.E. 99-12 (T.D.P.Q.).
144. *Joly c. Pagé* (1er octobre 2001), St-François 450-05-004009-003, J.E. 2002-8 (C.S.).
145. *Restaurant Jing Hua*, *supra* note 140 au para. 29.

tout à ses côtés sans qu'il n'y ait aucune séparation entre l'un et l'autre.»¹⁴⁶ On ne saurait demander à quelqu'un de laisser ses «yeux», c'est-à-dire son chien-guide, au vestiaire¹⁴⁷.

Pour répondre aux exigences de l'article 15 de la *Charte québécoise*, l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public doit non seulement être autorisé, mais aussi être physiquement possible, et ce, dans des conditions équivalentes à celles réservées aux personnes ne faisant pas partie du groupe protégé¹⁴⁸. De fait, «il n'est pas nécessaire d'empêcher formellement une personne vivant avec un handicap d'avoir accès aux moyens de transport [ou aux lieux publics] pour qu'il en résulte une situation discriminatoire.»¹⁴⁹ L'omission de tenir compte de sa différence peut aussi constituer une atteinte à l'égalité¹⁵⁰. C'est le cas, notamment, lorsque l'absence d'ascenseur et d'ouvre-porte automatique l'empêche d'avoir accès à un édifice¹⁵¹ ou que la configuration d'une voiture de chemin de fer restreint considérablement ses possibilités de déplacement, la privant du même confort, de la même dignité et de la même sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique»¹⁵². L'obstacle discriminatoire doit [alors] être éliminé, sauf s'il existe un motif justifiable de le maintenir, lequel peut être établi en prouvant que l'accommodement impose au fournisseur de services une contrainte excessive»¹⁵³. Nous reviendrons sur les notions

146. *Ibid.*, au para. 23.; Montuori, *supra* note 140 au para. 35.

147. *Bar La Divergence*, *supra* note 141.

148. *Canadian Odeon Theatres Ltd c. Saskatchewan Human Rights Commission*, (1985) 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. vi.

149. Commission des droits de la personne du Québec, *Le droit à l'égalité d'accès aux moyens de transport pour les usagers handicapés : document synthèse*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1991 à la p. 5.

150. *Andrews*, *supra* note 16 aux pp. 164 et 165.

151. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Place Desjardins inc.*, B.E. 2003BE-228 (T.D.P.Q.).

152. *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650 au para. 162 [*Via Rail*].

153. *Ibid.*, au para. 121.

d'accommodement et de contrainte excessive dans la seconde partie de l'étude.

b) La notion de «lieu public»

En la faisant précéder de la conjonction «tel que», le législateur québécois a clairement indiqué que l'énumération des lieux visés par l'article 15 n'est pas limitative; ces lieux ne sont que des exemples¹⁵⁴. Outre les établissements commerciaux, les hôtels, les restaurants, les théâtres, les cinémas, les parcs et les terrains de camping et de caravanning, il ne semble pas faire de doute que les bars¹⁵⁵, les installations sportives d'une municipalité¹⁵⁶ et les salles d'audience¹⁵⁷ sont des lieux publics au sens de l'article 15.

Le Tribunal des droits de la personne a toutefois dû se livrer à une réflexion plus approfondie lorsqu'il a été saisi d'un litige opposant un syndicat de copropriété à l'une de ses membres, expulsée d'une assemblée pour avoir voulu y parler français. Puisque l'assemblée avait été tenue chez la présidente du syndicat, la résolution du litige impliquait de déterminer si une unité de condominium pouvait être considérée comme un «lieu public». Insistant sur la nécessité de donner à la *Charte québécoise* une interprétation large, le Tribunal a établi qu'un lieu privé peut, «en certaines circonstances, prendre une connotation «publique» lorsqu'on l'utilise à certaines fins, ou pour la tenue de certains événements»¹⁵⁸ et que «la possibilité de se procurer des biens ou des services n'est pas une condition nécessaire pour

154. Bertrand, *supra* note 128 au para. 89.

155. 2755-9046 *Québec inc.*, *supra* note 134; *Restaurant Alexandre inc.*, *supra* note 133; *Charos*, *supra* note 134; 2955-5158 *Québec inc.*, *supra* note 133; *Le Surf*, *supra* note 133; *Blais*, *supra* note 133.

156. *Comité de citoyens Espaces Verts LaSalle Inc. c. Cité de LaSalle*, (1982) 3 C.H.R.R. D/659 (C.P.); *Repentigny*, *supra* note 2.

157. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville de)* (14 mars 2003), J.E. 2003-787, Montréal 500-53-000181-022, J.E. 2003-787 (T.D.P.Q.).

158. Bertrand, *supra* note 128 au para. 79.

qu'un lieu puisse être qualifié de «public».¹⁵⁹ En l'espèce, puisque le statut de copropriétaire emporte le droit «de pouvoir se trouver librement sur les lieux de la tenue d'une assemblée de copropriétaires»¹⁶⁰, l'appartement de la présidente du syndicat devait, pour la durée de la réunion, être considéré comme un lieu public au sens de l'article 15 de la *Charte québécoise*¹⁶¹.

D. L'exigence d'une atteinte à la dignité?

Dans l'arrêt *Law*¹⁶², la Cour suprême du Canada a décidé que pour être discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une différence de traitement devait avoir pour effet de porter atteinte à la dignité humaine. Si la Cour suprême a récemment remis en question l'opportunité de conserver ce critère dans le contexte de l'article 15 de la *Charte canadienne*¹⁶³, force est de constater que son applicabilité s'avère encore plus controversée dans le contexte de l'article 10 de la *Charte québécoise*¹⁶⁴. Les prochaines lignes ont simplement pour but de rappeler brièvement l'état de la jurisprudence en la matière¹⁶⁵.

159. *Ibid.* au para. 88.

160. *Ibid.* au para. 91.

161. Il est intéressant de noter que la conclusion du Tribunal des droits de la personne est conforme au contenu d'un rapport de l'Office de révision du Code civil dans lequel l'ancêtre des articles 12 et 15 de la *Charte québécoise* a été commenté en ces termes : «Dans le premier alinéa, le Comité emploie l'expression «lieux ouverts au public», qui désigne tous les lieux, fussent-ils privés, où le public est invité à pénétrer.» (Office de révision du Code civil, *Rapport du comité des droits civils*, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1966 à la p. 20.)

162. *Law*, *supra* note 14.

163. *R. c. Kapp* (27 juin 2008), 31603, J.E. 2008-1323 (C.S.C.) [*Kapp*].

164. Soulignons que la Cour suprême du Canada a récemment éludé la question dans l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161 [*Centre universitaire de santé McGill*].

165. Pour une étude plus approfondie, voir : Proulx, «Dignité», *supra* note 17; Robitaille, «Non-indépendance», *supra* note 60 à la p. 136 et s.; David Robitaille, «Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve? Bonne chance!», (2002) 62 R. du B. 321 [Robitaille, «Discrimination»].

1. L'état du droit dans le contexte de l'article 15 de la Charte canadienne

Le paragraphe 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* «garantit à tous un traitement égal par l'État, indépendamment de toute discrimination»¹⁶⁶ : «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.»¹⁶⁷

Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême du Canada a «établi qu'une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* comporte trois éléments clés : une différence de traitement, un motif énuméré ou un motif analogue et la présence de discrimination réelle, comprenant des facteurs comme les préjugés, les stéréotypes et les désavantages.»¹⁶⁸ La Cour a, ensuite, précisé en ces termes le sens à donner au troisième élément constitutif de la discrimination : il y a discrimination réelle «si la différence de traitement traduit une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou que, par ailleurs, elle perpétue ou favorise l'opinion que l'individu concerné est moins capable, ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne»¹⁶⁹. L'exigence d'une atteinte à la dignité semblait donc posée.

Pour déterminer si une disposition législative ou un acte gouvernemental porte atteinte à la dignité humaine, la Cour suprême a suggéré de tenir compte des facteurs contextuels

166. *Law*, *supra* note 14 au para. 22.

167. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)], art. 15 (1).

168. *Law*, *supra* note 14 au para. 30.

169. *Ibid.*, au para. 51.

suivants : (1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité, (2) la correspondance entre le motif invoqué et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes, (3) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisé et (4) la nature et l'étendue de l'intérêt touché par la loi contestée¹⁷⁰. Dans l'arrêt *Kapp*, la Cour a, toutefois, reconnu que «la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui [...] peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l'aide des quatre facteurs contextuels» et qui s'avère parfois être «un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité»¹⁷¹. Devant ce constat, la Cour a précisé ce qui suit :

[...], l'arrêt *Law* ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews* et explicitée dans de nombreux arrêts subséquents. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes.¹⁷²

L'arrêt *Kapp* étant tout récent, il faudra attendre encore un peu pour savoir s'il aura sonné le glas du critère de l'atteinte à la dignité dans le contexte de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

170. *Ibid.*; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 [*Lovelace*]; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769 [*Lavoie*].

171. *Kapp*, *supra* note 63 au para. 22.

172. *Ibid.* au para. 24.

2. L'évolution du droit dans le contexte de l'article 10 de la *Charte québécoise*

Depuis l'arrêt *Law*, la question de l'applicabilité du critère de l'atteinte à la dignité dans le contexte de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'a jamais cessé d'être controversée.

Considérant la portée et la structure de la *Charte québécoise*, le Tribunal des droits de la personne estime pour sa part que la grille d'analyse élaborée dans l'arrêt *Law* est inapplicable dans le contexte de la *Charte québécoise*¹⁷³. De son côté, la Cour d'appel a d'abord décidé que le processus d'analyse de l'article 15 de la *Charte canadienne* s'appliquait à l'article 10 de la *Charte québécoise*¹⁷⁴ et qu'il incombait donc au demandeur d'établir une atteinte à son droit à la dignité pour bénéficier de la protection contre la discrimination¹⁷⁵. Puis, dans l'arrêt *Commission scolaire des Phares*¹⁷⁶, la Cour d'appel a nuancé sa position en précisant que le critère de l'atteinte à la dignité ne serait pas applicable lorsque «la discrimination émane d'une simple décision ou d'un acte de pure gestion par opposition à une loi ou un règlement»¹⁷⁷. Quant à la Cour suprême du Canada, elle n'a jamais répondu clairement à la question de savoir si le test de l'arrêt *Law* était aussi valable dans le contexte de la *Charte québécoise* et en application des lois anti-discrimination des autres provinces. Le fait qu'elle ait ignoré le critère de l'atteinte à la dignité dans quelques arrêts rendus en vertu de lois anti-

173. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529 (T.D.P.Q.) [*Laval*].

174. *Johnson*, *supra* note 109.

175. *Lambert*, *supra* note 15; *Amselem*, *supra* note 15; *Sylvestre*, *supra* note 15.

176. *Commission scolaire des Phares c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2006] R.J.Q. 378, 391 (C.A.) [*Phares*].

177. Brunelle, «Droits et libertés», *supra* note 18 à la p. 62.

discrimination¹⁷⁸ a, toutefois, incité les tribunaux de plusieurs provinces à ne pas en tenir compte dans leur analyse¹⁷⁹.

Il ne fait pas de doute qu'exiger la preuve d'une atteinte à la dignité a pour effet d'alourdir considérablement le fardeau du demandeur¹⁸⁰. Qui plus est, cette exigence est difficilement conciliable avec les objectifs des lois quasi constitutionnelles en matière de protection des droits de la personne de même qu'avec la structure particulière de la *Charte québécoise*¹⁸¹. Dans ces circonstances, s'il s'avère que le critère de l'atteinte à la dignité survit à l'arrêt *Kapp*, il s'imposera que la Cour suprême adopte une position claire et restreigne l'application de la grille d'analyse de l'arrêt *Law* à l'article 15 de la *Charte canadienne*. Cela dit, nous ne nous attarderons pas plus longtemps sur la question puisqu'en matière de fourniture de biens et de services ordinairement offerts au public, l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Commission scolaire des Phares* a eu pour effet d'éliminer l'exigence d'une atteinte à la dignité dans la vaste majorité des cas.

II. Les limites à la protection contre la discrimination dans l'accès aux biens et aux services

Lorsqu'une personne parvient à démontrer qu'elle est victime d'un traitement discriminatoire, un renversement du fardeau de la preuve s'opère; le fournisseur de biens ou de

178. *Meiorin*, *supra* note 63; *Grismer*, *supra* note 90; *Boisbriand*, *supra* note 11.

179. *Laval*, *supra* note 173; Christine Boyle, «The Anti-Discrimination Norm in Human Rights and Charter Law : Nixon v. Vancouver Rape Relief», (2004) 37 U.B.C.L. Rev. 31; Barbara Findlay, «Real Women : Kimberly Nixon v. Vancouver Rape Relief», (2003) 36 U.B.C.L. Rev. 57; Proulx, «Dignité», *supra* note 17.

180. Christian Brunelle, «La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale», (2006) 66 Numéro thématique hors série R. du B. 143 à la p. 155 et s.; Proulx, «Dignité», *supra* note 17 à la p. 522; Robitaille, «Discrimination», *supra* note 165 à la p. 330 et s.

181. Proulx, «Dignité», *ibid.* à la p. 519 et s.

services doit alors tenter de prouver que la discrimination est justifiée. Le plus souvent, le fournisseur fera valoir qu'il lui est impossible d'accommoder la victime de discrimination sans en subir une contrainte excessive. Nous verrons que la portée de l'obligation d'accommodement (A) et la définition de «contrainte excessive» (B) varient selon le bien ou le service en cause. Des arguments plus spécifiques au domaine des biens et des services peuvent, par ailleurs, être soulevés en défense (C). Nous en passerons quelques-uns en revue, en insistant particulièrement sur celui fondé sur le besoin des minorités de se rassembler (D).

A. L'obligation d'accommodement raisonnable dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public

Fruit de la jurisprudence, l'obligation d'accommodement a fait ses premiers bourgeons dans le domaine de l'emploi avant de se tailler une place dans l'ensemble des activités auxquelles s'applique l'article 10 de la *Charte québécoise*. «Le concept d'accommodement raisonnable étant inhérent au droit à l'égalité, l'application de ce concept en dehors du domaine des relations du travail était en quelque sorte inscrite dans son code génétique.»¹⁸² Le fait que cette obligation s'impose aux fournisseurs de biens et de services ordinairement offerts au public ne fait désormais plus de doute¹⁸³.

1. La grille d'analyse applicable

Depuis l'arrêt *Meiorin*, rendu par la Cour suprême du Canada en 1999, les employeurs et autres personnes assujetties à

182. Pierre Bosset, «Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable» dans Myriam Jézéquel, dir., *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 3 à la p. 16 [Bosset, «Fondements»].

183. *Ibid.*

une loi concernant les droits de la personne¹⁸⁴ sont requis d'intégrer des mesures d'accommodement dans chacune de leurs normes¹⁸⁵. Dès qu'il est démontré qu'une norme est à première vue discriminatoire, son auteur doit donc établir qu'il a envisagé autant de mesures d'accommodement qu'il lui était possible de le faire sans en subir une contrainte excessive. En d'autres termes, il lui faut démontrer que la discrimination qui subsiste dans la norme «a une justification réelle et raisonnable»¹⁸⁶. Pour ce faire, il lui faut prouver :

- (1) qu'il a adopté la norme dans un but ou objectif rationnellement lié aux fonctions exercées;
- (2) qu'il a adopté la norme de bonne foi, en croyant qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but ou cet objectif;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire à la réalisation de son but ou objectif, en ce sens que le défendeur ne peut pas composer avec les personnes qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que cela lui impose une contrainte excessive.¹⁸⁷

Il n'est pas dans notre intention de nous livrer ici à une analyse approfondie de chacune des étapes de ce test. Rappelons simplement que «[l]es deux premières étapes permettent respectivement de s'assurer de la légitimité de l'objet général de la norme et de l'intention qu'avait l'employeur [ou le fournisseur de services] en l'adoptant. Elles garantissent donc que, tant d'un point de vue objectif que d'un point de vue subjectif, la norme n'a pas un fondement discriminatoire.»¹⁸⁸ Quant à la troisième étape, elle «constitue un test de rationalité s'attachant à la *nécessité* de la norme afin de réaliser une fin légitime. L'employeur [ou le fournisseur de services] doit démontrer qu'il ne peut accommoder

-
184. Sur l'applicabilité du test de l'arrêt *Meiorin* en matière de fourniture de biens ou de services, voir : *Grismer*, *supra* note 90 au para. 19; *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 119.
 185. *Meiorin*, *supra* note 63; *Grismer*, *ibid.*
 186. *Grismer*, *ibid.* au para. 20.
 187. *Ibid.* Voir aussi : *Meiorin*, *supra* note 63 au para. 54; *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 119.
 188. *Centre universitaire de santé McGill*, *supra* note 164 au para. 14.

le plaignant sans subir de contrainte excessive.»¹⁸⁹ Mentionnons aussi que dans le contexte spécifique de la *Charte québécoise*, la seconde étape du test ne trouve pas application, le législateur québécois ayant clairement privilégié une approche purement objective en matière de discrimination¹⁹⁰.

L'application du test de l'arrêt *Meiorin* conduit à l'un ou l'autre des résultats suivants. Si la norme réussit le test, c'est qu'elle a une justification réelle et raisonnable et qu'elle est donc légitime. Dans le cas contraire, la norme doit être modifiée de manière à y intégrer les mesures d'accommodement nécessaires pour rétablir l'égalité¹⁹¹. Il ne s'agira donc pas de tolérer des exceptions à la norme, mais plutôt de la reformuler de façon à ce qu'elle soit exempte de toute discrimination injustifiée.

189. *Ibid.*

190. *CDPDJ (Stortini) c. De Luxe Produits de Papier inc.*, DTE 2003T-288 (TDPQ); *CDPJQ (Chamberland) c. S.A.A.Q.*, [2003] R.J.Q. 1737 (TDPQ); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Collège Montmorency*, [2004] R.J.Q. 1381 (T.D.P.Q.); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Cambior inc.*, D.T.E. 2007T-761 (T.D.P.Q.); Jean-Yves Brière et Jean-Pierre Villaggi, «L'obligation d'accommodement de l'employeur : un nouveau paradigme», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 134, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, 219 à la p. 243; Brunelle, «Droits et libertés», *supra* note 18 à la p. 64; Chantal Masse, «Le critère unifié de l'affaire *Meiorin* dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 65 à la p. 80; Mélanie Samson, «Travailleur handicapé : le droit à l'égalité et ses limites», (2003-2004) 17 R.J.E.U.L. 188.

191. *Meiorin*, *supra* note 63 au para. 68. : «La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l'encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu'il est raisonnable de le faire.» [soulignements dans le texte].

2. Des exemples de mesures d'accommodement

La portée de l'obligation d'accommodement dépend du contexte. En d'autres termes, «[c]e qui constitue des mesures raisonnables est une question de fait qui variera selon les circonstances de l'affaire.»¹⁹² En matière de fourniture de biens et de services ordinairement offerts au public, il convient de tenir compte, notamment de la spécificité de ce secteur d'activités, du caractère public ou non de l'institution offrant le service, de sa mission propre et de la nature de sa clientèle¹⁹³. En peu de mots, une institution publique dont la clientèle est en quelque sorte «captive» devrait généralement se voir imposer une obligation d'accommodement plus lourde que celle dont la clientèle est moins vulnérable¹⁹⁴.

Dans tous les cas, la première mesure d'accommodement à envisager est l'abolition pure et simple de la différence de traitement et la fourniture du bien ou du service souhaité¹⁹⁵. À moins qu'elle ne constitue une contrainte excessive, c'est cette mesure qui devrait être retenue¹⁹⁶.

Une deuxième forme d'accommodement consiste à procéder à une évaluation individuelle afin de déterminer lesquelles, s'il y a lieu, des personnes visées par la distinction discriminatoire pourraient se voir fournir le bien ou le service sans qu'il n'en résulte

192. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 à la p. 984 [Renaud]. Voir aussi : *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)* (17 juillet 2008), 31395, J.E. 2008-1438 (C.S.C.) au para. 17 [Hydro-Québec] : «En raison du caractère individualisé de l'obligation d'accommodement et de la diversité des circonstances qui peuvent survenir, toute règle rigide est à éviter.»

193. Pierre Bosset, «Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit?», (2007) 8 *Éthique publique* 165 à la p. 166 [Bosset, «Limites»]; Pierre Bosset et Paul Eid, «Droit et religion : de l'accommodement raisonnable à un dialogue internormatif?», (2007) 41 *R.J.T.* 513; Bosset, «Fondements», *supra* note 182 à la p. 25.

194. *Ibid.*

195. Grismer, *supra* note 90 au para. 33; Desroches, *supra* note 21.

196. Desroches, *ibid.*

une contrainte excessive pour le fournisseur¹⁹⁷. L'omission de procéder à une telle évaluation rendra particulièrement difficile la justification d'une mesure discriminatoire¹⁹⁸. Ainsi, en matière de logement, un locateur ne saurait s'en tenir à une politique générale d'évaluation sommaire pour refuser de louer à une personne prestataire d'aide sociale; l'obligation d'accommodement lui impose de vérifier la solvabilité de l'aspirant locataire auprès de son locateur précédent, le cas échéant¹⁹⁹. De même, un organisme gouvernemental ne saurait refuser d'octroyer un permis de conduire à toutes les personnes ayant un handicap susceptible de les rendre incapables de répondre à l'objectif de sécurité routière raisonnable; il faut plutôt donner à chacune la possibilité de prouver, au moyen d'une évaluation individuelle, qu'elle peut conduire de façon sécuritaire²⁰⁰. Une obligation similaire s'impose de façon constante aux établissements scolaires, qu'il s'agisse, par exemple, de décider d'admettre ou non dans une institution privée un élève dont le handicap l'empêchera de suivre l'ensemble des cours²⁰¹ ou encore de décider de l'intégration ou non, en classe régulière, d'un enfant présentant une déficience intellectuelle²⁰². Soulignons qu'il ne suffira pas alors que l'évaluation de l'enfant

197. *Grismer*, *supra* note 90 au para. 33. Notons que la nécessité de procéder à une évaluation individuelle a été établie dès les premières décisions portant sur la *Charte québécoise*. À ce sujet, voir notamment la décision *Fédération québécoise*, *supra* note 59, où la Cour supérieure du Québec a conclu qu'une évaluation individuelle était requise pour déterminer si une fille avait les qualifications nécessaires pour être admise dans une équipe de hockey composée uniquement de garçons ou presque. Dans une affaire dont les faits étaient similaires, un tribunal manitobain a récemment réitéré la nécessité de procéder à une évaluation au mérite : *Manitoba High Schools Athletic Association Inc. v. Pasternak et al.*, (2008) Man.R. (2d) 288 (Q.B.).

198. *Saskatchewan (Human rights commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

199. *Whittom*, *supra* note 20; *Dion*, *supra* note 1.

200. *Grismer*, *supra* note 90; *Drouin*, *supra* note 100.

201. *Collège Notre-Dame*, *supra* note 98.

202. *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Phares*, *supra* note 176; *Chauveau*, *supra* note 98.

soit individuelle; elle devra, au surplus, être faite «selon une norme réaliste qui reflète ses capacités».²⁰³

Outre le devoir de procéder à une évaluation individuelle, l'obligation d'accommodement peut commander à un fournisseur de services de prendre diverses mesures positives comme de fournir les services d'un interprète en langage gestuel²⁰⁴ ou d'une éducatrice spécialisée²⁰⁵ ou de faciliter l'accès à un équipement informatique adapté²⁰⁶. L'accommodement peut aussi impliquer d'exempter la victime de discrimination d'une exigence ou d'une interdiction par ailleurs légitimement imposée au reste de la clientèle. En dépit d'un règlement y interdisant la présence d'animaux, un tenancier de bar peut ainsi être tenu d'autoriser une personne non voyante à entrer dans son établissement avec son chien-guide²⁰⁷. De la même manière, une garderie peut se voir obligée de tolérer la présence d'une accompagnatrice aux côtés d'un enfant souffrant d'une déficience intellectuelle et ce, même s'il est par ailleurs légitime de vouloir interdire la présence d'étrangers auprès d'enfants en bas âge²⁰⁸. Dans la mesure où la compétition ne s'en trouve pas faussée, les règles d'un tournoi sportif pourraient aussi devoir être adaptées pour permettre à une personne ayant un handicap d'y prendre part²⁰⁹. Selon nous, le même raisonnement commanderait

203. *Meiorin*, *supra* note 63 au para. 82; *Collège Notre-Dame*, *supra* note 98 aux para. 37 et 39; *Phares*, *ibid.* au para. 87.

204. *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Howard v. University of British Columbia*, [1993] 18 C.H.R.R. D/353 (BCCounHumRts) [*Howard*]; *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776 (T.D.P.) [*Communauté sourde*].

205. *Commission scolaire St-Jean-sur-Richelieu c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1994] R.J.Q. 1227 (C.A.).

206. *Brown v. Trebas Institute Ontario Inc.*, [2008] O.H.R.T.D. No. 8.

207. *Bar La Divergence*, *supra* note 141.

208. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Garderie du Couvent inc.*, [1997] R.J.Q. 1475 (T.D.P.Q.) [*Garderie du Couvent*], autorisation de pourvoi à la C.A. refusée, 500-09-004533-972 (4 mars 1997).

209. *Youth Bowling Council of Ontario v. McLeod* (31 octobre 1990), [1990] O.J. (Quicklaw) No. 2047 (Ont. Div. Ct.), autorisation de pourvoi à la C.A. refusée, 20 O.R. (3d) 658 (24 novembre 1994).

d'autoriser le port du voile islamique dans les tournois de taekwondo²¹⁰.

Enfin, lorsqu'un obstacle physique paraît empêcher l'accès à un moyen de transport ou à un lieu public, l'obligation d'accommodement exige à tout le moins de vérifier si tel est véritablement le cas²¹¹. Le cas échéant, le fournisseur de services devra éliminer les «diverses barrières physiques et/ou organisationnelles»²¹², «sauf s'il existe un motif justifiable de [les] maintenir»²¹³.

B. La défense de contrainte excessive dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public

«L'obligation d'accommodement n'est ni absolue ni illimitée»²¹⁴; elle trouve sa limite dans la notion de «contrainte excessive». La Cour suprême du Canada n'a pas cru bon de définir celle-ci de manière exhaustive²¹⁵. Elle a plutôt dégagé une série de facteurs à considérer pour décider du caractère excessif ou non d'une contrainte. Ces critères peuvent être regroupés en trois catégories : «les limites des ressources financières, le respect des droits de la victime et le bon fonctionnement de l'entreprise ou de l'institution débitrice de la mesure d'accommodement»²¹⁶. Bien évidemment, le contenu de chacune de ces catégories varie selon

210. Rappelons qu'en avril 2007, la Fédération québécoise de taekwondo a refusé qu'une équipe de taekwondo composée surtout de filles portant le voile islamique participe à un tournoi au motif que le port du hijab contrevenait aux règlements de la Fédération mondiale de taekwondo.

211. *Villa de France*, *supra* note 130 aux para. 34-35.

212. *Restaurant Scampinata*, *supra* note 130.

213. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 121.

214. *Centre universitaire de santé McGill*, *supra* note 164 au para. 38. Voir aussi : *Hydro-Québec*, *supra* note 192 aux para. 15 et 16.

215. *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489 à la p. 520.

216. *Université Laval c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.D.T. 1 (C.A.) au para. 120 [citations omises].

le domaine où la discrimination se manifeste. Voyons ce qu'il en est dans le contexte d'une relation entre un fournisseur de biens ou de services et le public.

1. Les facteurs d'évaluation

Les critères de détermination du caractère excessif ou non d'une mesure d'accommodement «ne sont pas coulés dans le béton»²¹⁷; ils varient selon les circonstances et les mesures législatives applicables à chaque cas²¹⁸. Leur application doit, par ailleurs, être effectuée «d'une manière souple et conforme au bon sens»²¹⁹.

En matière de fourniture de biens ou de services, les tribunaux apprécient le coût financier de la mesure d'accommodement réclamée en tenant compte, notamment, de la «taille de l'entreprise» du fournisseur et des «conditions économiques auxquelles elle est confrontée»²²⁰, de la capacité du fournisseur «de déplacer et récupérer des coûts dans son entreprise»²²¹, de «la possibilité d'obtenir un financement externe»²²² et du risque «que le coût net à supporter compromette la survie de l'entreprise ou en modifie le caractère essentiel»²²³.

Outre les coûts financiers de l'accommodement réclamé, le fournisseur de services pourra faire valoir que le compromis sollicité constitue une «ingérence majeure»²²⁴ dans l'exploitation de son entreprise, qu'il porte indûment atteinte aux droits des autres clients²²⁵ ou, encore, qu'il entraîne un risque «grave»²²⁶

217. *Bergevin, supra* note 8 à la p. 546.

218. *Via Rail, supra* note 152 au para. 123.

219. *Bergevin, supra* note 8 à la p. 546.

220. *Via Rail, supra* note 152 au para. 131. Voir aussi : *Bergevin, ibid.*

221. *Via Rail, ibid.* Voir aussi : *Howard, supra* note 204.

222. *Via Rail, ibid.* au para. 132. Voir aussi : *Brock c. Tarrant Film Factory Ltd.*, (2000) 37 C.H.R.R. D/305 (Comm. d'enq. Ont.).

223. *Via Rail, ibid.* Voir aussi : *Quesnel c. London Educational Health Centre* (1995), 28 C.H.R.R. D/474 (Comm. d'enq. Ont.).

224. *Via Rail, ibid.* au para. 131. Voir aussi : *Renaud, supra* note 192.

225. *Desroches, supra* note 21 à la p. 1557.

pour la sécurité du plaignant²²⁷, des autres bénéficiaires du service²²⁸ ou du fournisseur²²⁹. En fait, tout ce qui contribue à «établir que l'obligation d'accommodement dénature le bénéfice recherché [par l'obtention du service] ou en altère profondément l'objet»²³⁰ pourra être valablement plaidé.

Si les coûts financiers de la mesure d'accommodement réclamée et son incidence sur le bon fonctionnement de l'entreprise peuvent légitimement être pris en compte, ils doivent néanmoins être appréciés en gardant à l'esprit les droits de la victime de discrimination. Encore récemment, la Cour suprême du Canada «a averti que les tribunaux doivent "se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée"»²³¹ ou présentant l'une ou l'autre des caractéristiques personnelles sur la base desquelles la discrimination est prohibée. En matière de biens ou de services ordinairement offerts au public, le caractère fondamental²³² ou la nature très personnelle du bien ou du service en cause de même que la vulnérabilité particulière de la clientèle²³³ sont des facteurs qui rendent parfois d'autant plus exigeante l'obligation d'accommodement.

En somme, la tâche est lourde pour le fournisseur de biens ou de services qui souhaite démontrer le caractère raisonnable d'une norme discriminatoire. «Il faut plus que de simples efforts

226. BCGSEU, *supra* note 63 au para. 79. Sur le critère d'appréciation du risque, voir : Christian Brunelle, «La sécurité et l'égalité en conflit : la structure de la Charte québécoise comme contrainte excessive?», dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne: pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, 343 à la p. 363 et s.

227. *Repentigny*, *supra* note 2.

228. *Ibid.*

229. *G. (G.)*, *supra* note 99.

230. *Ibid.* à la p. 1622.

231. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 128. Voir aussi : *Grismer*, *supra* note 90 au para. 41.

232. *Desroches*, *supra* note 21 à la p. 1557; Commission, «Pauvreté», *supra* note 30 à la p. 8 et s.

233. Bosset, «Limites», *supra* note 193 à la p. 166.

négligeables pour remplir l'obligation d'accommodement. L'utilisation de l'adjectif «excessif» suppose qu'une certaine contrainte est acceptable²³⁴. Pour être plus précis, «[i]l [n']y a contrainte excessive [que] lorsque les moyens raisonnables d'accommoder ont été épuisés et qu'il ne reste que des options d'accommodement déraisonnables ou irréalistes.»²³⁵

2. Des exemples de contraintes excessives

En matière de fourniture de biens ou de services ordinairement offerts au public, rares sont les cas où les tribunaux ont considéré excessivement contraignante la mesure d'accommodement réclamée. L'étude de la jurisprudence permet néanmoins d'en relever quelques-uns.

Dans une affaire opposant la ville de Repentigny à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, le Tribunal des droits de la personne a jugé que de «permettre l'accès à [une] patinoire à des personnes sans patins et en fauteuil roulant lors d'une séance de patinage libre représente une contrainte excessive en raison de la nécessité d'assurer la sécurité sur la patinoire lors de ces séances»²³⁶. En l'espèce, la municipalité était donc justifiée de refuser l'accès à sa patinoire à un père de famille en fauteuil roulant désireux d'accompagner son fils sur la glace. Le Tribunal a souligné que le plaignant aurait dû «offrir sa collaboration» et prendre le temps «d'examiner les accommodements que la [municipalité] [avait] l'habitude d'offrir» en pareilles circonstances²³⁷.

Dans une affaire un peu plus ancienne, un tribunal d'enquête agissant en vertu du code ontarien des droits de la personne a décidé que le sida est un handicap au sens des lois de protection des droits de la personne et que le fait, pour un dentiste, d'imposer un délai additionnel au patient qui en est

234. *Renaud*, *supra* note 192 à la p. 984.

235. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 130.

236. *Repentigny*, *supra* note 2 au para. 71.

237. *Ibid.*, au para. 79.

atteint constitue un acte discriminatoire. Cependant, le tribunal a aussi considéré que l'état de santé du patient justifiait que le dentiste obtienne certaines informations auprès de son médecin avant de le traiter. Dans ces conditions, le tribunal a conclu que le dentiste n'aurait pu fournir sans délai le service recherché sans subir une contrainte excessive²³⁸.

Enfin, il semblerait que des bruits excessifs occasionnés par la présence d'une personne handicapée puissent justifier la résiliation d'un bail de logement. Fait à noter, en de pareilles circonstances, l'article 1860 C.c.Q.²³⁹ allègerait considérablement le fardeau de preuve du locateur. En effet, dans une affaire où un locateur souhaitait résilier le bail d'une locataire dont l'enfant autiste causait des bruits prétendument excessifs, la Régie du logement a mentionné ceci :

Dans le cas présent, un bail a été valablement conclu pour le logement concerné. La locataire a librement consenti aux obligations prévues au bail et par la loi. Elle demeure assujettie aux obligations qui découlent du bail et ce, même si elle permet l'accès du logement à une personne handicapée. Elle ne peut se dégager de ses obligations du seul fait qu'un de ses enfants est autiste.

En concluant le bail, la locataire s'est engagée à user du bien loué avec prudence et diligence (1855 C.c.Q.) et à se conduire de manière à ne pas troubler la jouissance normale des autres locataires, conformément aux dispositions de l'article 1860 C.c.Q. Il est évident qu'il est plus difficile pour la locataire de respecter l'obligation que lui impose l'article 1860 C.c.Q. puisque la déficience de sa

238. *Jerome c. DeMarco*, (1992) 16 C.H.R.R. D/402 (Comm. d'enq. Ont.).

239. C.c.Q., art. 1860 : «Le locataire est tenu de se conduire de manière à ne pas troubler la jouissance normale des autres locataires.

Il est tenu, envers le locateur et les autres locataires, de réparer le préjudice qui peut résulter de la violation de cette obligation, que cette violation soit due à son fait ou au fait des personnes auxquelles il permet l'usage du bien ou l'accès à celui-ci.

Le locateur peut, au cas de violation de cette obligation, demander la résiliation du bail.».

filles engendrent des crises difficiles à contrôler qui peuvent causer des bruits excessifs. Cependant, cette obligation vise tous les locataires [quelles que soient] leur situation personnelle ou les difficultés auxquelles ils doivent faire face. L'article 1893 C.c.Q. établit le caractère impératif des dispositions de l'article 1860 C.c.Q. en matière de bail de logement.²⁴⁰

En somme, il ne serait pas «discriminatoire pour [un locateur] de demander la résiliation du bail [d'un] locataire en vertu de l'article 1860 C.c.Q.»²⁴¹, et ce, même si les troubles allégués découlent du fait que le locataire présente une caractéristique personnelle prévue à l'article 10 de la *Charte québécoise*. Cela dit, la Régie a rejeté la demande de résiliation parce que «[la] preuve [était] déficiente quant à la fréquence et la durée des bruits reprochés»²⁴². Puisque l'article 12 de la *Charte québécoise* est hiérarchiquement supérieur à l'article 1860 C.c.Q., qu'il trouve application pendant toute la durée de la relation contractuelle²⁴³ et que l'article 1860 C.c.Q. n'y déroge pas de manière expresse²⁴⁴, il nous semble que la Régie aurait dû conclure à la discrimination et vérifier ensuite si les bruits occasionnés par l'enfant handicapé constituaient une contrainte excessive. En l'espèce, le litige aurait fort possiblement connu la même issue. Il n'est toutefois pas certain que toute atteinte à la «jouissance normale des autres locataires» pouvant donner lieu à la résiliation du bail sur la base l'article 1860 C.c.Q. soit une contrainte excessive au sens où l'entendent les tribunaux dans l'application des Chartes.

C. Quelques moyens de défense rejetés par les tribunaux

Outre la contrainte excessive, les fournisseurs de biens ou de services ordinairement offerts au public qui se voient reprocher

240. *Khoroshevskaja c. Pitt*, [2007] J.L. 35 (R.L.) à la p. 40.

241. *Ibid.*

242. *Ibid.*

243. *Draveurs*, *supra* note 34. Sur la même question, voir aussi : *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, (1982) 2 R.C.S. 145.

244. *Charte québécoise*, art. 52.

un acte discriminatoire plaident parfois s'être pliés au désir de leur clientèle, avoir cherché à tirer profit de mauvaises expériences passées ou offrir un bien ou un service moins bien adapté que d'autres aux besoins de la personne qui se plaint de discrimination. Jusqu'à maintenant, ces moyens de défense ont connu peu de succès.

1. Les préférences de la clientèle

«Il est indéniable, dans notre société, que les gens d'affaires, commerçants ou employeurs sont libres de mener leurs activités comme ils l'entendent et d'établir leurs politiques et priorités en fonction de la rentabilité de leur commerce.»²⁴⁵ Par contre, «il est bien établi en droit de la personne que des raisons économiques ne sauraient être recevables pour justifier une pratique discriminatoire»²⁴⁶. Ainsi, le désir d'un fournisseur de services de plaire à sa clientèle cible ne l'autorise pas à exclure de son établissement ceux que cette clientèle aimerait mieux ne pas y voir. Par exemple, un restaurateur²⁴⁷ ou un aubergiste²⁴⁸ se doit d'accepter les jeunes enfants dans son établissement, et ce, même si leur présence est susceptible d'importuner d'autres clients :

Par ailleurs, lorsqu'il choisit d'exploiter un restaurant dans un lieu public, la **Charte des droits** lui impose de ne pas empêcher l'accès à quiconque en raison de ses caractéristiques personnelles, [tels] sa race, sa couleur, son sexe, son état de grossesse, son orientation sexuelle, son état civil, son âge sauf dans la mesure prévue par la loi, sa religion, ses convictions politiques, sa langue, son origine ethnique ou nationale, sa condition sociale, son handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

245. *Restaurant Alexandre*, *supra* note 133.

246. *Le Surf*, *supra* note 133 au para. 37. Voir aussi : *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321 à la p. 349; *Restaurant Alexandre*, *ibid.*

247. *Bizouarn*, *supra* note 27.

248. *Lambert*, *supra* note 95.

Le fait que certains clients puissent préférer ne pas se retrouver en présence de personnes véhiculant l'une ou l'autre de ces caractéristiques personnelles ne change rien à la règle. La **Charte des droits** nous invite à s'accommoder de la présence de gens qui sont différents de nous, surtout dans les lieux publics et à l'intérieur des établissements commerciaux, tels les restaurants.²⁴⁹

Le principe vaut aussi en matière de logement : ce n'est pas parce que «la présence de bébés dérange certains locataires qu'un propriétaire d'immeuble à logements peut appliquer une politique visant à exclure à titre de locataires, les parents d'enfants en bas âge»²⁵⁰.

Si la discrimination se traduit souvent par une politique générale visant l'exclusion des personnes dont la présence est jugée indésirable, il arrive aussi qu'elle prenne une forme plus sournoise. Les tribunaux ont notamment à l'œil les pratiques visant à «recruter et [à] maintenir une clientèle dite "bon chic-bon genre"»²⁵¹. Bien qu'a priori légales, ces pratiques créent «un milieu fertile à l'éclosion de pratiques d'exclusion fondées sur l'un ou l'autre des motifs prohibés par l'article 10 de la Charte.» Par exemple, dans l'affaire *Commission des droits de la personne c. Restaurant Alexandre inc.*, le Tribunal des droits de la personne a conclu que des personnes à la peau noire avaient été victimes de discrimination lorsqu'un portier leur avait refusé l'accès à un club pendant que des gens à la peau blanche y entraient sans difficulté. Bien qu'il n'y ait eu aucune preuve de racisme et que la politique de sélection de la clientèle n'ait pas été basée sur la couleur de la peau, mais plutôt sur «le style des gens», tout indiquait que «la couleur de la peau des plaignants [avait] influencé le portier qui leur [avait] refusé l'accès à l'établissement»²⁵².

249. Bizouarn, *supra* note 27 à la p. 6 du texte intégral.

250. Bergeron, *supra* note 22 au para. 21.

251. *Restaurant Alexandre*, *supra* note 133.

252. *Ibid.*

2. Les mauvaises expériences antérieures

Lorsque des actes discriminatoires leur sont reprochés, les fournisseurs de biens ou de services généralement offerts au public sont nombreux à tenter de se justifier en racontant avoir vécu dans le passé de mauvaises expériences avec des clients faisant partie de groupes protégés par l'article 10 de la *Charte québécoise*. Ce moyen de défense est notamment employé par les propriétaires d'immeubles à logements pour expliquer leur refus de louer à des personnes jeunes²⁵³, à des familles²⁵⁴ et à des personnes prestataires d'aide sociale²⁵⁵. Des commerçants font aussi valoir cet argument au soutien de leur décision d'interdire aux jeunes enfants l'accès à leurs établissements²⁵⁶.

La popularité de l'argument fondé sur les mauvaises expériences antérieures ne repose certainement pas sur son efficacité. De fait, la position des tribunaux sur cette question est ferme et unanime : «[I]es "mauvaises expériences antérieures" avec une catégorie de personnes identifiables par un motif interdit de discrimination ne sauraient justifier le refus généralisé de personnes appartenant au même groupe.»²⁵⁷ Les tribunaux refuseront d'ailleurs tout autant de considérer le fait que le fournisseur ait déjà accepté de faire affaire avec un membre du groupe protégé, cela ne prouvant en rien qu'il n'y ait pas discrimination dans le cas à l'étude²⁵⁸. En somme, bonnes ou mauvaises, les expériences antérieures du fournisseur de biens ou de services ordinairement offerts au public sont non pertinentes en matière d'égalité.

253. *Commission des droits de la personne c. Thibodeau*, [1993] R.J.Q. 2971 (T.D.P.Q.); Gagné, *supra* note 25.

254. *Thi Van*, *supra* note 21; *Poirier*, *supra* note 21; *Grandmont*, *supra* note 21.

255. *Huong*, *supra* note 20.

256. *Bizouarn*, *supra* note 27.

257. *Blais*, *supra* note 133 au para. 102. Le Tribunal renvoie aux décisions suivantes : *Yazbeck*, *supra* note 1; *Thibodeau*, *supra* note 253 et 2955-5158 *Québec inc.*, *supra* note 133.

258. *Caci*, *supra* note 1; Gagné, *supra* note 25; *Maurice*, *supra* note 25; *Pettas*, *supra* note 1. Voir cependant : *L'Homme*, *supra* note 50.

3. L'existence de biens ou de services mieux adaptés

Même si la compétition est souvent féroce en affaires, l'espoir d'échapper à leur obligation d'accommodement pousse parfois certains fournisseurs de biens ou de services à dénigrer leur produit et même à vanter celui du compétiteur. Or, quand bien même il aurait raison de considérer un autre produit plus approprié que le sien pour répondre aux besoins de la personne handicapée ou membre d'un autre groupe protégé²⁵⁹, le fournisseur n'échappera pas à son devoir d'accommodement :

[...] lorsqu'une entreprise décide de vendre des biens ou de fournir des services et de les offrir ordinairement au public, le choix des services offerts appartient à l'entreprise. Par ailleurs, le choix de l'entreprise chez qui une personne atteinte d'un handicap va s'approvisionner appartient à la personne handicapée et à personne d'autre. Lorsqu'on décide de fournir des services et de les offrir ordinairement au public, on ne peut dire à une personne handicapée : "J'aimerais mieux que tu fasses appel aux services de mon compétiteur". On ne peut non plus bonifier une telle attitude en tentant de démontrer que les services de notre compétiteur seraient plus bénéfiques pour la personne handicapée.²⁶⁰

De la même manière, le fournisseur ne saurait se décharger de son obligation en offrant une mesure d'accommodement autre que celle réclamée. Ainsi, «[o]n n'a pas le droit de dire à la personne non voyante : "Ton chien-guide me dérange, laisse-le donc à la porte et fais-toi accompagner d'un ami." On n'a pas [davantage] le droit de dire à la personne en chaise roulante : "Les rampes sont coûteuses, fais-toi transporter à travers les marches et les escaliers à bout de bras."»²⁶¹ C'est à la personne victime de

259. *Garderie du Couvent*, *supra* note 208 à la p. 1480.

260. *Ibid.*; *Villa de France*, *supra* note 130.

261. *Communauté sourde*, *supra* note 204 à la p. 1781; *Montuori*, *supra* note 140 au para. 47. Notons que la position des tribunaux sur cette questions a parfois été sévèrement critiquée : Karen Selick, «The Ramp to Hell», (Sept. 1995) 19 Can. Law. 46.

discrimination «que revient le choix, raisonnable il s'entend, de la mesure d'accommodement visant à lui permettre d'exercer un droit en pleine égalité»²⁶².

D. Le besoin des minorités de se rassembler : un moyen de défense valable?

Centres de conditionnement physique pour femmes seulement, immeubles à logements pour personnes retraitées, bars pour gais seulement... Petit à petit, les membres des groupes que le législateur a entendu protéger par le biais de l'article 10 de la *Charte québécoise* s'affirment davantage et réclament même que des biens et des services ordinairement offerts au public leur soient réservés. Leurs manifestations en ce sens ont donné lieu à l'expression d'opinions variées. Pour certains, les membres de la majorité ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 et, de toute façon, les exclure de services réservés aux minorités ne leur cause aucun préjudice et ne porte en rien atteinte à leur dignité. Quand bien même il y aurait discrimination, le besoin des minorités de se regrouper constituerait selon eux une justification valable²⁶³. Pour notre part, nous estimons que de refuser aux membres de la majorité l'accès à des biens ou à des services ordinairement offerts au public constitue une forme de discrimination qui ne sera que rarement justifiée par le besoin des minorités de se rassembler.

1. Le droit à l'égalité des membres de la majorité

Prenons l'exemple d'une personne hétérosexuelle qui, sur la base de son orientation sexuelle, se voit refuser l'accès à un bar gai. Cette personne est certainement victime d'une différence de

262. *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Coopérative d'habitation L'Escale de Montréal* (14 janvier 2008), Montréal 500-53-000251-072, J.E. 2008-306 (T.D.P.Q.), autorisation de pourvoir à la C.A. autorisée, 500-09-018422-089 (18 mars 2008).

263. Louise Langevin, «Les minorités ont besoin de se rassembler» *Le Soleil [de Québec]* (15 juin 2007) 23.

traitement fondée sur un motif interdit de discrimination. Peut-on aussi dire qu'elle est victime de discrimination?

Certains arguent que la personne hétérosexuelle ne peut être victime de discrimination sur la base de son orientation sexuelle parce qu'elle n'appartient pas à un groupe traditionnellement défavorisé. Selon nous, cet argument est mal fondé. Si l'existence de préjugés peut être prise en compte au moment de déterminer si la différence de traitement a occasionné une atteinte à la dignité²⁶⁴, elle n'est cependant pas un élément constitutif de toute discrimination :

Dans une large mesure, il importe peu qu'un groupe défavorisé puisse être circonscrit à partir des faits de l'espèce. Au paragraphe 5(1) du *Code*, le législateur a énuméré des motifs, non des groupes. La question est de savoir si une personne a été victime de discrimination fondée sur un motif illicite, et non si elle fait nécessairement partie d'un groupe dont la situation doit être corrigée.²⁶⁵

Il est intéressant de noter que l'article 10 de la *Charte québécoise* interdit la discrimination fondée sur l'«orientation sexuelle» et non pas sur l'«homosexualité». On peut certainement voir là un indice de la nature très inclusive de la protection offerte par la Charte. Lors des travaux parlementaires qui ont précédé l'ajout de cette caractéristique personnelle au texte de l'article 10, on n'a d'ailleurs pas manqué de souligner que la définition de l'«orientation sexuelle» «inclut aussi et pourrait servir [...] à empêcher la discrimination aussi dans le cas de comportement hétérosexuel.»²⁶⁶

264. *Law*, *supra* note 14; *Lovelace*, *supra* note 170; *Lavoie*, *supra* note 170.

265. *B. v. Ontario (Human Rights Commission)*, (2000) 195 D.L.R. (4e) 405 (Ont. C.A.) au para. 47, tel que traduit et cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans la même affaire : *B. c. Ontario*, *supra* note 40 au para. 56.

266. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 133 (15 décembre 1977) à la p. 4885 (Fernand Lalonde).

On pourrait, par ailleurs, considérer que l'exclusion des personnes hétérosexuelles n'est pas discriminatoire en ce qu'elle n'occasionne aucun préjudice. Là encore, l'argument nous paraît mal fondé. Lorsqu'un service offre à ses utilisateurs pour seul bénéfice la possibilité de se rassembler sur la base de leur différence, on peut certainement dire que l'exclusion des personnes qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques personnelles ne leur occasionne aucun préjudice²⁶⁷. Ainsi, si un bar gai répondait au seul besoin des personnes homosexuelles de se réunir entre elles, on pourrait considérer licite l'exclusion des personnes hétérosexuelles. Un bar est, toutefois, un lieu de divertissement et de rencontres où une personne hétérosexuelle peut trouver son compte. Parce que l'ambiance est agréable, que la musique est bonne, que l'alcool est vendu à bon prix ou qu'il est possible d'y rencontrer des amis homosexuels dans un cadre où ils sont particulièrement à l'aise, une personne hétérosexuelle peut être intéressée à fréquenter un bar gai. Lui en refuser l'accès emporte donc un préjudice.

Enfin, d'aucuns pourraient prétendre que l'exclusion des personnes hétérosexuelles n'est pas discriminatoire parce qu'elle ne porte pas atteinte à leur dignité. Cette fois encore, nous ne sommes pas entièrement d'accord. D'une part, la Cour d'appel du Québec n'exige plus la preuve d'une telle atteinte à la dignité lorsque «la plainte de discrimination, en vertu de l'article 10 de la *Charte québécoise*, ne vise aucunement une mesure législative ni une politique gouvernementale»²⁶⁸. D'autre part, il n'est pas nécessaire de faire partie d'un groupe traditionnellement victime de préjugés pour subir une atteinte à sa dignité. Si le fait, pour une personne majeure mais pas encore âgée de 21 ans, de se voir refuser l'accès à un bar constitue une «source de gêne et de honte»²⁶⁹, il en est certainement de même pour la personne qui se voit interdire l'accès à un établissement sur la base de son orientation sexuelle.

267. *Fédération québécoise*, *supra* note 59.

268. *Phares*, *supra* note 176 au para. 66.

269. *2755-9046 Québec inc.*, *supra* note 134; *Charos*, *supra* note 134.

2. Le droit à l'égalité réelle des membres de la minorité

À plusieurs reprises, la Cour suprême du Canada a rappelé que «toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.»²⁷⁰ Bien au-delà d'un même traitement pour tous, les Chartes des droits visent donc l'atteinte d'une égalité réelle. C'est principalement sur cette distinction entre égalité formelle et égalité réelle et sur la nécessité «de passer de l'exclusion à l'inclusion véritable»²⁷¹ que certains s'appuient pour défendre l'idée de services offerts exclusivement aux membres des minorités. Plutôt que de porter atteinte à la dignité des membres de la majorité, ces politiques d'exclusion préserveraient celle des minorités. Avec égard, nous voyons les choses différemment.

Certes, il est vrai que l'atteinte d'une égalité réelle nécessite parfois que soient prises des mesures positives à l'endroit des groupes traditionnellement défavorisés²⁷². Les dispositions de la *Charte* portant sur les programmes d'accès à l'égalité le reconnaissent d'ailleurs expressément²⁷³. Néanmoins, il nous semble que ce serait restreindre considérablement le champ d'application des articles 10, 12 et 15 de la *Charte québécoise* que d'autoriser l'ensemble des fournisseurs de biens ou de services ordinairement offerts au public à favoriser un groupe au détriment de la majorité. Par ailleurs, il nous paraît contraire à l'esprit de la *Charte* que de permettre aux minorités de se replier sur elles-mêmes et de s'isoler du reste du monde. En matière de droits fondamentaux, les tribunaux doivent parfois voir à long terme et au-delà des intérêts individuels immédiats. Or, sans nier leur droit de se réunir dans le contexte d'activités privées, il appert que ce

270. Andrews, *supra* note 16 aux pp. 164-65.

271. Boivin, «Besoin», *supra* note 16 à la p. 332.

272. La protection du droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public n'y fait d'ailleurs pas obstacle. À ce sujet, voir : Greschner, «Chambers», *supra* note 65 à la p. 184.

273. *Charte québécoise*, art. 86 et s.

n'est pas en se confinant à une «bulle publique» où ils forment la majorité que les membres des minorités atteindront l'égalité réelle.

3. Une brève étude en droit comparé

À notre connaissance, les tribunaux du Québec n'ont pas encore eu à trancher un litige découlant du désir des membres d'une minorité de conserver l'exclusivité d'un bien ou d'un service offert au public²⁷⁴. Par contre, d'autres juridictions ont eu à le faire. Nous verrons de quelle façon les centres de conditionnement physique réservés aux femmes sont perçus par les tribunaux américains. Puis, nous étudierons une décision récente d'un tribunal australien autorisant un bar à ne servir qu'une clientèle homosexuelle masculine.

a) Les centres de conditionnement physique pour femmes seulement

Bien que très répandus, les centres de conditionnement physique pour femmes seulement ne sont pas à l'abri des attaques fondées sur les outils de protection des droits de la personne. Pour les tribunaux américains qui ont eu à décider du bien-fondé de telles contestations, trouver l'équilibre entre le droit des femmes à

274. En mai 2007, une femme hétérosexuelle a déposé une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant s'être vue refuser l'accès à un bar visant la clientèle des personnes homosexuelles. Le 29 avril 2008, la Commission a annoncé par voie de communiqué qu'une entente était intervenue entre les parties. Sans émettre de commentaires sur les termes spécifiques de l'entente, la Commission en a profité pour rappeler que «la Charte permet qu'un commerce puisse tenter, par différents moyens promotionnels, d'attirer une clientèle particulière», mais que «cette possibilité n'efface pas, [...], la règle générale de respect du droit à l'égalité sans discrimination dans l'accès aux établissements et aux biens et services qui y sont offerts au public.» (Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Communiqué, «Allégations de discrimination au Bar Le Stud (Montréal)» (29 avril 2008), en ligne : [cdpdj.qc.ca<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/communiques/index.asp?noeud1=1&noeud2=2&cle=0>](http://www.cdpdj.qc.ca/fr/communiques/index.asp?noeud1=1&noeud2=2&cle=0)).

la vie privée et le droit à l'égalité entre les hommes et les femmes ne s'est pas avéré chose facile.

En 1992, un tribunal de la Pennsylvanie a été saisi en appel d'une affaire où la Commission des droits de la personne avait conclu que des centres de conditionnement physique avaient fait preuve de discrimination en refusant de compter des hommes au sein de leur clientèle²⁷⁵. Les juges de la majorité ont renversé la décision de la Commission après que les centres de conditionnement physique soient parvenus à démontrer que la présence d'hommes dans leurs établissements aurait pour effet d'embarrasser les femmes qui s'y entraînent et pourrait, par conséquent, nuire aux affaires de leurs entreprises. L'absence totale de préjudice pour les hommes ainsi exclus a aussi eu un impact majeur sur leur décision. Pour leur part, les juges dissidents auraient rejeté l'appel parce le droit à la vie privée ne protège pas les femmes qui se livrent à une activité physique où elles n'ont pas à exposer les parties plus intimes de leur corps. Le même point de vue a plus tard été exprimé par la Cour supérieure du Massachusetts :

Here, the putative privacy right is only the right to exercise in a same-sex facility. No private information is being disclosed, and no highly personal or intimate facts are being revealed. The only basis for the claimed right is the exposure of one's clothed anatomy while exercising.

[...]

Because this Court concludes that there is no legitimate privacy interest to be recognized or protected which would excuse the discriminatory exclusion of males in violation of the public accommodations statute, the inquiry need not go further.²⁷⁶

275. *Livingwell (North) Inc. and Four Corners Health Clubs v. PA Human Relations Comm'n.*, 147 Pa. Commw. 116.

276. *Foster v. Back Bay Spas, Inc. dba Healthworks Fitness Center*, (1997) Mass. Super. LEXIS 194.

Tôt ou tard, les tribunaux du Québec pourraient vraisemblablement être appelés à soumettre les centres de conditionnement physique pour femmes au test des articles 10, 12 et 15 de la *Charte québécoise*. Les considérations suivantes devraient être intégrées à leur réflexion. Premièrement, abstraction faite des situations où il y a contact ou dévoilement possible des parties intimes et où l'ordre public commande de séparer les gens sur la base du sexe, il n'est pas certain que le droit à la vie privée englobe celui de faire de l'exercice physique à l'abri du regard des personnes de sexe opposé. Deuxièmement, l'exclusion ne sera pas chaque fois sans préjudice. Parce qu'il est situé près de chez lui, que l'abonnement est peu dispendieux ou que les équipements sont modernes, un homme peut avoir avantage à s'inscrire à un centre de conditionnement physique qui se veut réservé aux femmes. Ainsi, l'impossibilité de le faire lui causerait préjudice. Troisièmement, il est bien établi que les préférences de la clientèle et des raisons économiques ne peuvent servir de moyens de défense dans le contexte des articles 12 et 15. Enfin, il n'est pas certain que l'exclusion totale des hommes soit la seule façon raisonnable de respecter le besoin d'intimité des femmes. Par exemple, il nous semble qu'une répartition de l'espace et du temps d'utilisation des appareils sur la base du sexe permettrait d'atteindre le résultat souhaité tout en évitant que les hommes ne subissent un préjudice.

b) Les bars gais

Au printemps 2007, un tribunal civil et administratif d'Australie a été saisi d'une requête présentée par un bar gai qui souhaitait être exempté d'une disposition prohibant la discrimination dans l'accès aux services ordinairement offerts au public²⁷⁷. Le tenancier de l'établissement voulait pouvoir poser les gestes suivants :

- to refuse or restrict entry to the Peel Hotel Pty Ltd at 113 Wellington Street Collingwood to people who do not

277. *Peel Hotel Pty Ltd (Anti Discrimination Exemption)*, [2007] VCAT 916.

identify as homosexual males where to allow entry or unrestricted entry would, in the opinion of the applicant, its agent or employee, adversely affect the safety or comfort of the venue for its homosexual male patrons, or the nature of that venue as a venue primarily for homosexual male patrons; and

- to advertise those matters.

En l'espèce, le bar était ouvert depuis plusieurs années et s'adressait déjà à une clientèle homosexuelle masculine. Les personnes hétérosexuelles ou lesbiennes étaient, toutefois, de plus en plus nombreuses à le fréquenter. Selon le tenancier de l'établissement, leur présence croissante avait pour effet de nuire à l'atmosphère, d'autant plus que certaines d'entre elles s'y rendaient pour insulter, humilier et même agresser physiquement les hommes homosexuels présents. C'est pour remédier à cette situation que l'exemption avait été réclamée :

The Peel does not wish to have an all-male or all-gay male environment. It simply wishes to preserve its primarily gay male environment and its non-threatening atmosphere in which gay males can feel comfortable to express affection, physical intimacy or sexuality in a way that will not make them a target of derision, hostility or criticism and where that behavior might, if expressed in a mixed sex venue, lead to that hostility, derision or criticism.²⁷⁸

C'est donc pour éviter la présence de trouble-fête dans l'établissement et pour permettre aux hommes homosexuels d'avoir un lieu où fraterniser sans risquer d'être dénigrés, ridiculisés ou brutalisés que le tribunal a autorisé le tenancier du bar à trier sa clientèle sur la base de l'orientation sexuelle.

Contrairement à la loi appliquée par le tribunal australien, la *Charte des droits et libertés de la personne* n'offre aucune voie de recours au particulier qui souhaite être exempté de l'application de l'une de ses dispositions. Qui plus est, la clause justificative de l'article 9.1 ne trouve pas application en matière

278. *Ibid.*, au para. 16.

d'égalité. À moins d'être dans une situation visée par les articles 20 et 20.1, la seule échappatoire pour le fournisseur de services consiste donc à démontrer qu'il lui est impossible de composer avec la personne victime de discrimination sans en subir une contrainte excessive. Or, il est peu probable que de tolérer la présence dans son établissement d'une personne respectueuse des autres clients puisse constituer une contrainte excessive. La situation est évidemment tout autre lorsque la personne qui réclame un accommodement sème la pagaille dans l'établissement. Dans ces circonstances, le fournisseur de services est autorisé à l'expulser et à lui interdire un nouvel accès. La Charte prohibe la discrimination fondée sur un motif énoncé à l'article 10, mais ne brime en rien le droit d'un propriétaire de bar d'assurer la sécurité (art. 1) et le respect (art. 4) de sa clientèle. Dans une affaire où le tenancier d'un bar avait voulu interdire l'accès à son établissement à toute personne autochtone au motif que des personnes de cette origine ethnique y avaient provoqué des bagarres, le Tribunal des droits de la personne a fait les distinctions suivantes :

Par ailleurs, comme le souligne le portier Renaud, il eut été loisible au défendeur Michel Blais d'établir une politique d'exclusion des personnes susceptibles de briser la quiétude du bar et d'assurer ainsi la sécurité de la clientèle, blanc comme autochtone, le cas échéant.

Les «mauvaises expériences antérieures» avec une catégorie de personnes identifiables par un motif interdit de discrimination ne sauraient justifier le refus généralisé de personnes appartenant au même groupe.²⁷⁹

En somme, ce n'est pas tant l'orientation sexuelle que le comportement de la personne qui devrait être pris en compte au moment de déterminer si l'accès à un bar gai doit lui être accordé ou refusé.

279. *Blais, supra* note 133 [renvoi omis].

CONCLUSION

Vu sa nature quasi constitutionnelle, la *Charte des droits et libertés de la personne* doit recevoir une interprétation large et libérale «de manière à réaliser les objets généraux qu'elle sous-tend de même que les buts spécifiques de ses dispositions particulières.»²⁸⁰ En matière d'accès aux biens et aux services ordinairement offerts au public, cette approche interprétative a conduit les tribunaux à adopter une définition large des termes «biens», «services» et «lieux publics», employés par le législateur dans la rédaction des articles 12 et 15. Ces dispositions ont, toutefois, aussi fait l'objet de décisions restrictives. D'une part, en donnant à la notion d'«acte juridique» la même signification qu'en droit civil, les tribunaux ont restreint le champ d'application de l'article 12 d'une manière telle que la garantie d'égalité est désormais moins grande au Québec que dans les autres provinces canadiennes. D'autre part, l'application des critères élaborés par la Cour suprême du Canada pour déterminer si un bien ou un service fait partie de ceux qui sont «ordinairement offerts au public» soulève des difficultés. En somme, il n'est pas toujours aisé pour la victime de discrimination d'établir qu'un bien ou un service entre dans le champ d'application des articles 12 et 15.

Une fois établi que le bien ou le service est visé par la garantie d'égalité, un renversement du fardeau de la preuve s'opère. Il incombe alors au fournisseur de ce bien ou de ce service de démontrer que l'acte discriminatoire qui lui est reproché est inévitable en ce sens qu'il lui serait impossible de composer avec la personne victime de discrimination sans en subir une contrainte excessive. En d'autres termes, le fournisseur doit établir que toute mesure d'accommodement serait déraisonnable ou irréaliste²⁸¹. En matière d'accès aux biens et aux services généralement offerts au public, rares sont les cas où le tribunal conclut à la présence d'une contrainte excessive.

280. *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 au para. 42.

281. *Via Rail*, *supra* note 152 au para. 130.

Éventuellement, les tribunaux seront appelés à décider si les articles 12 et 15 font obstacle au désir de certains groupes minoritaires d'avoir des services qui leur soient exclusivement réservés. Tel est le cas selon nous. Certes, il peut être justifié, voire nécessaire que les gouvernements prennent parfois des mesures positives pour aider un groupe bien ciblé à atteindre une égalité dite réelle. Par contre, autoriser tous les fournisseurs de biens ou de services à choisir leur clientèle sur la base d'un motif de discrimination illicite présenterait de sérieux risques de dérapage et serait contraire à l'esprit des Chartes. Les outils de protection des droits de la personne visent à protéger les personnes vulnérables, y compris contre «leur propre faiblesse ou leur propre ignorance»²⁸². En ce sens, prémunir les minorités contre la tentation d'opter pour la solution facile consistant à vivre dans un monde parallèle, où elles forment une majorité factice, fait partie de la mission des tribunaux chargés de leur application. Pour diverses raisons qui ne relèvent pas du droit, les membres des minorités auront souvent tendance à fréquenter les mêmes lieux et à consommer les mêmes biens et les mêmes services. D'une manière tout à fait licite, par exemple au moyen d'une publicité bien ciblée, un fournisseur de services peut d'ailleurs rechercher particulièrement leur clientèle. Toutefois, lorsqu'une personne qui ne présente pas les mêmes caractéristiques personnelles souhaite aussi bénéficier du service, elle doit pouvoir le faire, sans quoi il y aura discrimination injustifiée.

282. Philippe Frumer, *La renonciation aux droits et libertés : la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001 à la p. 308.