

British Columbia Council of Human Rights *Appellant*

v.

University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences *Respondent*

and

Janice Berg *Respondent*

and

Canadian Human Rights Commission *Intervener*

and between

Janice Berg *Appellant*

v.

University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences *Respondent*

and

British Columbia Council of Human Rights *Respondent*

and

Canadian Human Rights Commission *Intervener*

INDEXED AS: UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA v. BERG

File Nos.: 22640, 22638.

1993: January 27; 1993: May 19.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

British Columbia Council of Human Rights *Appelant*

a c.

École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique *Intimée*

b et

Janice Berg *Intimée*

c et

Commission canadienne des droits de la personne *Intervenante*

d et entre

Janice Berg *Appelante*

e c.

École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique *Intimée*

et

g **British Columbia Council of Human Rights** *Intimé*

et

h **Commission canadienne des droits de la personne** *Intervenante*

i RÉPERTORIÉ: UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE c. BERG

Nos du greffe: 22640, 22638.

1993: 27 janvier; 1993: 19 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Civil rights — Discrimination in public facilities — Services customarily available to the public — Master's student denied rating sheet and key to faculty building because of mental disability — Whether university discriminated against student with respect to services "customarily available to the public" — Meaning of the word "public" — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3.

Judicial review — Standard of review — Human rights tribunal.

In 1979, the appellant Berg was accepted into the master's program of the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences. As a student, she consistently performed above average. Although she experienced a recurrence of depression in 1981, she continued to attend classes and was capable of responding to the same demands and expectations as other students. During that period, on a particularly stressful day, the appellant wrote "I am dead" on the mirror in the School's washroom and, later the same day, when frightened upon seeing RCMP and security personnel in the hall, she attempted to jump through a plate glass window. When the School moved to new premises in 1982, the appellant was denied a key to the building although other graduate students were provided with one. The School's Director was later assured by a physician that there was no risk and issued the appellant a key. In 1983, a faculty member refused to complete the appellant's rating sheet required for an application for a hospital internship on the basis of her observation of the appellant's behaviour and problems. The faculty member later testified that she was not obliged to fill out the sheet and that she had refused to do so on a number of occasions every year. This testimony was contradicted by that of the Director of the School. Following a complaint by the appellant, the member-designate of the British Columbia Council of Human Rights found that the School had contravened s. 3 of the *Human Rights Act* by denying the appellant the key and rating sheet because of her mental disability. The British Columbia Supreme Court set aside the decision, holding that the provision of a key or a rating sheet did not constitute services "customarily available to the public" within the meaning of s. 3, and that the member-designate therefore had no jurisdiction to determine the complaint. The Court of Appeal affirmed the judgment. In this Court, the School conceded that the key and rating sheet were

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Libertés publiques — Discrimination dans des établissements publics — Services habituellement offerts au public — Étudiante au programme de maîtrise se voyant refuser un formulaire d'évaluation et une clé donnant accès à l'édifice de la faculté en raison d'une déficience mentale — L'université a-t-elle agi de façon discriminatoire envers l'étudiante à l'égard de services «habituellement offerts au public»? — Signification du mot «public» — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Tribunal des droits de la personne.

En 1979, l'appelante Berg a été admise au programme de maîtrise de l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique. Elle a obtenu régulièrement des résultats scolaires supérieurs à la moyenne. Bien qu'elle ait connu un nouvel accès de dépression en 1981, elle a continué d'assister aux cours et a pu répondre aux mêmes exigences et aux mêmes attentes que les autres étudiants. Durant cette période, pendant une journée particulièrement stressante, l'appelante a écrit «Je suis morte» sur le miroir des toilettes de l'École et, plus tard le même jour, effrayée à la vue d'agents de la GRC et d'agents de sécurité dans l'entrée de l'immeuble, elle a essayé de passer à travers une baie vitrée. Lorsque l'École a déménagé dans de nouveaux locaux en 1982, on n'a pas voulu remettre à l'appelante une clé donnant accès à l'édifice même si les autres étudiants des deuxième et troisième cycles en avaient reçu une. Plus tard, comme un médecin l'avait assuré qu'il n'y avait aucun risque, le directeur de l'École a remis une clé à l'appelante. En 1983, un membre du corps professoral a refusé de remplir le formulaire d'évaluation de l'appelante qui devait accompagner une demande d'internat en milieu hospitalier en raison de ce qu'il avait pu remarquer au sujet du comportement et des problèmes de l'appelante. Ce membre du corps professoral a témoigné, par la suite, qu'il n'était pas tenu de remplir le formulaire et qu'il avait refusé de le faire à un certain nombre de reprises chaque année. Ce témoignage a été contredit par celui du directeur de l'École. À la suite d'une plainte portée par l'appelante, le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights a conclu que l'École avait contrevenu à l'art. 3 de la *Human Rights Act* en refusant de fournir à l'appelante la clé et le formulaire d'évaluation en raison de sa déficience mentale. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé cette décision et a statué que la remise d'une clé ou d'un for-

“services” within the meaning of the Act. The real issue in these appeals is whether such services are, on the correct interpretation of s. 3 and the evidence, “customarily available to the public”.

Held (Major J. dissenting): The appeals should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and adjudication in a human rights context but does not extend to general questions of law. The question in this case of what constitutes a service customarily available to the public is a general question of law with wide social implications in which the member-designate of the British Columbia Council of Human Rights has no particular expertise, and the correctness test applies. However, while the Court will not defer to the member-designate's interpretation of s. 3 of the Act, it will defer to his factual findings with respect to what is or is not customarily done.

The word “public” in s. 3 of the Act cannot be required to include every member of a community. The distinction found in *Gay Alliance* and in *Beattie* between discrimination at the threshold of admission to a facility and discrimination once admission to the facility has been obtained is artificial and unacceptable. Such a distinction would allow institutions to frustrate the purpose of the legislation by admitting people without discrimination, and then denying them access to the accommodations, services and facilities they require to make their admission meaningful. This distinction leads to results the legislature cannot have intended. A liberal and purposive interpretation of s. 3 would define “public” in relational terms, not in terms of quantity. Every service has its own public, and once that “public” has been defined through the use of eligibility criteria, the Act prohibits discrimination within that public. Eligibility criteria, as long as they are non-discriminatory, are a necessary part of most services, in that they ensure that the service reaches only its intended beneficiaries. All of the activities of an accommodation, service or facility provider, however, are not necessarily subject to scru-

mulaire d'évaluation ne constituait pas un «service habituellement offert au public» au sens de l'art. 3, et que le membre désigné n'avait donc pas le pouvoir de trancher la plainte. La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

a Devant notre Cour, l'École a admis que la clé et le formulaire d'évaluation étaient des «services» au sens de la Loi. La véritable question qui se pose dans les présents pourvois est de savoir si de tels services sont, selon la bonne interprétation de l'art. 3 et de la preuve, «habituellement offerts au public».

b *Arrêt* (le juge Major est dissident): Les pourvois sont accueillis.

c Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: L'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne, mais elle ne s'étend pas aux questions générales de droit. En l'espèce, la question de savoir ce qui constitue un service habituellement offert au public est une question générale de droit qui a de vastes répercussions sociales et relativement à laquelle le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights n'a aucune expertise particulière, et le critère de la justesse ou de l'absence d'erreur s'applique. Toutefois, même si la Cour ne s'en remettra pas à l'interprétation de l'art. 3 donnée par le membre désigné, elle s'en remettra à ses conclusions de fait au sujet de ce qui se fait ou ne se fait pas habituellement.

f On ne saurait exiger que le mot «public» employé à l'art. 3 de la Loi comprenne tous les membres d'une collectivité. La distinction établie dans les arrêts *Gay Alliance* et *Beattie* entre la discrimination exercée au moment d'avoir accès à des installations et la discrimination exercée une fois que l'on a obtenu l'accès à ces installations est artificielle et inacceptable. Une telle distinction permettrait à des institutions de contrecarrer l'objet de la loi en admettant des gens sans faire de discrimination, pour ensuite leur refuser l'accès au logement, aux services et aux installations qui leur sont nécessaires pour donner un sens à leur admission. Cette distinction entraîne des conséquences que la législation ne peut avoir voulues. Une interprétation de l'art. 3, qui serait libérale et fondée sur l'objet visé, définirait le mot «public» en termes relationnels et non pas en termes de quantité. 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. Les critères d'admissibilité, pourvu qu'ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu'ils

tiny under the Act. In determining which activities of an institution are covered by the Act, one must take a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility. Some services or facilities will create public relationships between the institution and the users, while others may establish only private relationships. Under the relational approach, the "public" may turn out to contain a very large or very small number of people.

In the circumstances of this case, the member-designate was correct in assuming jurisdiction and examining the reasons for the denial of the rating sheet and the key. The appellant, by virtue of having passed through a selective admissions process, did not cease to be a member of the "public" to which the School provided its educational services and facilities. The key and rating sheet were incidents of this public relationship between the School and its students. They were also, as a matter of law and fact, "customarily available" to the School's public. The member-designate clearly found that keys and rating sheets were customarily provided to other graduate students in the appellant's situation. Deference is owed to this factual finding. Neither the existence of a discretion, when it is habitually exercised in a certain way, nor the element of personal evaluation attached to these services, necessarily excludes the Act, both on principle, and because of the member-designate's factual finding.

Per Major J. (dissenting): The provision of a key or a rating sheet did not constitute a service "customarily available to the public" within the meaning of s. 3 of the Act and, accordingly, the member-designate had no jurisdiction to consider the appellant's complaint. While human rights legislation should, where possible, be given a broad and purposive interpretation, that interpretation has to be realistic. Here, if s. 3 was given the reach sought in these appeals there would be, in effect, no services that would not fall within the scope of services "customarily available to the public". A university, like other public institutions, is not immune from the operation of the Act. The Act would clearly apply to services provided to members of the public seeking admission to the university, and to those services within

garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu'ils visent. Toutes les activités d'un fournisseur de logement, de services ou d'installations ne sont toutefois pas nécessairement assujetties à un examen fondé sur la Loi. Pour déterminer quelles activités d'un établissement sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tient 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'établissement et les usagers, tandis que d'autres pourront établir seulement des relations privées. Selon la méthode relationnelle, il peut s'avérer que le «public» comprend un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.

Dans les circonstances de la présente affaire, le membre désigné a eu raison de supposer qu'il avait compétence et d'examiner les raisons du refus de fournir le formulaire d'évaluation et la clé. Du fait qu'elle avait franchi avec succès l'étape du processus d'admission sélective, l'appelante n'a pas cessé de faire partie du «public» auquel l'École fournissait ses installations et ses services éducatifs. La clé et le formulaire d'évaluation étaient accessoires à cette relation publique entre l'École et ses étudiants. Ils étaient également, en droit et en fait, «habituellement offerts» au public de l'École. Le membre désigné a conclu clairement que les clés et les formulaires d'évaluation étaient habituellement fournis aux autres étudiants des deuxième et troisième cycles dans la situation de l'appelante. On doit s'en remettre à cette conclusion de fait. Ni l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, quand il est habituellement exercé d'une certaine manière, ni l'élément de l'évaluation personnelle attaché à ces services n'empêchent nécessairement la Loi de s'appliquer tant en principe qu'en raison de la conclusion de fait du membre désigné.

Le juge Major (dissent): La remise d'une clé ou d'un formulaire d'évaluation ne constituait pas un service «habituellement offert au public» au sens de l'art. 3 de la Loi et, par conséquent, le membre désigné n'avait pas compétence pour examiner la plainte de l'appelante. Les lois en matière de droits de la personne devraient, dans la mesure du possible, recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet visé, mais cette interprétation doit être réaliste. Si, en l'espèce, on donnait à l'art. 3 la portée recherchée dans les présents pourvois, il n'y aurait en fait aucun service qui ne serait pas visé par l'expression «services habituellement offerts au public». Les universités, comme les autres établissements publics, n'échappent pas à l'application de la Loi. Il est clair que cette dernière s'appliquerait aux services four-

the university that are customarily available to members of the public. However, the discretion exercised by the School's Director in refusing the appellant the key to a university building, and by a faculty member in refusing to fill out a rating sheet on her behalf, are matters unique to the university. If the student has been unfairly treated in respect of those matters, the remedy lies with the administrators of the university and not with the Human Rights Council.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; **distinguished:** *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435; **not followed:** *Beattie v. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718; **disapproved:** *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536; **referred to:** *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Charter v. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134; *Nova Scotia (Human Rights Commission) v. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100; *Sonnenberg v. Lang* (1989), 100 N.B.R. (2d) 413 (Q.B.), rev'g (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Bd. Inq.) on the jurisdictional issue; *New Brunswick School District No. 15 v. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426; *Kelly v. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216; *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666; *Rawala v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Bourque v. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746; *LeDrew v. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259; *Peters v. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193; *Bloedel v. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R. 446 (Sask. C.A.), rev'g (1987), 8 C.H.R.R. D/4240

nis aux membres du public qui demandent leur admission à l'université et aux services fournis au sein de l'université qui sont habituellement offerts au public. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire que le directeur de l'École a exercé en refusant de remettre à l'appelante une clé donnant accès à l'édifice de l'université et celui qu'un membre du corps professoral a exercé en refusant de remplir un formulaire d'évaluation en son nom sont propres à l'université. L'étudiant qui n'a pas été traité de façon équitable en ce qui concerne ces activités doit s'adresser aux administrateurs de l'université et non pas au Human Rights Council pour obtenir réparation.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; **distinction d'avec l'arrêt:** *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435; **arrêt non suivi:** *Beattie c. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718; **arrêt critiqué:** *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536; **arrêts mentionnés:** *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Charter c. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134; *Nova Scotia (Human Rights Commission) c. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100; *Sonnenberg c. Lang* (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 413 (B.R.), inf. (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Comm. d'enq.) sur la question de la compétence; *New Brunswick School District No. 15 c. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426; *Kelly c. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216; *Hobson c. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666; *Rawala c. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057; *Bourque c. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746; *LeDrew c. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259; *Peters c. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193; *Bloedel c. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R.

(Q.B.), aff'g (1987), 8 C.H.R.R. D/4139 (Bd. Inq.) (*sub nom. Chambers v. Saskatchewan (Department of Social Services)*); *Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.)*, Branch No. 255 (1990), 11 C.H.R.R. D/357; *Calgary Board of Education v. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (Alta. Q.B.), aff'd (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) v. Alberta (Human Rights Commission)*).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 12.
Fair Practices Act, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 4(1).
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1) [rep. & sub. 1976, c. 31, s. 2; am. 1985, c. 30, s. 7; 1992, c. 30, s. 5].
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 4 [rep. & sub. 1991, c. 12, s. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 2(1).
Human Rights Act, R.S.Y. 1986, c. 11 (Supp.), s. 8.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 3.
Human Rights Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, c. 43, s. 2.
Human Rights Code, R.S.N. 1990, c. H-14, s. 6(1).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M., c. H175, s. 13(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 3 [am. 1985, c. 33, s. 2; 1990, c. 23, ss. 2, 3].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, c. 209, s. 3.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 12 [am. 1989-90, c. 23, s. 8].

Authors Cited

Baer, Marvin G. "A Famous Victory: Insurance Corporation of British Columbia v. Robert C. Heerspink and Director, Human Rights Code" (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299.
 Greschner, Donna. "Why *Chambers* is Wrong: A Purposive Interpretation of 'Offered to the Public'" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161.

446 (C.A. Sask.), inf. (1987), 8 C.H.R.R. D/4240 (B.R.), conf. (1987), 8 C.H.R.R. D/4139 (Comm. d'enq.) (*sub nom. Chambers c. Saskatchewan (Department of Social Services)*); *Singh c. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.)*, Branch No. 255 (1990), 11 C.H.R.R. D/357; *Calgary Board of Education c. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (B.R. Alb.), conf. par (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) c. Alberta (Human Rights Commission)*).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 12.
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, art. 13(1).
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 4 [abr. & rempl. 1991, ch. 12, art. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 2(1).
Human Rights Act, R.S.Y. 1986, ch. 11 (suppl.), art. 8.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 3.
Human Rights Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, ch. 43, art. 2.
Human Rights Code, R.S.N. 1990, ch. H-14, art. 6(1).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 3 [mod. 1985, ch. 33, art. 2; 1990, ch. 23, art. 2, 3].
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, ch. 209, art. 3.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi prohibant la discrimination, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 4(1).
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, art. 5(1) [abr. & rempl. 1976, ch. 31, art. 2; mod. 1985, ch. 30, art. 7; 1992, ch. 30, art. 5].
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 12 [mod. 1989-90, ch. 23, art. 8].

Doctrine citée

Baer, Marvin G. «A Famous Victory: Insurance Corporation of British Columbia v. Robert C. Heerspink and Director, Human Rights Code» (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299.
 Greschner, Donna. «Why *Chambers* is Wrong: A Purposive Interpretation of 'Offered to the Public'» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161.

Keene, Judith. *Human Rights in Ontario*. Toronto: Carswell, 1983.

Keene, Judith. *Human Rights in Ontario*. Toronto: Carswell, 1983.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58, affirming a decision of Lander J. (1988), 10 C.H.R.R. D/6112, which set aside a decision of the British Columbia Council of Human Rights (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. Appeals allowed, Major J. dissenting.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58, qui a confirmé une décision du juge Lander (1988), 10 C.H.R.R. D/6112, qui avait annulé une décision du British Columbia Council of Human Rights (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. Pourvois accueillis, le juge Major est dissident.

David W. Mossop, for the appellant/respondent Berg.

David W. Mossop, pour l'appellante/intimée Berg.

George H. Copley, for the appellant/respondent the British Columbia Council of Human Rights.

George H. Copley, pour l'appellant/intimé le British Columbia Council of Human Rights.

Bruce F. Fraser, Q.C., for the respondent the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences.

Bruce F. Fraser, c.r., pour l'intimée l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique.

William F. Pentney, for the intervener.

William F. Pentney, pour l'intervenante.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LAMER C.J.—

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Facts

I. Les faits

On July 2, 1985, Janice Berg filed a complaint against the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences (the "School"), alleging

Le 2 juillet 1985, Janice Berg a déposé une plainte contre l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique (l'«École»), dans laquelle elle alléguait

that the University of British Columbia and the School of Family and Nutritional Sciences discriminated against me with respect to a service customarily available to the public because of a mental disability, contrary to Section 3 of the Human Rights Act of British Columbia.

[TRADUCTION] que l'Université de la Colombie-Britannique et l'École des sciences de la famille et de l'alimentation ont, en raison d'une déficience mentale, agi de façon discriminatoire envers moi à l'égard de services habituellement offerts au public, contrairement à l'article 3 de la Human Rights Act de la Colombie-Britannique.

Since the early 1970's, Berg has had a history of controllable recurrent depression. In 1979, she was accepted into the Master's program of the School. As a student, Berg consistently performed above

Depuis le début des années 1970, M^{me} Berg souffre de dépression chronique qui peut être contrôlée. En 1979, elle a été admise au programme de maîtrise de l'École. Elle a obtenu régulièrement

average and, following her nomination by the School, was awarded a National Research Council Scholarship. Although she experienced a recurrence of depression in the fall of 1981, she continued to attend classes and, according to the evidence, was capable of responding to the same demands and expectations as other students.

In the fall of 1981, on a particularly stressful day, Berg wrote "I am dead" on the mirror in the School's washroom. Later the same day, when frightened upon seeing RCMP and security personnel in the hall, she attempted to jump through a plate glass window. These events were referred to as the "incident" in the judgments.

In August 1982, Berg was advised by one of the School's instructors, Dr. Schwartz, that one of the requirements which had to be satisfied in order for a student to be considered for a Canadian Dietetic Association ("CDA") hospital internship was that the School submit a rating sheet completed by faculty members. Berg was further advised that the blank forms were sent to Dr. Schwartz and that, upon a request from a student, faculty members were to fill out the rating sheets. In August 1983, Berg applied through the CDA for an internship and asked Dr. Schwartz that a rating sheet be completed on her behalf. Dr. Schwartz refused to arrange the completion of the rating sheet on the basis of her "experience of" Berg and her "observation of [Berg's] behaviour and her problems." Dr. Schwartz testified that she was not obliged to fill out the sheet and that she had refused to do so on a number of occasions every year. However, the Director of the School, Dr. Rodgers, testified that he had never heard of a student other than Berg being denied a rating sheet.

des résultats scolaires supérieurs à la moyenne et, après que sa candidature eut été retenue par l'École, elle s'est vu accorder une bourse du Conseil national de recherches. Bien qu'elle ait connu un nouvel accès de dépression pendant l'automne 1981, elle a continué d'assister aux cours et, selon la preuve, elle a pu répondre aux mêmes exigences et aux mêmes attentes que les autres étudiants.

À l'automne de 1981, pendant une journée particulièrement stressante, M^{me} Berg a écrit [TRADUCTION] «Je suis morte» sur le miroir des toilettes de l'École. Plus tard le même jour, effrayée à la vue d'agents de la GRC et d'agents de sécurité dans l'entrée de l'immeuble, elle a essayé de passer à travers une baie vitrée. Dans les jugements, on parle de l'«incident» pour désigner ces événements.

En août 1982, M^{me} Berg a été informée par l'un des professeurs de l'École, M^{me} Schwartz, que l'une des conditions que devait remplir l'étudiant désireux d'être admis à l'internat en milieu hospitalier de l'Association canadienne des diététistes («ACD») était que l'École présente un formulaire d'évaluation rempli par des membres du corps professoral. Madame Berg a également été avisée que les formulaires en blanc avaient été envoyés à M^{me} Schwartz et qu'à la demande d'un étudiant les membres du corps professoral devaient remplir les formulaires d'évaluation. En août 1983, M^{me} Berg s'est adressée à l'ACD pour être admise à l'internat et a demandé à M^{me} Schwartz de faire remplir un formulaire d'évaluation en son nom. Madame Schwartz a refusé de prendre les mesures nécessaires pour que soit rempli le formulaire, en raison de [TRADUCTION] «ce qu'elle connaissait» de M^{me} Berg et de [TRADUCTION] «ce qu'elle avait pu remarquer au sujet du comportement et des problèmes de [M^{me} Berg]». Madame Schwartz a témoigné qu'elle n'était pas tenue de remplir le formulaire et qu'elle avait refusé de le faire à un certain nombre de reprises chaque année. Toutefois, le directeur de l'École, M. Rodgers, a témoigné qu'il n'avait jamais entendu dire qu'un autre étudiant que M^{me} Berg s'était vu refuser un formulaire d'évaluation.

In 1984, Berg applied but was denied entry to a dietetic internship at Vancouver General Hospital. Douglas J. Wilson, the member-designate of the British Columbia Council of Human Rights who conducted the inquiry, found that the decision was based on the School's refusal to provide a rating sheet when it was first requested.

Graduate students were also granted keys to facilitate their after-hours building access. Berg had a key to the School's old building, but when the School moved to new premises in 1982, Berg was denied a key although other graduate students were provided with one and she was never asked to surrender her key to the old building after the incident. Assured by a physician that there was no risk, Dr. Rodgers issued Berg a key approximately one year after she had first requested one. The member-designate found that the refusal caused Berg humiliation and embarrassment.

In his decision, the member-designate found that the School had contravened s. 3 of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, by denying Berg a key to the School and by denying her a rating sheet by reason of her mental disability: (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. He awarded her \$2,000 for the indignity and humiliation she suffered.

The School sought judicial review of that decision and a declaration that the member-designate lacked jurisdiction to make his decision and erred in his interpretation of the Act. Lander J. of the British Columbia Supreme Court set aside the decision of the member-designate: (1988), 10 C.H.R.R. D/6112. Berg and the Human Rights Council (the "Council") appealed the decision to the British Columbia Court of Appeal which dismissed the appeals: (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58.

En 1984, M^{me} Berg a demandé, sans succès, d'être admise à un internat en diététique au Vancouver General Hospital. Douglas J. Wilson, le membre désigné du British Columbia Council of Human Rights qui a mené l'enquête, a conclu que la décision était fondée sur le refus de l'École de produire un formulaire d'évaluation lorsqu'on lui avait demandé de le faire pour la première fois.

Les étudiants des deuxième et troisième cycles recevaient également une clé leur permettant d'accéder plus facilement à l'édifice en dehors des heures d'ouverture. Madame Berg possédait une clé donnant accès à l'ancien édifice de l'École, mais, lorsque celle-ci a déménagé dans de nouveaux locaux en 1982, on n'a pas voulu remettre une clé à M^{me} Berg même si les autres étudiants des deuxième et troisième cycles en avaient reçu une, et on ne lui a jamais demandé après l'incident de remettre la clé de l'ancien édifice. Comme un médecin l'avait assuré qu'il n'y avait aucun risque, M. Rodgers a remis une clé à M^{me} Berg environ un an après qu'elle en eut fait la demande pour la première fois. Le membre désigné a jugé que ce refus avait été une cause d'humiliation et d'embarras pour M^{me} Berg.

Dans sa décision, le membre désigné a conclu que l'École avait contrevenu à l'art. 3 de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, en refusant de fournir à M^{me} Berg une clé donnant accès à l'École ainsi qu'un formulaire d'évaluation en raison de sa déficience mentale: (1987), 9 C.H.R.R. D/4673. Il lui a accordé une somme de 2 000 \$ pour l'outrage et l'humiliation qu'elle a subis.

L'École a demandé le contrôle judiciaire de cette décision et un jugement déclarant que le membre désigné n'avait pas compétence pour rendre sa décision et qu'il avait commis une erreur dans l'interprétation qu'il avait donnée à la Loi. Le juge Lander de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a annulé la décision du membre désigné: (1988), 10 C.H.R.R. D/6112. Madame Berg et le Human Rights Council (le «Conseil») ont interjeté appel de cette décision auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a rejeté les appels: (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58,

Berg and the Council then sought and obtained leave to appeal to this Court, [1992] 1 S.C.R. vi.

1 W.A.C. 58. Madame Berg et le Conseil ont alors sollicité et obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1992] 1 R.C.S. vi.

II. Statutory Framework

^a II. Le cadre législatif

The British Columbia *Human Rights Act*, like many human rights statutes, contains words limiting the application of the Act. At the time of Berg's complaint, s. 3 of the British Columbia Act provided as follows:

La *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, comme beaucoup de lois en matière de droits de la personne, contient des termes qui en limitent l'application. Au moment du dépôt de la plainte de M^{me} Berg, l'art. 3 de cette loi de la Colombie-Britannique prévoyait ce qui suit:

3. No person shall

[TRADUCTION] 3. Nul ne doit

(a) deny to a person or class of persons any accommodation, service or facility customarily available to the public, or

^e a) priver une personne ou une catégorie de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, ou

(b) discriminate against a person or class of persons with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public,

b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une catégorie de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, physical or mental disability or sex of that person or class of persons unless the discrimination relates, in the case of sex, to the maintenance of public decency or, in the case of sex or physical or mental disability, to the determination of premiums or benefits under contracts of life or health insurance.

^e à cause de la race, de la couleur, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la religion, de l'état matrimonial, de la déficience physique ou mentale ou du sexe de cette personne ou de cette catégorie de personnes, à moins que la distinction ne se rapporte, dans le cas du sexe, au maintien de la décence ou, dans le cas du sexe ou de la déficience physique ou mentale, à la détermination de primes ou de prestations en vertu de contrats d'assurance-vie ou d'assurance-santé.

Thus, the legislature demonstrated an intention to restrict the application of the Act to what may be described, subject to considerable refinement below, accommodations, services or facilities provided in the "public" sphere. Although many legislatures have chosen different verbal formulae to so restrict the application of human rights legislation, the basic motivation behind such limiting words is clear: the legislature did not wish human rights legislation to regulate all of the private activities of its citizens. In this respect, the comments of Lord Reid in *Charter v. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512 (H.L.), at p. 516, are applicable:

^g La législature a donc manifesté l'intention de limiter l'application de la Loi à ce qui peut être décrit, sous réserve des précisions importantes apportées plus loin, comme le logement, les services ou les installations fournis dans le domaine «public». Même si bien des législatures ont retenu des formulations différentes pour limiter ainsi l'application de leur loi en matière de droits de la personne, le motif fondamental qui sous-tend de tels termes restrictifs est évident: la législature ne voulait pas que la loi en matière de droits de la personne régisse toutes les activités privées de ses citoyens. Les observations de lord Reid dans l'arrêt *Charter c. Race Relations Board*, [1973] 1 All E.R. 512 (H.L.), à la p. 516, s'appliquent à cet égard:

I would infer from the Act as a whole that the legislature thought all discrimination on racial grounds to be deplorable but thought it unwise or impracticable to

^j [TRADUCTION] Je déduirais de la Loi dans son ensemble que la législature pensait que toute discrimination fondée sur des motifs raciaux était déplorable, mais ne

attempt to apply legal sanctions in situations of a purely private character.

It hardly requires repeating, however, that the words "public" and "private" have no self-evident meaning, and serve as the starting point, rather than the conclusion, of the analysis in this case.

Unlike many human rights codes, the British Columbia Act at the relevant time did not contain any defence to a finding that a complainant had been denied accommodations, services or facilities on prohibited grounds. That is, it was not open to the respondent School to argue that the treatment of the complainant, although based on a prohibited ground of discrimination, was nevertheless reasonably justified. As I discuss below, this aspect of the legislation may have influenced the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case. Section 3 of the Act has since been amended by S.B.C. 1992, c. 43, s. 2. It now reads:

3. (1) No person, without a bona fide and reasonable justification, shall

- (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 with respect to 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. [Emphasis added.]

The School's application for judicial review of the decision of the member-designate was brought under s. 3 of the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209:

3. The power of the court to set aside a decision because of error of law on the face of the record on an application for relief in the nature of certiorari is extended so that it applies to an application for judicial review in relation to a decision made in the exercise of a

croyait pas sage ou pratique d'essayer d'appliquer des sanctions légales dans des cas de nature purement privée.

Toutefois, il n'est guère nécessaire de répéter que les mots «public» et «privé» n'ont pas un sens évident en soi et qu'ils servent de point de départ, plutôt que de conclusion, à l'analyse dans la présente affaire.

Contrairement à de nombreux codes des droits de la personne, la loi de la Colombie-Britannique ne prévoyait, à l'époque en question, aucun moyen de défense opposable à une conclusion qu'un plaignant avait été privé d'un logement, de services ou d'installations pour des motifs illicites. C'est-à-dire que l'École intimée ne pouvait pas soutenir que le traitement accordé à la plaignante, bien que fondé sur un motif de distinction illicite, était néanmoins raisonnablement justifié. Comme nous le verrons plus loin, cet aspect de la Loi a peut-être influé sur la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce. L'article 3 de la Loi a depuis été modifié par S.B.C. 1992, ch. 43, art. 2. Il se lit ainsi désormais:

[TRADUCTION] 3. (1) Nul ne doit, sans une justification réelle et raisonnable,

- a) priver une personne ou une catégorie de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, ou
- b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une catégorie de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public

à cause de la race, de la couleur, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la religion, de l'état matrimonial, de la situation de famille, de la déficience physique ou mentale, du sexe ou de l'orientation sexuelle de cette personne ou de cette catégorie de personnes. [Je souligne.]

L'École s'est fondée sur l'art. 3 de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 209, pour demander le contrôle judiciaire de la décision du membre désigné:

[TRADUCTION] 3. Le pouvoir de la cour d'annuler une décision pour cause d'erreur de droit apparente à la lecture du dossier, à la suite d'une demande de réparation de la nature d'un certiorari est élargi de façon à s'appliquer à une demande de contrôle judiciaire concernant

statutory power of decision to the extent it is not limited or precluded by the enactment conferring the power of decision.

une décision rendue dans l'exercice d'un pouvoir décisionnel conféré par la loi dans la mesure où il n'est pas limité ou exclu par la loi qui confère ce pouvoir décisionnel.

The *Human Rights Act* contains no privative clause, nor does the Act contain an appeal procedure.

^a La *Human Rights Act* ne contient aucune clause privative ni n'établit aucune procédure d'appel.

III. The Judgments Below

^b III. Les juridictions inférieures

British Columbia Council of Human Rights

British Columbia Council of Human Rights

The member-designate accepted that Berg's mental illness was a mental disability under the Act, and did not accept that the School had reasonably accommodated Berg's disability. He then addressed each of Berg's eight complaints, which were:

^c Le membre désigné a reconnu que la maladie mentale de M^{me} Berg constituait une déficience mentale selon la Loi, mais il n'a pas reconnu que l'École avait composé raisonnablement avec la déficience de M^{me} Berg. Il a ensuite examiné chacune des huit plaintes de M^{me} Berg, où il était allégué:

(i) that she was excluded from faculty activities,

^d (i) qu'elle a été exclue de certaines activités de la faculté,

(ii) that she was harassed during the oral defence of her thesis,

^e (ii) qu'elle a été harcelée pendant qu'elle défendait sa thèse,

(iii) that the School disclosed her mental illness to a prospective employer,

(iii) que l'École a divulgué sa maladie mentale à un employeur éventuel,

(iv) that the School made adverse decisions with regard to her welfare and progress,

^f (iv) que l'École a rendu des décisions nuisibles à son bien-être et à son avancement,

(v) that she was denied enrolment in two courses,

(v) qu'on lui a refusé la possibilité de s'inscrire à deux cours,

(vi) that her computer funds were withdrawn without reason,

^g (vi) qu'on lui a retiré sans raison les fonds destinés à l'usage de l'informatique,

(vii) that she was denied a key to the faculty building when she first requested one, and

(vii) qu'on a refusé de lui remettre une clé donnant accès à l'édifice de la faculté lorsqu'elle en a fait la demande pour la première fois, et

(viii) that she was denied a rating sheet necessary to secure a position.

^h (viii) qu'on a refusé de lui fournir un formulaire d'évaluation nécessaire à l'obtention d'un poste.

The member-designate found that all but the last two complaints were either unsupported by Berg's evidence, or the result of reasonable or routine actions by the School unrelated to Berg's mental disability.

ⁱ Le membre désigné a conclu que toutes les plaintes, sauf les deux dernières, étaient sans fondement selon la preuve produite par M^{me} Berg ou résultaient de mesures raisonnables ou courantes de l'École qui n'avaient rien à voir avec la déficience mentale de M^{me} Berg.

However, with respect to the key, the member-designate found that the key had been denied

^j Toutefois, en ce qui concerne la clé, le membre désigné a conclu qu'on avait refusé de la remettre

solely on the basis of Dr. Rodgers' scant, second-hand knowledge of Berg's mental disability and Dr. Schwartz's reaction to it, and as a result was neither reasonable nor responsible.

As for the rating sheet, Dr. Schwartz's testimony that there was no obligation for any faculty member to provide such a sheet was seriously undermined, the member-designate found, by Dr. Rodgers' testimony that he knew of no other student who had ever been denied such a rating sheet. Furthermore, the member-designate noted that the School did file two rating sheets for Berg after she filed human rights complaints. The member-designate also found that there was no directive or policy produced by the School indicating that its faculty members were not required to provide such rating sheets. This refusal, the member-designate found, was the result of Berg's mental disability (at p. D/4680):

Therefore, the only reasonable explanation for Dr. Schwartz's refusal to complete the rating sheet is that she was influenced by both the events leading up to "the incident," whereby the close relationship of Dr. Schwartz as [Berg's] helper and advisor ended, and the events of "the incident" itself.

Accordingly, the member-designate found that the School violated the Act by denying Berg a key to the faculty building and by denying her a rating sheet, both because of her mental disability.

British Columbia Supreme Court

The first issue considered by Lander J. was whether the provision of a key or a rating sheet constituted a "service customarily available to the public". He first noted that the member-designate did not provide reasons as to his conclusion that s. 3 of the Act applied, but rather proceeded upon

uniquement en raison de la connaissance insuffisante et de seconde main que M. Rodgers avait de la déficience mentale de M^{me} Berg et en raison de la réaction de M^{me} Schwartz face à cette déficience, et que pareil refus n'était un geste ni raisonnable ni responsable.

Quant au formulaire d'évaluation, le membre désigné a conclu que le témoignage de M^{me} Schwartz voulant que les membres du corps professoral ne soient pas tenus de fournir un tel formulaire a été grandement ébranlé par le témoignage de M. Rodgers selon lequel, à sa connaissance, aucun autre étudiant ne s'était jamais vu refuser un tel formulaire d'évaluation. En outre, le membre désigné a remarqué que l'École a effectivement produit deux formulaires d'évaluation pour M^{me} Berg après qu'elle eut déposé des plaintes fondées sur les droits de la personne. Le membre désigné a également conclu que l'École n'avait produit aucune directive ou politique indiquant que les membres de son corps professoral n'étaient pas tenus de fournir ces formulaires d'évaluation. Ce refus, de conclure le membre désigné, découlait de la déficience mentale de M^{me} Berg (à la p. D/4680):

[TRADUCTION] Par conséquent, la seule explication raisonnable du refus de M^{me} Schwartz de remplir le formulaire d'évaluation est qu'elle a été influencée tant par les événements qui ont conduit à «l'incident» et qui ont mis fin à la relation étroite qu'entretenait M^{me} Schwartz en tant qu'aide et conseillère [de M^{me} Berg], que par les événements constituant «l'incident» lui-même.

Le membre désigné a donc jugé que l'École avait contrevenu à la Loi en refusant de remettre à M^{me} Berg une clé donnant accès à l'édifice de la faculté et en refusant de remplir un formulaire d'évaluation en raison, dans les deux cas, de sa déficience mentale.

Cour suprême de la Colombie-Britannique

La première question examinée par le juge Lander était de savoir si la remise d'une clé ou d'un formulaire d'évaluation constituait un «service habituellement offert au public». Il a d'abord noté que le membre désigné n'a pas donné de raisons à l'appui de sa conclusion que l'art. 3 de la Loi s'ap-

the assumption that he had jurisdiction. Lander J. relied on Martland J.'s emphasis on the limiting nature of s. 3 in *Gay Alliance Toward Equality v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435, and then applied the reasoning in *Beattie v. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718 (N.S.C.A.). While Lander J. accepted that human rights legislation must be interpreted liberally, he nevertheless concluded (at p. D/6114):

How can it be said that [Berg] was seeking a service customarily available to the public? She was a graduate student seeking a rating sheet from a professor who was not under any duty to provide it. The university policies did not dictate that rating sheets or references for students be provided. The rating sheet was a document of an organization independent of the university.

The other issues, and specifically the key to the faculty building, must also fail because of the above reasons. I, therefore, have concluded that the decision of the Member Designate of the Human Rights Council dated December 24th, 1987, must be set aside and I so order.

British Columbia Court of Appeal

Although Legg J.A. assumed, in his decision for the court, that the provision of a rating sheet or a key to the building was an "accommodation, service or facility", noting that the word "service" was to be interpreted broadly, he did not agree that it constituted a service "customarily available to the public" within the meaning of s. 3 of the Act. In reaching that conclusion, he referred to decisions of this Court stating that human rights legislation should be interpreted so as to advance the broad policy consideration underlying it, but he also argued that this did not mean that the ordinary meaning of words should be strained. He held that the reasoning in *Beattie* applied in this case and dismissed Berg's submission that it was not a sound decision and that (following the decisions of this Court in *Insurance Corporation of British*

pliquait, mais que celui-ci a plutôt agi en tenant pour acquis qu'il avait compétence pour le faire. Le juge Lander a invoqué l'accent que le juge Martland a mis sur la nature restrictive de l'art. 3, dans l'arrêt *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435, et il a ensuite appliqué le raisonnement suivi dans l'arrêt *Beattie c. Governors of Acadia University* (1976), 72 D.L.R. (3d) 718 (C.A.N.-É.). Bien que le juge Lander ait convenu que la législation en matière de droits de la personne doit être interprétée de façon libérale, il a néanmoins conclu (à la p. D/6114):

[TRADUCTION] Comment peut-on dire que [M^{me} Berg] tentait d'obtenir des services habituellement offerts au public? C'était une étudiante de deuxième cycle qui essayait d'obtenir un formulaire d'évaluation d'un professeur qui n'était aucunement tenu de le lui fournir. Les politiques de l'université ne prescrivent pas la remise de formulaires d'évaluation ou de références concernant les étudiants. Le formulaire d'évaluation était un document d'un organisme indépendant de l'université.

Les autres moyens, et particulièrement celui relatif à la clé donnant accès à l'édifice de la faculté, doivent aussi échouer pour les raisons susmentionnées. J'ai donc conclu que la décision rendue par le membre désigné du Human Rights Council, le 24 décembre 1987, devait être annulée et j'ai rendu une ordonnance en ce sens.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Même si le juge Legg a présumé, dans l'arrêt qu'il a rendu au nom de la cour, que la remise d'un formulaire d'évaluation ou d'une clé donnant accès à l'édifice constituait un «logement, des services ou des installations», faisant remarquer que le mot «services» devait recevoir une interprétation large, il n'était pas d'accord pour dire qu'il s'agissait de services «habituellement offerts au public» au sens de l'art. 3 de la Loi. Pour arriver à cette conclusion, il s'est reporté à des arrêts où notre Cour a statué que les lois en matière de droits de la personne devraient être interprétées de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui les sous-tendent, mais il a également soutenu que cela ne signifiait pas qu'il fallait forcer le sens ordinaire des mots. Il a jugé que le raisonnement de l'arrêt *Beattie* s'appliquait en l'espèce et il

Columbia v. Heerspink, [1982] 2 S.C.R. 145, *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84) it would not be upheld today, noting that *Beattie* had been recently followed. He held (at p. 307 B.C.L.R.):

In my opinion, s. 3 of the Act has no application to the facilities or services of the type under consideration here which were available only to students who were registered at the university and who were enrolled as students at the school. Human rights legislation obviously applies to members of the public seeking admission or entrance to the university from outside the university. The legislation may also have a place within the university setting. It does not apply, however, to the type of service under consideration here which was only available to students with particular qualifications who were enrolled in courses at the school.

Legg J.A. also dismissed Berg's submission that the fact that accommodations, services and facilities were not provided to the public at large had not prevented legislation equivalent to s. 3 of the Act being interpreted to apply to such services or facilities, distinguishing each case submitted by Berg.

Legg J.A. felt that the provision of a service which requires the exercise of a discretion is a circumstance which may weigh against it being a service customarily available to the public, but recognized that there may be instances where such services, although discretionary, are customarily available to the public. However, he stated (at p. 309 B.C.L.R.):

But the personal nature of the assessment required by the rating sheet and the discretionary nature of the decision whether to provide such assessment to the individual student indicate that under all the circumstances of this case the providing of the rating sheet was not an accommodation, service or facility that was customarily made available to members of the public.

a à rejeté l'argument de M^{me} Berg selon lequel cette décision n'était pas judicieuse et (à la suite des arrêts de notre Cour *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84) ne serait pas maintenue aujourd'hui, tout en faisant observer que l'arrêt *Beattie* avait été suivi récemment. Il a dit (à la p. 307 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] À mon avis, l'art. 3 de la Loi ne s'applique pas aux installations ou aux services du genre de ceux qui sont examinés en l'espèce et qui étaient offerts seulement aux étudiants qui étaient inscrits à l'université et faisaient partie de l'école. La loi en matière de droits de la personne s'applique évidemment aux membres du public qui cherchent à être admis ou à entrer à l'université. Cette loi peut également avoir sa place au sein de l'université. Elle ne s'applique pas, cependant, au genre de services en cause en l'espèce, qui étaient offerts seulement à des étudiants qui remplissaient des conditions particulières et étaient inscrits aux cours de l'école.

Faisant une distinction d'avec chaque arrêt invoqué par M^{me} Berg, le juge Legg a également rejeté l'argument de cette dernière voulant que le fait que le logement, les services et les installations n'étaient pas fournis au grand public n'avait pas empêché que des dispositions législatives équivalentes à l'art. 3 de la Loi soient interprétées de façon à s'appliquer à de tels services ou installations.

Le juge Legg a considéré que la fourniture d'un service qui exige l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire est un facteur qui peut empêcher de considérer ce service comme étant habituellement offert au public, mais il a reconnu qu'il peut y avoir des cas où de tels services, quoique discrétionnaires, sont habituellement offerts au public. Toutefois, il a affirmé (à la p. 309 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] Mais le caractère personnel de l'appréciation requise par le formulaire d'évaluation et le caractère discrétionnaire de la décision de fournir ou non une telle appréciation à un étudiant en particulier indiquent que, selon toutes les circonstances de la présente affaire, la remise d'un formulaire d'évaluation ne constituait pas un logement, un service ou une installation qui étaient habituellement offerts au public.

As to the issue of the key, Legg J.A. expressed doubts that Berg had filed a complaint on this issue which complied with the requirements of the Act. However, he held that the denial of a key was not a denial of an accommodation, service or facility customarily available to the public, nor was the refusal discrimination with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public. Legg J.A. followed the same reasoning he applied to the rating sheet and held, considering the circumstances, that the decision was discretionary. Thus, he concluded that the member-designate had no jurisdiction to determine a complaint in regard to the denial of a key or to determine whether there was discrimination with regard to the refusal to provide a key to Berg.

IV. Issues

- (a) What is the standard of judicial review of the member-designate's decision?
- (b) Do services or facilities offered by a university to a student already enrolled in the university come within the protection afforded by s. 3 of the Act against discrimination in the provision of "accommodations, services or facilities customarily available to the public"?
- (c) Does the element of discretion or personal evaluation in the providing of a service or facility affect the applicability of the protection afforded in s. 3 of the Act against discrimination in the provision of such a service or facility?

V. Analysis

A. The Standard of Review

Recently, in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, this Court considered the appropriate standard of judicial review of certain decisions of human rights tribunals. La Forest J. wrote that courts have deferred to administrative tribunals' reasonable decisions on questions of law where those tribunals are protected by a privative clause. He also noted that courts have also deferred

Quant à la question de la clé, le juge Legg doutait que M^{me} Berg ait déposé à ce sujet une plainte qui était conforme aux exigences de la Loi. Cependant, il a conclu que le refus de remettre une clé n'était ni un refus de fournir un logement, des services ou des installations habituellement offerts au public, ni un acte discriminatoire à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public. Le juge Legg a suivi le même raisonnement qu'il a appliqué au formulaire d'évaluation, pour conclure que, compte tenu des circonstances, il s'agissait d'une décision discrétionnaire. Il a donc conclu que le membre désigné n'avait pas le pouvoir de trancher une plainte au sujet du refus de remettre une clé, ni de déterminer s'il y avait eu discrimination en ce qui concerne le refus de fournir une clé à M^{me} Berg.

d IV. Les questions en litige

- a) Quelle est la norme de contrôle judiciaire de la décision du membre désigné?
- b) Les services ou les installations offerts par une université à un étudiant déjà inscrit à cette université sont-ils visés par la protection que l'art. 3 de la Loi accorde contre la discrimination dans la fourniture «d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public»?
- c) L'élément de discrétion ou d'évaluation personnelle dans la fourniture de services ou d'installations influe-t-il sur l'applicabilité de la protection que l'art. 3 de la Loi accorde contre la discrimination dans la fourniture de tels services ou installations?

h V. Analyse

A. La norme de contrôle

Récemment, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, notre Cour a examiné la norme appropriée du contrôle judiciaire de certaines décisions des tribunaux des droits de la personne. Le juge La Forest a affirmé que les cours de justice s'en sont remises aux décisions raisonnables que des tribunaux administratifs avaient rendues sur des questions de droit, dans les

to tribunals not so protected, for reasons of relative expertise, but observed (at p. 584) that, in relation to general questions of law such as the one in question in that case,

the position of a human rights tribunal is not analogous to a labour board (and similar highly specialized bodies) to which, even absent a privative clause, the courts will give a considerable measure of deference on questions of law falling within the area of expertise of these bodies because of the role and functions accorded to them by their constituent Act in the operation of the legislation.

Accordingly, La Forest J. concluded (at p. 585) that “a human rights tribunal does not appear to me to call for the same level of deference as a labour arbitrator” on such general questions of law.

As La Forest J. noted in *Mossop*, the superior expertise of a human rights tribunal does relate to fact-finding and adjudication in a human rights context, but “does not extend to general questions of law”. Turning to the issue before the Court, it is clear that the question of what constitutes a service customarily available to the public is a general question of law with wide social implications, in which the Council has no particular expertise. There being no reason why deference should be given to the Council on this question, the appropriate standard of review is one of correctness.

However, I would add the important qualification that the member-designate’s decision with respect to s. 3 includes an important factual component. Whereas the meaning and scope of the phrase “accommodation, service or facility customarily available to the public” are, in the context of s. 3, legal determinations, a determination of whether the Act applies also requires the member-designate to turn his or her mind to what is “customarily” done on the facts of the particular case.

cas où ces tribunaux étaient protégés par une clause privative. Il a également fait remarquer que les cours de justice s’en sont aussi remises à des tribunaux administratifs qui ne jouissaient pas de cette protection, en raison de leur expertise relative, mais il a fait observer (à la p. 584) que, relativement à des questions générales de droit comme celle dont il était question dans cette affaire,

la position d’un tribunal des droits de la personne n’est pas analogue à celle d’un conseil des relations du travail (ou d’un organisme similaire hautement spécialisé) à l’endroit duquel, même en l’absence d’une clause privative, les cours de justice feront preuve d’une grande retenue relativement à des questions de droit relevant de l’expertise de ces organismes en raison du rôle et des fonctions qui leur sont conférés par leur loi constitutive.

En conséquence, le juge La Forest conclut (à la p. 585) qu’«un tribunal des droits de la personne ne me paraît pas commander le même niveau de retenue qu’un arbitre» relativement à de telles questions générales de droit.

Comme le juge La Forest l’a fait remarquer dans l’arrêt *Mossop*, l’expertise supérieure d’un tribunal des droits de la personne porte sur l’appréciation des faits et sur les décisions dans un contexte de droits de la personne, mais elle «ne s’étend pas aux questions générales de droit». En ce qui concerne la question dont est saisie notre Cour, il est évident que la question de savoir ce qui constitue un service habituellement offert au public est une question générale de droit qui a de vastes répercussions sociales et relativement à laquelle le Conseil n’a aucune expertise particulière. Comme il n’y a aucune raison de faire preuve de retenue envers le Conseil à ce sujet, la norme de contrôle appropriée est celle de la justesse ou de l’absence d’erreur.

Toutefois, j’ajouterais l’importante réserve selon laquelle la décision du membre désigné en ce qui concerne l’art. 3 comporte un élément factuel important. Attendu que le sens et la portée de l’expression «logement, services ou installations habituellement offerts au public» sont des conclusions de droit dans le contexte de l’art. 3, la question de savoir si la Loi s’applique exige également que le membre désigné tienne compte de ce qui se fait «habituellement» d’après les faits de l’affaire en

That is, while there is a legal meaning to the term “customarily”, there is also the question whether, on the evidence, a “custom” has been sufficiently established and demonstrated so that a deviation from that custom may be attributable to discrimination. Therefore, while the Court will not defer to the member-designate’s interpretation of s. 3, the Court will defer to his factual findings with respect to what is or is not customarily done.

B. Section 3

(a) Interpreting Human Rights Legislation

In my reasons in *Heerspink*, I commented on the unique nature of human rights legislation (at pp. 157-58):

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the “human rights” of the people living in that jurisdiction, then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others.

Following *Heerspink*, this Court has had many occasions to comment on the privileged status of human rights legislation. In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, *supra*, McIntyre J. observed (at p. 547) that “[I]n legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.” This Court has repeatedly stressed that a broad, liberal and purposive approach is appropriate to human rights legislation, and that such legislation, according to La Forest J. in *Robichaud*, at p. 89, “must be so interpreted as to advance the broad policy considerations underlying it”. These comments serve to underline the importance of the mandate of s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which directs that “[e]very enactment is deemed remedial, and shall be given such

cause. C’est-à-dire que, bien qu’il existe une acception juridique du terme «habituellement», il s’agit également de savoir si, d’après la preuve, on a démontré suffisamment l’existence d’une «habitude» pour qu’une dérogation à cette habitude puisse être attribuable à un acte discriminatoire. Par conséquent, même si la Cour ne s’en remettra pas à l’interprétation de l’art. 3 donnée par le membre désigné, elle s’en remettra à ses conclusions de fait au sujet de ce qui se fait ou ne se fait pas habituellement.

B. Article 3

a) L’interprétation des lois en matière de droits de la personne

Dans les motifs que j’ai rédigés dans l’affaire *Heerspink*, j’ai fait observer ce qui suit au sujet de la nature exceptionnelle des lois en matière de droits de la personne (aux pp. 157 et 158):

Lorsque l’objet d’une loi est décrit comme l’énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n’y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l’entremise de leur législateur, clairement indiqué qu’ils considèrent que cette loi et les valeurs qu’elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres.

Suivant l’arrêt *Heerspink*, notre Cour a eu l’occasion à maintes reprises de faire des observations sur le statut privilégié des lois en matière de droits de la personne. Dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité, le juge McIntyre fait observer (à la p. 547) qu’«[u]ne loi de ce genre est d’une nature spéciale. Elle n’est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d’une nature qui sort de l’ordinaire. Il appartient aux tribunaux d’en rechercher l’objet et de le mettre en application.» Notre Cour n’a cessé de souligner qu’il convient de donner à une loi en matière de droits de la personne une interprétation large, libérale et fondée sur l’objet visé et que, selon le juge La Forest dans l’arrêt *Robichaud*, à la p. 89, «on doit interpréter [une telle loi] de manière à promouvoir les considérations de politique générale qui la sous-tendent». Ces observations servent à souligner l’importance de la mission de l’art. 12 de la *Loi*

fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.”

This interpretive approach does not give a board or court license to ignore the words of the Act in order to prevent discrimination wherever it is found. While this may be a laudable goal, the legislature has stated, through the limiting words in s. 3, that some relationships will not be subject to scrutiny under human rights legislation. It is the duty of boards and courts to give s. 3 a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature.

(b) Interpretation of Section 3

(i) *Analogous Provisions*

Most, but not all, human rights Acts contain similar limiting provisions. The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5, provides that discrimination on prohibited grounds in the “provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public” is prohibited. Some statutes prohibit discrimination in the same field as the British Columbia Act’s “customarily available to the public” (see Alberta’s *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 3). New Brunswick’s *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, s. 5(1), refers more broadly to services, etc., “available to the public”; Quebec’s *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 12, refers to goods and services “ordinarily offered to the public”, and the Yukon Territory’s *Human Rights Act*, R.S.Y. 1986, c. 11 (Supp.), s. 8, applies to any person “offering or providing services, goods, or facilities to the public”.

d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui dispose que «[t]out texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.»

Cette méthode d’interprétation ne permet pas à une commission ou à une cour de justice de faire abstraction des termes de la Loi pour empêcher les pratiques discriminatoires où que ce soit. Bien que ce puisse être là un but louable, la législature a affirmé, au moyen des termes restrictifs de l’art. 3, que certaines relations ne seront pas sujettes à un examen fondé sur la loi en matière de droits de la personne. Il incombe aux commissions et aux cours de justice de donner à l’art. 3 une interprétation libérale et fondée sur l’objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner l’intention de la législature.

b) L’interprétation de l’art. 3

(i) *Dispositions analogues*

La plupart des lois en matière de droits de la personne, et non pas toutes, contiennent des dispositions restrictives semblables. L’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, prévoit qu’il est interdit au «fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public» d’accomplir un acte discriminatoire fondé sur un motif illicite. Certaines lois interdisent la discrimination dans le même domaine que la disposition [TRADUCTION] «habituellement offerts au public» figurant dans la loi de la Colombie-Britannique (voir l’*Individual’s Rights Protection Act* de l’Alberta, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 3). La *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, par. 5(1), mentionne de manière plus générale les services, etc., «disponibles au public»; la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, art. 12, parle des biens et services «ordinairement offerts au public», et la *Human Rights Act* du territoire du Yukon, R.S.Y. 1986, ch. 11 (suppl.), art. 8, s’applique à toute personne qui offre ou fournit au public des services, des biens ou des installations.

Other statutes phrase the limitation in more spatial terms: see Newfoundland's *Human Rights Code*, R.S.N. 1990, c. H-14, s. 6(1) ("to which members of the public customarily have access or which are customarily offered to the public"); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 12(1) ("to which the public is customarily admitted or which are offered to the public"); the Northwest Territories' *Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 4(1) ("available in any place to which the public is customarily admitted"), and Prince Edward Island's *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 2(1) ("to which members of the public have access").

Some legislatures have addressed the issues in these appeals directly. In Manitoba, *The Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M. c. H175, s. 13(1), prohibits discrimination in the provision of a list of services "available or accessible to the public or to a section of the public", and Nova Scotia's *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 4, defines discrimination in terms of the denial of "opportunities, benefits and advantages available to other individuals or classes of individuals in society". (Emphasis added.)

The human rights legislation of Ontario (*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19) contains no such limiting words. This was not always the case in Ontario, where the former wording of the Code resulted in decisions from the Ontario Court of Appeal severely restricting the application of the legislation. It has been suggested that these decisions of the Ontario Court of Appeal were the catalyst for the amendment (see Judith Keene, *Human Rights in Ontario* (1983), at p. 14).

As is clear from this brief survey, the legislatures of the various provinces have chosen a num-

D'autres lois formulent la restriction davantage en termes d'espace: voir le *Human Rights Code* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. H-14, par. 6(1) ([TRADUCTION] «auxquels le public a habituellement accès ou qui sont habituellement offerts au public»); *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, par. 12(1) ([TRADUCTION] «auxquels le public est habituellement admis ou qui sont offerts au public»); la *Loi prohibant la discrimination* des Territoires du Nord-Ouest, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, par. 4(1) («se trouvant dans un endroit où le public est ordinairement admis»), et la *Human Rights Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, par. 2(1) ([TRADUCTION] «auxquels le public a accès»).

Certaines législatures ont abordé directement les questions visées par les présents pourvois. Au Manitoba, le *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, par. 13(1), interdit les pratiques discriminatoires dans la fourniture d'une liste de services «mis à la disposition du public ou à une partie de celui-ci ou accessibles à ce public ou à une partie de celui-ci», et la *Human Rights Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 4, définit la discrimination en fonction du refus de [TRADUCTION] «possibilités, de prestations et d'avantages offerts à d'autres individus ou catégories d'individus dans la société.» (Je souligne.)

La loi ontarienne sur les droits de la personne (*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19) ne contient aucun terme restrictif de ce genre. Ce n'a pas toujours été le cas en Ontario où l'ancien texte du Code a donné lieu à des arrêts où la Cour d'appel de l'Ontario a restreint rigoureusement l'application de la Loi. On a laissé entendre que ce sont ces arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario qui ont entraîné la modification (voir Judith Keene, *Human Rights in Ontario* (1983), à la p. 14).

Comme le démontre clairement cette brève étude, les législatures des diverses provinces ont

ber of different limiting formulae, but it is also clear that they have done so to achieve the same end. That end was simply articulated by Linden J.A. of the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391, at p. 398: "The essential aim of the wording is to forbid discrimination by enterprises which purport to serve the public." Furthermore, it appears that the specific wording of the particular sections at issue was rarely the determinative element in previous decisions. For example, Wilson J.A. (as she then was), dissenting in *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134 (C.A.), referred to the differences between provincial codes, but stated (at p. 141) that "despite the difference in wording . . . a number of the observations made by the learned Supreme Court Justices in the *Gay Alliance* case have to be considered in the context of this appeal". If human rights legislation is to be interpreted in a purposive manner, differences in wording between provinces should not obscure the essentially similar purposes of such provisions, unless the wording clearly evinces a different purpose on behalf of a particular provincial legislature. In *Rosin*, Linden J.A. rightly observed (at p. 401) that "[w]e should not inspect these statutes with a microscope, but should, as mentioned above, give them a full, large and liberal meaning consistent with their favoured status in the lexicon of Canadian legislation."

(ii) "Accommodations, Services or Facilities"

The courts below assumed, and the School conceded, that the key and rating sheet were "services" within the meaning of the Act. The real issue between the parties was whether such services were, on the correct interpretation of s. 3 and the evidence, customarily available to the public. This in turn entails two inquiries: first, whether the student body of a university (or a faculty within the university) is the "public", and if so, second,

retenu un certain nombre de formules restrictives différentes, mais il est également évident qu'elles l'ont fait dans le même but. Ce but a été énoncé de façon simple par le juge Linden de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391, à la p. 398: «Cette formulation vise essentiellement à interdire aux entreprises qui sont censées servir le public de faire preuve de discrimination.» En outre, il semble que la formulation précise des articles en cause a rarement été l'élément déterminant dans les arrêts antérieurs. Par exemple, le juge Wilson (plus tard juge de notre Cour), dissidente dans *Re Ontario Human Rights Commission and Ontario Rural Softball Association* (1979), 26 O.R. (2d) 134 (C.A.), a parlé des différences qui existent entre les codes provinciaux, mais elle a dit (à la p. 141) que [TRADUCTION] «malgré la différence que l'on constate dans la formulation [. . .] il faut prendre en considération, dans le contexte du présent appel, un certain nombre des observations que les juges de la Cour suprême ont faites dans l'arrêt *Gay Alliance*». Si les lois en matière de droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l'objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces dispositions, à moins que la formulation n'indique la poursuite d'une fin différente de la part d'une législature provinciale particulière. Dans l'arrêt *Rosin*, le juge Linden fait remarquer à juste titre (à la p. 401) que «[n]ous ne devons pas examiner ces lois à la loupe; nous devons plutôt, comme on l'a dit précédemment, leur donner une interprétation large et libérale conforme à leur statut prépondérant dans le contexte législatif canadien.»

(ii) «Logement, services ou installations»

Les tribunaux d'instance inférieure ont présumé et l'École a admis que la clé et le formulaire d'évaluation étaient des «services» au sens de la Loi. La véritable question qui se posait entre les parties était de savoir si de tels services étaient, selon la bonne interprétation de l'art. 3 et la preuve, habituellement offerts au public. À son tour, cette question en soulève deux autres: d'abord, celle de savoir si l'ensemble des étudiants d'une université

whether the services in this case were, as a matter of law and fact, customarily available to that public.

(iii) "Public"

The parties in these appeals, and the decisions on which they rely, in turn rely heavily on two previous decisions defining the limiting word "public". The first is the judgment of Martland J. in *Gay Alliance*, which is often cited as establishing an indicative, even exhaustive, list of institutions to which human rights legislation will apply. The second is *Beattie*, one of the few appellate decisions considering alleged discrimination against students already admitted to a university.

In *Gay Alliance*, a complaint was filed by the Gay Alliance Toward Equality against a newspaper, the *Vancouver Sun*, claiming that the newspaper's refusal to print its discreet advertisement was the result of discrimination against homosexuals. For the majority (Laskin C.J., Dickson and Estey JJ. dissenting), Martland J. held that there was no violation. After briefly discussing the nature of freedom of the press in Canada, Martland J. wrote (at pp. 454-55):

In my opinion the general purpose of s. 3 was to prevent discrimination against individuals or groups of individuals in respect of the provision of certain things available generally to the public. The items dealt with are similar to those covered by legislation in the United States, both federal and state. "Accommodation" refers to such matters as accommodation in hotels, inns and motels. "Service" refers to such matters as restaurants, bars, taverns, service stations, public transportation and public utilities. "Facility" refers to such matters as public parks and recreational facilities. These are all items "customarily available to the public". It is matters such as these which have been dealt with in American case law on the subject of civil rights.

Martland J. stated (at p. 455) that a corollary to the right of the freedom of the press was the newspa-

(ou d'une faculté au sein de l'université) est le «public», et ensuite, dans l'affirmative, celle de savoir si les services en l'espèce étaient, en droit et en fait, habituellement offerts à ce public.

(iii) «Public»

Les parties dans les présents pourvois, et les décisions qu'elles invoquent, s'appuient fortement à leur tour sur deux arrêts antérieurs qui définissent le terme restrictif «public». En premier lieu, il s'agit du jugement rendu par le juge Martland dans l'affaire *Gay Alliance*, que l'on cite souvent comme établissant une liste indicative, voire exhaustive, des institutions auxquelles les lois en matière de droits de la personne s'appliqueront. En second lieu, il y a l'arrêt *Beattie*, l'une des rares décisions rendues en appel qui examinent des pratiques discriminatoires dont auraient été victimes des étudiants déjà admis à une université.

Dans l'arrêt *Gay Alliance*, la Gay Alliance Toward Equality a déposé contre le journal *Vancouver Sun* une plainte dans laquelle elle prétendait que le refus du journal de publier son annonce discrète résultait d'une pratique discriminatoire à l'égard des homosexuels. Le juge Martland a conclu, au nom de la Cour à la majorité (le juge en chef Laskin et les juges Dickson et Estey étant dissidents), qu'aucune violation n'avait été commise. Après avoir examiné brièvement la nature de la liberté de la presse au Canada, le juge Martland affirme (aux pp. 454 et 455):

À mon avis, le but général de l'art. 3 est d'éviter que des individus ou des groupes d'individus soient victimes de discrimination quant à la fourniture de choses généralement offertes au public. On y vise des questions semblables à celles qui font l'objet de la législation américaine, tant celle du fédéral que celle des États. «Logement» renvoie notamment au logement dans un hôtel, une auberge ou un motel. «Services» renvoie aux restaurants, aux bars, aux tavernes, aux stations-service, aux transports et aux services publics. «Installations» renvoie aux parcs publics et aux installations récréatives. Ces commodités sont toutes «habituellement offertes au public». La jurisprudence américaine sur les libertés publiques traite de sujets de cet ordre.

Le juge Martland ajoute (à la p. 455) que le droit à la liberté de la presse comporte aussi naturellement

per's "right to refuse to publish material which runs contrary to the views which it expresses" and accordingly interpreted the limiting words of the B.C. Act to the following effect: "In my opinion the service which is customarily available to the public in the case of a newspaper which accepts advertising is a service subject to the right of the newspaper to control the content of such advertising."

Cases following *Gay Alliance* to restrict the application of human rights legislation have treated the passage quoted above as an exhaustive list, or emphasized the reference to services or facilities available "generally" to the public. For example, in *Nova Scotia (Human Rights Commission) v. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100 (N.S.C.A.), Hallett J.A. wrote, for the court (at p. 104):

Although banks have their doors open for business, the open door is a mere invitation to do business; it is not an offer to provide any particular service to everyone who walks in the door. Banks and insurance companies do not provide the type of services referred to by Martland J. in the *Gay Alliance* decision as being within the meaning of the word "services" as contained in human rights legislation similar to s. 15(1)(a) of the Nova Scotia Act.

Certain decisions of other courts and boards have sought to limit *Gay Alliance*'s influence. One of the most articulate and considered such decisions is the dissent of Wilson J.A. in *Ontario Rural Softball Association*. Wilson J.A. noted that the issue with respect to Martland J.'s reasons in *Gay Alliance* was whether the examples he provided were intended to be an exhaustive list, or whether they were merely illustrative of the intended general objects of human rights legislation. She concluded (at p. 142):

... while the illustrations given by the learned Justice are the accommodation, services and facilities which the anti-discrimination legislation was initially designed to ensure would be available to all, the case itself illustrates a totally different kind of service, namely, classified advertising in a newspaper, which was found to be

le «droit [pour un journal] de refuser de publier ce qui va à l'encontre des vues qu'il exprime» et il a donc interprété ainsi les termes restrictifs de la loi de la Colombie-Britannique: «À mon avis, le service qui est habituellement offert au public est, dans le cas d'un journal qui accepte des annonces, assujéti au droit du journal d'en contrôler le contenu.»

Dans les arrêts qui ont suivi *Gay Alliance* de manière à limiter l'application de lois en matière de droits de la personne, on a considéré le passage précité comme une liste exhaustive ou on a souligné la mention des services ou installations offerts [TRADUCTION] «généralement» au public. Par exemple, dans l'arrêt *Nova Scotia (Human Rights Commission) c. Canada Life Assurance Co.* (1992), 88 D.L.R. (4th) 100 (C.A.N.-É.), le juge Hallett affirme, au nom de la cour (à la p. 104):

[TRADUCTION] Bien que les banques soient ouvertes pour qu'on y fasse des affaires, il s'agit d'une simple invitation à y faire des affaires; ce n'est pas une offre de fournir n'importe quel service particulier à quiconque en franchit la porte. Les banques et les compagnies d'assurances ne fournissent pas le genre de services qui, d'après le juge Martland dans l'arrêt *Gay Alliance*, sont visés par le mot «services» qui figure dans les dispositions législatives sur les droits de la personne semblables à l'al. 15(1)a) de la loi de la Nouvelle-Écosse.

Certaines décisions d'autres cours de justice et de commissions ont cherché à limiter l'influence de l'arrêt *Gay Alliance*. L'une des plus claires et réfléchies de ces décisions est la dissidence du juge Wilson dans *Ontario Rural Softball Association*. Le juge Wilson a fait remarquer que la question concernant les motifs du juge Martland dans *Gay Alliance* était de savoir si les exemples qu'il donnait étaient destinés à constituer une liste exhaustive ou s'ils servaient simplement à illustrer les objets généraux visés par les lois en matière de droits de la personne. Elle a conclu (à la p. 142):

[TRADUCTION] ... bien que les exemples donnés par le juge soient le logement, les services et les installations dont les lois contre la discrimination étaient à l'origine destinées à assurer la fourniture à tous, l'affaire elle-même donne un exemple d'un genre tout à fait différent de service, à savoir une petite annonce dans un journal,

within the scope of s. 3 of the British Columbia Code as a service "customarily available to the public." I do not think therefore that it would be appropriate to refine too much on Mr. Justice Martland's illustrations. I think the learned Justice refers to them because of their historic significance in the development of the law in this area. I do not think he should be taken to have suggested that the categories of accommodation, services and facilities covered by the British Columbia section are closed.

Several decisions have repeated this analysis, including that of Daigle J. in *Sonnenberg v. Lang* (1989), 100 N.B.R. (2d) 413 (Q.B.) (overruling (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Bd. Inq.) on the jurisdictional issue), adopting *New Brunswick School District No. 15 v. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426 (N.B.C.A.). Daigle J. in *Sonnenberg*, wrote (at p. 426):

... in my opinion the majority opinion written by Martland J., although it explained the genesis of human rights contemplated by the statute concerned by providing examples of legally protected rights, did not intend to restrict services and facilities available to the public to these examples alone because it held that the classified section of the Vancouver Sun fell within the scope of the Act.

See also *Kelly v. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216 (B.C.H.R.C.), and *Hobson v. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666 (B.C.H.R.C.), which also held that the list in *Gay Alliance* was not intended to be exhaustive. Note that *Hobson* was a decision by the same member-designate (Douglas J. Wilson) who heard this complaint, in which he engaged in an extended analysis of this issue on which his decision in this complaint is silent.

Boards and courts have also noted that an important element of the dispute in *Gay Alliance* was the competing interest of the freedom of the press. Martland J. wrote (at p. 455):

qui a été considéré comme étant visé par l'art. 3 du code de la Colombie-Britannique en tant que service «habituellement offert au public». Je ne pense donc pas qu'il conviendrait de subtiliser trop sur les exemples du juge Martland. Je crois que celui-ci les mentionne en raison de leur importance historique relativement à l'évolution du droit dans ce domaine. Je ne pense pas que l'on devrait considérer qu'il a laissé entendre que les catégories de logement, de services et d'installations visées par l'article de la Colombie-Britannique sont exhaustives.

Cette analyse a été reprise dans plusieurs décisions, dont celle rendue par le juge Daigle dans *Sonnenberg c. Lang* (1989), 100 R.N.-B. (2^e) 413 (B.R.) (renversant (1987), 9 C.H.R.R. D/5100 (Comm. d'enq.) sur la question de la compétence, adoptant l'arrêt *New Brunswick School District No. 15 c. New Brunswick (Human Rights Board of Inquiry)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6426 (C.A.N.-B.). Dans la décision *Sonnenberg*, le juge Daigle écrit (à la p. 426):

[TRADUCTION] ... à mon avis, la décision majoritaire exprimée par M. le juge Martland, même en expliquant la genèse des droits de la personne visés par la loi en question en énumérant des exemples de droits protégés par la loi, n'a pas voulu restreindre les services et commodités disponibles au public à ces seuls exemples car il a en fait statué que le service de petites annonces du Vancouver Sun tombait dans le champ d'application de la loi.

Voir également *Kelly c. British Columbia* (1990), 12 C.H.R.R. D/216 (B.C.H.R.C.), et *Hobson c. British Columbia Institute of Technology* (1988), 9 C.H.R.R. D/4666 (B.C.H.R.C.), où il a été également statué qu'on n'a pas voulu que la liste figurant dans *Gay Alliance* soit exhaustive. Il convient de remarquer que la décision *Hobson* a été rendue par le même membre désigné (Douglas J. Wilson) qui a entendu la présente plainte et que, dans cette décision, il a procédé à une analyse poussée de cette question au sujet de laquelle sa décision concernant la présente plainte ne dit rien.

Les commissions et les cours de justice ont noté également qu'un élément important du litige dans *Gay Alliance* était le droit concurrent de la liberté de la presse. Le juge Martland affirme (à la p. 455):

It is true that its advertising facilities are made available, at a price, to the general public. But Sun reserved to itself the right to revise, edit, classify or reject any advertisement submitted to it for publication and this reservation was displayed daily at the head of its classified advertisement section.

The law has recognized the freedom of the press to propagate its views and ideas on any issue and to select the material which it publishes. As a corollary to that a newspaper also has the right to refuse to publish material which runs contrary to the views it expresses.

The School identified no similar competing or compelling interest in these appeals, nor did it suggest that Berg's admission was subject to any explicit restrictions or limitations on her use of its services or facilities which would justify its actions.

Berg submitted that the decision in *Gay Alliance* is obsolete, given the more recent decisions of this Court. This submission finds support in "Why Chambers is Wrong: A Purposive Interpretation of 'Offered to the Public'" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161, in which Professor Donna Greschner argues (at p. 173, note 44):

Cases which predate this line of authorities from the Supreme Court, if they have not been implicitly reversed, are now at best of dubious precedential value. *Gay Alliance* . . . could be referred to in support of narrow interpretations of human rights statutes, and specifically a narrow interpretation of "customarily available to the public". It can be treated as overruled by the decisions from the Supreme Court since 1982. The Court would need to repudiate what it has said about human rights legislation in the past five years in order to use the same approach today.

What is most often criticized about the decision in *Gay Alliance* is the fact that the limiting words of the Act were interpreted to allow the discriminatory exercise of the newspaper's discretion, even though the Act had prohibited discrimination at the "threshold" to the service or facility. That is, the newspaper could not discriminate in soliciting

Il est vrai que le public en général peut utiliser, moyennant un certain prix, les services de publicité. Mais le Sun se réserve le droit de modifier, d'annoter, de classer ou de refuser une annonce qu'on lui demande de publier et cette réserve figure chaque jour en tête de sa section des petites annonces.

Le droit a reconnu la liberté de la presse de diffuser ses opinions et ses idées et de choisir ce qu'elle publie. Conséquemment, un journal a également le droit de refuser de publier ce qui va à l'encontre des vues qu'il exprime.

L'École n'a reconnu aucun droit concurrent ou contraignant semblable dans les présents pourvois ni n'a laissé entendre que l'admission de M^{me} Berg était assujettie à quelques restrictions ou limitations expresses concernant son utilisation des services ou installations de l'École, qui justifieraient les actions de cette dernière.

Madame Berg a soutenu que l'arrêt *Gay Alliance* est désuet en raison des arrêts plus récents de notre Cour. Cet argument est étayé par un article de doctrine intitulé «Why Chambers is Wrong: A Purposive Interpretation of «Offered to the Public»» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 161, dans lequel le professeur Donna Greschner fait valoir (à la p. 173, note 44):

[TRADUCTION] Les arrêts qui ont précédé ce courant de jurisprudence de la Cour suprême, s'ils n'ont pas été infirmés implicitement, ont maintenant au mieux une valeur douteuse à titre de précédents. On pourrait mentionner *Gay Alliance* [...] à l'appui d'interprétations strictes de lois sur les droits de la personne et, particulièrement, à l'appui d'une interprétation stricte de l'expression «habituellement offerts au public». Cet arrêt peut être considéré comme ayant été renversé par des arrêts que la Cour suprême a rendus depuis 1982. La Cour devrait désavouer ce qu'elle a dit au sujet des lois sur les droits de la personne durant les cinq dernières années, pour avoir recours à la même méthode aujourd'hui.

Ce qui est le plus souvent critiqué au sujet de l'arrêt *Gay Alliance*, c'est le fait que les termes restrictifs de la Loi ont été interprétés de manière à permettre l'exercice, de façon discriminatoire, du pouvoir discrétionnaire du journal, même si la Loi avait interdit la discrimination à l'«étape de l'accès» aux services ou aux installations. C'est-à-

advertisements, but could discriminate in deciding which advertisements it would accept.

I rejected this result in *Heerspink*, where the Insurance Corporation of British Columbia claimed that its discretionary termination rights in insurance contracts were part of the service customarily available to the public and therefore beyond the scrutiny of the Act. Martland J., dissenting in *Heerspink*, applied his *Gay Alliance* reasoning to policies of insurance (at p. 156):

The appellant did not deny to the respondent the service which it customarily made available to the public. It issued a policy to him. He accepted the policy and, in so doing, agreed that his policy would be subject to the terms of Statutory Condition 5, imposed by the Legislature. That term of the contract gave to both parties the absolute right to terminate it at will. The appellant exercised its contractual right. The termination of the contract by the appellant was not a denial of a service. It was the exercise of a contractual right.

My response to this argument was as follows (at p. 159):

The suggested interpretation of “customarily available to the public” would enable an insurer to accomplish by termination of a policy that which would be clearly forbidden on an application for the issuance of a policy, and to insulate such action from any investigation of the reasons therefor. Worse it could even do with impunity, because it is done beyond the reach of the section, what under the section can never, as a matter of law, be a reasonable cause.

On this interpretation of the law, that an insurance company terminated fire insurance coverage of a building upon learning that the insured owner rented the premises to coloured persons would not even trigger s. 3. Had the company for that very same reason denied the coverage at the outset, not only would the section be triggered but also successfully for the complainant. The legislature cannot have intended such a result. [Emphasis in original.]

dire que le journal ne pouvait pas faire de discrimination en sollicitant des annonces, mais il pouvait en faire en décidant quelles annonces il accepterait.

J’ai rejeté ce résultat dans l’arrêt *Heerspink*, où l’Insurance Corporation of British Columbia prétendait que ses droits de mettre fin de façon discrétionnaire à des contrats d’assurance faisaient partie des services habituellement offerts au public et échappaient donc à l’examen fondé sur la Loi. Le juge Martland, dissident dans l’arrêt *Heerspink*, a appliqué aux polices d’assurance le raisonnement qu’il avait adopté dans l’arrêt *Gay Alliance* (à la p. 156):

L’appelante n’a pas refusé à l’intimé le service qu’elle offre habituellement au public. Elle lui a délivré une police d’assurance. Il a accepté cette police et, ce faisant, il a convenu que celle-ci serait assujettie aux dispositions de la clause légale 5 imposée par le législateur. Cette disposition du contrat accorde aux deux parties le droit absolu de le résilier à leur gré. L’appelante a exercé le droit que le contrat lui reconnaît. La résiliation du contrat par l’appelante ne constitue pas un refus de service. Il s’agit de l’exercice d’un droit contractuel.

Ma réponse à cet argument a été la suivante (à la p. 159):

L’interprétation proposée de l’expression «ordinaire-ment offerts au public» permettrait à un assureur de faire par la résiliation d’une police ce qui lui est nettement défendu à l’occasion d’une proposition d’assurance tout en soustrayant ses motifs à une enquête. Pis encore, il pourrait même faire impunément, parce qu’il le ferait hors de la portée de l’article, ce qui en vertu de l’article ne peut jamais, en droit, être une cause raisonnable.

Selon cette interprétation du droit, la résiliation par une société d’assurances d’une police d’assurance-incendie après avoir appris que le propriétaire assuré a loué les lieux assurés à des personnes de couleur ne donnerait même pas lieu à l’application de l’art. 3. Si la société refusait d’assurer pour exactement le même motif lorsqu’on lui présente une proposition d’assurance, non seulement l’article s’appliquerait, mais on donnerait raison au plaignant. Le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat. [Souligné dans l’original.]

In a comment on *Heerspink* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299, Marvin G. Baer wrote of this passage (at p. 309):

This is a succinct refutation of part of the reasoning in the *Gay Alliance* case, although Mr. Justice Lamer does not expressly say that that part of the judgment in the earlier case was wrong or should be treated as obiter dictum. While the Chief Justice and Dickson J. did not concur in this judgment, in view of their dissent in *Gay Alliance*, this may now represent the view of the majority of the Supreme Court of Canada.

This reasoning has been repeated in subsequent cases. For example, in *Rawala v. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057, the Ontario Board of Inquiry wrote (at p. D/1063):

The suggestion [of the respondent] is that provided the admissions decision is made on the basis of criteria which do not offend the Code, those services and facilities which are made available exclusively to students are not made available to the public and hence discriminatory conduct is beyond the reach of s. 2.

Although there is some support in the case law for a notion of this kind, it must be said that on the face of it this proposition seems manifestly unsound. It would be a bizarre reading of s. 2, in my view, which would permit a restaurant which admits into its premises and serves food to customers of any race, colour or creed to discriminate along racial lines with respect to the provision of washroom facilities. Could it be seriously maintained that a hotel which accepted guests on a non-discriminatory basis would nonetheless be permitted to exclude certain ethnic groups from the use of the pool, tennis courts or laundry facilities?

I agree, and would limit the holding in *Gay Alliance* on two bases: (i) the respondent's competing interest in the freedom of the press was used to limit the complainant's right to freedom from discrimination in that decision, and (ii) the reasoning of Martland J. leads to an artificial and unacceptable distinction between the rights a person has at the threshold of admission to an accommodation, service or facility, and the rights he or she has once admitted to the accommodation, service or facility.

Dans un commentaire de l'arrêt *Heerspink* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 299, Marvin G. Baer écrit ce qui suit (à la p. 309):

[TRADUCTION] C'est une brève réfutation d'une partie du raisonnement suivi dans l'arrêt *Gay Alliance*, bien que le juge Lamer ne dise pas expressément que cette partie du jugement dans l'arrêt antérieur était erronée ou devrait être considérée comme une opinion incidente. Quoique le Juge en chef et le juge Dickson n'aient pas souscrit à ce jugement, étant donné leur dissidence dans *Gay Alliance*, cela peut maintenant représenter l'opinion de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada.

Ce raisonnement a été repris dans des affaires subséquentes. Par exemple, dans *Rawala c. DeVry Institute of Technology* (1982), 3 C.H.R.R. D/1057, la commission d'enquête ontarienne affirme (à la p. D/1063):

[TRADUCTION] [L'intimé] laisse entendre que, pourvu que la décision d'admettre des personnes soit fondée sur des critères qui ne contreviennent pas au Code, ces services et ces installations qui sont offerts exclusivement à des étudiants ne sont pas offerts au public et ainsi la pratique discriminatoire échappe à l'application de l'art. 2.

Bien que la jurisprudence appuie jusqu'à un certain point une notion de ce genre, il faut dire qu'à première vue cette proposition semble manifestement peu valable. Ce serait, selon moi, une interprétation bizarre de l'art. 2 qui permettrait qu'un restaurant qui admet dans ses murs et sert des clients de toutes les races, couleurs ou croyances établisse des distinctions fondées sur la race en ce qui concerne l'accès aux toilettes. Pourrait-on soutenir sérieusement qu'un hôtel qui accepte des invités sur une base non discriminatoire pourrait néanmoins empêcher certains groupes ethniques d'utiliser la piscine, les terrains de tennis ou la buanderie?

Je suis d'accord et je limiterais la conclusion de l'arrêt *Gay Alliance* pour deux motifs: (i) le droit concurrent de l'intimé à la liberté de la presse a été utilisé pour restreindre, dans cette décision, le droit de la plaignante de ne pas être victime de discrimination, et (ii) le raisonnement du juge Martland mène à une distinction artificielle et inacceptable entre les droits qu'a une personne au moment d'avoir accès à un logement, à des services ou à des installations et les droits qu'elle a une fois qu'elle a obtenu l'accès au logement, aux services ou aux installations.

This is the distinction on which the other significant prior decision was premised. In *Beattie*, the Nova Scotia Court of Appeal held that students denied places on the university basketball team because they were American citizens were not protected by the Nova Scotia legislation. MacKeigan C.J.N.S. (Coffin J.A. concurring) held that membership on the varsity basketball team was not a facility “customarily provided to members of the public” or one “to which members of the public have access” since (at p. 724):

The facilities are not provided for the public at large but are provided only for the registered students of the university. A member of the public has no right of access, unless he is a student, to athletic or other facilities of a university, or to be considered for participation in university athletics.

While MacKeigan C.J.N.S. concentrated in his reasons on the private status of Acadia University, and the University of British Columbia is a public institution operated with public funds performing a public service, I would not distinguish *Beattie* on this narrow basis. Rather, I prefer to address its conclusion which, like that in *Gay Alliance*, relies on a distinction between discrimination on the threshold of admission to a facility, and discrimination once admission to the facility has been obtained. As I have stated with respect to *Gay Alliance*, and as is forcefully illustrated in *Rawala*, this distinction leads to results the legislature cannot have intended.

Beattie has been applied in two other recent decisions (*Bourque v. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746 (Alta. Q.B.), and *LeDrew v. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259 (Nfld. Comm. Inq.)). With due respect to Legg J.A. of the Court of Appeal in this case, I must point out, however, that *Beattie* was not applied with approval by the Saskatchewan Court of Appeal in *Peters v. University Hospital Board*, [1983] 5 W.W.R. 193; in that

C’est la distinction sur laquelle se fondait l’autre décision antérieure importante. Dans l’arrêt *Beattie*, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que les étudiants qui se sont vu refuser un poste au sein de l’équipe universitaire de basket-ball parce qu’ils étaient citoyens américains n’étaient pas protégés par la loi de la Nouvelle-Écosse. Le juge en chef MacKeigan (à l’opinion duquel a souscrit le juge Coffin) a statué que l’appartenance à l’équipe universitaire de basket-ball ne constituait pas un service [TRADUCTION] «habituellement offert au public» ou [TRADUCTION] «auquel le public a accès» puisque (à la p. 724):

[TRADUCTION] Ces installations sont offertes non pas au grand public mais seulement aux étudiants inscrits à l’université. Les membres du public n’ont, à moins d’être étudiants, aucun droit d’accès aux installations sportives ou autres d’une université, ni aucun droit de participer aux sports universitaires.

Bien que, dans ses motifs, le juge en chef MacKeigan se soit concentré sur le statut privé de l’Université Acadia et que l’Université de la Colombie-Britannique soit un établissement public qui fonctionne grâce à des fonds publics et qui fournit des services publics, je ne ferais pas de distinction d’avec l’arrêt *Beattie* pour ce motif restreint. Je préfère plutôt aborder sa conclusion qui, à l’instar de celle tirée dans *Gay Alliance*, s’appuie sur une distinction entre la discrimination exercée au moment d’avoir accès à des installations et la discrimination exercée une fois qu’on a obtenu l’accès à ces installations. Comme je l’ai dit en ce qui concerne l’arrêt *Gay Alliance*, et comme l’illustre très bien la décision *Rawala*, cette distinction entraîne des conséquences que la législature ne peut avoir voulues.

L’arrêt *Beattie* a été appliqué dans deux autres décisions récentes (*Bourque c. Westlock School Division No. 37* (1986), 8 C.H.R.R. D/3746 (B.R. Alb.), et *LeDrew c. Council for Nursing Assistants* (1989), 10 C.H.R.R. D/6259 (Comm. d’enq. T.-N.)). En toute déférence pour le juge Legg de la Cour d’appel dans la présente affaire, je dois toutefois signaler que l’arrêt *Beattie* n’a pas été appliqué et approuvé par la Cour d’appel de la Saskatchewan dans *Peters c. University Hospital*

decision, the Court of Appeal held that the interpretation of a similar provision was a question of fact, and rather than applying *Beattie*, distinguished the decision. Furthermore, the decision of the New Brunswick Board of Inquiry in *Sonnenberg*, *supra*, referred to by Legg J.A. as a recent decision following *Beattie*, was overruled on this jurisdictional point by Daigle J. of the Court of Queen's Bench, who distinguished *Beattie* on its facts. *Beattie* has also been distinguished on its facts in *Bloedel v. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25 (Alta. Bd. Inq.), and *Rawala*.

Board, [1983] 5 W.W.R. 193; dans cet arrêt, la Cour d'appel a statué que l'interprétation d'une disposition semblable était une question de fait et, plutôt que d'appliquer l'arrêt *Beattie*, elle a fait une distinction d'avec cet arrêt. En outre, la décision de la commission d'enquête du Nouveau-Brunswick dans *Sonnenberg*, précitée, que le juge Legg a mentionnée comme étant une décision récente qui a suivi l'arrêt *Beattie*, a été renversée sur cette question de compétence par le juge Daigle de la Cour du Banc de la Reine, qui a fait une distinction fondée sur les faits d'avec l'arrêt *Beattie*. On a également fait une distinction fondée sur les faits d'avec l'arrêt *Beattie* dans *Bloedel c. University of Calgary* (1980), 1 C.H.R.R. D/25 (Comm. d'enq. Alb.), et dans *Rawala*.

As should be clear from the above discussion of *Heerspink*, *Gay Alliance* and *Beattie*, I find the distinction between discrimination in the admissions process and discrimination in the provision of accommodations, services and facilities to those already admitted unconvincing and subversive of the purpose of human rights legislation. The line of cases following *Gay Alliance* and *Beattie* admit that institutions like the School cannot engage in discrimination in the former situation, but then seek to maintain that human rights legislation does not protect students who have been admitted to the School. Given that it appears that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply to universities in their relations with their members (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229), and that this Court has foreclosed a common law cause of action for discrimination operating in tandem with human rights legislation (*Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181), students enrolled in the university would be denied any protection from discrimination.

Comme il devrait ressortir clairement de l'analyse ci-dessus des arrêt *Heerspink*, *Gay Alliance* et *Beattie*, j'estime que la distinction entre la discrimination exercée au cours du processus d'admission et celle exercée dans la fourniture d'un logement, de services et d'installations envers ceux qui ont déjà été admis n'est pas convaincante et est contraire à l'objet des lois en matière de droits de la personne. Dans la série d'arrêts qui ont suivi *Gay Alliance* et *Beattie*, on admet que des institutions comme l'École ne peuvent pas se livrer à des pratiques discriminatoires dans le premier cas, mais on tente alors de maintenir que les lois en matière de droits de la personne ne protègent pas les étudiants qui ont été admis à l'École. Puisqu'il appert que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas aux universités en ce qui concerne leurs rapports avec leurs membres (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229) et que notre Cour a écarté une cause d'action pour discrimination en common law qui fonctionnait de concert avec la législation en matière de droits de la personne (*Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181), les étudiants inscrits à l'université se verraient refuser toute protection contre la discrimination.

This cannot be maintained. As I noted in *Heerspink*, such a distinction would allow such institutions to frustrate the purpose of the legislation by

On ne peut soutenir cette thèse. Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Heerspink*, une telle distinction permettrait à ces institutions de contrecarrer

admitting students without discrimination, and then denying them access to the accommodations, services and facilities they require to make their admission meaningful. Many examples can be imagined such as those enumerated in *Rawala*, and in each case, one need do no more than ask the question "Can the legislature have intended that such activity would not be subject to scrutiny under the Act?" to make the answer, I think, clear.

Such is the danger of applying a purely quantitative analysis to the problem to decide that as soon as the public as a whole is reduced to a subset through an admissions or eligibility process, the admitted few lose their identity as members of the public. It appears to me that attention in the prior cases to the quantitative characteristics of the group to whom the service or facility is available does not focus adequately on other relevant factors. If the focus is purely quantitative, it is indeed hard to see how anything less than all citizens can be said to be the "public" of a given municipality, province, or country.

This was the approach adopted by the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division in *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536, at p. 546:

... I would construe it [the word "public"] to mean the public at large, as opposed to selected or restricted segments or factions thereof, the people at large who constitute the community.

Accordingly, I would attribute to the phrase "available to the public" the meaning that the service in question must be a service which can be taken advantage of by the public at large and each and every member thereof.

This cannot be the correct approach. The passage quoted ignores the significant problem of defining "the community", for the purposes of the test, as anything other than a subset of a larger

l'objet de la loi en admettant des étudiants sans faire de discrimination, pour ensuite leur refuser l'accès au logement, aux services et aux installations qui leur sont nécessaires pour donner un sens à leur admission. On peut imaginer de nombreux exemples comme ceux énumérés dans l'arrêt *Rawala* et, dans chaque cas, on n'a qu'à se demander si la législature peut avoir voulu qu'une telle activité ne soit pas assujettie à un examen fondé sur la Loi pour, selon moi, obtenir une réponse claire.

C'est là le danger d'appliquer une analyse purement quantitative au problème pour décider, dès que le public dans son ensemble est réduit à un sous-ensemble au moyen d'un processus d'admission ou d'admissibilité, les quelques personnes qui sont admises perdent leur identité en tant que membres du public. Il me semble que l'attention prêtée dans les arrêts antérieurs aux caractéristiques quantitatives du groupe auquel sont offerts les services ou les installations ne porte pas suffisamment sur d'autres facteurs pertinents. Si l'accent mis est purement quantitatif, il est en fait difficile de voir comment on peut dire que quelque chose de moins que l'ensemble des citoyens constitue le «public» d'une municipalité, d'une province ou d'un pays donnés.

C'est l'interprétation que la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a adoptée dans *Re Jenkins and Workers' Compensation Board of Prince Edward Island* (1986), 31 D.L.R. (4th) 536, à la p. 546:

[TRADUCTION] ... je l'interpréteraï [le mot «public»] comme désignant le public en général, par opposition à des segments ou groupes choisis ou restreints de celui-ci, les gens en général qui composent la collectivité.

Par conséquent, j'attribuerais à l'expression «offerts au public» le sens selon lequel les services en question doivent être des services dont peuvent tirer avantage le public en général et chacun de ses membres.

Cela ne saurait être la bonne interprétation. Le passage cité ne tient pas compte du grave problème que pose la définition de «la collectivité», pour les fins du critère, comme étant autre chose qu'un

“community” or “public”; this is obviously a crucial and determinative definition in such an approach. Furthermore, no service or facility is absolutely available to everyone who desires it. Most of the services and facilities listed in *Gay Alliance* would be insulated from scrutiny on this test, since, for example, restaurant service is not available to people with no money, nor is tavern service available to those under the legal drinking age. Such an absolute position, requiring the “public” to include every member of a “community”, cannot be maintained if human rights legislation is to have any impact.

Therefore, I would reject any definition of “public” which refuses to recognize that any accommodation, service or facility will only ever be available to a subset of the public. Students admitted to a university or school within the university, or people who enter into contracts of insurance with a public insurer, or people who open accounts with financial institutions, become the “public” for that service. Every service has its own public, and once that “public” has been defined through the use of eligibility criteria, the Act prohibits discrimination within that public.

The proper significance of an eligibility or admission threshold in this context was recognized by the Board of Inquiry in *Rawala*, where such a selection process was not used (at p. D/1062) “to establish an exclusive or private institution from which ordinary members of the public will generally be excluded”, but rather to insist “only on such educational qualifications as are necessary to permit the individual to take successful advantage of the services offered”.

To the same effect is the decision of the member-designate in *Hobson* (at p. D/4670):

In the instance of public educational institutions, such as the respondent, it is sufficient, in this respect, if such

sous-ensemble d’une «collectivité» ou d’un «public» plus larges; c’est évidemment une définition cruciale et déterminante dans une telle méthode. En outre, aucun service ni aucune installation ne sont offerts de façon absolue à toute personne qui le désire. La plupart des services et installations énumérés dans l’arrêt *Gay Alliance* échapperaient à un examen selon ce critère, puisque, par exemple, dans les restaurants, on ne sert pas les gens qui n’ont pas d’argent ni, dans les tavernes, ceux qui n’ont pas atteint l’âge légal requis pour pouvoir consommer de l’alcool. On ne peut pas maintenir une telle position absolue qui exige que le «public» comprenne tous les membres d’une «collectivité», si les lois en matière de droits de la personne doivent avoir quelque effet.

Je rejetterais donc toute définition du mot «public» qui refuse de reconnaître qu’un logement, des services ou des installations ne seront toujours offerts qu’à un sous-ensemble du public. Les étudiants admis à une université ou à une école au sein de l’université, ou les personnes qui passent des contrats d’assurance avec un assureur public, ou les gens qui ouvrent des comptes dans des institutions financières deviennent le «public» en ce qui concerne ces services. 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.

La véritable importance d’un seuil d’admissibilité ou d’admission dans ce contexte a été reconnue par la commission d’enquête dans *Rawala*, où on n’a pas eu recours à un tel processus de sélection (à la p. D/1062) [TRADUCTION] «pour établir une institution exclusive ou privée dont les citoyens ordinaires seront généralement exclus», mais plutôt pour insister [TRADUCTION] «seulement sur les diplômes requis pour permettre à l’individu de réussir à tirer avantage des services offerts».

La décision que le membre désigné a rendue dans *Hobson* (à la p. D/4670) va dans le même sens:

[TRADUCTION] Dans le cas des établissements d’enseignement publics tels que l’intimé, il suffit, à cet égard,

services or facilities are customarily available to the "public" in the sense of "all persons legally or properly qualified."

This reasoning is directly applicable to any selection process used by the School in this case. Eligibility criteria, as long as they are non-discriminatory, are a necessary part of most services, in that they ensure that the service reaches only its intended beneficiaries, its "public", thereby avoiding overuse and unnecessary depletion of scarce resources. The benefits of such screening tools, however, should not come at the cost of excluding the protection of human rights legislation.

This is not to say that all of the activities of an accommodation, service or facility provider are necessarily subject to scrutiny under the Act just because some are. But a quantitative approach still does not help to define what smaller segment of the entire population might suffice. As long as the debate remains centred on the number of people who can use the service or facility, it will be very difficult to draw lines of inclusion and exclusion on a principled basis because of the varied nature of the services and facilities and service and facility providers which will fall to be considered.

Instead, in determining which activities of the School are covered by the Act, one must take a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility. Some services or facilities will create public relationships between the School's representatives and its students, while other services or facilities may establish only private relationships between the same individuals.

This "relational" approach to defining the public has been described by Professor Greschner in her article. In *Chambers v. Saskatchewan (Department*

que ces services ou installations soient habituellement offerts au «public» au sens de «toutes les personnes légalement ou suffisamment qualifiées».

Ce raisonnement s'applique directement à tout processus de sélection utilisé par l'École en l'espèce. Les critères d'admissibilité, pourvu qu'ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu'ils garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu'ils visent, c.-à-d. leur «public», évitant ainsi l'utilisation abusive et l'épuisement inutile de ressources rares. Les avantages de tels outils de sélection, cependant, ne devraient pas être acquis au prix de l'exclusion de la protection des lois en matière de droits de la personne.

Cela ne veut pas dire que toutes les activités d'un fournisseur de logement, de services ou d'installations sont nécessairement assujetties à un examen fondé sur la Loi uniquement parce que certaines le sont. Mais le recours à une méthode quantitative n'aide pas non plus à définir quel segment plus petit de l'ensemble de la population pourrait suffire. Tant que le débat continuera de porter sur le nombre de personnes qui peuvent utiliser les services ou les installations, il sera très difficile de tracer des lignes d'inclusion et d'exclusion fondées sur des principes en raison de la nature variée des services et des installations et des fournisseurs de services et d'installations qui devront être pris en considération.

Au lieu de cela, pour 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.

Cette méthode «relationnelle» de définition du public a été décrite par le professeur Greschner dans son article. Dans *Chambers c. Saskatchewan*

of Social Services) (1987), 8 C.H.R.R. D/4139, a Saskatchewan Board of Inquiry held that social assistance payments were not covered by that province's legislation, since (at p. D/4145):

The services are designed and provided for people in need. The services are not available to the public at large. Being a member of the public does not entitle the person to social assistance benefits. A member of the public must prove eligibility for benefits to the satisfaction of the respondent.

Greschner, *supra*, criticized this decision (at p. 171): "It is very difficult to think of any significant governmental or private service which is free of any requirements for everyone who asks for it." Instead, she argued at p. 182 that

a purposive interpretation of s. 12 would define "public" not in terms of quantity, as the *Chambers* Board did, but in *relational* terms. What s. 12 is about—its purpose—is the regulation of particular relationships between members of the Saskatchewan community, and members and their government. . . . If we read the entire phrase as talking about a relationship, we would interpret "public" in relational terms: the public is that group with which the offeror has a public relationship. [Emphasis added; italics in original.]

Greschner concluded that any service or facility offered by a government should be considered a service or facility offered to the public.

The Saskatchewan Court of Appeal agreed, overturning the decisions of the Board and of the Queen's Bench (1987), 8 C.H.R.R. D/4240 upholding that decision: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R. 446. Vancise J.A., for the court, quoted Professor Greschner with approval, holding that (at p. 462):

The fact that a service is offered to the public does not mean that it must be offered to all members of the public. The government can impose eligibility requirements

(*Department of Social Services*) (1987), 8 C.H.R.R. D/4139, une commission d'enquête de la Saskatchewan a conclu que les prestations d'aide sociale n'étaient pas visées par la loi de cette province, puisque (à la p. D/4145):

[TRADUCTION] Les services sont conçus pour les personnes nécessiteuses et sont fournis à ces dernières. Ces services ne sont pas offerts au grand public. Le fait qu'une personne soit membre du public ne lui donne pas droit automatiquement à des prestations d'aide sociale. Un membre du public doit convaincre l'intimé qu'il est admissible aux prestations.

Le professeur Greschner, *loc. cit.*, a critiqué cette décision (à la p. 171): [TRADUCTION] «Il est très difficile de penser à des services gouvernementaux ou privés importants qui soient exempts de toute condition pour quiconque en fait la demande.» Elle a plutôt soutenu, à la p. 182, que

[TRADUCTION] une interprétation de l'art. 12 fondée sur l'objet visé définirait le mot «public» non pas en termes de quantité, comme l'a fait la commission dans *Chambers*, mais en termes *relationnels*. Ce que l'art. 12 vise —son objet—, c'est la réglementation des relations particulières qui existent entre les membres de la collectivité saskatchewanaise et entre ceux-ci et leur gouvernement. [. . .] Si nous interprétons toute la phrase comme parlant d'une relation, nous interpréterions le mot «public» en termes «relationnels»: le public est le groupe avec lequel l'offrant a une relation publique. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Le professeur Greschner a conclu que tous les services ou toutes les installations offerts par un gouvernement devraient être considérés comme des services ou des installations offerts au public.

La Cour d'appel de la Saskatchewan a partagé ce point de vue et a renversé la décision de la commission et celle de la Cour du Banc de la Reine (1987), 8 C.H.R.R. D/4240, confirmant cette décision: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatchewan (Department of Social Services)*, [1988] 5 W.W.R. 446. Le juge Vancise, s'exprimant au nom de la cour, a cité le professeur Greschner en l'approuvant et il a conclu que (à la p. 462):

[TRADUCTION] Le fait qu'un service soit offert au public ne signifie pas qu'il doit être offert à tous les membres du public. Le gouvernement peut imposer des condi-

to ensure that the program or services reaches the intended client group. The only restriction is that the government cannot discriminate among the client group, that is, the elderly, the poor or others, on the basis of the enumerated characteristics set out in the Code.

tions d'admissibilité pour s'assurer que le programme ou les services soient offerts au groupe client visé. La seule restriction est que le gouvernement ne peut pas établir, au sein du groupe client, c'est-à-dire les personnes âgées, les nécessiteux ou les autres, des distinctions fondées sur les caractéristiques énumérées dans le Code.

The idea of defining a "client group" for a particular service or facility focuses the inquiry on the appropriate factors of the nature of the accommodation, service or facility and the relationship it establishes between the accommodation, service or facility provider and the accommodation, service or facility user, and avoids the anomalous results of a purely numerical approach to the definition of the public. Under the relational approach, the "public" may turn out to contain a very large or very small number of people.

L'idée de définir un «groupe client» pour des services ou des installations particuliers fait porter l'enquête sur les facteurs appropriés de la nature du logement, des services ou des installations et sur la relation qu'ils établissent entre le fournisseur de logement, de services ou d'installations et l'utilisateur du logement, des services ou des installations, et elle permet d'éviter les résultats anormaux d'une méthode purement numérique de définition du public. Selon la méthode relationnelle, il peut s'avérer que le «public» comprend un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.

For example, Canada or Quebec Pension Plan benefits are provided to millions of Canadians, yet not to the equally large number of Canadians who have not yet attained the qualifying age. Can it be said that the provision of such benefits should not be free from discrimination because of the established eligibility criteria which ensure that such benefits reach only those who have paid into the fund and are intended to receive them? Or consider a privately-owned centre which publicly advertises its services or facilities to treat a rare disease, from which only two or three people in Canada suffer. Statistically speaking, 99.99 percent of the population cannot use this service or facility, since they do not suffer from the disease and are not part of its "public". Yet could the legislature have intended that the institution could purport to serve the public, then extend its services or make its facilities available only to male applicants?

Par exemple, les prestations du Régime de pensions du Canada ou du Régime des rentes du Québec sont versées à des millions de Canadiens, et pourtant pas au nombre tout aussi grand de Canadiens qui n'ont pas encore atteint l'âge requis. Peut-on dire que le versement de telles prestations ne devrait pas être à l'abri de la discrimination à cause des critères d'admissibilité établis qui garantissent que de tels avantages sont perçus seulement par ceux qui ont contribué au fonds et qui sont destinés à les recevoir? Ou prenons l'exemple d'un centre appartenant à des intérêts privés qui annonce publiquement qu'il offre des services ou possède des installations pour le traitement d'une maladie rare, dont souffrent seulement deux ou trois personnes au Canada. Statistiquement parlant, 99,99 pour cent des membres de la population ne peuvent pas recourir à ces services ou installations, puisqu'ils ne souffrent pas de la maladie et ne font pas partie de son «public». Se pourrait-il toutefois que la législature ait voulu que l'établissement puisse prétendre servir le public, pour ensuite offrir ses services ou ses installations seulement aux requérants de sexe masculin?

Illustrating the relational approach by applying it to the services in this case, I conclude that the key and rating sheet were incidents of the public

Pour illustrer la méthode relationnelle en l'appliquant aux services en l'espèce, je conclus que la clé et le formulaire d'évaluation étaient accessoires

relationship between the representatives of the School and its students.

The School exists to provide accommodations, services or facilities to its students which will further their education and social activities relating to the School. It is a publicly funded institution (although this is not a determinative factor), which makes its educational and recreational resources available to all who are admitted. When individual faculty members act in their capacity as representatives of the university, at least when they are on campus, they are its public face. If a university (and the School which is part of it) is not as "public" an institution as the government, it surely is very close to the "public" end of the spectrum.

Its students have in common only their admission to the School, and they will usually present a microcosm of Canadian society. Any difference between the student body and the public at large will be the result only of the admissions process. There is nothing in the nature of the student body which suggests that the School and its students have come together as the result of a private selection process based on anything but the admissions criteria, which the School agrees cannot be discriminatory. Therefore, I would conclude that, generally, the natures of the service-provider School and the service-user students in this case indicate a very public relationship with respect to ordinary educational services (such as the provision of instructors, testing, and grading).

The crux of the determination in these appeals is the nature of the services themselves and the relationship they establish between the School and its students. The key I would liken to the educational and recreational services of the School generally, since all that is represented by the key is access to the School's physical facilities after normal class or office hours. These facilities surely must be part of the public relationship between the university and its students, since they are a necessary adjunct to the educational process which has brought the university and its students together. Subject to the

à la relation publique existant entre les représentants de l'École et ses étudiants.

L'École est là pour fournir à ses étudiants un logement, des services ou des installations qui favoriseront leurs études et les activités sociales se rapportant à l'École. C'est une institution financée par des fonds publics (bien que ce ne soit pas là un facteur déterminant), qui met ses ressources pédagogiques et récréatives à la disposition de tous ceux qui sont admis. Lorsque des membres du corps professoral agissent en leur qualité de représentants de l'université, au moins lorsqu'ils se trouvent sur le campus, ils en sont le visage public. Si une université (et l'École qui en fait partie) n'est pas une institution aussi «publique» que le gouvernement, elle se situe certainement très près de l'extrémité «publique» de l'éventail.

Ses étudiants n'ont en commun que leur admission à l'École et ils représentent ordinairement un microcosme de la société canadienne. Toute différence existant entre le corps étudiant et le grand public découlera seulement du processus d'admission. Rien dans la nature du corps étudiant ne laisse entendre que l'École et ses étudiants ont été réunis à la suite d'un processus privé de sélection fondé sur autre chose que les critères d'admission qui, comme en convient l'École, ne sauraient être discriminatoires. Je conclurais donc qu'en général la nature de l'École qui fournit les services et celle des étudiants qui utilisent ces services en l'espèce indiquent l'existence d'une relation très publique en ce qui concerne les services pédagogiques ordinaires (comme la prestation des services de professeurs, d'évaluation et de notation).

Le point crucial à trancher dans les présents pourvois concerne la nature des services eux-mêmes et la relation qu'ils établissent entre l'École et ses étudiants. Quant à la clé, je l'assimilerais aux services pédagogiques et récréatifs de l'École en général, car tout ce que représente la clé est l'accès aux installations physiques de l'École après les heures normales de cours ou de bureau. Ces installations doivent sûrement faire partie de la relation publique qui existe entre l'université et ses étudiants, puisqu'elles constituent un complément nécessaire du processus d'enseignement qui a

arguments of the School discussed below, I cannot see any distinction between day-time access to these facilities and after-hours access to these facilities, especially in the case of graduate students like Berg who may have teaching or tutorial responsibilities through the day which leave only the evening hours for their own study and research.

The rating sheet, it seems to me, is very much like a transcript. It serves the same function, in that it presents the student's record of achievement at the School. The sheet asks for a report on the student's knowledge, attitude and interest, rapport with peers and professors, performance, and personality. The person completing the report is invited to check either "Performs above average consistently", "Performs within an average range", "Generally performs below average", and provide comments if the answer is above or below average. It also asks if any reservations about the student's suitability to practise dietetics have been discussed with the student, and asks in which area of dietetics the student would be most effective. Again, subject to the arguments of the School, I do not see any aspect of this rating sheet which suggests that it is not an incident of the public educational relationship between the School's faculty and its students.

(iv) "*Customarily Available*"

However, the School argues, and the lower courts accepted, that the provision of the key was a discretionary decision made by the Director of the School, and therefore the key was not customarily available to the School's public. Furthermore, the School argues, and the lower courts again accepted, that the provision of the rating sheet was

réuni l'université et ses étudiants. Sous réserve des arguments de l'École examinés plus loin, je ne puis voir aucune distinction entre l'accès à ces installations durant la journée et l'accès à ces installations après les heures d'ouverture, tout particulièrement dans le cas des étudiants de deuxième cycle comme M^{me} Berg qui peuvent devoir s'acquitter d'une charge d'enseignement ou de tutorat pendant la journée de sorte qu'ils disposent seulement de la soirée pour s'occuper de leurs propres études et recherches.

Le formulaire d'évaluation, me semble-t-il, ressemble beaucoup à un relevé de notes. Il remplit la même fonction en ce sens qu'il présente le dossier des réalisations de l'étudiant à l'École. On demande dans le formulaire de fournir un rapport sur les connaissances, l'attitude et les intérêts de l'étudiant, sur ses relations avec ses pairs et ses professeurs, sur son rendement et sa personnalité. La personne qui rédige le rapport est invitée à cocher [TRADUCTION] «A constamment un rendement supérieur à la moyenne», «A un rendement moyen» ou «A généralement un rendement inférieur à la moyenne» et à formuler des observations si elle considère que le rendement est supérieur ou inférieur à la moyenne. On demande également si toute réserve quant à l'aptitude de l'étudiant à pratiquer la diététique a fait l'objet de discussions avec ce dernier, et dans quel domaine de la diététique l'étudiant excellerait le mieux. Encore une fois, sous réserve des arguments de l'École, je ne vois, dans ce formulaire d'évaluation, aucun aspect qui laisse supposer qu'il n'est pas accessoire à la relation pédagogique publique qui existe entre l'École et ses étudiants.

(iv) «*Habituellement offerts*»

Toutefois, l'École soutient, ce que les tribunaux d'instance inférieure ont accepté, que la décision de remettre la clé était laissée à la discrétion du directeur de l'École et que, par conséquent, la clé n'était pas habituellement offerte au public de l'École. Elle soutient également, ce que encore une fois les tribunaux d'instance inférieure ont accepté, que la remise du formulaire d'évaluation était discrétionnaire et impliquait une évaluation person-

discretionary, and involved a personal evaluation of the student by the faculty member.

It is not strictly necessary to decide whether, in principle, the existence of a discretion in the provision of a service insulates that service from the Act. The member-designate made the finding of fact that, but for her mental disability, Berg would have been granted a key to the faculty building. In his decision, the member-designate stated (at p. D/4675) that "[t]he custom was for the director of the respondent, Dr. Roy Rodgers, to issue keys to graduate students so they could gain access to the laboratories, computer and reading rooms after normal hours. . . ." The discretion was habitually exercised in a certain way. He found a violation of the Act in the denial of the key to Berg, since this denial was because of her mental disability.

The member-designate also found that rating sheets were consistently provided to students who asked for them, and that the main, if not the only, reason for Berg being denied a rating sheet was, again, her mental disability (at p. D/4679):

The explanation [that faculty members were not required to complete rating sheets] is seriously undermined by the testimony of Dr. Rodgers that he knew of no other student, other than the complainant, who was denied a rating sheet. Additionally, the respondent did complete two rating sheets for the complainant after she filed human rights complaints.

The member-designate clearly found that keys and rating sheets were customarily provided to other graduate students in Berg's situation, and the only characteristic separating Berg from these other graduate students was her mental disability. The School cannot rely on the existence of a discretion to remove the provision of a service from the scope of the Act when that discretion is in fact

nelle de l'étudiant par le membre du corps professoral.

Il n'est pas strictement nécessaire de décider si, en principe, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de fournir un service soustrait ce dernier à l'application de la Loi. Le membre désigné a tiré la conclusion de fait que, n'eût été sa déficience mentale, M^{me} Berg aurait obtenu une clé donnant accès à l'édifice de la faculté. Dans sa décision, le membre désigné a statué (à la p. D/4675) que [TRADUCTION] «[l]e directeur de l'intimée, M. Roy Rodgers, avait l'habitude de remettre une clé aux étudiants des deuxième et troisième cycles pour qu'ils puissent avoir accès aux laboratoires, à la salle des ordinateurs et aux salles de lecture après les heures normales . . . » Ce pouvoir discrétionnaire était habituellement exercé d'une certaine façon. Il a conclu que le refus de remettre une clé à M^{me} Berg contrevenait à la Loi, puisque ce refus découlait de sa déficience mentale.

Le membre désigné a également conclu que les formulaires d'évaluation étaient fournis immanquablement aux étudiants qui en faisaient la demande et que la principale raison, sinon la seule, pour laquelle M^{me} Berg s'est vu refuser un formulaire d'évaluation était, encore une fois, sa déficience mentale (à la p. D/4679):

[TRADUCTION] L'explication [selon laquelle les membres du corps professoral n'étaient pas tenus de remplir des formulaires d'évaluation] est sérieusement minée par le témoignage de M. Rodgers selon lequel il ne connaissait aucun autre étudiant que la plaignante qui se soit vu refuser un formulaire d'évaluation. De plus, l'intimée a rempli deux formulaires d'évaluation pour la plaignante après que celle-ci eut déposé des plaintes fondées sur les droits de la personne.

Le membre désigné a conclu clairement que les clés et les formulaires d'évaluation étaient habituellement fournis aux autres étudiants des deuxième et troisième cycles dans la situation de M^{me} Berg et que la seule caractéristique qui distinguait M^{me} Berg des autres étudiants des deuxième et troisième cycles était sa déficience mentale. L'École ne saurait invoquer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire pour soustraire la fourniture d'un service à l'application de la Loi lorsque ce

typically and regularly exercised in favour of all students except the complainant.

The decision of K. J. Chapman, sitting as a Board of Inquiry in *Singh v. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Alta.), is apposite. In that complaint, Singh was notified by the respondent legion that he would not be allowed to wear his turban, a symbol of his religion, when attending his employer's Christmas party at the legion's hall. The legion claimed that the Alberta *Individual's Rights Protection Act* did not apply to its actions, as it was a private club and consequently its services and facilities were not customarily available to the public. The Board rejected the contention that the legion was a "private" club when it rented out its facilities, since (at p. D/361) "[t]he facts of the matter show that the house rules regarding guests are either honoured in the breach or ignored." Where the legion never exercised any measure of discretionary personal selection in renting its hall to members of the public, it could not rely on the formal existence of such a selection process or discretion to avoid the application of the Act.

In this case, on the evidence before the member-designate, he made a similar finding with respect to the provision of the keys and rating sheets. Defe-
 a
 b
 c
 d
 e
 f

I would make only a few brief general comments on the effect of discretion in the determination of whether the discretionary provision of a service or facility is customarily available to the public. There is little support in previous cases for the proposition that the exercise of a discretion is not subject to the Act. The Court of Appeal in this case cited two decisions. The first is *Calgary Board of Education v. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (Alta. Q.B.), aff'd (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) v. Alberta (Human Rights Commission)*), in which Veit J. held that education grants

pouvoir discrétionnaire est, en fait, typiquement et régulièrement exercé en faveur de tous les étudiants sauf la plaignante.

La décision de K. J. Chapman, qui siégeait à une commission d'enquête dans l'affaire *Singh c. Royal Canadian Legion, Jasper Place (Alta.), Branch No. 255* (1990), 11 C.H.R.R. D/357 (Alb.), est pertinente. Dans cette plainte, Singh avait été avisé par la légion intimée qu'il ne pourrait pas porter son turban, un symbole de sa religion, à la réception de Noël organisée par son employeur dans la salle de la légion. La légion prétendait que l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta ne s'appliquait pas à ses actions parce qu'il s'agissait d'un club privé et que ses services et ses installations n'étaient donc pas habituellement offerts au public. La commission a rejeté la prétention selon laquelle la légion était un club «privé» lorsqu'elle louait ses installations, puisque (à la p. D/361) [TRADUCTION] «[i]l ressort des faits que l'on déroge aux règles internes concernant les invités ou que l'on n'en tient pas compte.» Si la légion n'a jamais pris de mesure de sélection personnelle discrétionnaire dans la location de sa salle à des membres du public, elle ne pourrait pas invoquer l'existence officielle d'un tel processus ou pouvoir discrétionnaire de sélection pour éviter l'application de la Loi.

En l'espèce, d'après la preuve produite devant le membre désigné, ce dernier a tiré une conclusion similaire en ce qui concerne la remise de clés et de formulaires d'évaluation. On doit nettement s'en remettre à cette conclusion de fait.

Je ne ferais que quelques brèves observations générales au sujet de l'effet d'un pouvoir discrétionnaire de déterminer si le public peut habituellement obtenir la fourniture discrétionnaire de services ou d'installations. Il existe peu de décisions judiciaires qui viennent appuyer la proposition selon laquelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas assujéti à la Loi. En l'espèce, la Cour d'appel a cité deux décisions. La première est *Calgary Board of Education c. Deyell* (1984), 8 C.H.R.R. D/3668 (B.R. Alb.), conf. par (1986), 9 C.H.R.R. D/4979 (C.A.) (*sub nom. Alberta (Department of Education) c. Alberta (Human*

were not “customarily available to the public”. However, she did not provide a detailed explanation of her view of discretion. After highlighting the discretionary aspects of the grant process, this is the entirety of Veit J.’s reasoning on the issue of discretion (at p. D/3673):

However, the statutory and regulatory provisions of the *School Act* and the *Department of Education Act* indicate that private school grants are not a matter of right but are a matter of discretion. The evidence before me is clearly insufficient to characterize students attending private schools in Alberta, because of learning disabilities caused by physical characteristics or otherwise, as a class of persons to whom a grant is customarily made available.

Legg J.A. also relied (at p. 308 B.C.L.R.) on the decision of the New Brunswick Board of Inquiry in *Sonnenberg*, *supra*, which was overruled by Daigle J. of the Court of Queen’s Bench on the point (though not in the result, since Daigle J. agreed with the Board that the complaint had no merit). In any event, neither of these cases dealt with a situation in which the exercise of the discretion was found to result in services or facilities which were customarily available to the public.

I do not think that a purposive approach to interpreting this provision can allow a discretion to be exercised on prohibited grounds of discrimination, once the service or facility which is the subject of the discretion is otherwise found to fall within the purview of the Act, i.e., to be customarily available to the public. In making this latter finding, the trier of fact must be careful to exclude from his assessment of whether the discretion is customarily exercised to provide the service those instances where the service has been withheld on discriminatory grounds. Furthermore, it would seem obvious that the fewer the guidelines for the exercise of the discretion, and the greater the scope for the person exercising that discretion to set his or her own cri-

Rights Commission)), dans laquelle le juge Veit a statué que les bourses d’études n’étaient pas [TRA-DUCTION] «habituellement offertes au public». Cependant, elle n’a pas expliqué en détail sa conception du pouvoir discrétionnaire. Après avoir souligné les aspects discrétionnaires du processus d’octroi des bourses, voici le raisonnement intégral que le juge Veit a adopté au sujet du pouvoir discrétionnaire (à la p. D/3673):

[TRADUCTION] Toutefois, les dispositions législatives et réglementaires de la *School Act* et de la *Department of Education Act* indiquent que les bourses d’études privées relèvent non pas d’un droit mais d’un pouvoir discrétionnaire. La preuve produite devant moi est nettement insuffisante pour considérer les étudiants qui fréquentent des écoles privées en Alberta, à cause de problèmes d’apprentissage dus à des caractéristiques physiques ou autres, comme une catégorie de personnes à qui une bourse est habituellement offerte.

Le juge Legg s’est également appuyé (à la p. 308 B.C.L.R.) sur la décision rendue par la commission d’enquête du Nouveau-Brunswick dans l’affaire *Sonnenberg*, précitée, laquelle a été infirmée par le juge Daigle de la Cour du Banc de la Reine sur ce point (mais pas quant au résultat, puisque le juge Daigle était d’accord avec la commission pour dire que la plainte n’était pas fondée). En tout état de cause, il n’était question, dans ni l’une ni l’autre de ces affaires, d’une situation où on a conclu que l’exercice du pouvoir discrétionnaire résultait dans la prestation de services ou d’installations habituellement offerts au public.

Je ne pense pas qu’une méthode d’interprétation de cette disposition, fondée sur l’objet visé, puisse permettre 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. En tirant cette dernière conclusion, le juge des faits doit prendre soin d’exclure de son examen de la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire est habituellement exercé pour fournir les services, les cas où les services ont été refusés pour des motifs discriminatoires. En outre, il semblerait évident que moins il y a de principes directeurs régissant

teria, the greater potential there is for invidious discrimination. It is a basic principle of administrative law that a discretion vested in an administrative official or body is only to be exercised on proper grounds. Similarly, in this context, while the existence of a discretion may mean that the person with the discretion is under no obligation or duty to extend the service or facility to everyone who asks for it, he or she is surely under an obligation to not make his or her decision in a discriminatory fashion.

It is also not strictly necessary to state any principles applying to the provision of a service or facility which involves a measure of personal evaluation, for the member-designate found that rating sheets were habitually provided to graduate students in Berg's position. Therefore, the personal nature of the rating sheet had never before been an obstacle to it being provided to students as a matter of course. Again, this factual finding deserves deference, and is sufficient to resolve the matter.

I will say, however, that the element of personal evaluation should not generally exclude the service from the Act. While an instructor may, for personal reasons (i.e., if he or she feels he or she does not know the student well enough) refuse to provide a rating sheet, I do not think that he or she can do so, as a representative of the School, on prohibited grounds of discrimination. As long as the rating is not itself discriminatory, it is always open to the instructor to provide a negative recommendation or reference. However, to deny even that service in the circumstances of this case (where the lack of a rating sheet disqualified Berg from being considered for the internship) because of a mental disability is, on a purposive reading of the section, to deny something that is otherwise available to all students at the School. Berg does not have a right to positive personal opinions about her among the

l'exercice du pouvoir discrétionnaire et plus la personne qui l'exerce peut fixer ses propres critères, plus il existe un risque élevé de discrimination injuste. Il existe un principe fondamental de droit administratif selon lequel le pouvoir discrétionnaire dont est investi un fonctionnaire ou un organisme administratif ne saurait être exercé que pour des motifs valables. De même, dans le présent contexte, bien que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire puisse signifier que la personne investie de ce pouvoir n'est nullement tenue de fournir les services ou les installations à quiconque en fait la demande, elle est sûrement obligée de prendre sa décision de manière non discriminatoire.

Il n'est pas non plus strictement nécessaire d'énoncer tout principe qui s'applique à la fourniture d'un service ou d'une installation qui comporte une certaine évaluation personnelle, car le membre désigné a conclu que les formulaires d'évaluation étaient habituellement fournis aux étudiants des deuxième et troisième cycles qui se trouvaient dans la situation de M^{me} Berg. Par conséquent, la nature personnelle du formulaire d'évaluation n'avait jamais auparavant empêché qu'il soit fourni automatiquement aux étudiants. Encore une fois, cette conclusion de fait mérite qu'on fasse preuve de retenue à son égard et suffit à trancher la question.

J'ajouterai cependant que l'élément de l'évaluation personnelle ne devrait pas en général soustraire ce service à l'application de la Loi. Bien qu'un professeur puisse, pour des raisons personnelles (c.-à-d. s'il estime ne pas connaître assez bien l'étudiant), refuser de fournir un formulaire d'évaluation, je ne crois pas qu'il puisse le faire, en tant que représentant de l'École, pour des motifs de distinction illicites. Du moment que l'évaluation n'est pas elle-même discriminatoire, le professeur a toujours la possibilité de formuler une recommandation ou des références négatives. Toutefois, refuser même ce service dans les circonstances de la présente affaire (où la candidature de M^{me} Berg n'a pas été examinée en vue de l'internat en raison de l'absence d'un formulaire d'évaluation) à cause d'une déficience mentale revient, selon une interprétation de l'article fondée sur

faculty at the School, but surely she must have a right to be free from discrimination in all her public interactions with the School's faculty, including in the process of obtaining an expression of the faculty member's personal opinions.

Therefore, I would conclude that Berg, by virtue of having passed through a selective admissions process, did not cease to be a member of the "public" to which the School provided its educational services and facilities. The key and rating sheet were incidents of this public relationship between the School and its students. Neither the existence of a discretion, nor the element of personal evaluation attached to these services or facilities, excludes the Act, both on principle, and because of the member-designate's factual finding that keys and rating sheets were habitually provided to students in Berg's position. The member-designate was correct in assuming jurisdiction in this case and examining the reasons for the denial of the rating sheet and the key. The School did not challenge his decision within that jurisdiction that Berg's mental disability was the reason for the School's actions and that those actions violated the Act. While I might have found otherwise, his finding in that regard is not the subject of review in this case.

(v) *Conclusion*

Some concluding remarks are in order. An important feature of the Act at the time of Berg's complaint was its absolute prohibition of discrimination. That is, there was no provision allowing a defence where the denial of a service or facility was based on prohibited grounds of discrimination, yet could be justified with reference to competing interests, such as safety. I believe that the School and its representatives acted in good faith, and thought that there were good reasons for acting as

l'objet visé, à refuser quelque chose qui est par ailleurs offert à tous les étudiants de l'École. Madame Berg n'a pas le droit d'exiger que les membres du corps professoral de l'École aient des opinions personnelles positives à son sujet, mais elle a sûrement le droit de ne pas être victime de discrimination dans toutes ses interactions publiques avec le corps professoral de l'École, y compris lorsqu'il s'agit d'obtenir l'expression d'opinions personnelles par un professeur.

Je concluais donc que, du fait qu'elle avait franchi avec succès l'étape du processus d'admission sélective, M^{me} Berg n'a pas cessé de faire partie du «public» auquel l'École fournissait ses installations et ses services éducatifs. La clé et le formulaire d'évaluation étaient accessoires à cette relation publique entre l'École et ses étudiants. Ni l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ni l'élément de l'évaluation personnelle attaché à ces services ou à ces installations n'empêchent la Loi de s'appliquer tant en principe qu'en raison de la conclusion de fait du membre désigné, selon laquelle les clés et les formulaires d'évaluation étaient habituellement offerts aux étudiants qui se trouvaient dans la situation de M^{me} Berg. Le membre désigné a eu raison de supposer qu'il avait compétence en l'espèce et d'examiner les raisons du refus de fournir le formulaire d'évaluation et la clé. L'École n'a pas contesté la décision qu'il a rendue conformément à cette compétence, selon laquelle la déficience mentale de M^{me} Berg était ce qui avait motivé les actions de l'École, et ces actions contrevenaient à la Loi. Bien que j'eusse pu arriver à une autre conclusion, sa décision à cet égard ne fait pas l'objet de l'examen en l'espèce.

(v) *Conclusion*

Il convient d'ajouter certaines observations finales. L'une des caractéristiques importantes de la Loi à l'époque du dépôt de la plainte de M^{me} Berg était qu'elle interdisait absolument de faire de la discrimination. C'est-à-dire qu'aucune disposition ne permettait d'opposer un moyen de défense là où le refus de fournir des services ou des installations était fondé sur des motifs de distinction illicites, mais pourrait toutefois être justifié par rapport à des intérêts concurrents, comme la

they did. Dr. Rodgers might reasonably have had concerns about giving Berg a key not because of her mental disability itself, but because of the safety issues raised by the incident. Similarly, faculty members might have denied the rating sheet because they felt they could not give Berg a useful or positive recommendation. Under the amended s. 3, these issues would, no doubt, have been the focus of the evidence and argument before the member-designate, instead of the issue on these appeals.

However, the absence of a defence provision in the Act as it stood at the time of Berg's complaint should not lead us, as I think it did the Court of Appeal in this case, to interpret s. 3 in an overly restrictive fashion. The Act must be allowed its full scope of application, and its particular operation in situations such as this, if undesirable, is a matter for legislative attention. The recent amendments to the Act show that such responses are always possible.

VI. Disposition

I would allow both appeals, quash the decisions of the British Columbia Supreme Court and Court of Appeal, and restore the decision and award of the member-designate. As the Council has not requested costs, costs will be granted against the respondent School to Berg only in all three courts.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting)—I have read the reasons of the Chief Justice and respectfully disagree with the result preferring instead the conclusion reached by the British Columbia Supreme Court (1988), 10 C.H.R.R. D/6112 and Court of Appeal (1991),

sécurité. Je crois que l'École et ses représentants ont agi de bonne foi et ont cru avoir de bonnes raisons d'agir comme ils l'ont fait. Monsieur Rodgers aurait pu raisonnablement craindre de remettre une clé à M^{me} Berg non pas à cause de sa déficience mentale elle-même, mais à cause des questions de sécurité soulevées par l'incident. De même, les membres du corps professoral ont pu refuser de fournir le formulaire d'évaluation parce qu'ils ne pensaient pas pouvoir donner à M^{me} Berg une recommandation utile ou positive. En vertu de l'art. 3 modifié, ces questions auraient sans doute été le point de mire de la preuve et de la plaidoirie présentées devant le membre désigné, au lieu de la question soulevée dans les présents pourvois.

Cependant, l'absence de disposition prévoyant un moyen de défense dans la Loi, à l'époque du dépôt de la plainte de M^{me} Berg, ne devrait pas nous amener, comme je crois que cela a été le cas de la Cour d'appel en l'espèce, à interpréter l'art. 3 d'une façon trop restrictive. Il faut permettre à la Loi de s'appliquer pleinement et, s'il n'est pas souhaitable qu'elle s'applique dans des situations comme en l'espèce, il appartient au législateur de se pencher sur la question. Les récentes modifications de la Loi montrent que de telles réactions sont toujours possibles.

VI. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois, d'annuler les décisions de la Cour suprême et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la décision du membre désigné et le montant qu'il a accordé. Comme le Conseil n'a pas réclamé de dépens, seule M^{me} Berg a droit au paiement par l'École intimée de ses dépens dans les trois cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec le résultat, préférant plutôt la conclusion à laquelle sont arrivées la Cour suprême de la Colombie-Britannique

56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497,
1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58.

Section 3 of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, reads:

3. No person shall

- (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 with respect to any accommodation, service or facility customarily available to the public,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, religion, marital status, physical or mental disability or sex of that person or class of persons unless the discrimination relates, in the case of sex, to the maintenance of public decency or, in the case of sex or physical or mental disability, to the determination of premiums or benefits under contracts of life or health insurance.

While I agree that human rights legislation should, where possible, be given a broad and purposive interpretation, that interpretation has to be realistic. If s. 3 of the British Columbia *Human Rights Act* is given the reach sought in these appeals there would be, in effect, no services that would not fall within the scope of "services customarily available to the public".

It is clear that universities and other public institutions are not immune from the operation of the *Human Rights Act*. The Act would apply to services provided to members of the public seeking admission to the university, and to those services within the university that are customarily available to members of the public. It would not apply to the internal operations of a university regarding services not customarily available to members of the public.

The discretion exercised by members of the university in refusing the appellant Berg the key to a

(1988), 10 C.H.R.R. D/6112 et la Cour d'appel (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 296, 81 D.L.R. (4th) 497, 1 B.C.A.C. 58, 1 W.A.C. 58.

L'article 3 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22, est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] 3. Nul ne doit

- a) priver une personne ou une catégorie de personnes d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public, ou
- b) agir de façon discriminatoire envers une personne ou une catégorie de personnes à l'égard d'un logement, de services ou d'installations habituellement offerts au public,

à cause de la race, de la couleur, de l'ascendance, du lieu d'origine, de la religion, de l'état matrimonial, de la déficience physique ou mentale ou du sexe de cette personne ou de cette catégorie de personnes, à moins que la distinction ne se rapporte, dans le cas du sexe, au maintien de la décence ou, dans le cas du sexe ou de la déficience physique ou mentale, à la détermination de primes ou de prestations en vertu de contrats d'assurance-vie ou d'assurance-santé.

Je conviens que les lois en matière de droits de la personne devraient, dans la mesure du possible, recevoir une interprétation large et fondée sur l'objet visé, mais cette interprétation doit être réaliste. Si l'on donnait à l'art. 3 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique la portée recherchée dans les présents pourvois, il n'y aurait en fait aucun service qui ne serait pas visé par l'expression «services habituellement offerts au public».

Il est clair que les universités et autres établissements publics n'échappent pas à l'application de la *Human Rights Act*. La Loi s'appliquerait aux services fournis aux membres du public qui demandent leur admission à l'université et aux services fournis au sein de l'université qui sont habituellement offerts au public. Elle ne s'appliquerait pas aux opérations internes d'une université qui concernent des services qui ne sont pas habituellement offerts au public.

Le pouvoir discrétionnaire que des employés de l'université ont exercé en refusant de remettre à

university building, and of professors refusing to fill out a rating sheet for her, are matters unique to the university and not thought of as customarily available to members of the public. If the student has been unfairly treated in respect of those matters or other decisions of the university in relation to services not customarily available to the public such as examination grades, hours of class and length of terms, the remedy lies with the administrators of the university and not with the Human Rights Council.

Like many other human rights statutes in Canada, the British Columbia *Human Rights Act* uses wording indicative of an intention to limit the scope of the rights provided therein. As attractive as it may be to extend the scope of s. 3 of the Act to encompass all aspects of day-to-day internal conduct within public institutions such as universities, it is not within the purview of the courts to do so. Given the importance placed on human rights issues in Canada, the respective provincial legislatures can be expected to make the necessary amendments to extend the scope of s. 3.

The member-designate had no jurisdiction to consider the questions relating to the matters complained of and should have refused to do so.

I would dismiss the appeals.

Appeals allowed, MAJOR J. dissenting.

Solicitor for the appellant/respondent Berg: The Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitor for the appellant/respondent the British Columbia Council of Human Rights: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitors for the respondent the University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences: Richards, Buell, Sutton, Vancouver.

l'appelante Berg une clé donnant accès à un édifice de l'université et celui que des professeurs ont exercé en refusant de remplir un formulaire d'évaluation à son nom sont propres à l'université et ne sont pas considérés comme des services habituellement offerts au public. L'étudiant qui n'a pas été traité de façon équitable à cet égard ou en ce qui concerne d'autres décisions de l'université relativement à des services qui ne sont pas habituellement offerts au public comme les notes d'examen, les heures de cours et la longueur des sessions doit s'adresser aux administrateurs de l'université et non pas au Human Rights Council pour obtenir réparation.

À l'instar de beaucoup d'autres lois en matière de droits de la personne au Canada, la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique a recours à une formulation qui indique l'intention de limiter la portée des droits qui y sont prévus. Bien qu'il puisse être tentant d'élargir la portée de l'art. 3 de la Loi de façon à englober tous les aspects de la vie quotidienne au sein d'établissements publics tels que les universités, les tribunaux n'ont pas compétence pour le faire. Vu l'importance accordée aux questions relatives aux droits de la personne au Canada, on peut s'attendre à ce que les législatures provinciales respectives apportent les modifications nécessaires afin d'élargir la portée de l'art. 3.

Le membre désigné n'avait pas compétence pour examiner les questions faisant l'objet de la plainte et il aurait dû refuser de le faire.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Pourvois accueillis, le juge MAJOR est dissident.

Procureur de l'appelante/intimée Berg: The Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'appelant/intimé le British Columbia Council of Human Rights: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intimée l'École des sciences de la famille et de l'alimentation de l'Université de la Colombie-Britannique: Richards, Buell, Sutton, Vancouver.

*Solicitor for the intervener: William F. Pentney,
Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante: William F.
Pentney, Ottawa.*